

L'ESECUZIONE DELLA PENA DETENTIVA E LA RICOSTRUZIONE SISTEMATICA DELLA NOZIONE DI GRAVITÀ DELLE CONDIZIONI DI SALUTE DEL DETENUTO

ALESSANDRO CENTONZE *

SOMMARIO: 1. La tutela del diritto alla salute del condannato nelle ipotesi di rinvio o sospensione della pena detentiva. – 2. La tutela del diritto alla salute del condannato nelle ipotesi di detenzione domiciliare previste dalla l. 26 luglio 1975, n. 354. – 3. Gli interventi della Corte costituzionale sul diritto alla salute del detenuto tra afflittività sanzionatoria e finalismo rieducativo della pena. – 4. Gli artt. 146 comma 1 n. 3 c.p. e 47-ter comma 1 lett. c) dell'Ordinamento penitenziario e il riferimento alle condizioni di salute "particolarmente" gravi del detenuto. – 5. L'art. 147 comma 1 n. 2 c.p. e il riferimento alla "grave infermità fisica" del detenuto. – 6. L'art. 148 comma 1 c.p. e il riferimento alla "infermità psichica" del detenuto. – 7. L'art. 47-*quater* comma 1 e 2 dell'Ordinamento penitenziario e il riferimento all'AIDS conclamata e alle altre deficienze immunitarie.

1. La tutela del diritto alla salute del condannato nelle ipotesi di rinvio o sospensione della pena detentiva

La tutela del diritto alla salute del condannato nella fase dell'esecuzione della pena detentiva è una delle questioni più dibattute dell'ordinamento penitenziario vigente, che impone la risoluzione preliminare del problema della compatibilità tra il regime carcerario e le condizioni di salute del detenuto⁽¹⁾. La risoluzione di tali profili

*Magistrato

⁽¹⁾ Per una prima ricognizione dottrinarica sulle questioni di maggiore rilevanza esegetica riguardanti la compatibilità tra la detenzione carceraria e le condizioni di salute del detenuto, si vedano G. AMATO, *Misure cautelari personali*, in *Codice di Procedura Penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina* (a cura di G. Lattanzi e E. Lupo), IV, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 217 ss.; A. BERNASCONI, *Richiesta di revoca della custodia cautelare in carcere per motivi di salute e regime degli accertamenti medico-peritali*, in *Cass. pen.*, 1999, n. 1549, pp. 3103 ss.; L. CESARIS, *Tutela della salute ed esigenze cautelari per gli imputati detenuti in regime ex 41-bis comma 2 ord. pen.: un equilibrio difficile forse impossibile*, in *Cass. pen.*, 2003, n. 630, pp. 2277 ss.; G. DI GENNARO - M. BONOMO - R. BREDI, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, Milano, 1976; S.F. VITELLO, *La tutela della salute in ambito penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1996, n. 1373, pp. 2367 ss.

di compatibilità costituisce una delle questioni interpretative più dibattute dell'ultimo ventennio e si pone, a sua volta, in collegamento con un'altra tematica, rappresentata dalla verifica delle patologie rilevanti ai fini dell'applicazione, per un verso, degli istituti previsti dagli artt. 146, 147 e 148 c.p. e, per altro verso, degli istituti previsti dagli artt. 47-ter e 47-quater dell'Ordinamento penitenziario.

Si tratta, come cercheremo di evidenziare in questo saggio, di tematiche dai confini esegetici particolarmente controversi, soprattutto in relazione al problema della ricostruzione della nozione di gravità delle condizioni di salute del detenuto, che è indispensabile per inquadrare gli istituti del rinvio facoltativo, dell'esecuzione della pena e della detenzione domiciliare.

Questa nozione è richiamata sia dagli artt. 146, 147 e 148 c.p. che dagli artt. 47-ter e 47-quater dell'Ordinamento penitenziario e – a partire dalla riforma introdotta con la l. 26 luglio 1975, n. 354 – è stata destinataria di numerosi interventi giurisprudenziali, fondamentali per l'inquadramento del diritto alla salute del detenuto. Tali interventi, infatti, hanno orientato definitivamente gli interpreti verso una direzione tendente ad assicurare una tutela costituzionale effettiva al diritto alla salute del condannato nella fase esecutiva del processo penale⁽²⁾.

Tale problematicità è anche la conseguenza del fatto che l'istituto della detenzione domiciliare previsto dagli artt. 47-ter e 47-quater dell'Ordinamento penitenziario è stata introdotto nel più ampio contesto delle misure alternative alla detenzione dall'art. 13 della l. 10 ottobre 1986, n. 663, in una prospettiva di umanizzazione della sanzione penale e di armonizzazione con i principi costituzionali della materia. In questo ambito, riteniamo di evidenziare che le finalità che hanno ispirato tale riforma penitenziaria devono essere rinvenute nelle previsioni contenute negli artt. 27 comma 3 e 32 Cost., le quali non permettono che l'espiazione della pena detentiva abbia corso attraverso trattamenti contrastanti con il senso di umanità individuale e con il rispetto della collettività carceraria⁽³⁾.

Invero, prima dell'entrata in vigore della l. n. 663 del 1986, l'uni-

⁽²⁾ Per una panoramica sui più recenti e significativi interventi giurisprudenziali sul tema della tutela delle condizioni di salute del detenuto nella fase dell'esecuzione penale, si vedano le seguenti pronunce: Cass., Sez. I, 19 marzo 2001, Gabrielli, in *C.E.D. Cass.*, n. 219567; Cass., Sez. I, 30 aprile 2001, Sabatelli, in *C.E.D. Cass.*, n. 219588; Cass., Sez. I, 20 maggio 2003, Sessa, in *C.E.D. Cass.*, n. 226136; Cass., Sez. I, 15 aprile 2004, Petruolo, in *C.E.D. Cass.*, n. 228132.

⁽³⁾ In questa prospettiva, utile ci sembra il riferimento alla ricostruzione sistematica, effettuata con riferimento all'istituto della detenzione domiciliare disciplinato dagli artt. 47-ter e 47-quater dell'Ordinamento penitenziario, da A. MAMBRIANI, *La detenzione domiciliare: primi spunti sistematici*, in *Giust. pen.*, 1993, 3, pp. 1988 ss.

ca garanzia alle aspettative di tutela della salute del condannato era rappresentata dalla possibilità di differire o sospendere la pena ai sensi degli artt. 146, 147 e 148 c.p.

Tali previsioni consentono un rinvio o una rinuncia momentanea a eseguire la sanzione penale quando questa deve essere eseguita contro chi si trova in particolari condizioni soggettive, tra le quali peculiare rilevanza è attribuita alle gravi infermità fisiche o psichiche del condannato. In queste ipotesi, naturalmente, la concessione del beneficio non implica una rinuncia incondizionata all'esercizio del potere punitivo da parte dello Stato, essendo una regola generale del nostro ordinamento che l'adempimento dell'obbligazione penale non ammette alcun differimento⁽⁴⁾.

Le ipotesi di differimento e di sospensione della pena previste degli artt. 146, 147 e 148 c.p. devono, in ogni caso, raccordarsi con la disposizione dell'art. 684 c.p.p. che disciplina il rinvio dell'esecuzione, stabilendo, nella versione originaria del suo primo comma, che: «Il tribunale di sorveglianza provvede in ordine al differimento dell'esecuzione delle pene detentive e delle sanzioni sostitutive della semidetenzione e della libertà controllata nei casi previsti dagli artt. 146 e 147 c.p., salvo quello previsto dall'art. 147 comma 1 n. 1) del codice penale, nel quale provvede il Ministro di grazia e giustizia. Il tribunale ordina, quando occorre, la liberazione del detenuto e adotta gli altri provvedimenti conseguenti ». Deve, peraltro, rilevarsi che tale disposizione veniva dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con la sentenza 31 maggio 1990, n. 274, nella parte in cui attribuiva al Ministro di grazia e giustizia la competenza a provvedere sulle istanze di differimento delle pene detentive⁽⁵⁾.

Tale disciplina si completa con quella contenuta nel secondo comma dello stesso art. 684 c.p.p., dove si stabilisce: « Quando vi è fondato motivo per ritenere che sussistono i presupposti perché il tribunale disponga il rinvio, il magistrato di sorveglianza può ordinare il differimento dell'esecuzione, o, se la protrazione della detenzione può cagionare grave pregiudizio al condannato, la liberazione del detenuto. Il provvedimento conserva effetto fino

⁽⁴⁾ In questo senso, si veda V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, III, Utet, Torino, 1931, p. 45, dove si afferma che la concessione del beneficio non può comportare «rinuncia né incondizionata né eventuale da parte dello Stato alla potestà punitiva». In senso analogo, si pronuncia R. BETTIOL, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 1969, p. 718, che afferma: « la pena acquista un significato o un altro proprio attraverso le modalità della sua esecuzione. La pena è nella sua esecuzione ».

⁽⁵⁾ Cfr. C. cost., 31 maggio 1990, n. 274 (est. R. Dell'Andro), in *Giust. pen.*, 1990, 7, p. 242.

alla decisione del tribunale, al quale il magistrato di sorveglianza trasmette immediatamente gli atti».

In questo complesso contesto normativo, innanzitutto, deve essere esaminato l'art. 146 comma 1 c.p. – così come riformulato dall'art. 1 comma 1 della l. 8 marzo 2001, n. 40 – che disciplina l'ipotesi del rinvio obbligatorio della pena, stabilendo: « L'esecuzione di una pena, che non sia pecuniaria, è differita: 1) se deve aver luogo nei confronti di donna incinta; 2) se deve aver luogo nei confronti di madre di infante di età inferiore ad anni uno; 3) se deve aver luogo nei confronti di persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria accertate ai sensi dell'articolo 286 bis, comma 2, del codice di procedura penale, ovvero da altra malattia particolarmente grave per effetto della quale le sue condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione, quando la persona si trova in una fase della malattia così avanzata da non rispondere più, secondo le certificazioni del servizio sanitario penitenziario o esterno, ai trattamenti disponibili e alle terapie curative».

L'art. 147 comma 1 c.p. – così come riformulato dall'art. 1 comma 2 della l. 8 marzo 2001, n. 40 – disciplina invece l'ipotesi del rinvio facoltativo della pena, statuendo: « L'esecuzione di una pena può essere differita: 1) se è presentata domanda di grazia, e l'esecuzione della pena non deve essere differita a norma dell'articolo precedente; 2) se una pena restrittiva della libertà personale deve essere eseguita contro chi si trova in condizioni di grave infermità fisica; 3) se una pena restrittiva della libertà personale deve essere eseguita nei confronti di madre di prole di età inferiore a tre anni».

La nozione di grave infermità fisica, dunque, è indispensabile per l'inquadramento dei due istituti, essendo espressamente richiamata sia dall'art. 146 comma 1 n. 3 c.p. che dall'art. 147 comma 1 n. 2 c.p., anche se, fin d'ora, deve rilevarsi che le incertezze esegetiche relative alla sua definizione e alle modalità della verifica giurisdizionale hanno dato luogo, nel corso degli anni, a non poche difformità applicative. Tali oscillazioni, in particolare, sono dovute ai criteri non sempre univoci seguiti – soprattutto nel decennio compreso tra la fine degli anni settanta e la prima metà degli anni ottanta – dalla giurisprudenza di legittimità per definire la nozione di grave infermità fisica, la cui disomogeneità ha determinato frequen-

⁽⁶⁾Per una ricostruzione delle oscillazioni giurisprudenziali che hanno caratterizzato gli interventi della suprema Corte sulla nozione di grave infermità fisica, tra la fine degli anni settanta e la prima metà degli anni ottanta, si rinvia a F. CORBI, *L'esecuzione penale*, in *Dig. disc. pen.*, Utet, Torino, 1990, pp. 306 ss.; M. PAVARINI, *L'esecuzione della pena*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale* (diretta da F. Bricola e V. Zagrebelsky), III, Utet, Torino, 1996, pp. 116-122.

ti contrasti interpretativi in relazione al problema della commisurazione della gravità dello stato patologico del condannato ai fini del differimento e della sospensione dell'esecuzione della pena⁽⁶⁾.

Alla differente categoria clinica dell'infermità psichica, invece, fa riferimento l'art. 148 comma 1 c.p., dove si prevede l'alternativa tra differimento e sospensione della pena, stabilendosi: «Se, prima dell'esecuzione di una pena restrittiva della libertà personale o durante l'esecuzione, sopravviene al condannato una infermità psichica, il giudice, qualora ritenga che l'infermità sia tale da impedire l'esecuzione della pena, ordina che questa sia differita o sospesa e che il condannato sia ricoverato in un manicomio giudiziario, ovvero in una casa di cura e di custodia. Il giudice può disporre che il condannato, invece che in un manicomio giudiziario, sia ricoverato in un manicomio comune se la pena inflittagli sia inferiore a tre anni di reclusione o di arresto, e non si tratti di delinquente o contravventore abituale, o professionale, o di delinquente per tendenza».

Deve, invero, osservarsi che anche per la ricostruzione della nozione di grave infermità psichica richiamata dall'art. 148 comma 1 c.p., nel passato, si sono verificate frequenti oscillazioni interpretative che ne hanno reso problematico l'inquadramento e la ricostruzione sistematica⁽⁷⁾.

Anche in questo caso, infatti, non sempre la suprema Corte si è mossa nella direzione di rendere omogenea l'interpretazione di questa fondamentale nozione, pervenendo a un contemperamento tra le posizioni tendenti a mettere in primo piano le esigenze di afflittività sanzionatoria e quelle tendenti a sottolineare l'imprescindibilità del finalismo rieducativo della pena, rispetto al quale il diritto alla salute del condannato costituisce – e non potrebbe essere diversamente – un punto fermo⁽⁸⁾.

Ed è, a ben vedere, proprio a queste esigenze di semplificazione interpretativa della materia che ha fatto fronte il legislatore italiano con l'introduzione dell'istituto della detenzione domiciliare, puntando a ridimensionare – per la specifica protezione che la Costituzione accorda alla maternità, all'infanzia, alla gioventù nell'art. 31 e alla salute nell'art. 32 – i contenuti afflittivi presenti nella pena detentiva nell'ipotesi di condannati che si trovano in particolari con-

⁽⁷⁾Cfr. Cass., Sez. I, 10 aprile 1989, Marchetti, in *C.E.D. Cass.*, n. 181799; Cass., Sez. I, 20 aprile 1994, Frongia, in *C.E.D. Cass.*, n. 198502.

⁽⁸⁾Questa posizione di mediazione culturale, nel corso degli anni ottanta, è stata mirabilmente espressa nel pensiero di L. DAGA, *I sistemi penitenziari*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense* (diretto da F. Ferracuti), XI, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 1 ss.

dizioni soggettive⁽⁹⁾.

2. La tutela del diritto alla salute del condannato nelle ipotesi di detenzione domiciliare previste dalla l. 26 luglio 1975, n. 354

Per affrontare le complesse questioni interpretative di cui si è parlato nel paragrafo precedente – a proposito del problema della compatibilità tra il regime detentivo carcerario e le condizioni di salute del condannato – riteniamo indispensabile passare in rassegna l'istituto della detenzione domiciliare, che rappresenta una misura alternativa alla detenzione speculare rispetto alle ipotesi di rinvio e di sospensione dell'esecuzione della pena disciplinate dagli artt. 146, 147 e 148 c.p.

La detenzione domiciliare è una misura alternativa alla detenzione introdotta nel sistema penitenziario dall'art. 13 della l. 10 ottobre 1986, n. 663, che deve essere esaminata prendendo le mosse dalle previsioni contenute negli artt. 47-ter e 47-quater dell'Ordinamento penitenziario. Naturalmente, nel nostro caso, ci si limiterà ad analizzare i soli profili interpretativi degli artt. 47-ter e 47-quater riguardanti il problema della compatibilità tra il regime carcerario e le condizioni di salute del detenuto, nelle ipotesi in cui il condannato che sta scontando una pena detentiva sia affetto da gravi patologie.

A questo proposito, deve preliminarmente rilevarsi che la detenzione domiciliare, al pari di tutte le altre misure alternative, ha come finalità prioritaria quella di favorire il reinserimento sociale del condannato e come presupposto quello della sussistenza di condizioni soggettive tali da permettere l'esecuzione della pena al di fuori del circuito penitenziario⁽¹⁰⁾.

In questo contesto, peculiare importanza riveste l'ipotesi in cui il detenuto versi in condizioni di salute particolarmente gravi, tali da imporre un trattamento terapeutico adeguato e da fare ritenere indispensabile la prosecuzione del regime restrittivo in un luogo extra-murario, allo scopo di realizzare una forma di espiazione della pena detentiva individualizzata e di contenuto meno affittivo per il condannato.

⁽⁹⁾Ci piace concludere questo paragrafo con le parole di L. DAGA, *op. ult. cit.*, p. 42, che, interrogandosi sul contenuto affittivo della pena e sul processo di individualizzazione del trattamento penitenziario, osservava: « Ci si avvia verso un futuro che vedrà un controllo penitenziario "soffice" ed insieme limitato nella quantità di interventi, tutto il contrario cioè delle non antiche previsioni che vaticinavano una riduzione del carcere, ma, assieme, un inasprimento severo delle sue modalità di esecuzione ».

⁽¹⁰⁾Cfr. A. MAMBRIANI, *La detenzione domiciliare*, cit., pp. 1990-1991.

In generale, alle condizioni soggettive del detenuto si fa riferimento nell'art. 47-ter dell'Ordinamento penitenziario – così come riformulato dall'art. 7 della l. 5 dicembre 2005, n. 251 – al cui primo comma è stata premessa questa disposizione che non richiama espressamente lo stato di salute del condannato: « La pena della reclusione per qualunque reato, ad eccezione di quelli previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, e dagli articoli 609-bis, 609-quater e 609-octies del codice penale, dall'articolo 51 comma 3-bis, del codice di procedura penale e dall'articolo 4-bis della presente legge, può essere espiata nella propria abitazione o in altro luogo pubblico di cura, assistenza ed accoglienza, quando trattasi di persona che, al momento dell'inizio dell'esecuzione della pena, o dopo l'inizio della stessa, abbia compiuto i settanta anni di età purché non sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza né sia stato mai condannato con l'aggravante di cui all'articolo 99 del codice penale».

Alle condizioni di salute del detenuto, invece, si richiama espressamente la vecchia previsione del primo comma dell'art. 47-ter – che è stata lasciata immutata dall'art. 7 della l. n. 251 del 2005 – che recita: «La pena della reclusione non superiore a quattro anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, nonché la pena dell'arresto, possono essere espiate nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza, quando trattasi di a) donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente; b) padre, esercente la potestà, di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente, quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole; c) persona in condizioni di salute particolarmente gravi, che richiedano costanti contatti con i presidi sanitari territoriali; d) persona di età superiore a sessanta anni se inabile anche parzialmente; e) persona minore di anni ventuno per comprovate esigenze di salute, di studio, di lavoro e di famiglia»⁽¹¹⁾.

La detenzione domiciliare, in origine, era stata introdotta dall'art. 13 della l. 10 ottobre 1986, n. 663, per fare fronte a finalità prevalentemente assistenziali e umanitarie nel limitato ambito delle pene detentive non superiori ai due anni. Successivamente, il legislatore italiano, con l'introduzione dell'art. 4 comma 1 lett. a) della l. 27 maggio 1998, n. 165 – convenzionalmente nota come legge

⁽¹¹⁾Per una ricognizione delle principali questioni connesse all'applicazione dell'art. 47-ter dell'Ordinamento penitenziario, si veda P. COMUCCI, *Problemi applicativi della detenzione domiciliare*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 1, pp. 203 ss.

Simeone – elevava il limite edittale per la concessione della detenzione domiciliare alle pene detentive non superiori ai quattro anni, modificando l'impianto normativo originario di tale misura alternativa alla detenzione⁽¹²⁾.

Le modifiche che sono state, infine, introdotte con la l. 5 dicembre 2005, n. 251 – convenzionalmente nota come legge ex Cirielli – hanno lasciato immutato l'impianto di questa norma per quanto riguarda il profilo della tutela del diritto alla salute del detenuto, che costituisce l'oggetto del nostro intervento, anche se l'introduzione del comma 1.1. e la modifica dell'art. 1-*bis* hanno realizzato una ibridazione tra evidenti richiami all'afflittività sanzionatoria della pena ed esigenze umanitarie e assistenziali difficilmente compatibili.

In questo stratificato assetto normativo, deve essere inserito l'art. 47-*quater* dell'Ordinamento penitenziario, che ha finito per rinunciare – sia pure solo in una certa misura – a perseguire gli obiettivi umanitari e assistenziali che ne avevano ispirato l'introduzione, puntando al raggiungimento di finalità di riduzione della popolazione presente nel circuito penitenziario carcerario. Tali obiettivi di alleggerimento della popolazione detenuta devono comunque ritenersi realizzati, se si tiene conto del fatto che – nel primo anno di applicazione di questa misura alternativa alla detenzione conseguente alla sua riformulazione per effetto dell'art. 4 comma 1 lett. a) della l. 27 maggio 1998, n. 165 – la riduzione della popolazione carceraria ammontava a diverse migliaia di unità⁽¹³⁾.

Il riferimento alle condizioni di salute del condannato, inoltre, è contenuto nell'art. 47-*quater* dell'Ordinamento penitenziario – introdotto dall'art. 5 della l. 12 luglio 1999, n. 231 – che disciplina la detenzione domiciliare nei confronti dei condannati affetti da AIDS

⁽¹²⁾In questo contesto, si vedano le critiche espresse da E. DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 3, p. 868, che, nel fornire un primo commento alle modifiche normative dell'art. 47-*quater*, introdotte dalla l. 27 maggio 1998, n. 165, affermava: « Da misura di carattere eccezionale, ispirata ad una logica umanitaria, la detenzione domiciliare viene dunque trasformata in un ulteriore strumento di deflazione della popolazione carceraria. E il legislatore del 1998 sembra attento a sfruttare ogni spiraglio in questa direzione – imboccando, in questo caso, una strada sconosciuta alle altre legislazioni europee – più che a soddisfare esigenze di coerenza sistematica, che pure parrebbero imprescindibili ». Lo stesso Autore si era occupato dei profili sistematici e comparativistici delle misure alternative alla detenzione in E. DOLCINI - C.E. PALIERO, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Giuffrè, Milano, 1989.

⁽¹³⁾In questo contesto, si veda *Relazione degli Uffici del Pubblico Ministero di Milano al CSM sulla prima applicazione della legge Simeone*, in *Foro ambr.*, 1999, pp. 243 ss.

conclamata o da altre gravi deficienze immunitarie, nel cui primo comma si stabilisce: «Le misure previste dagli artt. 47 e 47-ter possono essere applicate, anche oltre i limiti di pena ivi previsti, su istanza dell'interessato o del suo difensore, nei confronti di coloro che sono affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria accertate ai sensi dell'articolo 286 bis, comma 2, del codice di procedura penale e che hanno in corso o intendono intraprendere un programma di cura e assistenza presso le unità operative di malattie infettive ospedaliere ed universitarie o altre unità operative prevalentemente impegnate secondo i piani regionali nell'assistenza ai casi di AIDS».

Su un piano di sostanziale continuità, si pone il secondo comma della stessa previsione normativa, dove si fa riferimento al coinvolgimento istituzionale delle strutture del circuito penitenziario nazionale e di quelle del servizio sanitario pubblico, affermandosi: «L'istanza di cui al comma 1 deve essere corredata da certificazione del servizio sanitario penitenziario, che attesti la sussistenza delle condizioni di salute ivi indicate e la concreta attuabilità del programma di cura e assistenza, in corso o da effettuare, presso le unità operative di malattie infettive ospedaliere ed universitarie o altre unità operative prevalentemente impegnate secondo i piani regionali nell'assistenza ai casi di AIDS»⁽¹⁴⁾.

In buona sostanza, con l'introduzione dell'art. 47-quater a opera dell'art. 5 della l. 12 luglio 1999, n. 231, il legislatore italiano ha affrontato il problema dell'esecuzione della pena detentiva nei confronti di tutti i soggetti colpiti da quella grave infermità che è rappresentata dalla sindrome da immunodeficienza acquisita, ponendo, ancora una volta, al centro della sua attenzione il problema

⁽¹⁴⁾Per una ricognizione delle principali questioni connesse all'applicazione dell'art. 47-quater dell'Ordinamento penitenziario, si veda G. LOCATELLI, *Il trattamento sanzionatorio dei soggetti tossicodipendenti o affetti da HIV: evoluzione della normativa fino alla legge 12 luglio 1999 n. 231*, in *Cass. pen.*, 2000, n. 345, p. 553, che, nel fornire un quadro d'insieme di questa previsione normativa, osserva criticamente: «La massiccia esenzione dal carcere concessa ai tossicodipendenti, ed ancor di più ai soggetti affetti da HIV, rischia di ritorcersi contro gli stessi beneficiari perché, essendo divenuti soggetti a ridotta responsabilità penale, possono risultare manovalanza particolarmente appetibile per la criminalità organizzata e non, in vista di un impiego in azioni delittuose gravi nella aspettativa della impunità. L'ipotesi non deve parere fantasiosa poiché essa si è già verificata per altri soggetti "protetti", ai quali il nostro ordinamento processuale risparmia il carcere: così è avvenuto per i minori di anni 18, impiegati nello spaccio di stupefacenti e persino in azioni omicide da parte di associazioni criminose, così è avvenuto per le donne incinte e per le madri di prole di età inferiore ad anni tre, che, a ragione dell'art. 275 comma 4 che ne consente la restrizione in carcere solo in caso di "eccezionale rilevanza", sono divenute la categoria più largamente impiegata dai gruppi nomadi nella commissione di furti di appartamento».

della tutela del diritto alla salute del condannato nelle ipotesi di patologie di particolare gravità. Tale innovazione legislativa è da salutare favorevolmente, essendo intervenuta in un ambito normativo particolarmente controverso, come ci viene confermato dai numerosi interventi che – prima dell'entrata in vigore della l. n. 231 del 1999 – avevano caratterizzato le posizioni del Ministero della Sanità e dalla Commissione Nazionale AIDS sul problema della compatibilità tra il regime detentivo carcerario e la sindrome da immunodeficienza acquisita⁽¹⁵⁾.

Come si è detto, l'art. 47-*quater* dell'Ordinamento penitenziario prevede il ricorso alla detenzione domiciliare solo nei confronti dei soggetti affetti da sindrome da immunodeficienza acquisita o da altre gravi deficienze immunitarie, a condizione che tale patologia sia in corso di svolgimento e che il detenuto abbia intrapreso o comunque intenda intraprendere un programma di recupero terapeutico. In ogni caso, lo stato patologico di cui è affetto il detenuto deve essere attestato dal servizio sanitario pubblico ovvero dal servizio sanitario penitenziario, che dovranno procedere al rilascio di tali certificazioni, tendendo presenti alcuni parametri di elaborazione ministeriale ai quali dovrà essere ancorato il loro giudizio⁽¹⁶⁾.

Nello stesso ambito normativo, deve essere considerata la previsione secondo la quale tale programma di recupero terapeutico del detenuto deve essere eseguito esclusivamente all'interno di unità operative specializzate nella cura di patologie infettive, costituite nell'ambito di strutture ospedaliere pubbliche ovvero presso strutture universitarie. È possibile, inoltre, intraprendere tali progetti di recupero terapeutico del condannato attraverso unità operative impegnate – nell'ambito di piani programmatici attuati su scala regionale – nell'assistenza ai soggetti affetti da sindrome da immunodeficienza acquisita⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾Si veda, in particolare, la ricostruzione dei vari interventi regolamentari del Ministero della Sanità e dalla Commissione Nazionale AIDS, succedutisi nel corso degli anni, sul problema della compatibilità tra il regime carcerario e la sindrome da immunodeficienza acquisita, effettuata da G. BERANTI - M. DOMINIONI - C. GERVASONI - L. MASTROLUCA, *Infezione da HIV e compatibilità carceraria: aspetti medico-legali alla luce della recente normativa legislativa*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 2, pp. 343 ss.

⁽¹⁶⁾Tali parametri scientifici, in particolare, sono indicati nella circolare del Ministero della sanità del 29 aprile 1994, n. 9, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 13 maggio 1994, n. 110, nel cui articolo 1 si stabilisce che si può affermare la sussistenza di una grave deficienza immunitaria quando « la persona presenti anche uno solo dei seguenti parametri: a) numero di linfociti TCD4+ pari o inferiore a 100/mmc, come valore ottenuto in almeno due esami consecutivi effettuati a distanza di quindici giorni l'uno dall'altro; b) indice di Karnofsky pari al valore di 50 ».

⁽¹⁷⁾In questo senso, si veda P. COMUCCI, *Problemi applicativi della detenzione domiciliare*, cit., p. 212, che, nel commentare le due ipotesi alternative previste

3. *Gli interventi della Corte costituzionale sul diritto alla salute del detenuto tra afflittività sanzionatoria e finalismo rieducativo della pena.*

La Corte costituzionale, nell'ultimo trentennio, si è attentamente soffermata sul problema della compatibilità tra il regime carcerario e le condizioni di salute del detenuto, attraverso un percorso esegetico lungo e complesso, che ha consentito di inquadrare il diritto alla salute del condannato e di definire i rapporti tra il differimento dell'esecuzione, la sospensione della pena e la detenzione domiciliare, nella prospettiva di un sempre più massiccio ricorso alle misure alternative alla detenzione.

Più in generale, deve osservarsi che la Corte costituzionale, tra la seconda metà degli anni settanta e l'inizio degli anni ottanta del secolo appena trascorso, avviava un percorso di profonda rivisitazione concettuale della pena detentiva, tendente a modernizzare le istituzioni carcerarie nostrane e a superare l'idea ottocentesca delle strutture penitenziarie come strumento di controllo sociale e di neutralizzazione individuale⁽¹⁸⁾.

Tale percorso interpretativo, a nostro parere, aveva inizio con la sentenza 19 giugno 1975, n. 146, con la quale veniva dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 148 c.p. nella parte in cui prevedeva che il giudice, nel disporre il ricovero in manicomio giudiziario del condannato caduto in stato d'infermità psichica durante l'esecuzione della pena detentiva, dovesse ordinare la sospensione della pena. La stessa pronuncia, inoltre, sanciva l'illegittimità di tale norma, nella parte in cui prevedeva che il giudice ordinasse

dall'art. 47-*quater*, afferma: «Le due misure sono dunque strutturate secondo il modulo, già positivamente sperimentato sul piano dell'incentivazione alla cura e al recupero sociale, dell'affidamento terapeutico per soggetti tossicodipendenti o alcoolodipendenti previsto dall'art. 94 d.p.r. n. 309/90. Gli altri presupposti sia oggettivi che soggettivi sono invece del tutto peculiari e consistono, come già si è detto, nella fruibilità di questi benefici nell'ambito di qualsiasi entità di pena da espiare e nella loro applicabilità anche a soggetti sottoposti ad una misura di sicurezza detentiva ».

⁽¹⁸⁾ Su questi profili evolutivi e sulla tendenza alla "decarcerizzazione" affermatasi in Italia sul finire degli anni settanta, a nostro parere, insuperato rimane il lavoro di ricostruzione sistematica condotto nella dottrina nostrana da Massimo Pavarini, per la cui disamina ci si permette di rinviare ai seguenti lavori: M. PAVARINI, "Concentrazione" e "diffusione" del penitenziario. *Le tesi di Rusche e Kirchheimer e la nuova strategia del controllo sociale in Italia*, in *La questione criminale*, 1978, 3, pp. 39 ss.; *Id.*, *Al di là della pena, al di là del carcere... appunti e note teoriche in tema di decentramento e amministrazione del controllo sociale*, in *Carcere, ente locale e opinione pubblica* (a cura di G. Zappa), Clueb, Bologna, 1985, pp. 31 ss.; *Id.*, *Fuori dalle mura del carcere: la dislocazione dell'ossessione correzionale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1986, 2, pp. 251 ss.

la sospensione della pena anche nel caso in cui il condannato si trovasse detenuto in una casa di cura e di custodia ovvero in un manicomio comune⁽¹⁹⁾.

Un altro passaggio significativo di tale complesso percorso interpretativo si registrava, sul finire degli anni settanta, quando la Corte costituzionale con la sentenza 6 agosto 1979, n. 114 dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 589 del vecchio codice di procedura penale per la violazione degli artt. 13 comma 2 e 24 Cost., nella parte in cui attribuiva al Ministro della Giustizia l'ordine di sospendere la pena dopo l'esecuzione dell'ordine di carcerazione, nelle ipotesi di grave infermità fisica del condannato⁽²⁰⁾.

Tale declaratoria di incostituzionalità, d'altra parte, appariva inevitabile, atteso che il nuovo ordinamento penitenziario introdotto con la l. 26 luglio 1975, n. 354 aveva collocato all'interno della giurisdizione l'intera fase dell'esecuzione penale. Di conseguenza, in questa prospettiva, lasciare il differimento della pena detentiva tra i poteri del Ministro della Giustizia significava sconfessare una linea di politica legislativa, ormai definitivamente affermata, che puntava al riconoscimento della tutela giurisdizionale del condannato nella fase più delicata della sua vicenda processuale: quella dell'esecuzione della pena⁽²¹⁾.

Dopo l'introduzione dell'art. 47-ter dell'Ordinamento peniten-

⁽¹⁹⁾ Si veda C. cost., 19 giugno 1975, n. 146 (est. N. Reale), in *Giust. pen.*, 1975, 1, 1, p. 2032, nella cui massima, tra l'altro, si afferma: « Il periodo trascorso in manicomio giudiziario dall'imputato in attesa di giudizio non solo va computato ai fini della custodia preventiva ma, in considerazione di quanto disposto dall'art. 137 c.p., vale anche come espiazione di pena e deve essere quindi detratto dalla durata di questa. Invece, dato il tenore dell'art. 148 c.p., se l'infermità psichica sopravviene dopo la condanna, il periodo trascorso in manicomio giudiziario non può essere in alcun caso computato sulla durata della pena. L'irragionevolezza della disparità di trattamento derivante dalle norme sopra indicate appare evidente dal momento che in entrambi i casi il ricovero in manicomio giudiziario ha finalità e caratteristiche identiche e non è determinato da alcuna causa imputabile al reo ».

⁽²⁰⁾ Si veda C. cost., 6 agosto 1979, n. 114 (est. A. La Pergola), in *Giust. pen.*, 1979, 9, 1, p. 345, nella cui massima si afferma: « La sospensione dell'esecuzione della pena già iniziata disposta dal Ministro di grazia e giustizia si sostanzia nell'investitura dell'autorità amministrativa di un potere discrezionale ed insindacabile che si riflette sulla libertà personale per la quale l'art. 13, comma secondo, Cost. esige l'atto dell'autorità giudiziaria, nonché sull'attribuzione esclusiva della potestà punitiva dello Stato all'autorità giudiziaria. È pertanto costituzionalmente illegittimo l'art. 589, comma quinto, c.p.p., nella parte in cui, nel caso previsto dall'art. 147, comma primo, n. 2 c.p., attribuisce al Ministro della giustizia il potere di sospendere l'esecuzione della pena quando l'ordine di carcerazione sia già stato eseguito ».

⁽²¹⁾ In questa direzione interpretativa, si vedano C. CRESTANI - D. BORDIGNON, *Incompatibilità tra condizioni di salute e stato di detenzione. Aspetti giuridici e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1986, 8, pp. 406 ss.; G. PACCHI, *La tutela del diritto alla salute nell'esecuzione di pena detentiva*, in *Cass. pen.*, 1989, n. 29, pp. 812 ss.

ziario a opera dell'art. 13 della l. 10 ottobre 1986, n. 663, la prima pronuncia con la quale la Corte costituzionale interveniva sull'istituto della detenzione domiciliare era rappresentata dalla sentenza 13 aprile 1990, n. 215, con la quale venivano precisati i presupposti soggettivi e i riferimenti normativi di questa misura alternativa. Tale pronuncia, invero, non si occupava direttamente del diritto alla salute del detenuto, ma in questa sede riteniamo indispensabile passarne in rassegna i profili di maggiore rilievo interpretativo, in ragione del fatto che – ad appena qualche anno dalla sua introduzione nel nostro sistema penale – puntava a delimitare i confini applicativi e a chiarire il fondamento assistenziale della detenzione domiciliare⁽²²⁾.

Con tale pronuncia, in particolare, veniva dichiarato illegittimo l'art. 47-ter della l. n. 354 del 1975 nella parte in cui non prevedeva che la misura alternativa della detenzione domiciliare – che già poteva essere concessa alla madre di prole convivente di età inferiore ai tre anni – potesse essere concessa, in presenza degli stessi presupposti oggettivi e soggettivi, anche al padre detenuto, qualora la madre risultasse deceduta o comunque impossibilitata a fornire un'adeguata assistenza ai propri figli. In questo modo, si colmava una grave lacuna dell'art. 47-ter comma 1 n. 1 dell'Ordinamento penitenziario, che, nella sua originaria formulazione, negava al genitore di sesso maschile l'esercizio del diritto-dovere di assistere la prole di età inferiore ai tre anni, che al contrario riconosceva alla madre, determinando un'inammissibile pregiudizio dei principi affermati negli artt. 3, 29, 30 e 31 Cost.⁽²³⁾

La Corte costituzionale, invece, tornava a occuparsi direttamente del diritto alla salute del condannato con la sentenza 19 novembre 1991, n. 414, con cui veniva dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-ter dell'Ordinamento penitenziario – così come introdotto dall'art. 13 della l. n. 663 del 1986 – nella parte in cui non prevedeva che la reclusione militare potesse essere espiata in regime di detenzione domiciliare, nelle ipotesi in cui il condannato versava in condizioni di salute particolarmente gravi, tali da richiedere contatti costanti con i presidi sanitari territoriali. Si affermava, in questo modo, il principio secondo cui la pena della reclusione

⁽²²⁾Si veda C. cost., 13 aprile 1990, n. 215 (est. E. Gallo), *Giust. pen.*, 1990, 7, 1, p. 248, nella cui parte conclusiva della massima si afferma: «L'art. 47-ter della legge n. 354 del 1975 va perciò dichiarato illegittimo nella parte in cui non prevede che la detenzione domiciliare, concedibile alla madre di prole in età inferiore a tre anni con lei convivente, possa essere concessa, nelle stesse condizioni, anche al padre detenuto, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole».

⁽²³⁾In questo senso, si veda G. PACCHI, *La tutela del diritto alla salute cit.*, pp. 815-816.

militare non può mai essere interpretata come una condizione soggettiva deteriore rispetto al regime penitenziario ordinario, in rapporto al bene giuridico, costituzionalmente garantito, del diritto alla salute della persona⁽²⁴⁾.

In tale contesto esegetico, dunque, la Corte costituzionale affermava che il diritto alla salute di ogni essere umano – e del detenuto in modo particolare – deve essere ritenuto alla stregua di un valore supremo del nostro ordinamento, che non è possibile differenziare sul piano applicativo sulla base di condizioni soggettive o professionali. Pertanto, il militare che è stato condannato alla pena della reclusione militare, al pari di qualsiasi altro detenuto del circuito penitenziario ordinario, deve essere sottratto al regime della detenzione carceraria nelle ipotesi in cui versi nelle medesime condizioni di salute – che abbiamo identificato con la particolare gravità della patologia che affligge il beneficiario della misura – che legittimerebbero la concessione del beneficio della detenzione domiciliare per il cittadino comune.

Sullo stesso solco interpretativo si pone la sentenza 18 ottobre 1995, n. 439, con cui veniva dichiarato costituzionalmente illegittimo, per contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost., l'art. 146 comma 1 n. 3 c.p. – così come riformulato dall'art. 2 della l. 14 luglio 1993, n. 222 – nella parte in cui prevedeva il rinvio obbligatorio dell'esecuzione nelle ipotesi in cui il condannato fosse affetto da sindrome da immunodeficienza acquisita e sussistesse un'incompatibilità con il regime detentivo rilevante ai sensi dell'art. 286-*bis* comma 1 c.p.p., laddove il differimento della pena poteva avere luogo senza pregiu-

⁽²⁴⁾ Si veda C. cost., 6 novembre 1991, n. 414 (est. F. Casavola), in *Giust. pen.*, 1992, 3, 1, p. 84, nella cui massima si afferma: «La non concedibilità ai condannati militari del beneficio della detenzione domiciliare, usufruibile dai condannati comuni, non comporta violazione del principio di eguaglianza, attesa la specialità della reclusione militare – caratterizzata da particolari modalità di espiazione della pena consistenti nella istruzione militare e nella esercitazione pratica militare – volta al recupero del condannato al servizio militare, né pregiudica il diritto al lavoro, che è sospeso durante il servizio alle armi, ovvero i diritti della famiglia perchè l'unione domestica è anch'essa interrotta dalla partenza del cittadino alle armi e dalla sua convivenza nella comunità militare; diversa valenza ha invece il bene fondamentale della vita e della salute il cui valore supremo elimina ogni distinzione fra cittadini e militari e consente di sottrarre il condannato alla pena della reclusione militare alla soggezione alla disciplina e alle modalità della espiazione speciale quando egli – in condizioni di salute particolarmente gravi – richieda la conversione di questa in detenzione domiciliare. Deve pertanto essere dichiarata la illegittimità costituzionale dell'art. 47 ter, legge 26 luglio 1975, n. 354, come introdotta dall'art. 13 legge 10 ottobre 1986, n. 663, nella parte in cui non prevede che la reclusione militare sia espia in detenzione domiciliare quando trattasi di persona in condizioni di salute particolarmente gravi che richiedono costanti contatti con i presidi sanitari territoriali».

dizi per la salute del soggetto⁽²⁵⁾.

Nello stesso contesto, la Corte costituzionale precisava che di fronte a un fenomeno patologico che ha un'incidenza straordinaria sull'espiazione della pena – come la sindrome da immunodeficienza acquisita – in presenza di una casistica estremamente variabile come quella rappresentata da questa affezione, deve ritenersi irragionevole non avere lasciato alcuno spazio normativo alla possibilità di verificare in concreto la compatibilità delle condizioni di salute del condannato con il regime carcerario.

Qualche mese dopo, la Corte costituzionale tornava sulle tematiche relative al diritto alla salute del condannato con la sentenza 24 maggio 1996, n. 165, con cui veniva dichiarato costituzionalmente legittimo l'art. 47-ter dell'Ordinamento penitenziario – evidentemente prima che tale norma fosse riformulata dall'art. 4 comma 1 lett. a) della l. 27 maggio 1998 n. 165 – nella parte in cui non ammetteva il beneficio della detenzione domiciliare per il condannato di età superiore ai sessanta anni inabile, laddove la pena da espiare superasse i tre anni. In questa pronuncia, in particolare veniva ritenuta infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 47-ter comma 1 n. 3 in relazione ai principi contenuti nelle norme degli artt. 3 comma 1 e 27 comma 3 Cost.⁽²⁶⁾

⁽²⁵⁾ Si veda C. cost., 18 ottobre 1995, n. 438 (est. G. Vassalli), in *Giust. pen.*, 1996, 2, 1, p. 41, nella cui massima, tra l'altro, si afferma: «È costituzionalmente illegittimo, per contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost., l'art. 146, primo comma, n. 3, cod. pen., come aggiunto dall'art. 2 del d.l. 14 maggio 1993, n. 139, convertito dalla legge 14 luglio 1993, n. 222 – ove è stabilito il rinvio obbligatorio della esecuzione della pena se questa deve aver luogo nei confronti di persona affetta da infezione da HIV nei casi di incompatibilità con lo stato di detenzione, ai sensi dell'art. 286 bis, primo comma, cod. proc. pen. – nella parte in cui prevede che il differimento ha luogo anche quando l'espiazione della pena possa avvenire senza pregiudizio della salute del soggetto e di quella degli altri detenuti».

⁽²⁶⁾ Si veda C. cost., 15 maggio 1996, n. 165 (est. V. Onida), in *Giust. pen.*, 1996, 7, 1, p. 193, nella cui massima, tra l'altro, si afferma: «Non è fondata, con riferimento agli artt. 3, primo comma, e 27, terzo comma, Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 47 ter, commi 1, n. 3, e 7, l. 26 luglio 1975, n. 354 (norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà) – nella parte in cui non prevede la concessione della detenzione domiciliare per il condannato di età superiore a sessanta anni se inabile, anche parzialmente, qualora la pena residua che il medesimo deve espiare superi i tre anni – in quanto – posto che la detenzione domiciliare tende sostanzialmente a permettere, in considerazione di talune condizioni soggettive del condannato, una modalità meno affittiva di esecuzione della pena, senza particolari finalità rieducative che non siano quelle collegabili all'esclusione del regime carcerario e ad un generico fine di deflazione della popolazione carceraria – il limite massimo di entità della pena da scontare (tre anni), cui è subordinata la concessione di tale misura alternativa alla detenzione, non viola né il canone della ragionevolezza, né il divieto di trattamenti contrari al sensi di umanità».

In tale ambito interpretativo, inoltre, la Corte costituzionale aveva modo di precisare che la detenzione domiciliare – come tutte le altre misure alternative alla detenzione disciplinate dalla l. 26 luglio 1975, n. 354 del 1975 – si caratterizza per il perseguimento di finalità eminentemente umanitarie e assistenziali, essendo funzionale a rendere meno afflittivo il contenuto dell'esecuzione della pena nei confronti dei soggetti che si trovano in particolari condizioni soggettive. In questo contesto, la Corte affermava anche che la detenzione domiciliare ha come proprio fondamento legittimante quello di assicurare adeguata tutela al diritto alla salute del detenuto, comportando un giudizio positivo sulla particolare gravità delle condizioni del condannato, tali da richiedere costanti contatti con i presidi ospedalieri territoriali.

Ad appena un anno da quest'ultima decisione, la Corte costituzionale, con la sentenza 13 giugno 1997, n. 173, tornava a pronunciarsi sull'art. 47-ter dell'Ordinamento penitenziario, di cui dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'ultimo comma per violazione degli artt. 3, 27 commi 2 e 3, 32 Cost., nella parte in cui faceva derivare la sospensione automatica della detenzione domiciliare in conseguenza della presentazione di una denuncia per il reato previsto dall'art. 385 c.p. L'automaticità di tale sospensione, infatti, veniva ritenuta dalla Corte in contrasto con il principio costituzionale di ragionevolezza delle leggi, non consentendo – neppure incidentalmente – una valutazione da parte dell'autorità giudiziaria competente sulla sussistenza dell'ipotesi di reato che faceva sospendere la concessione del beneficio della detenzione domiciliare⁽²⁷⁾.

Nello stesso contesto declaratorio, la Corte costituzionale ritornava sulla definizione del diritto alla salute del condannato dopo il passaggio in giudicato della sentenza emessa nei suoi confronti, precisando che l'illegittimità dell'art. 47-ter ultimo comma dell'Ordinamento penitenziario è anche conseguente al fatto che la detenzione domiciliare ha come suo obiettivo prioritario quello di soddisfare istanze assistenziali tendenti alla protezione della salute del condannato. In questo ambito, dunque, la sospensione automatica della detenzione domiciliare – sulla base della presentazione di una semplice denuncia e senza alcuna delibazione da parte del magistrato di sorveglianza – comportava che non venisse neppure

⁽²⁷⁾ Si veda C. cost., 13 giugno 1997, n. 173 (est. G. Vassali), in *Giust. pen.*, 1997, 11, 1, p. 396, nella cui massima, tra l'altro, si afferma: «È costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3, 27, commi secondo e terzo, e 32 Cost., l'art. 47 ter u.c. l. 26 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui fa derivare automaticamente la sospensione della detenzione domiciliare dalla presentazione di una denuncia per il reato previsto dal comma ottavo dello stesso articolo».

preso in considerazione il problema della compatibilità della traduzione in carcere del condannato con le sue condizioni di salute, determinando un evidente pregiudizio dei suoi diritti.

Dopo l'entrata in vigore della l. 27 maggio 1998, n. 165, la Corte costituzionale tornava a occuparsi dell'istituto della detenzione domiciliare, pronunciandosi sulla legittimità dell'art. 47-ter dell'Ordinamento penitenziario con la sentenza 8 marzo 2000, n. 77, con la quale veniva dichiarata la compatibilità costituzionale del comma 1-bis di tale disposizione⁽²⁸⁾.

In questo caso, si era posta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 47-ter comma 1-bis – che era stato introdotto dalla l. n. 165 del 1998 – nella parte in cui escludeva la concessione di tale beneficio penitenziario nei confronti di quei detenuti che fossero stati condannati per uno dei reati richiamati dall'art. 4-bis dell'Ordinamento penitenziario. Tale decisione della Corte costituzionale, in ogni caso, non affrontava il problema della definizione del diritto alla salute del condannato – a differenza delle altre pronunce che si sono passate in rassegna in questo paragrafo – con la conseguenza che in questa sede non ci si soffermerà a esaminarne i profili giuridici e argomentativi.

Naturalmente, tali profili di compatibilità costituzionale sono stati adesso superati dalla riformulazione di tale comma per effetto dell'art. 7 della l. 5 dicembre 2005, n. 251, che, com'è noto, ha statuito l'inapplicabilità del beneficio della detenzione domiciliare – oltre che per i condannati per reati previsti dall'art. 4-bis dell'Ordinamento penitenziario – per i soggetti ai quali è stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99 comma 4 c.p., aggiungendo un'ulteriore categoria soggettiva a quella originariamente contemplata dall'art. 47-ter comma 1-bis.

Questo complesso percorso interpretativo sul diritto alla salute del detenuto, infine, si concludeva con la sentenza 24 novembre 2003, n. 350, con la quale la Corte costituzionale sanciva l'illegittimità dell'art. 47-ter comma 1 lett. a) e b) dell'Ordinamento penitenziario nella parte in cui non prevedeva la concessione della detenzione domiciliare nei confronti dei genitori condannati, che risultavano conviventi con un figlio portatore di una disabilità totalmente invalidante. Venivano, in questo modo, equiparate le esigenze assistenziali della madre di un figlio incapace in quanto minore dei dieci anni con quelle della madre di un figlio disabile e incapace

⁽²⁸⁾Cfr. C. cost., 8 marzo 2000, n. 77 (est. G. Neppi Modona), in *Giust. pen.*, 2000, 4, 1, p. 1131.

di provvedere da solo anche alle sue più elementari esigenze⁽²⁹⁾.

In buona sostanza, con questa pronuncia, la Corte censurava l'art. 47-ter comma 1 lett. a) e b) dell'Ordinamento penitenziario nella parte in cui precludeva alla magistratura di sorveglianza ogni valutazione in ordine alla sussistenza delle condizioni necessarie per l'espletamento di un'effettiva assistenza fisica e psichica del figlio portatore di una disabilità totalmente invalidante, prevedendo una disciplina deteriore rispetto a quella prevista dalla stessa norma per l'ipotesi di assistenza ai figli minori degli anni dieci. Venivano poste, pertanto, sullo stesso piano le esigenze di tutela del diritto alla salute del detenuto con quelle di tutela del diritto alla salute del figlio minore degli anni dieci e del figlio portatore di una disabilità totalmente invalidante, ribadendosi la natura eminentemente assistenziale e umanitaria della misura alternativa della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-ter.

4. Gli artt. 146 comma 1 n. 3 c.p. e 47-ter comma 1 lett. c) dell'Ordinamento penitenziario e il riferimento alle condizioni di salute "particolarmente" gravi del detenuto.

Il lavoro di ricostruzione sistematica del diritto alla salute del detenuto portato avanti dalla Corte costituzionale nel corso dell'ultimo trentennio è indispensabile per inquadrare gli istituti del rinvio obbligatorio della pena previsto dall'art. 146 comma 1 n. 3 c.p. e della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-ter comma 1 lett. c) dell'Ordinamento penitenziario, che sono accomunate dal riferimento alla nozione di particolare gravità delle condizioni di salute del detenuto.

La nostra attenzione esegetica sugli artt. 146 comma 1 n. 3 c.p. e 47-ter comma 1 lett. c) dell'Ordinamento penitenziario si concentrerà sulla sola nozione di particolare gravità delle condizioni di salute del detenuto, alla quale entrambe le previsioni normative si richiamano espressamente, ponendo tale stato patologico come condizione indispensabile per la concessione dei relativi benefici. Occorre, dunque, concentrarsi su questa nozione, in relazione alla quale il legislatore impone una verifica giudiziaria particolarmente

⁽²⁹⁾Si veda C. cost., 24 novembre 2003, n. 350 (est. F. Contri), in *Dir. pen. proc.*, 2004, 6, p. 699, nella cui massima, tra l'altro, si afferma: «È costituzionalmente illegittimo l'art. 47 ter, comma 1, lett. a), della legge 26 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui non prevede la concessione della detenzione domiciliare anche nei confronti della madre condannata e, nei casi previsti dal comma 1, lett. b), del padre condannato, conviventi con un figlio portatore di handicap totalmente invalidante».

te rigorosa, che è indispensabile per distinguere questi benefici penitenziari da quelli previsti dall'art. 147 comma 1 n. 2 c.p., che richiede per il rinvio facoltativo della pena detentiva uno stato patologico di minore rilevanza degenerativa, rappresentato dalla "grave infermità fisica" del condannato⁽³⁰⁾.

Le ipotesi disciplinate dagli artt. 146 comma 1 n. 3 c.p. e 47-ter comma 1 lett. c) dell'Ordinamento penitenziario, tuttavia, presentano delle significative differenziazioni applicative, in considerazione del fatto che la particolare gravità delle condizioni di salute del detenuto – pur costituendo l'elemento centrale della verifica giurisdizionale di entrambi i benefici – richiede nei due istituti un requisito ulteriore e autonomo. Tale differenziazione, come vedremo, comporta che mentre il rinvio obbligatorio della pena si ispira a esigenze di carattere eminentemente umanitario, la detenzione domiciliare si ispira a esigenze di carattere prevalentemente assistenziale e rieducativo.

Infatti, ai fini della concessione del beneficio previsto dell'art. 146 comma 1 n. 3 c.p., la magistratura di sorveglianza dovrà verificare che il detenuto è affetto da una malattia particolarmente grave, al punto da trovarsi in una fase così avanzata di degenerazione fisiologica da non consentirgli più – secondo le certificazioni rilasciate dal servizio sanitario penitenziario o da quello esterno – l'attuazione di un programma terapeutico di recupero clinico. Si tratta, in buona sostanza, di ricomprendere in tale ambito normativo le ipotesi di infermità fisica che riguardano tutte le forme di gravissime alterazioni degenerative – come ad esempio quelle rappresentate dalle patologie tumorali terminali o dalle alterazioni distrofiche irreversibili – in presenza delle quali non è più attivabile un percorso di recupero terapeutico del detenuto⁽³¹⁾.

In questa prospettiva, dunque, le malattie particolarmente gravi del detenuto, richiamate dall'art. 146 comma 1 n. 3 c.p., si identificano con quelle patologie che non consentono l'attivazione di un percorso di recupero terapeutico nell'ambiente carcerario in considerazione dell'avanzato stato di degenerazione fisiologica del paziente.

Tuttavia, le cure necessarie al mantenimento terapeutico del condannato devono essere intese sempre *in bonam partem*, es-

⁽³⁰⁾Per la differenziazione dei benefici penitenziari previsti dagli artt. 146 comma 1 n. 3 c.p. e 47-ter comma 1 lett. c) dell'Ordinamento penitenziario, si fa rinvio alle seguenti pronunce di legittimità: Cass., Sez. I, 26 maggio 1999, Nezi, in C.E.D. Cass., n. 214370; Cass., Sez. I, 30 giugno 1999, Hass, in C.E.D. Cass., n. 214022; Cass., Sez. I, 20 maggio 2004, Trjkovic, in C.E.D. Cass., n. 215935.

⁽³¹⁾Cfr. Cass., Sez. I, 10 gennaio 2000, Belleggia, in Cass. pen., 2001, n. 1260.

sendo necessariamente orientate verso il controllo della patologia allo scopo di evitarne, laddove possibile, l'ulteriore degenerazione. Si conferma, in questo modo, che, in tali ipotesi, il rinvio obbligatorio della pena detentiva si impone per ragioni di carattere marcatamente umanitario, in ragione del fatto che lo stadio di degenerazione delle condizioni di salute del condannato ha raggiunto un livello così elevato da fare ritenere in contrasto con il principio costituzionale di umanità del trattamento sanzionatorio affermato dall'art. 27 comma 3 Cost. l'ulteriore prosecuzione dell'esecuzione⁽³²⁾.

In questo contesto sistematico, invece, non riteniamo di dovere concentrare la nostra attenzione sulle ipotesi di AIDS conclamata e sulle altre gravi deficienze immunitarie espressamente richiamate dall'art. 146 comma 1 n. 3 c.p., così come riformulato dall'art. 1 comma 1 della l. 8 marzo 2001, n. 40. Infatti, le ipotesi di gravi patologie immunitarie descritte nella prima parte di tale disposizione sono concettualmente assimilabili a quelle previste dall'art. 47-*quater* comma 1 e 2 dell'Ordinamento penitenziario – a sua volta introdotto dall'art. 5 della l. 12 luglio 1999, n. 231 – rinviando entrambe le previsioni normative alle modalità di accertamento descritte dall'art. 286-*bis* comma 2 c.p.p. Esamineremo, pertanto, la rilevanza medico-legale di queste patologie immunitarie quando passeremo in rassegna l'istituto della detenzione domiciliare previsto dall'art. 47-*quater* comma 1 e 2, che, del resto, non presenta elementi di differenziazione rispetto all'art. 146 comma 1 n. 3 c.p. ai fini dell'inquadramento nosografico delle ipotesi di AIDS conclamata e delle altre gravi deficienze immunitarie.

Viceversa, per ricostruire sistematicamente la nozione di patologia "particolarmente" grave del condannato, fondamentale risulta il riferimento alla previsione dell'art. 47-*ter* comma 1 lett. c) dell'Ordinamento penitenziario – la cui formulazione è stata lasciata immutata dalla l. 5 dicembre 2005, n. 251 – dove si stabilisce che, per beneficiare della misura della detenzione domiciliare, il condannato dovrà versare in condizioni di salute particolarmente gravi, tali da richiedere costanti contatti con i presidi sanitari territoriali. Tale requisito strutturale, quindi, costituisce l'elemento di differenziazione tra questo istituto e quello del rinvio obbligatorio della pena previsto dall'art. 146 comma 1 n. 3 c.p. e su di esso occorrerà concentrarsi

⁽³²⁾In questa direzione interpretativa, da anni, si muove la giurisprudenza di legittimità, come ci viene confermato dal riferimento alle seguenti pronunce: Cass., Sez. I, 21 novembre 1991, Conversano, in *Arch. n. proc. pen.*, 1992, p. 448; Cass., Sez. I, 9 ottobre 1992, Costanzo, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, p. 789.

per inquadrare sistematicamente la detenzione domiciliare⁽³³⁾.

In particolare, il requisito dei costanti contatti con i presidi sanitari territoriali richiesto dall'art. 47-ter comma 1 lett. c) dell'Ordinamento penitenziario comporta il perseguimento di finalità più marcatamente assistenziali, con la conseguenza che lo stato di irreversibilità della patologia di cui è affetto il detenuto – che abbiamo visto costituire il presupposto fondamentale per la concessione del rinvio obbligatorio della pena ai sensi dell'art. 146 comma 1 n. 3 c.p. – non assume connotazioni determinanti ai fini della concessione della detenzione domiciliare. Infatti, il Tribunale di Sorveglianza potrà non concedere tale misura alternativa alla detenzione ogni volta che – malgrado la sussistenza di gravissime condizioni di salute del paziente sottoposto a osservazione clinica – il condannato non sia in grado di partecipare consapevolmente a un percorso di rieducazione realizzato attraverso il contributo dei servizi sociali territoriali, facendo ritenere assolutamente prevalenti le esigenze di difesa sociale dello Stato su quelle personali di reinserimento del condannato⁽³⁴⁾.

Tale bilanciamento di interessi, fondato su un'attenta valutazione delle esigenze di contemperamento tra il programma di assistenza terapeutica al detenuto e la prognosi sulla sua pericolosità sociale compiuta dalla magistratura di sorveglianza, comporta ulteriormente che la particolare gravità delle condizioni di salute del detenuto debba sussistere in concomitanza con l'esecuzione della pena detentiva e debba essere ritenuta esistente al momento della concessione dei benefici penitenziari previsti dall'art. 47-ter comma 1 lett. c) dell'Ordinamento penitenziario. Di conseguenza, è a tale momento, indipendente dall'insorgenza dell'infermità fisica – la cui patogenesi è irrilevante ai fini della concessione della detenzione domiciliare – che deve farsi riferimento per valutare le condizioni di salute del condannato e per verificare la necessità di rapporti costanti con i presidi sanitari territoriali, che costituisce l'oggetto prioritario dell'accertamento giurisdizionale, tanto è vero che l'art.

⁽³³⁾Sul requisito della costanza dei contatti con i presidi sanitari territoriali, indispensabile per il detenuto che chiede di beneficiare della detenzione domiciliare ai sensi dell'art. 47-ter comma 1 lett. c) dell'Ordinamento penitenziario, si rinvia alle seguenti pronunce di legittimità: Cass., Sez. I, 5 luglio 1994, Antonacci, in *C.E.D. Cass.*, n. 199270; Cass., Sez. I, 30 gennaio 1995, De Vincenzo, in *C.E.D. Cass.*, n. 200789; Cass., Sez. I, 14 luglio 1998, Valz, in *C.E.D. Cass.*, n. 211410.

⁽³⁴⁾Sulla necessità di bilanciare le esigenze di difesa sociale con quelle di reinserimento del condannato ai fini della concessione del beneficio penitenziario previsto dall'art. 47-ter comma 1 lett. c) dell'Ordinamento penitenziario, si rinvia alle seguenti pronunce di legittimità: Cass., Sez. I, 14 ottobre 1999, Surace, in *C.E.D. Cass.*, n. 214417; Cass., Sez. I, 12 giugno 2000, Sibio, in *C.E.D. Cass.*, n. 216912; Cass., Sez. I, 11 marzo 2003, Merenda, in *C.E.D. Cass.*, n. 224939.

7 della l. 5 dicembre 2005, n. 251, che pure ha introdotto alcune significative modifiche all'art. 47-ter ha lasciato immutato il riferimento a tale requisito⁽³⁵⁾.

In altri termini, il requisito della costanza dei rapporti sanitari territoriali è consustanziale alla detenzione domiciliare, al punto che laddove la patologia oggetto di osservazione non richiede un supporto assistenziale costante – come nel caso delle affezioni cardiovascolari o delle infiammazioni intestinali croniche – ma, più semplicemente, una terapia farmacologica assistita, deve escludersi che lo stato di afflizione che caratterizza il detenuto possa essere ritenuto rilevante ai fini dell'art. 47-ter comma 1 lett. c)⁽³⁶⁾.

Quello che, invece, accomuna i due istituti, a nostro parere, è il carattere multi-funzionale della nozione di particolare gravità delle condizioni di salute del detenuto – richiamata sia dall'art. 146 comma 1 n. 3 c.p. che dall'art. 47-ter comma 1 lett. c) dell'Ordinamento penitenziario – tendente a non ritenere astrattamente predeterminabile il livello di degenerazione patologica necessario per ritenere particolarmente grave un'infermità fisica⁽³⁷⁾.

Questa impostazione, tuttavia, lascia insoluti alcuni aspetti piuttosto controversi del problema della tutela del diritto alla salute del detenuto, non riuscendo ad esempio a delimitare i confini della nozione di malattia "particolarmente" grave nelle ipotesi di alterazioni patologiche con lunga latenza e delegando alla magistratura di sorveglianza l'individuazione di soluzioni che il legislatore non ha voluto indicare. In questo modo, il quadro delle patologie valutabili alla stregua degli artt. 146 comma 1 n. 3 c.p. e 47-ter comma 1 lett. c) dell'Ordinamento penitenziario è talmente variegato da essere difficilmente ricostruibile secondo parametri clinici omogenei e incontrovertibili.

È evidente, allora, che l'ampiezza della formula normativa utilizzata dal legislatore è funzionale ad ampliare gli spazi di discrezionalità del giudice, permettendogli di intervenire a favore del condannato anche quando, in astratto, la patologia di cui è affetto potrebbe essere curata nell'ambito delle strutture del circuito sanitario penitenziario. Ne consegue che, in questa prospettiva, il diritto alla salute del condannato deve essere tutelato sia nel caso in cui le terapie eseguite nel circuito penitenziario sono idonee a

⁽³⁵⁾Cfr. Cass., Sez. I, 10 febbraio 1993, Porru, in *C.E.D. Cass.*, n. 193331.

⁽³⁶⁾Cfr. Cass., Sez. I, 21 novembre 1991, Bellitto, in *C.E.D. Cass.*, n. 188858; Cass., Sez. I, 28 ottobre 1992, Annunziata, in *C.E.D. Cass.*, n. 192461.

⁽³⁷⁾L'approccio multi-funzionale, a nostro parere, appare in linea con le più recenti conquiste delle scienze mediche, tendenti a mettere in discussione lo stesso rapporto di causa-effetto nell'accertamento delle patologie degenerative, come ci riferisce P. VINEIS, *Modelli di rischio. Epidemiologia e causalità*, Einaudi, Torino, 1991, p. 3, che,

determinarne il recupero clinico sia nel caso in cui tali cure possono determinare un peggioramento delle condizioni di salute – irreversibilmente compromesse nell'ipotesi di cui all'146 comma 1 n. 3 c.p. e gravemente compromesse in quella dell'art. 47-ter comma 1 lett. c) dell'Ordinamento penitenziario – del detenuto sottoposto a osservazione⁽³⁸⁾.

Questo processo di soggettivizzazione delle condizioni di salute del detenuto non deve comunque essere portato alle estreme conseguenze, tanto è vero che la particolare gravità della patologia non può essere identificata con quelle infermità connaturate alla privazione della libertà personale, come ad esempio le sindromi ansioso-depressive. Al contrario, tale valutazione deve essere ristretta alle sole patologie che assumono una loro autonoma rilevanza nosografica e si caratterizzano per il fatto di non potere essere seguite con gli strumenti clinici messi a disposizione dall'amministrazione penitenziaria⁽³⁹⁾.

L'assenza di parametri scientifici omogenei, in buona sostanza, costituisce una dimostrazione del carattere marcatamente umanitario e assistenziale di tali benefici penitenziari, che – con le differenziazioni interpretative di cui si è parlato in queste pagine – mirano, nelle intenzioni del nostro legislatore, a lasciare ampi spazi decisionali alla magistratura di sorveglianza, che, di volta in volta, potrà compiere una valutazione ampiamente discrezionale sulle condizioni di salute del detenuto.

Si consideri, a questo proposito, che, secondo la suprema Corte, di fronte alla possibilità di disporre il differimento dell'esecuzione della pena, il giudice deve verificare la sussistenza delle condizioni richieste dalla legge e contestualmente valutare la possibilità di ammettere il detenuto al beneficio della detenzione domiciliare, laddove ricorressero particolari esigenze, come l'età del reo, la sua pericolosità sociale, la complessità del trattamento terapeutico in corso di svolgimento e la durata della pena da scontare⁽⁴⁰⁾.

nella prefazione del suo lavoro sui modelli di rischio e sui fattori determinanti nelle patologie degenerative, osserva: «L'idea di causa che ha dominato in medicina per un lungo tempo era strettamente associata con le scoperte della biologia. L'agente causale era qualcosa di molto prossimo all'effetto in senso spaziale e temporale; esso doveva essere riscontrabile fisicamente nelle lesioni proprie della malattia, o almeno un contatto con l'agente doveva essersi verificato».

⁽³⁸⁾In questa prospettiva, tendente a inquadrare i benefici penitenziari previsti dagli artt. 146 comma 1 n. 3 c.p. e 47-ter comma 1 lett. c) dell'Ordinamento penitenziario in un'ottica di ampliamento della sfera di tutela del diritto alla salute del detenuto, si rinvia alle seguenti pronunce di legittimità: Cass., Sez. I, 21 maggio 1992, Sicilio, in *C.E.D. Cass.*, n. 190376; Cass., Sez. I, 15 gennaio 1994, Ferraris, in *C.E.D. Cass.*, n. 196089; Cass., Sez. VI, 27 maggio 1995, Martuscello, in *C.E.D. Cass.*, n. 201443.

⁽³⁹⁾Cfr. Cass., Sez. VI, 5 aprile 2000, Basile, in *C.E.D. Cass.*, n. 215860.

⁽⁴⁰⁾Cfr. Cass., Sez. I, 7 dicembre 1999, Saraco, in *C.E.D. Cass.*, n. 215203.

5. *L'art. 147 comma 1 n. 2 c.p. e il riferimento alla "grave infermità fisica" del detenuto.*

L'ipotesi del rinvio facoltativo, disciplinata dall'art. 147 comma 1 n. 2 c.p., consente il differimento dell'esecuzione della pena detentiva quando tale misura restrittiva della libertà personale deve essere eseguita nei confronti di un condannato affetto da una grave infermità fisica.

In questo caso, si tratta di comprendere quale significato deve essere attribuito alla nozione di "grave infermità fisica" del condannato richiamata dall'art. 147 comma 1 n. 2 c.p. e quali siano gli elementi di differenziazione tra le patologie rilevanti ai fini della concessione di tale beneficio penitenziario e quelle rilevanti ai fini della concessione del rinvio obbligatorio della pena o della detenzione domiciliare⁽⁴¹⁾.

Invero, non è semplice definire la nozione di "grave infermità fisica" richiamata dalla norma dell'art. 147 comma 1 n. 2 c.p., che, per sua natura, si presenta con caratteristiche di particolare indeterminatezza etimologica e clinica. A questi profili di ambiguità concettuale, deve aggiungersi che – a differenza delle ipotesi disciplinate dagli artt. 146 comma 1 n. 3 c.p. e 47-ter comma 1 lett. c) dell'Ordinamento penitenziario, che beneficiano di un sostrato interpretativo comune – nel caso del rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena detentiva non è possibile fare alcun richiamo ad altre norme del sistema penale, non essendo in tale ambito utilizzata l'espressione "grave infermità fisica" in relazione alle condizioni di salute del condannato.

In questo contesto, deve osservarsi che, sul finire degli anni ottanta, si è affermato un orientamento interpretativo della suprema Corte tendente a delimitare il campo di applicazione dell'art. 147 comma 1 n. 2 c.p., attraverso l'impiego della nozione di stabilità della grave infermità fisica del condannato che chiede di beneficiare del rinvio facoltativo della pena. Tale condizione di stabilità delle condizioni di salute, secondo l'orientamento che si sta considerando, deve ritenersi sussistente in ogni stato patologico che non è suscettibile di miglioramenti rilevabili clinicamente con il ritorno in

⁽⁴¹⁾Per una ricognizione sulle principali questioni applicative poste dall'esegesi dell'art. 147 c.p. si veda M. PAVARINI, *L'esecuzione della pena*, cit., p. 119, che così definisce la sfera di applicazione di questo istituto: «Fuori dai casi esaminati in precedenza ed in situazioni analoghe, ma meno rigorosamente determinate, può avere luogo il differimento dell'esecuzione (rinvio facoltativo). Queste ultime ipotesi sono previste dall'art. 147 c.p. integrato ancora dall'art. 684 c.p.p.».

libertà del detenuto, tenendo conto del fatto che, in generale, ogni soggetto che patisce una condizione di restrizione carceraria – più o meno lunga – non può che trarre giovamento dall'uscita dal circuito penitenziario intra-murario⁽⁴²⁾.

L'accoglimento di tale impostazione, naturalmente, non comporta un obnubilamento dei fondamenti costituzionali dell'istituto previsto dall'art. 147 comma 1 n. 2 c.p., atteso che il differimento facoltativo della pena non comporta mai una rinuncia alla potestà punitiva dello Stato, ma più semplicemente che, nel caso di specie, vengano ritenute prevalenti esigenze di carattere umanitario e assistenziale. L'idea di una rinuncia della potestà punitiva, d'altra parte, si pone in termini di oggettiva incompatibilità con l'idea della pena detentiva, tradizionalmente intesa come strumento normativo, di tipo legalitario e retributivo⁽⁴³⁾.

Si consideri, in ogni caso, che il carattere di stabilità delle condizioni di salute del condannato – ai fini della valutazione della gravità della sua infermità fisica – non deve essere assimilato a quello della cronicità della patologia, in ragione del fatto che una tale assimilazione postulerebbe il richiamo alle nozioni medico-legali di guaribilità e di reversibilità dell'infermità fisica del condannato, che invece non sono previste dall'art. 147 comma 1 n. 2 c.p. ai fini della concessione del rinvio facoltativo della pena.

In una fase successiva del suo percorso esegetico, la suprema Corte ha ritenuto di dovere integrare il criterio della stabilità dello stato patologico del detenuto – ai fini della valutazione della compatibilità del regime carcerario con le sue condizioni di salute – con quello della praticabilità delle terapie di recupero clinico all'interno del circuito penitenziario. Si è voluto, in questo modo, porre l'accento sul fatto che il differimento facoltativo della pena non è concesso automaticamente in presenza di una grave infermità fisica, ma richiede, caso per caso, un giudizio sull'andamento di tale patologia, che deve essere valutata sia in astratto – cioè sulla

⁽⁴²⁾Ci si riferisce, in particolare, all'orientamento esegetico affermato nelle seguenti pronunce di legittimità: Cass., Sez. I, 22 maggio 1987, Aperto, in *C.E.D. Cass.*, n. 176317; Cass., Sez. I, 23 ottobre 1989, Mondino, in *C.E.D. Cass.*, n. 182535.

⁽⁴³⁾Per la definizione più accettata nell'ambito della dottrina di ispirazione retribuzionistica si rimanda all'insuperato lavoro di H.L.A., HART, *Punishment and Responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1968, pp. 13 ss., che individua quali elementi caratteristici della sanzione penale: le conseguenze sgradevoli per il reo, la violazione di norme legali, la colpevolezza del soggetto al quale è stata comminata la sanzione penale, la somministrazione della sanzione penale da parte di esseri umani, il controllo dell'esecuzione da parte dell'autorità statale. Sullo stesso solco interpretativo, d'altra parte, si colloca un altro grande interprete del pensiero giuridico moderno della cultura giuridica retribuzionistica, come G.R. NEWMANN, *The Punishment Response*, J.B. Lippincott, Co., New York, 1978, pp. 9 ss.

base delle conoscenze cliniche dell'epoca – sia con riferimento alle concrete possibilità di recupero terapeutico del detenuto all'interno del circuito penitenziario⁽⁴⁴⁾.

In altri termini, il differimento facoltativo dell'esecuzione della pena, ai sensi dell'art. 147 comma 1 n. 2 c.p., può essere concesso dal Tribunale di Sorveglianza solo quando l'infermità fisica del condannato è di tale gravità da legittimare una prognosi infausta sull'esito dell'andamento della patologia e può consentire al condannato – nello stato di libertà eventualmente concessogli – di giovare di trattamenti clinici individualizzati, certamente più efficaci rispetto a quelli di cui è possibile beneficiare nelle strutture sanitarie del circuito penitenziario⁽⁴⁵⁾.

In buona sostanza, la concessione del rinvio facoltativo della pena previsto dall'art. 147 comma 1 n. 2 c.p. postula che l'infermità fisica determini una consistente menomazione della salute del condannato e che tale condizione degenerativa non possa essere seguita all'interno delle strutture sanitarie del circuito carcerario, a meno di non legittimare l'esecuzione di un trattamento penitenziario in contrasto con il rispetto della dignità del detenuto. In ipotesi di questo genere, dunque, l'eventuale mantenimento nella condizione di restrizione carceraria del detenuto deve essere ritenuto in contrasto con il senso di umanità al quale si richiama l'art. 27 Cost., che deve ispirare l'esecuzione di tutte le sanzioni penali⁽⁴⁶⁾.

In questo contesto, è evidente che, per concedere il differimento facoltativo della pena per grave infermità fisica, le condizioni di salute del detenuto devono essere tali da determinare un serio pericolo per la sua incolumità fisica e la probabilità di altre rilevanti conseguenze dannose per la sua persona permanendo il condan-

⁽⁴⁴⁾Ci si riferisce, in particolare, all'orientamento esegetico affermato nelle seguenti pronunce di legittimità: Cass., Sez. I, 26 novembre 1990, Cosentino, in C.E.D. Cass., n. 186187; Cass., Sez. I, 5 marzo 1992, Aquilino, in C.E.D. Cass., n. 190196.

⁽⁴⁵⁾Per comprendere questo passaggio, che postula la comprensione del profondo disagio del condannato, che non solo è detenuto ma è, allo stesso tempo, malato, si veda A. DE FEO, *La medicina penitenziaria*, in *Trattato di criminologia*, cit., IX, p. 167, che afferma: « Il malato è diverso per la stessa malattia, è un malato che lo stato patologico integra nelle condizioni ambientali; teme di essere malcurato, di essere trascurato, di non ricevere terapia indispensabile e che la sua malattia non sia capita, tutto questo unito e deviato da una serie di più o meno palesi tentativi di ricorrere a gratificazioni utilitaristiche od a simulazioni difficili a classificarsi come nevrotiche o psicotiche ».

⁽⁴⁶⁾In questo senso, si veda Cass., Sez. I, 25 febbraio 1991, Gangemi, in C.E.D. Cass., n. 187042, nella cui massima si afferma: « Il differimento facoltativo dell'esecuzione della pena può essere concesso quando l'infermità fisica, oltre a potersi giovare, nello stato di libertà, di cure e trattamenti sostanzialmente diversi e più efficaci di quelli fruibili nelle istituzioni carcerarie, sia di tale gravità da legittimare una prognosi infausta "quoad vitam" o da far apparire l'espiazione della pena detentiva in contrasto con il senso di umanità cui si richiama l'art. 27 della Costituzione ».

nato all'interno del circuito carcerario. Diventa, allora, necessario valutare le opportunità di recupero terapeutico offerte dagli ambienti sanitari esterni, che dovranno essere esaminate in relazione alla patologia di cui è affetto il detenuto e alle possibilità di attuare un programma di recupero clinico intra-murario⁽⁴⁷⁾.

Negli ultimi anni, infine, la suprema Corte ha ulteriormente definito la nozione di grave infermità fisica del condannato richiamata dall'art. 147 comma 1 n. 2 c.p., arricchendola di contenuti umanitari e assistenziali. Si è affermato, in particolare, che accanto alle ipotesi tradizionali di differimento facoltativo – riscontrabili quando non è possibile recuperare terapeuticamente il detenuto all'interno del circuito sanitario penitenziario – devono collocarsi quelle ipotesi residuali rappresentate dagli stati morbosi di tale consistenza da rendere penosa l'ulteriore prosecuzione dello stato di restrizione carceraria, legittimando una deroga al principio dell'obbligatorietà della pena detentiva e della sua astratta misurabilità editale⁽⁴⁸⁾.

Si conferma, in questo modo, che per concedere il differimento facoltativo della pena detentiva non è sufficiente che una grave infermità fisica menomi la salute del condannato né che la stessa sia suscettibile di un miglioramento – anche significativo – nell'ipotesi di un suo ritorno alla libertà, essendo necessario che le patologie che affliggono il detenuto siano di tale gravità da fare apparire l'espiazione della pena in contrasto con il senso di umanità a cui si ispira la previsione dell'art. 27 comma 2 Cost.⁽⁴⁹⁾

⁽⁴⁷⁾In questo senso, si veda S. ALEO, *Criminologia e sistema penale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 271, che sul problema dell'obbligatorietà della pena detentiva e sulla sua astratta misurabilità, osserva: «La fortuna del carcere come modello penale tipico è legata anche indissolubilmente alla sua astratta misurabilità, in anni, mesi e giorni, quindi alla misurabilità e all'astrattezza. Ciò rende la pena proporzionabile alla gravità del reato e alla pericolosità del reo, e consente in linea di principio l'eguaglianza, cioè formale, di tutti i cittadini di fronte alla pena. La funzione del carcere è corrispondente, come tale, a quella del modello astratto e generale della legge, della legalità formale».

⁽⁴⁸⁾Questo orientamento interpretativo ha trovato definitiva consacrazione nelle seguenti pronunce di legittimità: Cass., Sez. I, 22 novembre 2000, Piromalli, in C.E.D. Cass., n. 218229; Cass., Sez. I, 30 marzo 2004, Vastante, in C.E.D. Cass., n. 228289. Nella stessa direzione esegetica, peraltro, si muovono le meno recenti pronunce Cass., Sez. I, 4 dicembre 1992, Roncadore, in C.E.D. Cass., n. 192698; Cass., Sez. I, 28 gennaio 1997, Maiorana, in C.E.D. Cass., n. 20765.

⁽⁴⁹⁾In questa direzione interpretativa, si rinvia a S. ALEO, *Criminologia e sistema penale*, cit., pp. 269-270, che, da un punto di vista storico, così ricostruisce l'esigenza di umanizzazione delle pena detentiva: «L'affermazione dello strumento carcerario come pena tipica corrisponde, indubbiamente, all'esigenza di umanizzazione delle pene e alle critiche nei confronti della pena di morte, fatta valere dai riformatori».

6. *L'art. 148 comma 1 c.p. e il riferimento alla "infermità psichica" del detenuto.*

La previsione dell'art. 148 comma 1 c.p. fa riferimento alla nozione di "infermità psichica" del detenuto, che ritiene rilevante ai fini del differimento o della sospensione della pena detentiva quando assume caratteri tali da impedirne l'esecuzione. In questo caso, si tratta di comprendere quale significato debba essere attribuito alla patologia richiamata dalla norma e quale sia l'elemento di differenziazione tra le infermità psichiche rilevanti ai sensi degli artt. 88, 89 e 90 c.p. e quelle rilevanti ai fini dell'applicazione di questo istituto⁽⁵⁰⁾.

Com'è noto, l'art. 148 c.p. veniva dichiarato parzialmente illegittimo dalla Corte costituzionale con la sentenza 19 giugno 1975, n. 146, nella parte in cui prevedeva che l'autorità giudiziaria, nel disporre il ricovero in manicomio giudiziario del condannato che versava in condizioni di infermità psichica durante l'esecuzione di una pena restrittiva della libertà personale, potesse ordinare che la pena fosse sospesa. Nello stesso contesto declaratorio, la Corte dichiarava l'illegittimità dell'art. 148 c.p., nella parte in cui prevedeva che il giudice ordinasse la sospensione della pena per l'ipotesi in cui condannato fosse ricoverato in una casa di cura e custodia o in un manicomio comune⁽⁵¹⁾.

Tale pronuncia di illegittimità si rendeva indispensabile per l'evidente disparità di trattamento che si veniva a determinare, nella vecchia formulazione dell'art. 148 c.p., tra la posizione degli imputati che erano ricoverati in un manicomio giudiziario e la posizione dei condannati e non poteva trovare soluzione esegetica diversa da quella della pronuncia citata. La disparità di trattamento tra le due posizioni soggettive, rilevante ai sensi dell'art. 3 Cost., risultava incontestabile, atteso che in entrambe le ipotesi il ricovero in manicomio giudiziario aveva caratteristiche identiche, oltre a non essere determinato da alcuna condotta imputabile al reo⁽⁵²⁾.

⁽⁵⁰⁾ Per una ricognizione delle principali questioni applicative poste dall'esegesi dell'art. 147 c.p. si veda M. PAVARINI, *L'esecuzione della pena*, cit., p. 119, che così definisce la sfera di applicazione di questo istituto: «Fuori dai casi esaminati in precedenza ed in situazioni analoghe, ma meno rigorosamente determinate, può avere luogo il differimento dell'esecuzione (rinvio facoltativo). Queste ultime ipotesi sono previste dall'art. 147 c.p. integrato ancora dall'art. 684 c.p.p.».

⁽⁵¹⁾ C. cost., 19 giugno 1975, n. 146, cit.

⁽⁵²⁾ In questo senso, si veda G. VASSALLI, *Fine poco gloriosa di una norma poco civile*, in *Giust. pen.*, 1975, 1, 1, p. 2033, che, nel commentare la sentenza n. 146 del 1975, osserva: «Il manicomio giudiziario è sempre manicomio giudiziario, sia che il ricovero abbia luogo prima della condanna, sia che il ricovero abbia luogo dopo, e l'impazzire prima o dopo non è "causa imputabile al reo" tale che possa giustificare il trattamento diseguale».

In tale ambito interpretativo, resta da dire che la parziale illegittimità dell'art. 148 c.p. deve essere estesa – per effetto dell'art. 27 della l. 11 marzo 1953, n. 87 – anche alla parte della norma che prevede la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva nell'ipotesi di ricovero in una casa di cura e custodia ovvero in un ospedale psichiatrico⁽⁵³⁾.

In questa ambito sistematico, occorre concentrarsi sulla nozione di "infermità psichica", la cui ricostruzione non è agevole, atteso che finora ci si è occupati di questo problema esegetico in contesti scientifici residuali, esclusivamente tendenti a differenziare i presupposti applicativi dell'art. 148 c.p. da quelli degli artt. 146 e 147 c.p.⁽⁵⁴⁾.

Risolvere questo problema definitorio è comunque possibile, ricorrendo analogicamente ai parametri elaborati dalla giurisprudenza di legittimità in relazione alla nozione di "vizio totale di mente" richiamata dall'art. 88 c.p., sia pure limitatamente al profilo dell'imputabilità del soggetto attivo del reato. Si tratta, in ogni caso, di un'operazione esegetica indispensabile per evitare sovrapposizioni concettuali tra l'infermità psichica e altri stati patologici, come le gravi anomalie comportamentali, i disturbi della personalità o le condotte *border-line*⁽⁵⁵⁾.

In questa direzione, si consideri che, nell'ultimo quindicennio, la nozione di infermità psichica elaborata dalla giurisprudenza in relazione all'art. 88 c.p. è stata ancorata agli esiti migliori delle scienze psichiatriche, allo scopo di evitare gli eccessi di discrezionalità che avevano caratterizzato alcune posizioni affermatesi negli anni settanta del secolo scorso. Tutto questo ha comportato che il giudice, nella valutazione dell'infermità mentale rilevante ai sensi dell'art. 88 c.p. – pur non essendo rigidamente vincolato agli

⁽⁵³⁾ Cfr. M. PAVARINI, *L'esecuzione della pena*, cit., p. 122.

⁽⁵⁴⁾ In questo limitato ambito, in particolare, si possono citare le seguenti pronunce di legittimità: Cass., Sez. I, 15 ottobre 1996, Dello Russo, in C.E.D. Cass., n. 206328; Cass., Sez. I, 7 aprile 1999, Verduci, in C.E.D. Cass., n. 213390.

⁽⁵⁵⁾ Per la ricostruzione della nozione di "infermità di mente", nel contesto normativo delineato dagli artt. 88 e 89 c.p., ci si permette di rinviare al lavoro di L. GRASSI - C. NUNZIATA, *Infermità di mente e disagio psichico nel sistema penale*, Cedam, Padova, 2003, p. 35, che, a proposito della necessità di circoscrivere tale nozione, osservano: «Il problema si pone, invece, per l'individuazione del significato della parola "infermità", nell'accezione di "infermità di mente" in relazione ad altri termini in uso idonei ad indicare stati di sofferenza psichica, quali "malattia", "anomalia", "vizio", "deficienza psichica", "inferiorità psichica", "pazzia", termine quest'ultimo già in uso nelle codificazioni più remote». Nella dottrina italiana, dal nostro punto di vista, rimangono insuperati gli studi sulla capacità di intendere e di volere condotti negli anni cinquanta da M. GALLO, *Capacità penale*, in *Nuovo Dig. It.*, II, Utet, Torino 1950, pp. 880 ss.; Id., *Non imputabilità dell'agente e non punibilità del fatto nelle formule di proscioglimento*, in *Giur. it.*, 1951, II, pp. 132 ss.

schemi classificatori delle scienze psichiatriche – debba comunque subordinare il proprio giudizio all'esistenza di una patologia psichica clinicamente accertabile⁽⁵⁶⁾.

In questo ambito, riteniamo di condividere l'impostazione psicologica secondo la quale l'infermità psichica è rilevante penalmente ai fini della valutazione di un vizio totale di mente quando si presenta con caratteristiche tali da compromettere seriamente i processi conoscitivi e volitivi dell'agente, eliminando o attenuando fortemente la sua capacità di rendersi conto del significato dalle azioni poste in essere e del loro disvalore. In questo ambito interpretativo, in particolare, possono essere comprese tutte quelle posizioni che affermano la necessità di una verifica del disturbo psichico che prescinda da schemi classificatori provenienti dalle scienze psichiatriche⁽⁵⁷⁾.

La necessità di riscontrare clinicamente l'infermità comporta, in questo caso, che il vizio totale di mente sia sempre dipendente da uno stato patologico che, direttamente o indirettamente, sia passibile di una verifica medico-legale⁽⁵⁸⁾.

In questo modo, la nozione di infermità psichica idonea a determinare un vizio totale di mente rilevante ex art. 88 c.p. viene collegata al pregiudizio funzionale dei processi cognitivi della persona, che può essere determinato anche da disturbi mentali atipici, purché caratterizzati da forme di elevata compromissione. In altre parole, a determinare il vizio totale di mente – rilevante tanto in relazione all'art. 88 c.p. quanto in relazione all'art. 148 c.p. – possono essere anche mere anomalie psichiche ogni volta che la loro im-

⁽⁵⁶⁾Sul punto, si veda M. VIRGILIO, *Della imputabilità*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, cit., II, p. 423, che, a proposito della necessità di un accertamento clinico dell'infermità psichica, osserva: «Si riconosce pertanto che il vizio parziale di mente può sussistere anche in mancanza di una malattia di mente tipica, inquadrata nella classificazione scientifica delle infermità mentali, ma si ritiene pur sempre necessario che il vizio discenda da uno stato morboso, derivante da una alterazione patologica clinicamente accettabile di sicura consistenza». In senso critico rispetto all'autonomia della verifica giurisdizionale rispetto agli schemi classificatori delle scienze psichiatriche si muove invece M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 442 ss.

⁽⁵⁷⁾Sul punto, si veda A. MANNA, *Il "diritto giurisprudenziale" nel sistema penale: il caso dell'infermità di mente*, in *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale* (a cura di G. Fiandaca), Cedam, Padova, 1997, pp. 70-74, che ricostruisce il dibattito sull'infermità di mente nel sistema penale italiano contrapponendo un'impostazione di matrice "psicologica" tendente a svincolare il giudice dagli schemi classificatori delle scienze psichiatriche da un'impostazione "medica" che ritiene invece vincolata l'autorità giudiziaria a tali modelli di analisi clinica.

⁽⁵⁸⁾Si muovono ad esempio in questa direzione interpretativa le seguenti pronunce di legittimità: Cass., Sez. I, 2 luglio 1990, Salemi, in C.E.D. Cass., n. 185323; Cass., Sez. I, 24 giugno 1992, Bacci, in C.E.D. Cass., n. 191879; Cass., Sez. I, 3 marzo 1993, Zannoni, in C.E.D. Cass., n. 194554.

ponenza determini uno stato morboso particolarmente accentuato che comporti l'esclusione o la forte attenuazione della capacità di intendere e di volere dell'individuo⁽⁵⁹⁾.

Riteniamo, invece, di dovere escludere ogni assimilazione tra la nozione di infermità di mente prevista dall'art. 148 c.p. e quelle previste dagli artt. 89 e 90 c.p., che fanno riferimento ai vizi parziali di mente e agli stati emotivi e passionali che non escludono né diminuiscono l'imputabilità.

Una tale soluzione esclusiva, d'altra parte, ci sembra in linea con la posizione della suprema Corte, che rileva come ogni alterazione psichica che – a prescindere dalla sua classificazione nosografica – non si presenti con caratteristiche di esorbitanza clinica tale da trasmodare nel vizio totale di mente previsto dall'art. 88 c.p. è inidonea a escludere l'imputabilità del soggetto attivo del reato. Infatti, l'esistenza di fattori di alterazione personale non si può mai spingere fino al punto da fare attribuire il carattere di vero e proprio “vizio totale di mente” a comportamenti che rappresentano alterazioni – momentanee o croniche – della sfera psichica dell'individuo che non determinano un obnubilamento della sua capacità di intendere e di volere⁽⁶⁰⁾.

In definitiva, la nozione di infermità psichica idonea a determinare un “vizio totale di mente” – condivisa dagli artt. 88 e 148 c.p. – è più ampia di quella di malattia mentale, atteso che non tutte patologie inquadrate nelle classificazioni psichiatriche possono essere valutate secondo i parametri scientifici che abbiamo recepito in questo paragrafo. In ipotesi di questo genere, allora, per attribuire rilievo penale a tali stati di alterazione psichica – che comunque non possono mai essere assimilati a quelli richiamati dagli artt. 89 e 90 c.p. – il giudice dovrà compiere una verifica che gli consenta di affermare che le anomalie comportamentali di cui è affetta la persona oggetto di osservazione si presentano con caratteristiche tali da pregiudicare in misura decisiva i suoi processi di cognizione escludendo la sua capacità di intendere e di volere⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁹⁾Cfr. Cass., Sez. I, 3 marzo 1993, Zannoni, in C.E.D. Cass., n. 194553; Cass., Sez. I, 16 dicembre 1994, Sciumè, in C.E.D. Cass., n. 200687.

⁽⁶⁰⁾Si muovono, in particolare, in questa direzione interpretativa Cass., Sez. I, 11 ottobre 1995, Losio, in C.E.D. Cass., n. 203651; Cass., Sez. I, 5 dicembre 1997, Giordano, in C.E.D. Cass., n. 209832.

⁽⁶¹⁾Sul punto, si vedano L. GRASSI - C. NUNZIATA, *Infermità di mente* cit., p. 39, che osservano: «Il concetto di infermità rilevante penalmente diventa così un concetto meno rigido e ciò consente di comprendere anche i disturbi mentali transitori nonché atipici: a determinare il vizio di mente – si sostiene – possono essere sufficienti anche alterazioni psichiche atipiche che, quante volte esse, per la loro imponenza, si risolvono in fattori perturbativi, in accentuata misura, della capacità di intendere e di volere, in quanto qualunque condizione morbosa, anche se difficilmente caratterizzabile sul

7. L'art. 47-quater comma 1 e 2 dell'Ordinamento penitenziario e il riferimento all'AIDS conclamata e alle altre deficienze immunitarie.

Le finalità assistenziali che ispirano l'istituto della detenzione domiciliare previsto dall'art. 47-ter comma 1 lett. c) dell'Ordinamento penitenziario – sulla cui formulazione testuale, come abbiamo visto, non è intervenuto l'art. 7 della l. 5 dicembre 2005, n. 251 – appaiono ancora più evidenti nell'ipotesi di detenzione domiciliare disciplinata dall'art. 47-quater comma 1 e 2.

L'art. 47-quater comma 1 e 2 dell'Ordinamento penitenziario è stato introdotto dall'art. 5 della l. 12 luglio 1999, n. 231 – che consente ai condannati sottoposti a regime detentivo carcerario di ottenere la concessione di questo beneficio, laddove risultano affetti da AIDS conclamata o da altra grave deficienza immunitaria. Si tratta, d'altra parte, di una soluzione normativa che il legislatore ha seguito con successo anche nell'art. 146 comma 1 n. 3 c.p. – a sua volta riformulato per effetto dell'art. 1 comma 1 della l. 8 marzo 2001, n. 40 – quando ha consentito ai condannati affetti dalle stesse patologie immunitarie di beneficiare del rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena⁽⁶²⁾.

In questo caso – come in quello disciplinato dall'art. 146 comma 1 n. 3 c.p. – il legislatore italiano ha ritenuto di compiere una scelta di tipo presuntivo, evidentemente differente rispetto a quella effettuata con la previsione dell'art. 47-ter comma 1 lett. c) dell'Ordinamento penitenziario, ritenendo che – in presenza di determinate patologie riscontrabili clinicamente – la gravità delle condizioni di salute del detenuto è da riconoscere alla sindrome da immunodeficienza acquisita conclamata e alle altre gravi deficienze immunitarie.

Infatti, l'art. 47-quater comma 1 e 2 dell'Ordinamento penitenziario consente, nelle ipotesi di soggetti affetti da sindrome da immunodeficienza acquisita conclamata o da altra grave deficienza immunitaria accertata ai sensi dell'art. 286-bis comma 2 c.p.p., la concessione della detenzione domiciliare a condizione che il

piano clinico, può integrare il vizio di mente, sempre che presenti connotazioni tali da escludere o diminuire le normali capacità intellettive e volitive».

⁽⁶²⁾Per una ricostruzione delle principali questioni interpretative relative all'art. 47-quater comma 1 e 2 dell'Ordinamento penitenziario ci si permette di rinviare ai lavori di G. BERANTI - M. DOMINIONI - C. GERVASONI - L. MASTROLUCA, *Infezione da HIV e compatibilità carceraria*, cit., pp. 343 ss.; C. SARZOTTI, *Pena e malattia. La sanzione al malato infettivo a prognosi infausta alla luce delle dottrine assiologiche della pena*, in *La prigionia malata. Letture in tema di AIDS, carcere e salute* (a cura di B. Magliona e C. Sarzotti), L'Harmattan Italia, Torino, 1996, pp. 115 ss.

condannato abbia attivato un programma di cura e di assistenza presso unità operative di malattie infettive pubbliche o private. In questo ambito, la gravità delle condizioni di salute del detenuto – a differenza della previsione contenuta nell'art. 47-ter comma 1 lett. c) e analogamente a quanto previsto dall'art. 146 comma 1 n. 3 c.p. – viene espressamente riferita alle sole patologie immunitarie, tra le quali la sindrome da immunodeficienza acquisita ovviamente riveste una posizione fondamentale⁽⁶³⁾.

Com'è noto, l'art. 286-bis c.p.p. è stato introdotto dall'art. 1 d.l. 14 maggio 1998, n. 139 e – prima di venire dichiarato parzialmente illegittimo dalla Corte costituzionale con la sentenza 18 ottobre 1995, n. 439, per contrasto con l'art. 3 Cost. – prevedeva un'incompatibilità assoluta con lo stato di detenzione, nelle ipotesi in cui il detenuto risultava affetto da sindrome da immunodeficienza acquisita conclamata, che il giudice si doveva limitare a dichiarare. La declaratoria di parziale incostituzionalità pronunciata con la sentenza che si è richiamata, invece, ha modificato tale forma di incompatibilità assoluta, imponendo che, anche per i soggetti affetti da sindrome da immunodeficienza acquisita conclamata, fosse possibile applicare la custodia in carcere – che prima era del tutto preclusa – in presenza di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, che facciano ritenere indispensabile l'adozione di un provvedimento restrittivo della libertà personale⁽⁶⁴⁾.

In questa prospettiva sistematica, deve rilevarsi che il particolare favore che accompagna questo istituto è anche testimoniato dalla previsione contenuta nell'art. 47-quater comma 9 dell'Ordinamento penitenziario, secondo cui i condannati affetti dalle patologie immunitarie non solo non subiscono le limitazioni di pena previste dagli artt. 47 e 47-ter ma non patiscono neppure le limitazioni stabilite dall'art. 4-bis. Di conseguenza, questi detenuti, almeno allo stato, rappresentano l'unica categoria soggettiva che – pur in presenza di una condanna per uno dei reati previsti dall'art. 4-bis dell'Ordinamento penitenziario – possono ottenere la concessione dei benefici della detenzione domiciliare senza che abbiano assun-

⁽⁶³⁾Cfr. Cass., Sez. I, 17 giugno 2004, Mulè, in C.E.D. Cass., n. 228715.

⁽⁶⁴⁾Sul punto, si veda G. MAZZI, *Misure cautelari personali*, in *Misure cautelari personali*, in *Codice di Procedura Penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina* (a cura di G. Lattanzi e E. Lupo), IV, Giuffrè, 1998, p. 306, che, a proposito della regola di giudizio richiamata dalla Corte costituzionale nella sentenza 18 ottobre 1995, n. 139, osserva: «La regola generale, cui la Corte espressamente si riferisce, è quella stabilita all'art. 274 comma 4, come sostituito dall'art. 5 della l. 5 agosto 1995, n. 332, che consente, nel caso sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, l'adozione della custodia cautelare in carcere anche nei confronti di chi si trovi in condizioni di salute particolarmente gravi incompatibili con lo stato di detenzione».

to condotte di collaborazione⁽⁶⁵⁾.

In tale ambito, il presupposto indispensabile per la valutazione della gravità di una delle patologie immunitarie rilevanti ai sensi dell'art. 47-*quater* comma 1 e 2 dell'Ordinamento penitenziario è rappresentato dalle modalità di accertamento dell'infermità, che devono essere quelle espressamente indicate dall'art. 286-*bis* comma 2 c.p.p., a norma del quale: « Con decreto del Ministro della sanità, da adottare di concerto con il Ministro di grazia e giustizia, sono definiti i casi di AIDS conclamata o di grave deficienza immunitaria e sono stabilite le procedure diagnostiche e medico-legali per il loro accertamento »⁽⁶⁶⁾.

In questo modo, i benefici penitenziari previsti dall'art. 47-*quater* comma 1 e 2 dell'Ordinamento penitenziario possono essere concessi esclusivamente nei confronti dei soggetti affetti da sindrome da immunodeficienza acquisita conclamata o da altra grave deficienza immunitaria, che sia compresa nelle tabelle ministeriali adottate con le modalità indicate dall'art. 286-*bis* comma 2 c.p.p. o che siano sottoposti a un programma di recupero terapeutico o che intendano intraprenderne uno, a condizione che la congruità e l'effettività di tale programma siano certificati dal servizio sanitario pubblico. In queste ipotesi, dunque, la sussistenza della gravità dello stato patologico legittimante la concessione del beneficio penitenziario nei confronti del condannato e l'attivazione di un percorso di recupero terapeutico sono certificati da autorità pubbliche sulla base di rigorosi parametri ministeriali, che sono quelli indicati nei vari decreti emanati dal Ministero della Sanità⁽⁶⁷⁾.

In altre parole, il giudizio di incompatibilità tra il regime detentivo carcerario e le patologie immunitarie richiamate dall'art. 47-*quater* comma 1 e 2 dell'Ordinamento penitenziario dovrà essere formulato dal Tribunale di Sorveglianza sulla base degli indici richiamati

⁽⁶⁵⁾In questo contesto, si veda G. LOCATELLI, *Il trattamento sanzionatorio* cit., p. 553, dove si afferma criticamente: «Lo strappo al sistema ordinamentale penitenziario è notevole e foriero di conseguenze non sufficientemente ponderate: potrebbe infatti accadere che un soggetto condannato in via definitiva ad una qualunque pena detentiva, diversa dall'ergastolo, per concorso in un omicidio di stampo mafioso o per partecipazione ad un sequestro di persona a scopo di estorsione, possa evitare il carcere facendo valere la condizione di sieropositività ed allegando certificazione attestante l'intendimento di sottostare ad un programma terapeutico».

⁽⁶⁶⁾Il decreto prescritto dall'art. 286-*bis* c.p.p. veniva emanato dal Ministero della Sanità in data 27 settembre 1992 (in *G.U.*, 8 ottobre 1992, n. 237); veniva, quindi, modificato dalla stessa autorità ministeriale in data 20 novembre 1992 (in *G.U.*, 23 novembre 1992, n. 276); infine, il Ministero della Sanità pubblicava le ultime modifiche alla versione originaria in data 25 maggio 1993 (in *G.U.*, 5 giugno 1993, n. 130).

⁽⁶⁷⁾In questo senso, si veda P. CANEVELLI, *Tutela dei soggetti affetti da AIDS o da altre malattie gravi e misure alternative al carcere*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 4, pp. 1226 ss.

dall'art. 282-*bis* comma 2 c.p.p.

Tutto questo comporta che l'eventuale giudizio di incompatibilità tra il regime detentivo carcerario e la patologia immunitaria di cui è affetto il condannato – dal punto di vista medico – si dovrà fondare sugli indici richiamati dalle tabelle ministeriali alle quali fa rinvio l'art. 282-*bis* comma 2 c.p.p. e sulle certificazioni prescritte dall'art. 47-*quater* comma 1 e 2, ai quali il Tribunale di Sorveglianza dovrà attenersi scrupolosamente⁽⁶⁸⁾.

Si è, allora, di fronte a una misura alternativa alla detenzione che ha come presupposto clinico quello della sussistenza di una grave patologia immunitaria, la cui valutazione – a differenza di quanto previsto dall'art. 47-*ter* comma 1 lett. c) dell'Ordinamento penitenziario – non è rimessa alla valutazione discrezionale del Tribunale di Sorveglianza, risultando condizionata dalla scelta del legislatore di imporre parametri predeterminati dalle competenti autorità ministeriali, secondo uno schema utilizzato con successo in altri istituti del nostro sistema penale, come ad esempio quello dell'affidamento in prova in casi particolari disciplinato dall'art. 94 d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309⁽⁶⁹⁾.

Invero, dal nostro punto di vista, la scelta del legislatore di attribuire alle strutture pubbliche il potere di controllare l'avviamento e l'andamento del percorso di recupero terapeutico del detenuto affetto da sindrome da immunodeficienza acquisita o da altra grave patologia immunitaria deve essere salutata con favore, puntando a ridurre gli spazi di discrezionalità dell'intervento giurisdizionale troppo ampi in altre misure alternative.

Questa scelta normativa, quindi, permette di compiere un controllo clinico sulla compatibilità con il regime di detenzione del condannato e di verificare la proficuità del programma di recupero terapeutico in corso di svolgimento, evitando gli eccessi che spesso si accompagnano all'esercizio di poteri eccessivamente discrezionali in capo all'autorità giudiziaria in materia di libertà personale. Peraltro, deve anche rilevarsi che tale soluzione esegetica è una conseguenza inevitabile della linea interpretativa imposta dalla

⁽⁶⁸⁾Cfr. Cass., Sez. I, 16 febbraio 1994, Zellino, in C.E.D. Cass., n. 197159.

⁽⁶⁹⁾Per la disamina del beneficio penitenziario previsto all'art. 94 d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, con particolare riferimento alla condizione di tossicodipendenza del detenuto, ci si permette di rinviare al nostro A. CENTONZE, *L'esecuzione della pena del tossicodipendente*, in *Esecuzione penale e tossicodipendenza* (a cura di S. Ardita), Giuffrè, Milano, pp. 173 ss. Sui profili sistematici della riforma della legislazione penale in materia di stupefacenti si veda M. PAVARINI, *La pena tossica. Carcere e misure alternative della libertà del condannato e l'imputato tossicodipendente*, in *La riforma della legislazione penale in materia di stupefacenti* (a cura di F. Bricola e G. Insolera), Cedam, Padova, 1991, pp. 38 ss.

Corte costituzionale con la sentenza 18 ottobre 1995, n. 439, con cui veniva dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 146 comma 1 n. 3 c.p. – così come riformulato dall'art. 2 d.l. 14 maggio 1993, n. 139 – per contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost.⁽⁷⁰⁾

Tale soluzione di evidente favore verso la popolazione carceraria affetta dalle gravi patologie immunitarie prese in considerazione dall'art. 47-*quater* comma 1 e 2 dell'Ordinamento penitenziario, d'altra parte, è resa necessaria dalla tendenziale concomitanza di tali infezioni con altre patologie di origine virale, che spesso induce – dal punto di vista della valutazione medica – a ritenere questi detenuti comunque incompatibili con il regime della detenzione carceraria⁽⁷¹⁾.

In questa direzione, si consideri che in numerose circolari emesse, a partire dalla fine degli anni ottanta del secolo appena trascorso, dal Ministero della Sanità e dalla Commissione nazionale AIDS, si riteneva il soggetto affetto da una sindrome immunodeficienza acquisita conclamata – compresa tra le classi B, C, D, E – assolutamente incompatibile con il regime carcerario sia per ragioni attinenti a profili sanitari, sia per ragioni riguardanti aspetti di recupero terapeutico dei detenuti infermi, sia per ragioni relative alla gestione del personale penitenziario e alla coabitazione con popolazione detenuta comune.

Attraverso la previsione normativa dell'art. 47-*quater* comma 1 e 2 dell'Ordinamento penitenziario, in definitiva, il legislatore italiano ha puntato ad assicurare al condannato un regime detentivo individualizzato e diversificabile, che ne possa favorire il migliore recupero psico-fisico. Pertanto, l'eventuale giudizio di incompatibilità delle condizioni di salute del condannato affetto da AIDS conclamata o da altra grave infezione immunitaria con il regime detentivo carcerario non può che comportare l'immediata concessione del beneficio della detenzione domiciliare prevista da tale previsione normativa.

⁽⁷⁰⁾Cfr. C. cost., 18 ottobre 1995, n. 438, cit.

⁽⁷¹⁾Per una ricognizione dei vari interventi emessi dal Ministero della Sanità e dalla Commissione nazionale AIDS, si veda G. BERANTI - M. DOMINIONI - C. GERVASONI - L. MASTROLUCA, *Infezione da HIV e compatibilità carceraria*, cit., p. 346, dove si forniscono alcuni dati statistici sulla popolazione carceraria affetta da gravi patologie che riteniamo di particolare interesse, come quelli che collocano al primo posto le infermità di origine infettiva.

BIBLIOGRAFIA

S. ALEO, *Criminologia e sistema penale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 271.

G. AMATO, *Misure cautelari personali*, in *Codice di Procedura Penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina* (a cura di G. Lattanzi e E. Lupo), IV, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 217 ss.

G. BERANTI - M. DOMINIONI - C. GERVASONI - L. MASTROLUCA, *Infezione da HIV e compatibilità carceraria: aspetti medico-legali alla luce della recente normativa legislativa*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 2, pp. 343 ss.

A. BERNASCONI, *Richiesta di revoca della custodia cautelare in carcere per motivi di salute e regime degli accertamenti medico-peritali*, in *Cass. pen.*, 1999, n. 1549, pp. 3103 ss.

M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, Giuffrè, 1990.

R. BETTIOL, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 1969.

P. CANEVELLI, *Tutela dei soggetti affetti da AIDS o da altre malattie gravi e misure alternative al carcere*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 4, pp. 1226 ss.

A. CENTONZE, *L'esecuzione della pena del tossicodipendente*, in *Esecuzione penale e tossicodipendenza* (a cura di S. Ardita), Giuffrè, Milano, pp. 173 ss.

L. CESARIS, *Tutela della salute ed esigenze cautelari per gli imputati detenuti in regime ex 41-bis comma 2 ord. pen.: un equilibrio difficile forse impossibile*, in *Cass. pen.*, 2003, n. 630, pp. 2277 ss.

P. COMUCCI, *Problemi applicativi della detenzione domiciliare*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 1, pp. 203 ss.

F. CORBI, *L'esecuzione penale*, in *Dig. disc. pen.*, Utet, Torino, 1990.

C. CRESTANI - D. BORDIGNON, *Incompatibilità tra condizioni di salute e stato di detenzione. Aspetti giuridici e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1986, 8, pp. 406 ss.

L. DAGA, *I sistemi penitenziari*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense* (diretto da F. Ferracuti), Giuffrè, XI, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 1 ss.

A. DE FEO, *La medicina penitenziaria*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense* (diretto da F. Ferracuti), Giuffrè, XI, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 165 ss.

G. DI GENNARO - M. BONOMO - R. BREDI, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, Milano, 1976.

E. DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 3, pp. 857 ss.

E. DOLCINI - C.E. PALIERO, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Giuffrè, Milano, 1989.

M. GALLO, *Capacità penale*, in *Nuovo Dig. It.*, II, Utet, Torino 1950, pp. 880 ss.

M. GALLO, *Non imputabilità dell'agente e non punibilità del fatto nelle formule di proscioglimento*, in *Giur. it.*, 1951, II, pp. 132 ss.

L. GRASSI - C. NUNZIATA, *Infermità di mente e disagio psichico nel sistema penale*, Cedam, Padova, 2003.

H.L.A., HART, *Punishment and Responsibility*, Claredon Press, Oxford, 1968.

G. LOCATELLI, *Il trattamento sanzionatorio dei soggetti tossicodipendenti o affetti da HIV: evoluzione della normativa fino alla legge 12 luglio 1999 n. 231*, in *Cass. pen.*, 2000, n. 345, pp. 550 ss.

A. MAMBRIANI, *La detenzione domiciliare: primi spunti sistematici*, in *Giust. pen.*, 1993, 3, pp. 1988 ss.

A. MANNA, *Il "diritto giurisprudenziale" nel sistema penale: il caso dell'infermità di mente*, in *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale* (a cura di G. Fiandaca), Cedam, Padova, 1997.

V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, III, Utet, Torino, 1931.

G. MAZZI, *Misure cautelari personali*, in *Codice di Procedura Penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina* (a cura di G. Lattanzi e E. Lupo), IV, Giuffrè, 1998, pp. 276 ss.

G.R. NEWMANN, *The Punishment Response*, J.B. Lippincott, Co., New York, 1978.

G. PACCHI, *La tutela del diritto alla salute nell'esecuzione di pena detentiva*, in *Cass. pen.*, 1989, n. 29, pp. 812 ss.

M. PAVARINI, *Al di là della pena, al di là del carcere... appunti e note teoriche in tema di decentramento e amministrazione del controllo sociale*, in *Carcere, ente locale e opinione pubblica* (a cura di G. Zappa), Clueb, Bologna, 1985, pp. 31 ss.;

M. PAVARINI, *Fuori dalle mura del carcere: la dislocazione dell'ossessione correzionale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1986, 2, pp. 251 ss.

M. PAVARINI, *La pena tossica. Carcere e misure alternative della libertà del condannato e l'imputato tossicodipendente*, in *La riforma della legislazione penale in materia di stupefacenti* (a cura di F. Bricola e G. Insolera), Cedam Padova, 1991, pp. 38 113 ss.

M. PAVARINI, *L'esecuzione della pena*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale* (diretta da F. Bricola e V. Zagrebelsky), III, Utet, Torino, 1996, pp. 112 ss.

C. SARZOTTI, *Pena e malattia. La sanzione al malato infettivo a prognosi infausta alla luce delle dottrine assiologiche della pena*, in *La prigione malata. Letture in tema di AIDS, carcere e salute* (a cura di B. Magliona e C. Sarzotti), L'Harmattan Italia, Torino, 1996, pp. 115 ss.

G. VASSALLI, *Fine poco gloriosa di una norma poco civile*, in *Giust. pen.*, 1975, 1, 1, pp. 2030 ss.

P. VINEIS, *Modelli di rischio. Epidemiologia e causalità*, Einaudi, Torino, 1991, p. 3.

M. VIRGILIO, *Della imputabilità*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale* (diretta da F. Bricola e V. Zagrebelsky), II, Utet, Torino, 1996, pp. 418 ss.

S.F. VITELLO, *La tutela della salute in ambito penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1996, n. 1373, pp. 2367 ss.

RIASSUNTO

La tutela del diritto alla salute del condannato nella fase dell'esecuzione della pena detentiva è una delle questioni più dibattute dell'ordinamento penitenziario vigente e si può risolvere solo affrontando il problema della compatibilità tra il regime carcerario e le condizioni di salute del detenuto.

La risoluzione di tali questioni si pone in collegamento con un'altra importante tematica, costituita dalla verifica delle patologie rilevanti ai fini dell'applicazione dei benefici penitenziari previsti dagli articoli 146, 147, 148 c.p. e di quelli previsti dagli articoli 47-*ter* e 47-*quater* dell'Ordinamento penitenziario.

Si tratta di tematiche dai confini esegetici controversi, soprattutto in relazione al problema della definizione della nozione di gravità delle condizioni di salute del detenuto, che è indispensabile per analizzare gli istituti del rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena e della detenzione domiciliare.

Questa nozione, infatti, è richiamata sia dagli articoli 146, 147 e 148 del codice penale che dagli articoli 47-*ter* e 47-*quater* dell'Ordinamento penitenziario ed è stata destinataria di numerosi interventi giurisprudenziali – costituzionali e di legittimità – che devono essere ritenuti fondamentali per l'inquadramento del diritto alla salute del detenuto e per orientare gli operatori del diritto verso una tutela sempre più effettiva del diritto alla salute del condannato nella fase esecutiva del processo penale