ISSN 1826-3534

federalismi.it
RIVISTA DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO, COMPARATO, EUROPEO

OSSERVATORIO DI DIRITTO SANITARIO
1 APRILE 2020

Quale tutela per il diritto alla salute mentale nell'attuale sistema penitenziario?

di Francesca Nugnes
Professore aggregato di Istituzioni di diritto pubblico
Università di Pisa

Quale tutela per il diritto alla salute mentale nell'attuale sistema penitenziario?*

Francesca Nugnes
Professore aggregato di Istituzioni di diritto pubblico
Università di Pisa

Abstract [It]: Lo studio indaga sull'effettività del diritto alla salute mentale nel sistema penitenziario italiano. L'indagine parte dall'analisi dei principali aspetti critici del sistema penitenziario e di quello sanitario in particolare. Saranno evidenziate alcune questioni lasciate aperte dalla riforma del 2018, con particolare riguardo alla tutela della salute mentale, al fine di dimostrare come gli elementi organizzativi ed anche procedurali che incidono negativamente sulla sua effettività, richiedano un urgente intervento del legislatore.

Abstract [En]: The study investigates the effectiveness of the right to mental health in the Italian penitentiary system. The investigation starts from the analysis of the main critical aspects of the penitentiary system and of the healthcare system in particular. Some issues left open by the 2018 reform will be highlighted, with particular regard to the protection of mental health, in order to demonstrate how the organizational and even procedural elements that negatively affect its effectiveness require an urgent intervention by the legislator.

Sommario: **1**. Premessa: l'ineffettività del diritto alla salute mentale. **2**. L'organizzazione amministrativa penitenziaria e tutela della salute. **3**. L'organizzazione del servizio sanitario penitenziario. Tratti evolutivi e aspetti critici. **4** *segue*. Le prestazioni sanitarie penitenziarie e la persistenza di nodi problematici. **5**. La tutela della salute mentale nel sistema penitenziario. Profili organizzativi. **6**. *segue* Gli effetti discriminatori del quadro normativo e l'intervento della Corte costituzionale. **7**. L'intervento della Corte costituzionale ad equiparazione delle infermità fisiche e psichiche. **8**. Quale giustiziabilità per il diritto alla salute mentale? **9**.Osservazioni conclusive.

1. Premessa: l'ineffettività del diritto alla salute mentale

Nel 2018 sono stati registrati 64 casi di suicidio in carcere, il picco più alto dopo il 2011 in cui il numero è stato pari a 66[1]. Anche se nel 2019 è stata registrata una lieve riduzione del fenomeno limitato a 46 casi, i dati costituiscono la manifestazione di questioni irrisolte relative alla dignità dei detenuti e alla tutela dei

* Articolo sottoposto a referaggio.

[1] Garante per nazionale per i diritti delle persone detenute, *Relazione al Parlamento,* 2019;Tab.3.12 e tab. 3.16; diversamente secondo le rilevazioni realizzate dal Centro Studi- *Ristretti Orizzonti, Dossier "Morire di carcere", 7 dicembre 2019* reperibile al sito ristretti.it il numero di suicidi nel 2018 è pari a 67; in argomento si veda M. BARTOLINI, *La questione psichiatrica all'interno degli istituti di pena*, in *Ristretti.it*: «Il carcere pervertisce, aliena, disgrega, è un momento di vertigine dove tutto si proietta lontano.(...) Alle forme di patologia fisica si aggiungono forme di sofferenza psichica, di disturbi della personalità e, in rari casi, forme di patologia mentale a carattere reattivo psicogeno, determinate dalle condizioni di vita proprie di ogni carcere»; sul punto si veda A.PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi*), in *www.rivistaaic.it*, 2014, specie p. 4; L. BACCANO, F. MORELLI, *Morire di carcere*, in *Criminalia*, 2009, 435 ss evidenziano come oltre ai suicidi dei detenuti si rilevano suicidi anche tra il personale della polizia penitenziaria.

loro diritti fondamentali, *in primis* quello della salute ex art.32 della Costituzione e art.35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[2].

Eppure il quadro normativo, sin dalle riforme introdotte con la legge n.354/1975 relativa all'ordinamento penitenziario, con il d.lg.s n. 230/1999 di riordino della medicina penitenziaria e successivi interventi, fino alla riforma introdotta dalla legge delega n. 103/2017 e relativi decreti attuativi, è stato progressivamente finalizzato a garantire alle persone private della libertà personale prestazioni sanitarie "al pari dei cittadini in stato di libertà"[3].

Ciononostante, l'effettività del diritto alla salute[4], e in particolare della salute mentale, appare lontana dal concretizzarsi nonostante i richiami della giurisprudenza Edu, della giurisprudenza di legittimità e della Corte costituzionale[5].

---

[2] A livello sovranazionale si registra un intensificarsi dell'attenzione dedicata alla questione della tutela della salute in carcere a partire dalle Regole penitenziarie europee adottate dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa nel 2006, Parte III relativa alla salute e ai doveri di fornire prestazioni da parte del sistema penitenziario, dalla Risoluzione del Parlamento europeo 2011/2897 sulle condizioni detentive, in particolate al punto 8); dagli CPT Standards- "Substantive" sections of the CPT's General Reports Council of Europe, CPT/Inf/E(2002) 1, aggiornato al 2015, la cui Parte III è dedicata ai Servizi di assistenza sanitaria.

[3] Art. 1, comma2, lett. a, d.lgs. n. 230 del 1999; la tutela del diritto alla salute è menzionata anche nella Carta dei diritti e doveri dei detenuti e degli internati adottata con D.M. 5 dicembre 2012, in attuazione dell'art.69 del Regolamento sull'ordinamento penitenziario, d.P.R. 30 giugno 2000 n.230.

[4] Sul punto si veda S. TALINI, *Il diritto all'effettività dei diritti: quali forme di tutela per le persone private della libertà?*, in M.RUOTOLO - S.TALINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017, p. 434; l'A. evidenzia come in realtà si tratti di diritti la cui effettività è emersa grazie a molteplici interventi della giurisprudenza, specie di quella costituzionale; relativamente alla tutela della salute si veda lo studio di M.CAREDDA, *Il diritto alla salute nelle carceri italiane. Questioni ancora aperte*, *Ibidem*, p.165 e ss; più recentemente ID, *Un diritto fondamentale e universale: la tutela della salute alla prova della realtà carceraria*, in M. RUOTOLO – S.TALINI (a cura di), *Dopo la Riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale,* Napoli, 2019 p.131, specie p. 148-152.

[5] Come è noto l'Italia è stata più volte condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione dell'art.3 della Convenzione che vieta trattamenti inumani e degradanti. Fondamentale resta la nota sentenza C. eur. dir. uomo *Torreggiani e altri c. Italia (ricorsi nn.4357/09, 46882/09, 55400/09;57875/09; 61535/09; 35315/10;37818/10 , 8* gennaio 2013; la letteratura di commento alla sentenza è vastissima, per tutti, si veda M.RUOTOLO, *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte Edu*, Napoli, 2014, *passim;* C. NARDOCCI, *Il principio rieducativo della pena e la dignità del detenuto: prime risposte tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 279 del 2013*, in *www.rivistaaic.it*, 1/2014, 21 marzo 2014; si veda anche, Corte EDU, Sez.II, 11 febbraio 2014, Contrada c. Italia, in *Dir. Pen. e Processo*, n.4/2014, p. 487 con commento di C. CONTI; con specifico riferimento allo stato di salute del detenuto C.eur. dir. uomo, Sez.II, 17 luglio 2012, Scoppola c. Italia, in www.echr.coe.int; C. eur. dir. uomo, Sez.II, 7 febbraio 2012, Cara Damiani c. Italia, ibidem; più recentemente C.eur.dir. uomo, Sez.I, sent. 25 ottobre 2018, Provenzano c.Italia; per una disamina della giurisprudenza europea relativa alla tutela del diritto alla salute in carcere *ex multis,* F.CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in *www.penalecontemporaneo.it,* 2017; L. CESARIS, *Nuovi interventi della Corte europea dei diritti dell'Uomo a tutela delle salute delle persone detenute*, in *Rass. penit. crim.,* n.3/2012, p. 213 ss. con specifico riferimento alla tutela del diritto alla salute degli infermi psichici si veda Corte EDU, Seconda sezione, Sentenza 17 novembre 2015, Bamouhammad contro Belgio, par. 119, e Corte EDU, Grande Camera, Sentenza 26 aprile 2016, Murray contro Paesi Bassi, par.105 commentata da G. BERTOTTI, *Riflessioni e analisi in tema di tutela della salute mentale in carcere: la sentenza* Murray c. Olanda, in *Giurisprudenzapenale.com*, n.3/2017, specie p.2, nota 2; *per la giurisprudenza di legittimità, relativamente alla tutela della salute mentale della persona in vinculis si vedano, ex multis, le sentenze nn.167/1999, 282/2002,251/2008, 162/2014,169/2017.*

Emblematico in tal senso è il silenzio del legislatore delegato che ha lasciato incompiuta parte della legge delega n.103/2017, volta a garantire trattamenti terapeutici e riabilitativi per malati psichici, facendo perdurare l'ineffettività della tutela alla salute specie per i detenuti con infermità psichica sopravvenuta.

Alle lacune del quadro normativo si affiancano le questioni legate a un sistema amministrativo complesso, articolato su due ministeri e più livelli territoriali, con sovrapposizioni di competenze che si alternano a zone d'ombra della titolarità delle funzioni relative all'esecuzione della pena.

Soprattutto, ad incidere sulla capacità del nostro ordinamento di garantire eguaglianza di diritti fondamentali a detenuti e condannati, pesa un bilanciamento tra le istanze di sicurezza sociale e garanzia dei diritti fondamentali che rimane appiattito sulla preminente esigenza di difesa sociale senza adeguate compensazioni per la tutela del diritto alla salute, specie di quella psichica[6]. Quest'ultima soffre di un quadro normativo lacunoso sul quale hanno negativamente inciso le disposizioni del d.lgs. n.123/2018 e ancor di più un sistema sanitario penitenziario del tutto inappropriato per quella che è divenuta una vera e propria emergenza.

In questa sede si cercherà di evidenziare i principali aspetti che a livello amministrativo allungano la distanza tra il diritto costituzionalmente garantito e la sua effettività[7].

L'analisi, secondo una prospettiva propria del diritto pubblico, prende avvio dall'organizzazione del sistema amministrativo penitenziario e di quello sanitario in particolare, evidenziando alcune questioni lasciate aperte dalla riforma del 2018, con particolare riguardo alla tutela della salute mentale e al contributo offerto dalla recente giurisprudenza costituzionale. La ricostruzione critica del quadro normativo e amministrativo servirà a chiarire il contesto in cui andrà considerata la giustiziabilità del diritto alla salute mentale, al fine di dimostrare come gli elementi organizzativi ed anche procedurali che incidono negativamente sulla sua effettività, richiedano un urgente intervento del legislatore[8].

---

[6] Dubbi sul ricorso al bilanciamento quale strumento per individuare un equilibrio tra sicurezza e salute sono avanzati da A.MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso,* in Id (a cura di), *Salute e sicurezza sui luoghi di lavoro,* Roma, 2017, p. 28 e ss.

[7] Fermo restando che gran parte delle problematiche di cui si ora si dirà, sono riconducibili al sovraffollamento carcerario di cui non ci si può occupare in questa indagine essendo un tema meritevole di un contributo a parte; si veda A.SCANDURRA, *Uno sguardo al sistema carcerario italiano ed europeo*, in P.GONNELLA (a cura di), *La riforma dell'ordinamento penitenziario,* Torino, 2019, p.117, specie p. 119 in cui si evidenzia come il sistema penitenziario italiano sia entrato in una "nuova stagione di crescita della popolazione detenuta"; la popolazione carceraria, secondo le stime del Ministero di giustizia è pari a 61.174, a fronte di una capienza regolamentare per 50.476 unità; cfr. Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria- Ufficio del Capo del Dipartimento - Sezione statistica, *Detenuti italiani e stranieri presenti e capienze per istituto-aggiornamento al 30 novembre 2019*, reperibile al sito www.giustizia.it.

[8] Nella letteratura giuspubblicistica relativamente all'amministrazione penitenziaria in generale V. GIAMMUSSO, *Gli istituti penitenziari*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo speciale*, Tomo I, Giuffrè, 2003,p. 481 e ss; E. D'ALTERIO, *Il sistema amministrativo penitenziario,* in *Riv. trim. dir. pubbl., n.2/ 2013,* p. 369; con riferimento ai diritti dei detenuti M. RUOTOLO, *Sul problema dell'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Giur. cost., 2012*, 684 ss; ID., *Diritti dei detenuti e Costituzione,* Torno, 2002, specie p.139-161; ID., *Dignità e Carcere*, Napoli, 2011; M.RUOTOLO - E S.TALINI, *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale,* Napoli, 2017; ID – ID (a cura di), *Dopo la*

2. L'organizzazione amministrativa penitenziaria e tutela della salute

La recente riforma dell'ordinamento penitenziario, introdotta in attuazione della legge delega n. 103 del 2017, ha lasciato sostanzialmente intatta l'organizzazione dell'amministrazione penitenziaria rientrante nelle competenze del Ministero della giustizia ed incentrate sul ruolo del Dipartimento, della giustizia penitenziaria (DAP)[9]. Quest'ultimo consta di un Ufficio del Capo Dipartimento, di una Direzione del Personale e delle risorse, di una Direzione formazione[10] e di una Direzione detenuti e trattamento (art.30 l.395/90; d.p.c.m.19 giugno nn.99 e 100) [11].

Il raccordo tra l'amministrazione centrale, il Dap, e l'amministrazione periferica nel cui ambito si collocano 189 Istituti penitenziari e gli 83 Uffici di esecuzione penale esterna istituti di pena è realizzata da undici provveditorati regionali che svolgono anche un coordinamento con gli enti locali, le regioni e il servizio sanitario nazionale[12].

Secondo la pianta organica del Dap, modificata dal dlgs. n. 95/2017, allo svolgimento di queste funzioni sono preposti circa 37.000 operatori di polizia penitenziaria, circa 9.000 funzionari giuridico- pedagogici (c.d. educatori), ai quali si aggiungono le attività svolte da quasi 17.000 volontari. I soggetti in detenzione

Riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale, cit., *passim;* A.MASSARO (a cura di), *La tutela della sicurezza nei luoghi di detenzione*, Roma, 2017, *passim.*

[9] Cfr.V. GIAMMUSSO, *Gli Istituti penitenziari, op.cit.*, pp.489-505.

[10] Nell'ambito della Direzione Formazione è presente la Scuola Superiore dell'esecuzione penale, preposto all'alta formazione dei dirigenti e funzionari dei Dipartimenti dell'Amministrazione penitenziaria, della giustizia minorile e di Comunità e del Corpo di polizia penitenziaria, che ha assorbito il precedente Istituto Superiore di studi penitenziari istituito con dlgs. n.30 ottobre 1992 n.446

[11] In quest'ultima Direzione sono presenti sei Uffici di cui uno, l'Ufficio III è preposto al servizio sanitario le cui competenze, definite dal decreto ministeriale 2 marzo 2016 sono limitate alla vigilanza sulla prestazione dei livelli essenziali di assistenza negli istituti penitenziari e all'assegnazione dei detenuti e degli internati per ragioni sanitarie, previo raccordo con gli Uffici V e IV preposti ai detenuti di alta e media sicurezza. Relativamente alle prestazioni di prevenzione e cura destinate ai detenuti e internati tossicodipendenti le funzioni, sin dal 1 gennaio 2000, sono svolte dal Servizio sanitario nazionale che ha acquisito anche il personale, le attrezzature e gli arredi, oltre alle relative risorse finanziarie.

[12] Del sistema penitenziario fanno parte, sebbene limitatamente alla gestione di servizi strumentali, anche operatori privati la cui presenza comporta implicazioni giuridiche di non poco conto. L'amministrazione delle carceri, infatti, è riconducibile all'amministrazione della giustizia che come è stato osservato rientra nelle funzioni d'ordine che esprimono la sovranità dello Stato e non sarebbe pertanto possibile riconoscere l'esercizio di una competenza anche ad autorità che non sono ricomprese nell'apparato statale; così C. MEOLI, *Le funzioni di ordine*, in G. VESPERINI (a cura di), *Diritto amministrativo speciale*, Milano, 2005; peraltro l'esercizio delle attività amministrativa penitenziaria deve coniugarsi con la tutela dei diritti fondamentali e tale coniugazione dovrebbe essere sempre garantita nell'esecuzione amministrativa della pena ed è insita nel fine stesso dell'attività amministrativa penitenziaria che è costituito dall'esigenza di difesa sociale da un lato e dall'auspicabile/doveroso necessità di rieducazione e reintegrazione sociale; sul punto si veda E. D'ALTERIO, *L'esternalizzazione delle funzioni di ordine: il caso delle carceri*, in *Riv.Trim. Dir. Pubbl.* n.4/2008, p.969; G. NESPOLI, *Rilievi sulla funzione amministrativa nel rapporto d'esecuzione penitenziaria*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica,* n. 1-2, 1982, p. 35.

sono più di 60.000 a fronte di una capienza regolamentare complessiva poco superiore a 50.000[13]; la spesa stanziata per l'amministrazione penitenziaria nel 2018 è stata quasi di 3000 milioni di euro[14].

Questi dati definiscono chiaramente l'immagine di un apparato amministrativo complesso, per i quali oltre ai costi di tipo finanziario, rilevano i costi sociali che aumentano in modo direttamente proporzionale al cattivo bilanciamento tra i due tipi di interesse in gioco: quello pubblico relativo alla tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico e quello privato relativo alla recupero e reintegrazione di cui la tutela dei diritti fondamentali è il presupposto[15].

La ricerca di tale equilibrio è parte della *ratio* della riforma del 1998, che ha costruito la riforma del sistema sanitario penitenziario su due direttrici che, da un lato, affidano al Ministero della salute le funzioni di indirizzo, programmazione e coordinamento, dall'altro assegnano al Ministero di Giustizia la funzione di garanzia della sicurezza delle strutture sanitarie istituite all'interno degli istituti penitenziari e nei luoghi di cura anche esterni al carcere dove vengano ricoverati detenuti ed internati.

La ripartizione delle competenze tra i due ministeri è completata dalle competenze regionali in materia, il che sul piano sostanziale configura una tutela che, oltre il limite del nucleo essenziale costituzionalmente vincolante, si concretizza in modo differenziato a seconda del territorio, delle modalità di azione delle Aziende sanitarie locali e/o a seconda dell'Istituto penitenziario[16].

Più specificamente, sul piano amministrativo tale bilanciamento può trovare assetti differenti anche in ragione della maggiore incisività che l'amministrazione penitenziaria può esercitare sulle situazioni giuridiche dei singoli[17]. L'amministrazione penitenziaria, infatti, è caratterizzata da una specialità che se da un lato impone un rigido rispetto del principio di legalità e impone forti limiti alla discrezionalità,

---

[13] Cfr. Ministero Giustizia, *Resoconto aggiornato dello stato del sistema penitenziario*, Roma, settembre 2012, reperibile al sito www.giustizia.it; si veda anche Ministero Giustizia, *Statistiche- Detenuti presenti, aggiornamento al 31 Agosto 2019*, reperibile al sito www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14.page; a riguardo si evidenziano sostanziali differenze rispetto ai dati rilevati da A. Maculan, *Non solo detenuti: chi lavora nelle nostre carceri?,* XV Rapporto sulle condizioni di detenzione, Associazione Antigone, Roma, maggio 2019, in cui il personale di polizia penitenziaria effettivamente presente risulta essere poco più di 31.000 unità, rispetto alle oltre 37.000 previste dalla pianta organica del Dap; anche per gli operatori giuridico-pedagoci vi è una lieve discrepanza tra i 999 previsti dal Dap e i 925 rilevati dal medesimo Rapporto, analoga discrepanza è stata rilevata in relazione alla presenza di volontari: 1 per ogni 3,5 detenuti secondo i dati del Dap; i ogni 7 detenuti secondo il Rapporto dell'associazione Antigone.

[14] Cfr. Legge di bilancio n. 145 del 2018, tab.5.

[15] Si tratta di un bilanciamento in cui tradizionalmente è stato l'interesse pubblico a prevalere, ne è chiara manifestazione la consolidata organizzazione di alcune funzioni connesse alla custodia e difesa sociale dell'attività amministrativa penitenziaria quali, ad esempio, le attività relative all'assegnazione dei condannati e degli internati ai vari istituti, la gestione dei trasferimenti, l'attività di vigilanza e sorveglianza svolte dalla polizia penitenziaria, l'esecuzione delle sanzioni disciplinari deliberate dal Direttore dell'istituto oppure dal consiglio di disciplina; cfr. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione,* Torino, 2002 p.32-36.

[16] Questo aspetto è evidenziato da M.Caredda, *Le politiche delle Regioni per la prevenzione ed assistenza sanitaria in favore delle persone private della libertà: a dieci anni dalla Riforma della medicina penitenziaria*, in *Osservatorio di diritto sanitario*- Federalismi.it, 27 ottobre 2018.

[17] M. RUOTOLO, *Salute e carcere*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*, Milano, 2012, p.59.

dall'altro riconosce ampi poteri alla stessa amministrazione penitenziaria, oltre che agli organi di vertice politico[18].

É su questo piano pertanto che va ricercato il grado di effettività del diritto alla salute il cui presupposto dovrebbe essere costituito dal rispetto di livelli di prestazioni non semplicemente "analoghi a quelli garantiti ai cittadini liberi", ma adeguati al contesto ed appropriati rispetto alle necessità dei soggetti detenuti (d.lgs. n.230/99), specie nei casi non infrequenti in cui la patologia fisica o psichica insorge in seguito alla permanenza negli istituti di pena.

3. L'organizzazione del servizio sanitario penitenziario. Tratti evolutivi e aspetti critici

La normativa sanitaria penitenziaria, come accennato, è frammentata e caratterizzata da problemi di coordinamento con il generale quadro normativo concernente la tutela del diritto alla salute[19].

Si tratta di un problema rilevabile sin dalla legge n.354 del 1975 sull'ordinamento penitenziario rimasta a lungo non coordinata con la legge n.833 del 1978 istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, come testimoniato dall'assenza di disposizioni relative alla sanità penitenziaria.

Un accenno alla necessità di coordinamento si coglieva nell'art.11 della legge n.354/1975 che prevedeva la possibilità per le amministrazioni penitenziarie di collaborare con i servizi pubblici sanitari in caso di necessità, senza specificare se le strutture sanitarie penitenziarie conservassero una autonomia rispetto al servizio sanitario nazionale o all'opposto sarebbero dovute confluire in quest'ultimo proprio in ragione dell'assenza di disposizioni specifiche che ne riconoscessero l'autonomia. Il dubbio è stato sciolto dal Consiglio di Stato che con parere n.305/1987, ribadiva l'autonomia e la specialità del sistema sanitario penitenziario e la competenza in materia del Ministero della Giustizia.

Questa ripartizione delle competenze era speculare ad uno sdoppiamento delle modalità di tutela della salute per persone libere aventi diritto alle prestazioni del servizio sanitario nazionale, da un lato, e per quelle private della libertà aventi diritto alle prestazioni sanitarie garantite dal Ministero di giustizia e "approntate" all'interno dell'istituto penitenziario, dall'altro.

---

[18] Per questi aspetti si veda E. D'ALTERIO, *Il sistema amministrativo penitenziario*, *op.cit.* p.379, che osserva come "A tal riguardo, rilevano, in primo luogo, gli ampi poteri attribuiti ai dirigenti amministrativi, soprattutto se posti alla direzione degli istituti penitenziari. Essi svolgono funzioni molto rilevanti relative all'organizzazione, al governo disciplinare, alla supervisione contabile-amministrativa, all'organizzazione e coordinamento dell'osservazione e del trattamento dei detenuti, al collegamento con l'esterno. Anche gli organi del vertice politico godono di particolari poteri: ad esempio, l'art. 41 bis, legge n. 354 del 1975, prevede un significativo potere di intervento del Ministro della giustizia, che in casi di emergenza può, con provvedimento motivato, sospendere l'applicazione delle normali regole di trattamento dei detenuti e degli internati. Il riconoscimento di un tale potere speciale, unito all'esercizio di alcune attività materiali di coercizione e limitazione della libertà personale da parte dei direttori degli istituti soprattutto sul piano disciplinare e dei trasferimenti, costituiscono un rafforzamento delle prerogative dell'amministrazione penitenziaria a possibile discapito della tutela dei diritti fondamentali dei detenuti".

[19] In questo senso M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, *op. cit.*, p.144.

Peraltro, la mancanza di norme di coordinamento tra la legge 354/75 e la legge n.833/1978 induceva a ritenere che "l'assistenza sanitaria ai detenuti" fosse alla stregua di ""un servizio" reso dallo Stato per il tramite dell'amministrazione penitenziaria"[20].

Quasi come se la specialità della medicina penitenziaria, correlata alla condizione del paziente privato della libertà personale, equivalesse ad una "specialità della disciplina normativa, che avrebbe potuto legittimare deroghe ai principi e ai diritti generalmente riconosciuti alle persone malate in quanto tali"[21].

Tale ripartizione, foriera di disparità di trattamento è stata superata con la legge delega n.419/1998[22] che ha operato un riordino della sanità penitenziaria attraverso un'impostazione unitaria della tutela della salute del cittadino, sia libero che detenuto, e ha previsto l'assegnazione di personale e di strutture sanitarie dell'amministrazione penitenziaria al Servizio sanitario nazionale e l'attribuzione alle Regioni e alle Aziende sanitarie locali (Asl) di un ruolo di controllo sulle prestazioni sanitarie erogate ai detenuti e agli internati.

Più dettagliatamente, il d.lgs n. 230/1999 ha specificato l'articolazione di competenze tra l'Asl e l'amministrazione penitenziaria lasciando a quest'ultima il ruolo di garantire la sicurezza e di disciplinare il regime autorizzatorio e di accesso del personale del Servizio sanitario nazionale (art.4), mentre alle Asl sono stati attribuiti compiti di gestione e controllo dei servizi sanitari penitenziari (art.3).

Per effetto del d.lgs n. 230/1999, dunque, la sanità penitenziaria pur assestandosi su due pilastri, uno relativo alle competenze del Ministero della Giustizia; l'altro relativo al Ministero della Salute, ha posto per la prima volta al centro il diritto della salute del detenuto al quale vengono ora riconosciuti "livelli di prestazioni analoghi a quelli garantiti ai cittadini liberi" (art.1.d.lgs.n.230/1999).

A distanza di circa un decennio è stato realizzato il completo trasferimento delle funzioni, risorse umane, rapporti di lavoro, nonché attrezzature e beni strumentali della sanità penitenziaria, al Servizio sanitario nazionale (art.2, commi 283 e 284 della legge 24 dicembre 2007 n. 244, d.P.C.M. 1 aprile 2008 con le allegate Linee di indirizzo)[23].

Si è trattato di una tappa significativa che, sebbene accompagnata da molte "perplessità (...) rispetto alla perdita di tipicità e di autonomia della medicina penitenziaria (...), almeno da un punto di vista "simbolico"

[20] Così R. ANDREANO, *Tutela della salute e organizzazione sanitaria nelle carceri: profili normativi e sociologici,* reperibile al sito del Centro di Documentazione "L'altro diritto": www.altrodiritto.unifi.it, ripreso da M. RUOTOLO, *Diritto dei detenuti e costituzione*, *op. cit*., p.145

[21] Così M. Ruotolo, *Diritto dei detenuti*, *op.cit.* p.145

[22] Delega al Governo per la razionalizzazione del servizio sanitario nazionale e per l'adozione di un testo unico in materia di organizzazione e funzionamento del servizio sanitario nazionale. Modifiche al decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502; B. BRUNETTI, *La tutela della salute in carcere. Organizzazione del servizio sanitario penitenziario. Evoluzione normativa*, in M. ESPOSITO (a cura di), *Malati in carcere. Analisi dello stato di salute delle persone detenute*, Milano, 2007, p.96 e ss.

[23] Per un'analisi approfondita di questo passaggio si veda A. BERNASCONI, *Art. 11*, in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, p.125 e ss.

segna "il superamento di un modo di concepire la posizione del detenuto anche rispetto ai trattamenti sanitari che senz'altro fuoriusciva dal quadro costituzionale. La sottoposizione esclusiva all'amministrazione penitenziaria anche in quest'ambito poteva rivelarsi strumentale ad un uso della medicina penitenziaria rivolto a privilegiare le contingenti concezioni finalistiche della pena detentiva, rischiando di piegare l'intervento medico e farmacologico alle necessità della disciplina e della sicurezza dell'istituto"[24].

4 *segue*. Le prestazioni sanitarie penitenziarie e la persistenza di nodi problematici

Ad oltre un decennio dal passaggio della sanità penitenziaria al Servizio sanitario nazionale, è intervenuto il d.lgs n. 123/2018 di modifica dell'art.11 della l. n. 354/75 e dell'art.1 del d.lgs n. 230/99 recante la disciplina di riferimento per la definizione delle competenze e per l'organizzazione delle prestazioni sanitarie in carcere.

In riferimento alla tutela della salute psichica, su cui si tornerà più avanti, la riforma è deludente poiché non solo non introduce disposizioni volte ad alleviare le questioni aperte, ma abroga alcune delle precedenti disposizioni relative alla tutela della salute mentale creando una lacuna ulteriore rispetto al precedente quadro.

In linea generale, il sistema sanitario penitenziario rimane assestato su una intersezione tra la dimensione sanitaria e quella della giustizia che si esplica in diversi momenti.

In primo luogo, il Ministro di giustizia approva con il Ministero della salute il Progetto obiettivo di durata triennale per la tutela della salute per la cui attuazione ciascuna Regione, limitatamente al proprio piano sanitario, ha di prassi consolidato una collaborazione con il Provveditorato regionale di riferimento presso il Dipartimento di amministrazione penitenziaria (Dap).

A livello regionale, stante la competenza delle Regioni in materia sanitaria ex art.117, comma 3, l'erogazione della prestazione sanitaria è affidata alle Aziende sanitarie locali che si avvalgono delle Unità operative di sanità penitenziaria preposte alla gestione unitaria delle attività socio sanitarie, comprese quelle specialistiche a favore dei detenuti.

Secondo il modello delineato dal D.P.C.M del 2008 e l'accordo C.U. del 22 gennaio 2015, a livello regionale l'assistenza sanitaria alla popolazione detenuta su ciascun territorio regionale è garantita attraverso un "sistema articolato di servizi sanitari" che costituiscono la "Rete regionale e nazionale per l'assistenza sanitaria penitenziaria" (art.1 C.U. 2015); all'interno del territorio regionale sono previsti servizi sanitari in ragione delle esigenze della popolazione detenuta. Si prevede che la pianificazione

[24] Così M.RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e costituzione*, *op. cit.* p.147

regionale della rete debba tener conto di diversi elementi quali: le reali strutture e servizi esistenti; l'esistenza o meno di istituti penitenziari attrezzati con specifiche strutture sanitarie interne, per i quali venga organizzato un servizio di assistenza medica e infermieristica continuo; la capienza dell'istituto e del numero annuo di ingressi; la presenza media dei detenuti e il tasso di criminalità del territorio; l'esistenza di sedi penitenziarie con particolari tipologie di detenuti[25].

Per le patologie complesse che comportino una degenza prolungata e un particolare impegno assistenziale è delineata un'organizzazione del servizio sanitario penitenziario secondo il modello delle reti cliniche integrate "HUB & SPOKE", in base al quale la trattazione dei casi complessi viene concentrata in pochi centri (HUB), ospedali con stanze o reparti dedicati, in grado di garantire maggiore intensità assistenziale; le sedi HUB operano in collegamento con i presidi ospedalieri territoriali (SPOKE).

Come è stato osservato, rispetto al modello di rete indicato dal quadro normativo sono state registrate "velocità assai diverse" nell'offerta di prestazioni sanitarie regionali, sebbene sia possibile individuare principalmente due modelli organizzativi: "uno nel quale la Regione assume il coordinamento della "Rete" per la sanità penitenziaria nel territorio regionale e le Asl si conformano alla programmazione dell'offerta come definita dai Piani regionali; l'altro nel quale l'assistenza sanitaria per gli istituti penitenziari è organizzata direttamente dalle Asl competenti, in assenza di Piano regionale" [26].

A valle di tale sistema resta l'Istituto penitenziario, ciascuno afferente all'Azienda sanitaria territorialmente competente; anche in questo caso vi è una differenziazione nell'offerta del servizio sanitario. Alcuni istituti dispongono di centri clinici idonei a fornire solo prestazioni di base; altri sono attrezzati per cure mediche specialistiche; altri ancora sono dotati di Sezioni multiprofessionali specializzate per l'assistenza intensiva (ex Centri Diagnostico- Terapeutici o Centri clinici), preposti all'erogazione all'assistenza

[25] Cfr. Circolare Dipartimento amministrazione penitenziaria n.3543/5993 del 23 febbraio 2001; D.P.C.M. 1 aprile 2008 e Accordo Conferenza Unificata 2015 sul documento "Linee Guida in materia di modalità di erogazione dell'assistenza sanitaria negli istituti penitenziari per adulti; implementazione delle reti sanitarie regionali e nazionali"; più precisamente, anche i servizi sanitari locali si differenziano in base alla dimensione, alle presenze e al tipo di detenuti, oltre che per il tasso di turnover degli arrestati o detenuti (art. 17, co. 4, Reg.penit.). I servizi sanitari locali predispongono un proprio modello di organizzazione per l'erogazione di diversi servizi quali: il servizio medico di base; il servizio medico multi-professionale integrato; il servizio medico multi-professionale integrato con sezione specializzata. Accanto a questi è prevista una sezione per detenuti con malattie infettive, una per soggetti con malattie mentali ed una per detenuti tossicodipendenti. In particolare, per questi ultimi è previsto l'Istituto a custodia attenuata per il trattamento dei tossicodipendenti (I.C.A.T.T.); le Sezioni attenuate per il trattamento dei tossicodipendenti (Se. A.T.T.); l'Unità a custodia attenuata per il trattamento della Sindrome da astinenza. E' inoltre previsto, come sopra accennato, il Servizio medico Multi-professionale Integrato con sezioni preposte e specializzate per l'assistenza intensiva (SAI), oltre a Ospedali Hub/Spoke provvisti di stanze o di un Reparto ospedaliero per detenuti.

[26] Così M. Caredda, *Le politiche delle Regioni per la prevenzione ed assistenza sanitaria in favore delle persone private della libertà: a dieci anni dalla Riforma della medicina penitenziaria*, in *Osservatorio di diritto sanitario*- Federalismi.it, 27 ottobre 2018, specie p.6 e ss; ID., *Un diritto fondamentale e universale: la tutela della salute,* in M.RUOTOLO – S.TALINI (a cura di), *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Editoriale Scientifica, 2019 p. 131 e ss., specie p.142-146

medica specialistica e continuativa. In alcuni istituti sono previste Articolazioni per la salute mentale di cui si dirà più avanti.

In ciascun istituto di pena l'ingresso della persona condannata prevede una visita medica generale, integrata da un colloquio psicologico, con cui si apre la cartella clinica del detenuto. Si tratta di un momento importante volto a rilevare segni di eventuali maltrattamenti subiti, valutare l'intensità del rischio di suicidio e di conseguenza definire il percorso terapeutico e l'assegnazione alla sezione più congrua allo stato di salute del detenuto (art.11, comma 7, o.p e art.23, comma 1, d.P.R. n. 230/2000)[27].

Sin dall'ingresso nell'istituto di pena viene attivata "l'osservazione scientifica della personalità" del soggetto detenuto da parte di un *équipe* costituita dal personale di polizia penitenziaria, assistenti sociali, educatori e laddove ritenuto necessario anche da psicologi e psichiatri.

L'osservazione è condotta per rilevare le "carenze psico fisiche o altre cause che hanno condotto al reato e per proporre un idoneo programma di reinserimento" (art.13, legge 354/1975; artt.28 e 29 d.P.R:230/2000) e consentirebbe di rilevare indizi legati al rischio suicidario che statisticamente si verifica nella prima fase della detenzione. Tuttavia, la carenza di personale psichiatrico negli istituti di pena, non consente di svolgere efficacemente questa funzione, tant'è che parte della letteratura ha avanzato la proposta di avvalersi per lo screening iniziale del recluso di strumenti algoritmici per verificare il rischio di suicidio[28].

In realtà, pur avvalendosi di formule algoritmiche, sembra evidente che all'esigenza di prevenire il rischio suicidario si debba dare una risposta condivisa da parte del personale penitenziario e di quello sanitario, così come indicato dal Piano nazionale per la prevenzione delle condotte suicidarie nel sistema penitenziario per adulti[29].

---

[27] Così M. MIRAVALLE, *La salute psico-fisica dei detenuti*, *op.cit.,* p.45 in cui peraltro si fa riferimento ad altre ricerche empiriche condotte da G. TORRENTE - M. MIRAVALLE, *La normalizzazione del suicidio nelle pratiche penitenziari. Una ricerca sui fascicoli ispettivi dei provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, in *Politica del diritto* n. -2/2016, pp.217-258, che hanno dimostrato come la frequenza dei suicidi in carcere sia più alta nei primi giorni di detenzione, secondo l'A. "spesso collegata ad una "sottovalutazione" di determinate circostanze da parte del sanitario che ha svolto la visita di primo ingresso"; in occasione della prima visita medica devono essere annotate nella cartella clinica, le "informazioni relative a segni o indici che facciano apparire che la persona possa aver subito violenze o maltrattamenti" e, fermo restando l'obbligo di referto, se ne dà comunicazione al direttore e al magistrato di sorveglianza. Manca del tutto il riferimento al Garante e neanche si prevede, come proposto dalla Commissione Pelissero, l'utilizzo di documentazione fotografica; cfr. A. DELLA BELLA*, Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in www.Dirittopenalecontemporaneo.it., 7 novembre 2018.

[28] In questo senso, K.P. DAHLE – J.LOHNER – N.KONRAD, *Suicide prevention in penal institutions:Validation and optimization of a screening tool for early identification of high-risk inmates in pretrial detention*, in *International Journal of Forensic Mental Health*, n.4/2005, p.53-62

[29] Il piano è stato adottato in seno all'accordo in Conferenza Unificata il 27 luglio 2017; la necessità di un lavoro integrato e multidisciplinare è evidenziata al par.3.4 con particolare riferimento ai casi in cui sussistano rilevanti effetti di rischio

All'opposto, come si vedrà più avanti, nell'attuale art.11 della legge 354/1975, è stato eliminato il riferimento all' "opera di almeno uno specialista in psichiatria" in ogni istituto penitenziario e soltanto pochi istituti di pena hanno adottato un protocollo per la prevenzione dei suicidi[30].

All'esito della visita medica, laddove si riscontri una patologia che in ragione della gravità del caso non possa essere curata nell'ambito della struttura penitenziaria, si prevede la possibilità di trasferire il detenuto in un luogo esterno di cura.

Il diritto ad usufruire di cure all'esterno dell'istituto costituisce un tema spinoso in ragione dei diversi beni da tutelare: da un lato le esigenze di sicurezza collettiva e dall'altro la tutela alla salute del detenuto che potrebbe subire danni da eventuali ritardi nel trasferimento in luogo esterni. Sul punto la Commissione Pelissero[31] aveva evidenziato l'opportunità di assegnare la competenza ad emettere ordinanza di trasferimento al magistrato di sorveglianza e, in casi particolari e urgenti, al direttore dell'istituto, entrambe figure che più di ogni altra hanno completa conoscenza della realtà contingente dei casi[32].

All'opposto, la riforma ha seguito una via analogica a quella prevista per l'autorizzazione a ricevere la visita del medico di fiducia a proprie spese, per cui fino alla sentenza di primo grado l'autorizzazione spetta al giudice che procede, mentre solo per condannati e internati l'ordinanza di trasferimento verrà emessa dal magistrato di sorveglianza (art.11, comma 4). Ulteriormente ridimensionato è il ruolo del direttore dell'istituto che può provvedere al trasferimento solo[33] quando è necessario provvedere con estrema urgenza al ricovero in luogo esterno, onde evitare effetti pregiudizievoli derivanti dall'attesa del provvedimento del magistrato (art.17, comma 8, d.P.R. n. 230/2000). Ad ogni modo va considerato che in passato, i provvedimenti del direttore, sebbene avessero come presupposto l'estrema urgenza della decisione di trasferimento in luogo di cura, nella prassi applicativa si sono rivelati più frequenti delle ordinanze di trasferimento adottate dalla competente autorità giudiziaria[34].

---

[30] Sul punto si veda R.ALTOPIEDI – D.RONCO*; Insalubri. La salute incarcerata*, *XV Rapporto Antigone sulle condizioni di detenzione*, maggio 2019, reperibile all'indirizzo *www.antigone.it;* l'analisi condotta su 56 relazioni delle Asl territorialmente competenti per gli istituti penitenziari riporta che nel 14,5 per cento degli Istituti manca un protocollo per la prevenzione dei suicidi e che nell'anno precedente allo studio sono stati 25, ai quali vanno ad aggiungersi i casi di tentato suicidio e gli atti di autolesionismo "che arrivano a sfiorare quasi il 50% nella casa circondariale di Pisa e a superare il 30% negli istituti di Ascoli Piceno, Civitavecchia, Pesaro, Campobasso, Cassino, Castelfranco Emilia e Vigevano".

[31] Con decreto del Ministro della Giustizia del 19 luglio 2017 è stata istituita la Commissione presieduta dal prof. Marco Pelissero, incaricata di redigere una proposta di riforma del sistema normativo delle misure di sicurezza personali e dell'assistenza sanitaria in ambito penitenziario, specie per le patologie di tipo psichiatrico, e per la revisione delle pene accessorie, al fine di predisporre gli scemi di decreto legislativo secondo le previsioni della legge 23 giugno 2017, n.103 recante "Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario".

[32] La relazione illustrativa della Commissione Pelissero, nominata dopo l'approvazione della legge delega è reperibile dal sito *www.giustizia.it*

[33] Va precisato che il provvedimento è sempre adottato dal giudice che procede: prima dell'esercizio dell'azione penale, l'autorità investita è il g.i.p.; in seguito alla pronuncia di primo grado provvede il magistrato di sorveglianza (art.11, comma 4, o.p.).

[34] Così C. TERRANOVA, *La tutela della salute in carcere*, Quaderni CSM, 1/1983, p.40, specie p.46

La riforma del 2018 interviene anche sul diritto del detenuto di richiedere a proprie spese la visita da parte di un medico di fiducia (art.11, comma 12, legge 354/1975)[35].

Si tratta di un diritto già riconosciuto dalla precedente normativa, ma che ora si estende a tutte le professioni sanitarie, non solo ai medici. Anche in questo caso l'autorizzazione a ricevere la visita del medico di fiducia spetta al giudice che procede fino alla sentenza di primo grado, e al direttore in seguito. Quest'ultimo dovrà rilasciare l'autorizzazione alla visita del medico di fiducia, non esercitando una propria discrezionalità rispetto all'accoglimento o meno della domanda ma avendo riguardo alle "modalità di tali prestazioni, al fine di evitare abusi e situazioni contrastanti con l'ordine dell'istituto"[36]. Soprattutto, in considerazione dell'estensione della possibilità di ingresso nell'istituto anche da parte di altre professioni sanitarie sarà necessaria anche un'attività di coordinamento con l'azienda territorialmente competente che gestisce gli spazi e le strutture sanitarie interne alla struttura penitenziaria.

Durante la permanenza in istituto "l'assistenza sanitaria è prestata con periodici riscontri, effettuati con cadenza allineata ai bisogni della salute del detenuto" (comma 7, art.11), ma a destare perplessità è la disposizione secondo cui "il medico del servizio sanitario garantisce quotidianamente la visita dei detenuti ammalati e di quelli che ne fanno richiesta quando risulta necessaria in base a criteri di appropriatezza clinica" (comma 8, art.11). Quest'ultimo alinea, che non era previsto nella precedente formulazione e neanche nel progetto della Commissione Pelissero, apre al rischio di un'eccessiva discrezionalità nella valutazione dei "criteri di appropriatezza" posti a presupposto della visita.

E d'altro canto, come è stato osservato, "si tratta di un giudizio che, pur rappresentando il presupposto della visita, sembra a sua volta presupporre la visita stessa; a meno che non si ritenga che la valutazione di "appropriatezza clinica" possa essere effettuata anche su base meramente documentale"[37].

La complessità e l'ambiguità della disposizione espone al forte rischio di ulteriori inefficienze nell'organizzazione delle prestazioni sanitarie, privando la disposizione stessa della potenzialità che pure serberebbe *in nuce*.

---

[35] Occorre ricordare che in base all'art. 1, comma sesto, d. lgs. n. 230 del 1999 e dell'art. 18, primo comma, Reg. esec., la popolazione detenuta è esente dal pagamento del c.d. *ticket* sanitario, il che ha sollevato condivisibili perplessità circa l'opportunità di applicare tale esenzione in modo generalizzato, sganciato dalle reali situazioni economiche e reddituali; in questo senso M.CAREDDA, *La salute e il carcere*, in *Costituzionalismo.it*, n.2/2015, specie p.20-21

[36] Così C.TERRANOVA, *La tutela della salute in carcere, op.cit.* p. 46; l'A. evidenzia che per gli imputati fino alla sentenza di primo grado l'autorizzazione è data dal giudice che procede, poiché in questo caso la disposizione intende tutelare gli interessi procedimentali in gioco, evitando di interferire sull'attività di periti e di consulenti tecnici specialmente se il processo è incentrato su accertamenti medico legali; Cfr. M.CANEPA –S.MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, MILANO, 2006, p. 105 e ss

[37] Così A. MASSARO, *La riforma dell'ordinamento penitenziario: assistenza sanitaria e vita detentiva*, in *Dir.Pen e Processo, n.2/2019*, p.149 e ss.

5. La tutela della salute mentale nel sistema penitenziario. Profili organizzativi.

Gli aspetti critici osservati rispetto alla tutela della salute in generale nell'ambito del sistema penitenziario, risaltano ancor di più concentrando l'osservazione sulla tutela della salute mentale.

La questione va inquadrata considerando, da un lato l'organizzazione dei servizi sanitari dedicati alla tutela della salute mentale dei detenuti e degli internati; dall'altro la normativa relativa alle fattispecie di incompatibilità tra salute e carcere. Su quest'ultima è recentemente intervenuta la Corte costituzionale che, come si dirà più avanti, con una sentenza manipolativa, la n.99/2019, ha posto fine ad una perdurante discriminazione a scapito dei detenuti con infermità psichica sopravvenuta.

Relativamente all'organizzazione di servizi sanitari penitenziari per la cura delle infermità psichiche va considerato che l'attuale organizzazione è il risultato di una evoluzione normativa disorganica di cui una tappa importante è costituita dal DPCM del 1 aprile 2008 che esortava a costituire apposite sezioni o reparti per i trattamenti terapeutico-riabilitativi, destinati a imputati e condannati con infermità psichica sopravvenuta, avviando in questo modo una transizione dei malati mentali dall'Opg al carcere.

In seguito, è intervenuta la legge n.81/2014 che non solo ha disposto la chiusura definitiva degli ospedali psichiatrici giudiziari (OPG), ma ha anche tentato di migliorare l'intero assetto amministrativo e finanziario del servizio psichiatrico penitenziario, prevedendo la creazione di Residenze per l'esecuzione delle Misure di Sicurezza (REMS), la cui gestione rientra nelle competenze del Ministero della Salute[38].

Si è così venuta a configurare un assetto duale in cui i soggetti infermi di mente al momento della commissione del fatto illecito sono destinati alle REMS, mentre i condannati la cui infermità psichica è sopravvenuta nel corso della detenzione sono assegnati alle sezioni specializzate, le Articolazioni di salute mentale. Allo stato attuale si rileva che tali sezioni, dove istituite, sono gestite in modo eterogeneo "ad esclusiva o prevalente "gestione sanitaria", ma rimangono pur sempre sezioni carcerarie e quindi è garantita la presenza della polizia penitenziaria e si applicano le norme penitenziarie come altrove. Alcune sono inserite all'interno di reparti sanitari (come a Cagliari), altre occupano spazi dedicati"[39]. Si tratta dunque di strutture ibride, a gestione sanitaria ma rientranti nella competenza e nella responsabilità

[38]In realtà, gli interventi del legislatore sono stati sollecitati da diversi interventi della Corte costituzionale (*ex multis*, sent. n. 253/2003; n. 367/2004; n. 208/2009) che ripetutamente ha posto l'accento sulla centralità della tutela del diritto alla salute della persona affetta da disturbo psichico, dato che "le esigenze di tutela della collettività non potrebbero mai giustificare misure tali da recare danno, anziché vantaggio, alla salute del paziente". In questa ottica, la giurisprudenza costituzionale delineava un sistema di presa in carico territoriale in luogo dell'applicazione delle misure di sicurezza negli Ospedali Psichiatrici giudiziari che scattava automaticamente anche nei casi in cui "una misura meno drastica, e in particolare una misura più elastica e non segregante come la libertà vigilata (..) appaia capace, in concreto, di soddisfare contemporaneamente le esigenze di cura e tutela della persona interessata e di controllo della sua pericolosità sociale". In questa prospettiva, dunque, la legge n. 81/2014 aveva previsto un sistema di tutela per i malati mentali autori di reato costituito dalla presa in carico territoriale presso le REMS.

[39] Così ANTIGONE, *XV Rapporto sulle Condizioni di detenzione. Salute mentale e Rems*,2019 in www.antigone.it, 2019

dell'Amministrazione penitenziaria, come ribadito dalla legge delega n. 103/2017. Da tale ibridazione deriva una commistione e sovrapposizione di ruoli e competenze (medici, infermieri, agenti di polizia penitenziaria etc.), che incide negativamente sull'adeguatezza della prestazione fornita[40].

A questo si aggiungono ulteriori elementi critici rappresentati da una costante scarsità di risorse e da una insufficienza cronica delle strutture stesse: ad oggi le articolazioni di salute mentale contano un "totale di 500 posti letto, di cui sono disponibili solo 422, causa o ristrutturazione delle camere di pernottamento o perché non ancora operative le relative attività sanitarie"[41]. Inoltre, laddove istituite, le articolazioni di salute mentale sono spesso strutturate in modo analogo alla mera sezione detentiva e non costituiscono un ambiente adatto al recupero del disagio mentale; in alcuni istituti "risultano aperte" e "a esse vengono assegnate persone detenute, ma in realtà sono inesistenti e le persone rischiano di finire o in una normale sezione o in isolamento"[42].

Un ulteriore il punto dolente resta il personale addetto, costituito in maggior parte da agenti della polizia penitenziaria che pur frequentando corsi specifici per l'acquisizione delle necessarie competenze non potrà mai avere le competenze del medico psichiatra, dello psicologo e del personale sanitario in generale[43].

Di fronte ad queste emergenze che impediscono il perseguimento della finalità rieducativa della pena, attraverso la cura, la riabilitazione e dunque la rieducazione della persona *in vinculis*, è persistita l'inerzia del legislatore.

Eppure, nell'ambito degli Stati generali[44] per l'esecuzione penale erano state avanzate proposte orientate al rafforzamento della tutela della salute psichica, poi ulteriormente affinate dalla Commissione Pelissero che aveva indicato diverse modifiche al Codice Penale volte a modificare la disciplina relativa all'infermità psichica sopravvenuta in carcere e sul trattamento sanzionatorio dei soggetti a capacità diminuita.

---

[40] Sul punto il Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Relazione al Parlamento*, 2017, p.61 aveva evidenziato la "grave persistenza delle cosiddette "celle lisce" trovate dal Garante in molti, troppi istituti al di fuori dell'area sanitaria e presentate dai responsabili come normali luoghi ove risolvere le situazioni di acuzie. Una prassi questa che scarica su personale non medico, spesso di polizia penitenziaria, la gestione di situazioni che richiedono invece competenza e responsabilità medica".

[41] Cfr. MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Relazione del Ministero sull'amministrazione della giustizia,* anno 2018, p.12

[42] Così Garante dei diritti delle persone detenute, o private della libertà personale, *Relazione al Parlamento 2017*, p. 61

[43] Sul punto A. DE ANGELIS, *Il disagio mentale in ambiente penitenziario: strategie e competenze della polizia penitenziaria,* in *Quaderni ISSP 2012*, p. 43 evidenzia la necessità di una formazione specialistica per gli agenti di polizia penitenziaria che operano all'interno di Istituti con sezioni dedicate alla tutela della salute mentale; sul punto anche G. SALERNO, *Il ruolo della polizia penitenziaria nella gestione del detenuto affetto da disturbi mentali*, *ibidem*, p.123

[44] Gli Stati Generali dell'esecuzione penale, hanno rappresentato un percorso di studio cominciato nel 2015 e conclusosi nel 2016, durante il quale sono stati costituiti 18 tavoli di lavoro al fine di individuare un modello penitenziario conforme ai principi costituzionali. Del trattamento penale dell'infermo di mente si sono occupati il Tavolo 10 (cfr. Relazione del Tav. X) e il Tavolo 11 (cfr. Relazione del Tav. XI), dedicati rispettivamente a Salute e disagio psichico e Misure di sicurezza.

Di queste proposte non resta alcuna traccia nel testo definitivo così come non si rileva alcuna disposizione che possa segnare un progresso rispetto alla precedente disciplina relativa alle esigenze della malattia mentale.

All'opposto, come sopra accennato, il nuovo art.11 della legge 354/75 al comma 2 riprende il precedente comma 1, stabilendo che il servizio sanitario nazionale debba garantire per ogni istituto un servizio rispondente alle esigenze profilattiche e di cura della salute dei detenuti e degli internati, senza alcun specifico riferimento all' "opera di almeno uno specialista in psichiatria" che pure era previsto in una versione del comma precedente a quella definitiva e comunque nella versione originaria dell'art.11, ultimo comma della legge 354/1975.

Né tanto meno la riforma appronta disposizioni utili alla definizione di un quadro normativo che migliori la struttura e i servizi delle sezioni di Articolazione di salute mentale, anche attraverso un rafforzamento del coordinamento con i servizi di salute mentale esterni all'istituto penitenziario.

In linea teorica, l'assenza di uno specifico riferimento al servizio sanitario psichiatrico potrebbe ritenersi compensata dal riferimento ad un ampio e generico servizio sanitario "adeguato", di cui al precedente comma 1 dello stesso art.11[45]. Tuttavia, data la scarsa considerazione che il legislatore delegato ha mostrato per le esigenze legate al disagio psichico, sembra più agevole ritenere che la disposizione semplicemente sia coerente con un oramai consolidato orientamento caratterizzato da interventi in materia privi del necessario coordinamento con la dimensione penale e soprattutto privi della consapevolezza che il disagio psichico richiede un sistema normativo *ad hoc*, al pari del disagio fisico[46].

Come sempre più spesso accade, nel silenzio del legislatore è intervenuta la Corte costituzionale, sollecitata dalla Corte di Cassazione, Sez. penale, I, Ordinanza n.13382, del 22 marzo 2018, sulla prospettata equiparazione tra il disagio psichico e quello fisico in relazione al rinvio della pena ex art.147 del Codice penale e della detenzione domiciliare ex art.47- ter, comma 1- ter.

6. *segue* Gli effetti discriminatori del quadro normativo e l'intervento della Corte costituzionale

Le lacune dell'organizzazione del servizio sanitario penitenziario per la cura delle patologie psichiche, sono state ulteriormente aggravate da un quadro normativo disorganico e frammentario dal quale, fino alla sentenza n.99 del 2019 della Corte Costituzionale, sono derivati effetti discriminatori a danno dei malati psichici. Per comprendere la portata innovativa della sentenza occorre brevemente ricordare che fino all'intervento della Corte, in base al quadro normativo i detenuti affetti da malattie psichiatriche erano tenuti a scontare la loro pena insieme ad altri detenuti privi di tale patologia.

---

[45] Così A. MASSARO, *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, *op.cit.*, p.152, riprendendo A. DELLA BELLA, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in *Dirittopenalecontemporaneo.it*, 7 novembre 2018

[46] Cfr. M.PELISSERO, *Salute mentale e carcere: una necessità dimenticata*, in *Questione Giustizia*, n.3/2018, p.133

Fino a tempi recenti, il ricorso alle Residenze per l'espiazione delle misure di sicurezza (REMS) preposte all'accoglienza di condannati affetti da malattia mentale, è stato escluso dalla giurisprudenza di legittimità poiché tali strutture sono state create soltanto per ospitare gli internati, i c.d. folli rei[47].

Dunque, la legge 81/2014 aveva lasciato irrisolta la questione dell'assistenza a persone giudicate imputabili la cui malattia sopraggiunge o si acuisce in seguito all'ingresso in carcere, i c.d. rei folli. Per questi ultimi, con la soppressione degli Opg resa effettiva dal 2017, si è aperto un vuoto riconducibile, da un lato, alla mancata riforma del sistema combinato degli artt. 146, 147 e 148 del Codice penale; dall'altro, all'art.47 ter della legge 354/75.

Occorre ricordare, infatti, che gli artt. 146 e 147 c.p. prevedono il differimento obbligatorio o facoltativo della pena per incompatibilità con la detenzione, consentendo al soggetto "in stato di grave infermità fisica" di ottenere la sospensione della pena e pertanto di uscire dal circuito penitenziario per curarsi usufruendo delle misure di detenzione domiciliare.

L'articolo si caratterizza per una gravissima mancanza: l'assenza di qualunque riferimento alla malattia mentale, assenza che non ha permesso di estendere la sospensione della pena e la detenzione domiciliare anche ai soggetti affetti da infermità psichica.

Si rilevava un vuoto normativo, acuito dalle disposizioni dell'art.148 c.p. in base al quale il giudice qualora ritenga l'infermità psichica sia tale da impedire l'esecuzione della pena, ordina il differimento della stessa e il ricovero del condannato negli oramai soppressi OPG.

Come è stato osservato, la "norma era permeata dalla logica manicomiale che il codice penale aveva introiettato attraverso il regime del doppio binario, facendo del manicomio giudiziario lo spazio chiuso destinato a soggetti con differente regime giuridico, accomunati dalla presenza di una infermità psichica. Il manicomio giudiziario, che dal 1975 verrà chiamato ospedale psichiatrico giudiziario, identificava al contempo un istituto giuridico ed un luogo. *Come istituto giuridico*, l'OPG identificava la misura di sicurezza personale destinata ai soggetti prosciolti ai sensi dell'art. 88 c.p. e riconosciuti socialmente pericolosi. *Come luogo*, era l'istituzione totale destinata ad una pluralità di soggetti: i destinatari delle misure dell'OPG o della casa di cura e di custodia (che è sempre stata eseguita all'interno degli OPG in specifiche sezioni); gli imputati ai quali l'OPG o la casa di cura e di custodia fossero state applicate in via provvisoria (art.

[47] A riguardo si veda Cass. Pen., sez. I, 12 ottobre 2017, n. 15531 in cui si chiarisce che "*In fase di esecuzione, in caso di emersione di una seria patologia psichica a carico del condannato, non è oggi possibile fare ricorso alla disciplina della sospensione ex articolo 148 del c.p., con il ricovero presso un ospedale psichiatrico giudiziario, data la sopravvenuta disciplina legislativa (a partire dall'articolo 3-ter del decreto legge 22 dicembre 2011, con le variazioni di cui al decreto legge 31 marzo 2014 n. 52 , convertito dalla legge 30 maggio 2014 n. 81) che ha determinato la chiusura di tali strutture con affidamento parziale dei relativi compiti alle Rems. Sono possibili, peraltro, diverse soluzioni, in ordine alle quali il giudice deve fornire adeguata motivazione. In particolare, nell'ipotesi di "interazione" tra patologia psichica e patologia fisica, tale da determinare una condizione di malattia plurifattoriale non fronteggiabile in ambiente carcerario o tale da rendere l'espiazione della pena contraria al senso di umanità, vi è lo spazio per l'applicabilità del differimento (obbligatorio o facoltativo) della pena (cfr. articoli 146 e 147 del c.p.) ovvero della detenzione domiciliare di cui all' articolo 47-ter, comma 1-ter, dell'ordinamento penitenziario*".

206 c.p.); i condannati con infermità psichica sopravvenuta (art. 148 c.p.), gli imputati in attesa di accertamento peritale sulla sussistenza di infermità psichiche (v. oggi art. 112 reg. penit.)". A riguardo un aspetto problematico derivava dalla coesistenza in un unico istituto di soggetti con diversi statuti giuridici che induceva giocoforza a dare priorità alle esigenze di difesa sociale rispetto a quelle specifiche di tipo terapeutico dei detenuti ricoverati[48].

Il quadro normativo di riferimento era poi completato dall'art.47 ter della legge 354/1975 in base al quale la detenzione domiciliare in deroga era accessibile ai soli detenuti affetti da malattia fisica.

Si concretizzava così una duplice discriminazione per i soggetti detenuti affetti da una malattia psichica che evidenziava l'irragionevolezza della normativa.

In primis rispetto ai malati fisici, poiché per effetto degli art.146, 147 148 c.p e dell'art.47 ter della legge 354/1975 solo nei casi di infermità fisica, non anche psichica, il sistema approntava misure affinché fosse garantito il diritto alla salute del detenuto.

In secundis, un'ulteriore disparità di trattamento si verificava rispetto ai soggetti la cui malattia mentale sia accertata prima della condanna, dunque prosciolti per infermità psichica per i quali è previsto il ricovero nelle REMS, presso le quali sono avviati ad un percorso terapeutico personalizzato.

Va ricordato che la vocazione delle REMS è essenzialmente medico-sanitaria, la stessa legge n.81/2014 induce ad un intervento terapeutico adeguato al periodo di soggiorno nella struttura che non può superare la durata della pena massima per il reato compiuto, eliminando a priori il fenomeno dei c.d. "ergastoli bianchi" che in passato avevano caratterizzato gli Opg[49].

Non si tratta dunque di strutture con finalità detentive, "non sono istituzioni volte a sostituire i vecchi ospedali psichiatrici sotto altra veste e denominazione"[50], pertanto non potrebbero adeguatamente prestarsi ad accogliere soggetti condannati benché affetti da disagio psichico: si incorrerebbe nel rischio di distorcere il loro ruolo e la loro funzione fino ad assumere caratteristiche analoghe a quelle degli Opg[51].

---

[48] Così M. PELISSERO, *Infermità psichica sopravvenuta: un fondamentale intervento della corte costituzionale a fronte del silenzio del legislatore,* in *Dir. Pen. e Processo, n.9/2019,*p.1261, anche per il virgolettato sopra.

[49] Cfr. A.PUGIOTTO, *L'ergastolo nascosto (e altri orrori) dietro i muri degli ospedali psichiatrici giudiziari,* in *Quad. Cost. n.2/2013*, p. 343 e ss.

[50] Così Corte cost., sent. 9 aprile 2019, n.99 commentata da M.PELISSERO, *Infermità psichica sopravvenuta: un fondamentale intervento della corte costituzionale a fronte del silenzio del legislatore*, in *Dir. Pen. Processo,* n.9/2019, p.1261 e ss.

[51] La sostanziale distinzione tra OPG e REMS è ribadita dal COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Salute mentale e assistenza psichiatrica in carcere,* 22 marzo 2019, p.12 in cui si afferma che "la legge 81/2014 ha introdotto un'altra modifica, stabilendo il principio della misura di sicurezza detentiva come *extrema ratio*, solo quando altri strumenti meno restrittivi– come la misura di sicurezza non detentiva (la libertà vigilata) o l'affidamento alle strutture terapeutiche territoriali- siano giudicati inidonei dal magistrato. Non è perciò corretto, come spesso si sente dire, che "l'OPG è stato sostituito dalla Residenza per l'Esecuzione delle Misure di Sicurezza- REMS", poiché il ricovero in REMS dovrebbe rappresentare per i prosciolti la soluzione residuale". Sul punto la Corte costituzionale nella sentenza 19 aprile 2019 n.99, ha chiarito che "le REMS non sono istituzioni volte a sostituire i vecchi ospedali psichiatrici sotto altra veste e denominazione"; esse sono diverse sia nella struttura che nell'organizzazione che è di tipo terapeutico, pone al centro la persona come paziente da curare e non come soggetto pericoloso da contenere/controllare; cfr. G. V. GOLIA, *Quando "La prigione è un'ingiustizia,*

Ne deriva che, fino alla decisione della Consulta, i servizi penitenziari di assistenza e cura delle malattie mentali restavano organizzati, secondo un "doppio binario" di imputabilità/ non imputabilità, che prevedeva un diverso trattamento penale per gli autori di reato affetti da disagio psichico sopravvenuto.
In sintesi, secondo questo sistema duale, i malati mentali autori di reato (c.d. "folli rei") erano giudicati non imputabili per vizio di mente e pertanto prosciolti ma presi in carico dalle Residenze per la Esecuzione delle Misure di Sicurezza (REMS).
Gli altri, i c.d. "rei-folli", in quanto capaci di intendere di volere, dunque imputabili, erano avviati all'esecuzione penale in carcere [52].
Il diritto alla salute per gli infermi psichici che si aggravavano o si ammalavano dopo l'ingresso in istituto penitenziario perdeva la sua effettività e i "rei folli" restavano titolari di un diritto garantito solo sulla carta[53]. Per questi ultimi, infatti, a meno che non vi fossero i presupposti per accedere alla detenzione domiciliare ordinaria, vale a dire una pena non superiore ai quattro anni, non vi era altra strada che l'esecuzione della pena in carcere e semmai, dove esistenti, nelle sopra citate sezioni di Articolazione per la salute mentale di cui all'art.65 dell'ordinamento penitenziario.
La possibilità di assegnare anche i condannati con infermità psichica sopravvenuta alle Rems era stata avanzata in via interpretativa in forza dell'art.1, comma 16 lett.d) della legge delega n.107/2018 che prevede la "destinazione alle REMS prioritariamente dei soggetti per i quali sia stato accertato in via definitiva lo stato di infermità al momento della commissione del fatto, da cui derivi il giudizio di pericolosità sociale, nonché dei soggetti per i quali l'infermità di mente sia sopravvenuta durante l'esecuzione della pena, degli imputati sottoposti a misure di sicurezza provvisorie e di tutti coloro per i quali occorra accertare le relative condizioni psichiche, qualora le sezioni degli istituti penitenziari alle quali sono destinati non siano idonee, di fatto, a garantire i trattamenti terapeutico-riabilitativi» (c.d. emendamento Mussini).

la libertà è un pericolo: la detenzione domiciliare per i detenuti affetti da infermità psichica sopravvenuta, in *Consultaonline, Fasc.III, 9 ottobre 2019*

[52] Unica misura prevista per la cura dell'infermo psichico, fuori dalle mura carcerarie, si poteva ritrovare nell'affidamento in prova che può essere svolto con programma residenziale presso le comunità terapeutiche, ma solo per i soggetti con accertato stato di dipendenza dall'alcool o da sostanze stupefacenti (art.94, d.P.R. n.309/90). In pratica, si tratta di un servizio sanitario previsto per i casi in cui uno stesso soggetto abbia una doppia diagnosi con cui si accerti che oltre ad essere affetto da disturbi psichici sia affetto anche da disturbi legati all'alcool o sostanze stupefacenti. L'Organizzazione Mondiale della Sanità definisce come doppia diagnosi o diagnosi duale la coesistenza, nello stesso individui di disturbi mentali e disturbi dovuti al consumo di sostanze psicoattive; sul punto si veda E. GIAMPIERI, A. ALAMIA G.L. GALIMBERTI, B. TINGHINO, M. RESENTINI, M. CLERICI, *Doppia diagnosi e consumo di risorse sanitarie nel DSM*, in *Journal of Psychopathology*, n.6/2013.

[53] Cfr. K. PONETI, *Salute mentale in carcere: l'incerto destino dei rei folli*, in F. CORLEONE (a cura di), *Mai più manicomi*, Firenze 2018, p. 85 ss.

Ma l'adozione di questa soluzione avrebbe fornito la base giuridica per far confluire nella stessa struttura categorie di soggetti con diverso status giuridico, condannati accanto ai prosciolti per grave infermità mentale, con il probabile risultato di esasperare la già grave situazione di incapienza in cui versano le REMS. Si sarebbe trattato dunque di una soluzione con ulteriori implicazioni problematiche specie sul piano strutturale e organizzativo e peraltro, stante l'inattuazione di questa parte della legge delega, il ricorso a questa soluzione in via interpretativa è stato escluso dalla Corte costituzionale che ha scelto un altro percorso, come ora si dirà.

7. L'intervento della Corte costituzionale ad equiparazione delle infermità fisiche e psichiche.

Dal sistema normativo e amministrativo descritto finora emerge come la chiusura degli Opg abbia aperto una questione rimasta irrisolta fino ad oggi e sopravvissuta, con accentuazione di alcuni aspetti critici, anche dopo la legge n.107/2017.

In particolare, rispetto al quadro normativo sopra illustrato, discriminatorio ai danni dei detenuti affetti da infermità mentale sopravvenuta, è intervenuta la Corte costituzionale con la recente sentenza n.99/2019 in cui è ribadita la necessità di approntare misure alternative al carcere che abbiano una valenza terapeutica adeguata alla cura del malato, in coerenza con il rispetto della dignità della persona[54].

In realtà, prima della decisione della Corte vi è stata un'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Messina, n. 248/2018, in cui era stata evidenziata la "necessità di trovare un rimedio in via interpretativa (…) venendo in rilievo una serie di diritti e principi garantiti sia a livello costituzionale che a livello europeo che rischierebbero di essere seriamente compromessi in assenza di una sollecita risposta da parte dell'ordinamento".

Da questa premessa il Tribunale di sorveglianza aveva escogitato di ricorrere allo strumento analogico per estendere l'art.147 c.p. e la detenzione domiciliare in deroga, con obbligo di residenza in una *Comunità Terapeutica Assistita* (CTA), ad un soggetto detenuto affetto da grave infermità psichica. Attraverso un esercizio ermeneutico, dunque, i giudici messinesi avevano individuato una soluzione in grado di dare attuazione concreta ai valori costituzionali, senza rinunciare al bilanciamento tra diritti fondamentali del detenuto ed esigenza di difesa sociale.

In particolare, l'applicazione in via analogica dell'art. 147 c.p. relativo al differimento della pena e dell'art. 47 ter della legge 354/1975, relativo alla detenzione domiciliare in deroga, anche ai detenuti affetti da

[54] Si vedano i commenti alla sentenza di M. RUOTOLO, *Quando l'inerzia del legislatore rende indifferibile l'intervento della Corte costituzionale. A proposito dell'applicazione della detenzione domiciliare per il "reo folle", in* Giurisprudenza Costituzionale, fasc.2, 2019, pag. 1103; D.PICCIONE, *Il silenzioso epitaffio per l'art.148 c.p.: l'inizio della fine per la differenza di trattamento tra grave infermità fisica e psichica, Ibidem,* p.1121; G. V. GOLIA, *Quando "La prigione è un'ingiustizia, la libertà è un pericolo: la detenzione domiciliare per i detenuti affetti da infermità psichica sopravvenuta,* in *Consultaonline, Fasc.III, 9 ottobre 2019.*

malattia mentale sopravvenuta non appare in contrasto, come osservano gli stessi giudici, con il divieto di cui all'art.14 delle Preleggi. Infatti, le norme interpretate non sono un'eccezione alle regole generali ma ne costituiscono espressione, esse esplicitano i valori fondamentali del nostro ordinamento, quali il diritto alla salute ex art.32 Cost., il principio di umanità delle pene ex art.27 Cost., il principio di eguaglianza ex art.3 Cost..

D'altro canto, il divieto di applicazione analogica ponendosi a corollario del principio di tassatività, opera solo in *malam partem*, il che consente una interpretazione analogica in *bonam partem* che non solo non incide sulla libertà personale del detenuto, "ma consente di evitare la protrazione di uno stato detentivo incompatibile con le condizioni di salute del soggetto".

L'interpretazione analogica è consentita anche dalla identità di *ratio* della tutela della salute che accomuna il detenuto affetto da malattia psichica con il detenuto affetto da infermità fisica.

Per quest'ultimi l'ordinamento riconosce la necessità di un trattamento diverso dalla ordinaria detenzione, incompatibile con lo stato di salute, incompatibilità che certamente è accentuata nel caso di infermità psichica, il che ha supportato il ragionamento condotto dal Tribunale di Messina, proteso a garantire al detenuto malato mentale un percorso terapeutico "fuori dalle mura", in coerenza con i principi ispiratori degli artt.147, 148 del Codice penale e 47 ter, 1 comma ter della legge 354/75, ma soprattutto con i valori della Carta Costituzionale e della Cedu.

Si tratta di un orientamento prospettato anche da parte della letteratura e che, nell'impasse del legislatore, avrebbe consentito ai giudici di sorveglianza la possibilità di concedere ai detenuti con infermità psichica sopravvenuta il differimento della pena e la detenzione domiciliare in deroga[55].

Sebbene le argomentazioni delineino un prezioso percorso per evitare la violazione dei principi cardine del nostro ordinamento e di quello europeo, fino ad oggi la giurisprudenza in materia, specie quella di legittimità, ha sempre rispettato la distinzione tra soggetti affetti da infermità fisica e coloro che erano affetti da infermità psichica attenendosi al distinto percorso configurato dagli artt.147, 148 c.p. e 47 ter ord. penitenziario. Anche per questo è di tutto rilievo la decisione della prima sezione della Corte di Cassazione di sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art.47 ter comma 1 ter, della legge 354/1975 relativo alla c.d. detenzione domiciliare in deroga, "nella parte in cui detta previsione di legge non prevede la applicazione della detenzione domiciliare nelle ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta durante l'esecuzione della pena" [56].

[55] Parte della letteratura ha prospettato le medesime conclusioni basandosi non su una interpretazione analogica bensì estensiva dell'art.147 del Codice penale; in questo senso E. DOLCINI - A. DELLA BELLA, *Art. 148*, *op. cit.*, p. 641; M. DOVA, *Art. 148*, in *Codice penale commentato*, Tomo I, Milano, 2015, p. 2075

[56] Cass. pen. Sez, I, 23 novembre 2017, n.13382

In particolare, l'ordinanza della Corte di Cassazione rilevava il contrasto con i principi e le garanzie di cui all'art.2, 3, 27 e 32 della Costituzione, nonché con l'art.3 della Cedu che vieta trattamenti disumani e degradanti.

L'assunto di base da cui è partita la Consulta è la nozione del diritto alla salute ex art.32 Cost. comprensiva non solo della salute fisica ma anche di quella psichica.

Questa è meritevole di un "identico grado di tutela" da parte dell'ordinamento, soprattutto in considerazione del fatto che la detenzione aggrava la patologia dei malati di mente determinando una incompatibilità con il carcere che in alcuni casi "assurge a vero e proprio trattamento inumano o degradante, nel linguaggio dell'art.3 Cedu, ovvero a trattamento contrario al senso di umanità, secondo le espressioni usate dall'art.27, terzo comma, della Costituzione italiana". Peraltro, la condizione carceraria aggravando la patologia crea un "supplemento di pena contrario al senso di umanità"[57].

La necessità evidenziata dalla Corte di creare misure di tutela della salute mentale dei detenuti, "almeno per i casi di accertata incompatibilità con l'ambiente carcerario"; per questi casi l'ordinamento ha il dovere di prevedere "misure alternative alla detenzione carceraria, che il giudice possa disporre caso per caso, momento per momento, modulando il percorso penitenziario tenendo conto e della tutela della salute dei malato psichici e della pericolosità del condannato, di modo che non siano sacrificate le esigenze di sicurezza collettiva".

Il passaggio della sentenza è di grande rilievo poiché nel momento in cui si afferma che il diritto all'assistenza psichiatrica non può trovare tutela esclusivamente nell'ambito carcerario perché si creerebbe un contrasto con i valori costituzionali, si impone un vincolo costituzionale al legislatore affinché predisponga misure alternative "fuori dalle mura", adeguate alla tutela della salute mentale di detenuti. Si tratta di una logica propria della c.d. legge Basaglia che con decenni di anticipo aveva indicato l'opportunità di trattare la malattia mentale non dentro le mura, ma in contesti aperti alla vita della comunità[58].

In questa prospettiva la Corte decide di estendere la detenzione domiciliare in deroga di cui all'art.47 ter, o.p. anche ai condannati affetti da grave infermità psichica sopravvenuta, non solo imponendo un vincolo costituzionale all'individuazione di percorsi terapeutici extracarcerari, ma anche ribadendo l'esigenza di contemperare la tutela della salute mentale del detenuto con la tutela della collettività.

[57] Corte Cost. sent. 19 aprile 2019, n.99, punto 4.1 della motivazione

[58] Cfr. D. PICCIONE, *Il pensiero lungo. Franco Basaglia e la Costituzione*, Merano, Alpha beta, 2013, p. 24 osserva come in Italia Franco Basaglia fu artefice di un movimento critico verso il tradizionale approccio medico alla malattia mentale, un movimento volto alla "difesa dei diritti e delle libertà individuali contro gli apparati di esercizio del potere, sia esso politico, tecnico, di polizia, medico o di qualunque altra natura"; M. PELISSERO, *Infermità psichica sopravvenuta*, *op.cit.* p.1264

Da qui la pronuncia additiva che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art.47 ter, comma 1 ter "nella parte in cui non consente che la detenzione domiciliare in deroga o umanitaria sia disposta anche nelle ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta".

La Consulta ha dunque posto un argine solido alla disparità di trattamento tra detenuti affetti da infermità psichica rispetto a quelli affetti da infermità fisica, partendo, come anticipato, da un concetto di cura della salute non appiattito sulla cura della malattia fisica ma esteso al complessivo benessere del soggetto, "fisico, psichico e sociale", trascurato dal legislatore italiano al punto da concretizzare trattamenti inumani e degradanti (art.3 Cedu) che sempre più frequentemente, come dimostrano le statistiche sui suicidi in carcere, finiscono con ledere lo stesso diritto alla vita (art.2 Cedu)[59].

Ma in realtà, sia la sentenza della Corte costituzionale che la precedente sentenza del tribunale di sorveglianza di Messina, si inseriscono in un solco tracciato anni addietro dalla sentenza n.111/1996 e soprattutto dalla nota sentenza n. 253 del 2003. Quest'ultima, ha costituito un passaggio fondamentale per i malati mentali autori di reato, consentendo il ricorso alla libertà vigilata accompagnata da prescrizioni terapeutiche, in via preferenziale rispetto all'internamento negli ospedali psichiatrici giudiziari, purché l'applicazione della misura non pregiudicasse il bilanciamento tra il diritto alla salute del detenuto e le esigenze di difesa sociale. Ed infatti la Consulta aveva precisato che la tutela della persona umana ex art. 2 Cost., può consentire l'applicazione delle misure di sicurezza detentiva solo nella misura in cui rispondono al duplice obiettivo di cura dell'infermo e di tutela della sicurezza sociale: un ordinamento che non sia in grado di approntare strumenti e misure per l'attuazione del suddetto bilanciamento non è rispettoso del dettato costituzionale.

E' in questa prospettiva che la sentenza del 2003 richiamava ancora una volta il legislatore ad intervenire sulla normativa relativa al sistema di sicurezza che allora come ora non era adeguato a garantire i diritti della persona, quello della salute in particolare.

E' singolare rilevare come a distanza di un quindicennio, la Corte torni a stimolare l'intervento del legislatore che specie in materia di salute mentale appare deciso a rimanere inerte stante il mancato esercizio delle disposizioni della legge delega in materia. Anche oggi appaiono pienamente condivisibili le osservazioni svolte da parte delle dottrina che con riferimento alla sentenza n. 253 del 2003, aveva ribadito come "dichiarare incostituzionale una legge (...) significa (...) riconoscere la incapacità del Parlamento di porsi come unico ed esclusivo garante di certi diritti fondamentali, la cui garanzia non può che essere realizzata, caso per caso, dai giudici. Questo tipo di decisioni, in altri termini, rende

[59] Secondo il Garante nazionale- Unità operativa della libertà in ambito penale, in base alle elaborazioni dei dati del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria - Ufficio del Capo del Dipartimento - Segreteria generale - Sezione statistica, *Relazione Garante nazionale, cit.,* p.150, i suicidi in carcere sono stati, 43 nel 2014; 39, nel 2015; 40, nel 2016; 50, nel 2017; 64 nel 2018.

particolarmente evidente l'incidenza sulla concezione del diritto e della legge dell'avvento della Costituzione rigida, tipica dello Stato pluralista: la necessità di tener conto delle molteplici esigenze del pluralismo determina il passaggio da un "diritto per regole" a un "diritto per principi" fortemente esposto alla pressione dei "casi" della vita, nel quale il ruolo del giudice viene ad essere determinante. Con tutte le conseguenze, in termini di concentrazione di pressioni e richieste sul potere giudiziario, che sono sotto gli occhi di tutti e che, qualunque posizione si assuma riguardo a questa evoluzione dello Stato costituzionale non possono essere ignorate"[60]. Ora come allora.

8. Quale giustiziabilità per il diritto alla salute mentale?

Le criticità osservate finora sono ulteriormente evidenziate dalle riflessioni in ordine alla giustiziabilità del diritto alla salute mentale rispetto ad atti lesivi dell'amministrazione penitenziaria.

In linea generale, come rilevato dalla stessa Corte costituzionale, va considerato che rispetto alla decisione di assegnare un detenuto affetto da infermità psichica sopravvenuta alle Articolazioni di salute mentale, si assiste ad un "manifesto regresso trattamentale dato che, da un parte, l'ingresso nelle Articolazioni per la salute mentale non è oggi frutto di una decisione giurisdizionale, come invece era in passato per il collocamento in OPG, bensì di una decisione dell'amministrazione, la cui discrezionalità tra l'altro è condizionata da fattori non dominabili, quali il sovraffollamento delle strutture; e, dall'altra parte, l'idoneità del trattamento praticabile all'interno delle articolazioni non è previamente verificato in sede giurisdizionale da parte della magistratura di sorveglianza"[61].

Analoga osservazione può svolgersi in riferimento ai provvedimenti con cui il direttore dell'istituto, nei casi di assoluta urgenza, decide di disporre o meno il ricovero del detenuto in una struttura sanitaria esterna (art.17, comma 8 d.P.R. 230/2000).

In entrambi i casi si tratta di provvedimenti rispetto ai quali la normativa (art.11, legge 354/1975) nulla dispone riguardo alla loro impugnabilità e la giurisprudenza di legittimità ha escluso la assoggettabilità ad un controllo giurisdizionale. Essi sono ritenuti atti di natura amministrativa rientranti nella discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria, sono sottoposti a rimedi amministrativi poiché riguardano la modalità di esecuzione della pena, e non incidono sulla libertà del detenuto[62].

[60] Così T. GROPPI, *La sentenza n.253 del 2003: la Corte e il "diritto mite",* in *forumcostituzionale.it*, 29 luglio 2003

[61] Corte Costituzionale, sentenza 20 febbraio 2019 n. 99, par.3.2 ritenuto in fatto

[62] In questo senso Cass., Sez. I pen., 7 giugno 2002, n.25830, Cass., Sez. VI pen., 25 marzo 2009, n. 5703; *contra* Corte europea dei diritti dell'uomo, 17 settembre 2009, ricorso 74912/01, Enea c. Italia; in letteratura C. SANTORIELLO, *Quale tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria?*, in *Giur.Cost.* n.1/1999, p.222

Sulla questione la Corte costituzionale già con la nota sentenza 11 febbraio 1999, n. 26, aveva dichiarato l'illegittimità degli artt. 35 e 69 ord. penit. nella parte in cui non prevedevano una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi dei diritti di detenuti ed internati[63].

Si riconosceva pertanto la possibilità di esperire reclamo al magistrato di sorveglianza, che avrebbe deciso con ordinanza ricorribile per Cassazione *ex* art.14-*ter* e 30- bis della legge 354/1975.[64]

Tuttavia, a tale orientamento della Corte, ribadito anche in successive sentenze[65], è rimasta contrapposta parte della giurisprudenza di legittimità assestata su un orientamento restrittivo volto ad escludere il reclamo giurisdizionale previsto dall'art.35-bis della legge n.354/1975 nei casi non riguardanti i diritti di cui all'art. 3 della Cedu[66].

In questa prospettiva, sebbene sia agevole riconoscere come questo tipo di atti abbia un'immediata conseguenza sul diritto alla salute della persona detenuta, essi verrebbero assimilati agli atti di organizzazione, analoghi a quelli di assegnazione ai circuiti di alta sicurezza, parimenti esclusi dal controllo giurisdizionale.

Va considerato che per effetto delle modifiche apportate dal D.lgs n.123/2018 ai commi 1 e 1 bis dell'art.678 del c.p.p., è stata esclusa la competenza del magistrato di sorveglianza anche per i ricoveri per infermità psichica sopravvenuta ex art.148 c.p., esclusione che comporta esclusione che comporta ambiguità interpretative tali da far ritenere che si sia trattato di una svista del legislatore[67].

Va ricordato, infatti, che nel precedente schema legislativo si disponeva l'abrogazione dell'art.148 c.p. e la contestuale modifica dell'art.147 c.p. che avrebbe disciplinato il rinvio dell'esecuzione delle pene anche nei casi di infermità psichica. Le suddette proposte di modifica non sono state accolte, ma non essendo

---

63 La sentenza è commentata in Giur.Cost. n. 1/1999 da S. BARTOLE, *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*; E. FAZZIOLI, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*; M. RUOTOLO, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*; C. SANTORIELLO, *Quale tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria?*

64 In questo senso Cass., Sez. un. pen., 26 febbraio 2003, n. 25079, commentata da R. MURA, *Le Sezioni unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi legittimi del detenuto, ma mantengono in vita il procedimento* de plano, in Cass. pen. 4/2004, p. 1362 e ss; più recentemente Cass. sez. I pen., 19 luglio 2016, n. 46201

65 Cfr. Corte cost., 23 ottobre 2009, n. 266, commentata da C. RENOLDI, *Una nuova tappa nella «lunga marcia» verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti*, in *Giur. cost*., 5/2009, p. 3779 e ss; orientamento confermato anche in Corte cost., 7 giugno 2013, n. 135, commentata da A. DELLA BELLA, *La Corte costituzionale stabilisce che l'amministrazione penitenziaria è obbligata ad eseguire i provvedimenti assunti dal magistrato di sorveglianza a tutela dei diritti dei detenuti*, in *Penalecontemporaneo.it*, 13 giugno 2013; più recentemente S.TALINI, Il diritto all'effettività dei diritti, in M.RUOTOLO – S.TALINI (a cura di), *Dopo la riforma*, cit. p.479, specie p.487 e ss evidenzia come la mancata adozione di una sentenza manipolativa da parte della Consulta abbia prodotto "una situazione di "profonda incertezza in ordine ai procedimenti da seguire in ordine ai reclami generici"

66 In questo senso, ad esempio, Cass. pen. Sez.I, 7 aprile 2015, n. 32470

67 Così F.FIORENTIN, La riforma penitenziaria, *op.cit.* p.45; si tratta di un ridimensionamento del ruolo del magistrato di sorveglianza in antitesi rispetto a quanto proposto dalla Commissione Pelissero, orientata nel senso di accrescere le funzioni del magistrato di sorveglianza rispetto al giudice che procede e di consentire in determinati casi l'adozione del provvedimento da parte del direttore dell'istituto; cfr A. DELLA BELLA, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in *penalecontemporaneo.it*, 7 novembre 2018

stato ripristinato il riferimento nell'art. 678 c.p.p. all'art.148 c.p. si è lasciato aperto uno spazio di incertezza, non tanto sulla competenza a decidere che rimane al magistrato di sorveglianza stante l'art.69 ord. pen, quanto sul procedimento che il magistrato di sorveglianza è tenuto a seguire.
Pertanto, a venire in luce è un'immagine di un diritto violato, sospeso[68], dalla giustiziabilità debole, la cui debolezza si coglie anche nell'incertezza che caratterizza l'individuazione del procedimento che dovrà essere adottato dal magistrato di sorveglianza[69].

Infatti, allo stato attuale potrebbe non essere chiaro se il magistrato di sorveglianza che debba decidere sul ricovero di un detenuto affetto da infermità psichica sopravvenuta debba provvedere con ordinanza emessa de plano ex art.69, comma 8, ord. pen., oppure adottare la procedura semplificata, a contraddittorio eventuale e differito, ex art. 667, comma 4, c.p.p., oppure ancora se dovrà garantire le procedure partecipative previste dagli art.666 e 678 c.p.p[70].
Sul punto appare condivisibile la posizione di parte della dottrina secondo cui il magistrato di sorveglianza possa decidere solo con ordinanza de plano, non in un procedimento giurisdizionalizzato, il che significa che il magistrato potrà disporre unicamente il trasferimento nelle sezioni di salute mentale degli istituti penitenziari[71]. La decisione presuppone l'accertamento delle infermità psichiche dei detenuti, disposto dal magistrato di sorveglianza su iniziativa della direzione di istituto o di propria iniziativa ed è svolto presso una casa di cura o di custodia o in un istituto o sezione per infermi, oppure ancora presso un ospedale civile. L'osservazione alla quale è sottoposta il soggetto interessato ai fini dell'accertamento non può superare i trenta giorni, al termine dei quali il magistrato emette la sua ordinanza (artt.111 e 112 D.P.R. n.230/2000). Si tratta pertanto di un procedimento nel corso del quale il soggetto detenuto affetto da infermità psichica assume, in mancanza di un contraddittorio, un ruolo essenzialmente passivo rispetto all'accertamento dei fatti di cui egli stesso è soggetto principale.

[68] M.FOCAULT, *Sorvegliare e punire*, Torino, 1976 p.13 "Il castigo è passato da un'arte di sensazioni insopportabili a un'economia di diritti sospesi. Se è ancora necessario, per la giustizia, manipolare e il colpire il corpo dei giustiziandi, lo farà da lontano, con decenza, secondo regole austere, e mirando ad un obiettivo ben più "elevato". Per effetto di questo nuovo ritegno, tutto un esercito di tecnici ha dato il cambio al boia, anatomista immediato della sofferenza: sorveglianti, medici, cappellani, psichiatri, psicologi, educatori. Con la loro presenza presso il condannato, essi cantano alla giustizia e alle lodi di cui ha bisogno"
[69] Cfr. A. MARGARA, *Il magistrato di sorveglianza quale garante di conformità alla legge dell'attività penitenziaria*, in V. GREVI (a cura di), *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, Bologna, 1982, p. 200 e ss; la giurisdizione esclusiva della magistratura di sorveglianza è stata riconosciuta chiaramente dalla giurisprudenza costituzionale di fine anni novanta, *ex multis* cfr. Corte cost. sent. n.367/1997 ed anche dalla Cass. sez. unite, 26 febbraio-10 giugno 2003 n.25079
[70] In questo senso G. DARAIO, *Il Restyling del procedimento di sorveglianza*, in *Dir. Pen. Processo*, n.3/2019, p.308
[71] Così S.FILIPPI - L. TARDELLA - V.VITALE, *La semplificazione nelle procedure di sorveglianza e le competenze,* in P.GONNELLA (a cura di*), La riforma dell'ordinamento penitenziario*, *op.cit.* p.77

Senza addentrarci in approfondimenti propri del diritto processuale penale, occorre osservare che trattandosi di procedimenti non giurisdizionalizzati, essi non sono corredati delle garanzie del diritto di assistenza e di difesa, ad eccezione della nomina di un difensore o di un curatore provvisorio all'infermo psichico nel caso questi ne fosse sprovvisto. Tuttavia, la funzione del curatore non compensa la mancata applicazione di un principio, quello del contraddittorio, che nel nostro ordinamento caratterizza non solo i procedimenti amministrativi di cui all'art.10-bis della legge 241/1990, ma tutti i procedimenti dai quali potrebbe derivare una compressione della sfera giuridica soggettiva[72].

9. Osservazioni conclusive

La disamina fin qui svolta consente di elaborare alcune osservazioni conclusive volte ad evidenziare l'urgenza di un intervento legislativo.

In primo luogo, come accennato, sullo sfondo dell'intera questione della tutela della salute mentale delle persone *in vinculis* persiste il principale nodo del bilanciamento tra tutela della salute del singolo ed esigenza di difesa sociale. La mancata risoluzione di questo nodo ha conservato finora, almeno fino alla sentenza della Corte costituzionale n.99/2019, la disparità di trattamento non solo tra infermi fisici ed infermi psichici, ma anche tra i c.d. folli rei, non imputabili, e i c.d. rei folli, detenuti affetti da infermità psichica sopravvenuta. Per i primi è previsto un percorso terapeutico in strutture sanitarie; per i secondi, laddove il giudice di sorveglianza ne rilevi la pericolosità, non è possibile accedere a trattamenti sanitari fuori dalle mura carcerarie[73].

Eppure, la costante giurisprudenza della Corte costituzionale, sin dalla sentenza n. 253/2003 e ora nella sentenza n.99/2019, ha chiarito che le esigenze di tutela della collettività non possono mai giustificare un danno alla salute del paziente[74], il che implica nel caso di soggetto pericoloso affetto da infermità psichica sopravvenuta, l'obbligo per l'amministrazione penitenziaria di fornire servizi sanitari equiparabili a quelli offerti "fuori dalla mura".

[72] In realtà, l'area di giurisdizionalizzazione delle dinamiche penitenziarie continua ad essere poco estesa, operando il magistrato di sorveglianza principalmente attraverso la procedura del plano, il che se per alcuni casi che esigono una maggiore celerità, appare la scelta preferibile, in altri, come quello avente ad oggetto la tutela della salute mentale del detenuto ex art. 148 c.p., appare irragionevole e in contrasto con i valori costituzionali di cui all'art.24 e 111 Cost,; sul punto si veda DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, *op.cit.* p. 97

[73] Sul punto D.PICCIONE, Il silenzioso epitaffio per l'art.148 c.p.: l'inizio della fine per la differenza di trattamento tra grave infermità fisica e psichica, in Giur. Cost. n.2/2019, p.1121, evidenzia come nel percorso argomentativo seguito dalla Corte nella sentenza n.99 del 2019, l'art.47-ter, comma 1 ter della legge n.354 del 1975, abbia funzionato come strumento di mediazione poiché soddisfa l'esigenza di introdurre un meccanismo additivo, ma non possa servire anche per "definitiva e completa equiparazione delle conseguenze tra infermità psichica e fisica"

[74] Si veda Corte cost. sent. 18 luglio 2003 n. 253, *Considerato in diritto*, punto 2.

Si tratta di un passaggio che ha almeno due implicazioni problematiche: la prima riguarda il giudizio di pericolosità del reo; la seconda riguarda l'incongruenza del servizio sanitario penitenziario al principio di appropriatezza e in generale al principio di buon andamento dell'amministrazione.

Riguardo al primo aspetto, la questione rimane aperta e verte sulla valutazione di pericolosità del reo da parte del magistrato di sorveglianza. Sul punto la letteratura in materia ha mostrato come sia impossibile determinare con certezza il grado di pericolosità di un soggetto in ragione delle caratteristiche distintive di ciascuno e del contesto ambientale, poiché entrambe le variabili intrinseche ed estrinseche al soggetto possono influenzarne il comportamento[75]. Il giudizio sulla pericolosità pertanto non può che essere di natura ampiamente discrezionale lasciato alla decisione del magistrato che giocoforza è analogamente influenzato da fattori intrinseci ed estrinseci propri della persona e dell'ambiente culturale in cui vive[76], a riconferma della flessibilità, della genericità propria del concetto di "pericolosità sociale" che essendo sganciato da sufficienti parametri oggettivi, offre spazio a bilanciamenti preminentemente volti alla difesa sociale, ma lesivi della tutela della salute del singolo[77].

In particolare, per i detenuti e gli internati giudicati pericolosi, la lesione del diritto alla salute, quale effetto del bilanciamento operato dal giudice, assume un'intensità proporzionale al grado di appropriatezza del servizio sanitario erogato. Di prassi, infatti, le prescrizioni del magistrato di sorveglianza consistono principalmente nell'obbligo di seguire un programma terapeutico che coinvolge i Dipartimenti di salute mentale operanti nell'ambito del territorio definito dall'Azienda sanitaria locale. Ma è a questo livello che l'appropriatezza delle cure che costituisce elemento fondante della garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni[78], appare deficitaria proprio riguardo all'effettiva somministrazione delle prestazione

---

75 Non è possibile in questa sede approfondire le problematiche legate alla presunzione di pericolosità sociale di cui all'art.4-bis dell'ordinamento penitenziario, ed al potere discrezionale riconosciuto alla magistratura di sorveglianza, per cui si rimanda a M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino 2008, p. 107 e ss; R. DEL COCO*, La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in P.CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2011, p.166; L. PACE, *L'art.4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e "governo dell'insicurezza sociale*", in *Costituzionalismo.it n.2/2015*; A. MASSARO, *Pericolosità sociale e misure di sicurezza detentive nel processo di "definitivo superamento" degli ospedali psichiatrici giudiziari: la lettura della Corte costituzionale con la sentenza n.186/2015*, in *archiviopenale.it;* M. PAVARINI - L.STORTONI (a cura di), *Pericolosità e giustizia penale*, Bologna 2013, specie p. 13 e ss; nella letteratura medica si veda R. ARIATTI - E G.NERI, *Il giudizio di pericolosità*, in *Noos Aggiornamenti in Psichiatria n.4/1998* p. 143-149; più ampiamente U. FORNARI; *Trattato di Psichiatria Forense*, Torino, 2004, p. 39.

76 Cfr. G. DELL'OSSO, *Capacità a delinquere e pericolosità sociale*, Milano, 1985, p.141 e ss; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, p.105 e ss.; sul punto si veda M. TRAPANI, *La rieducazione del condannato tra "ideologia correzionalistica" del trattamento e "garanzie" costituzionali di legalità e sicurezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 3/2018, 1693-1719, specie p.1710; l'A. partendo dal principio di *stretta legalità* e evidenzia un atteggiamento arbitrario della magistratura di sorveglianza in ordine alla «*alla "gestione" concreta delle "misure alternative*"», sostenendo che debba spettare alla legge prevedere, «*una volta per tutte*» in modo *generale, astratto e predeterminato le modalità di esecuzione* progressiva della pena

77 Cfr. O. GRECO – R. CATANESI, *Malattia mentale e giustizia penale. La percezione sociale della malattia mentale e della pericolosità del malato di mente,* Milano, 1988, p. 80 e ss.

78 Come è noto l'art.1, comma 2, del d.lgs n.502/1992 prevede che i livelli essenziali delle prestazioni debbano essere determinati nel rispetto "dei principi della dignità della persona umana, del bisogno di salute, dell'equità nell'accesso

all'interno dell'amministrazione penitenziaria dove sono destinati a permanere gli infermi psichici ritenuti ad alto rischio di pericolosità sociale[79].

I Dipartimenti di salute mentale, infatti, non rivestono un ruolo primario nell'erogazione del servizio di tutela della salute mentale dei detenuti poiché quest'ultima, nonostante dal passaggio dei servizi di salute mentale al Servizio sanitario nazionale sia passato oltre un decennio, è rimasta sostanzialmente improntata al vecchio modello di gestione dell'amministrazione penitenziaria e in rari casi è gestita nell'ambito di un coordinamento ampio coinvolgente, il Dipartimento di salute mentale con i relativi servizi di salute mentale territoriali e in generale la complessiva rete dei servizi socio sanitari[80].

All'opposto, come è stato recentemente rilevato dall'ultimo rapporto della Commissione nazionale di Bioetica, un indice della scarsa integrazione dell'attuale sistema di tutela della salute mentale dei detenuti e degli internati, è dato dalla "tipologia di personale, che presenta una molteplicità di rapporti di lavoro contrattuali in gran parte derivanti dalla precedente gestione. Siamo cioè di fronte a un'organizzazione tradizionale, con un servizio di tipo ambulatoriale "a chiamata", senza quella continuità di presenza e di programmazione delle attività che sarebbero necessarie."[81].

Peraltro, come rilevato dalla stessa Commissione di Bioetica "la capacità di gestione delle risorse comunitarie da parte dei servizi è essenziale anche per favorire la comunicazione con la magistratura, troppo spesso carente. In pratica, può capitare che il giudice di cognizione applichi la misura più restrittiva

all'assistenza, della qualità delle cure e della loro appropriatezza riguardo alle specifiche esigenze nonché dell'economicità nell'impiego delle risorse". Come è stato osservato si tratta di principi di ampio respiro che rimandano alla natura e alla consistenza del diritto alla salute secondo in funzione del "principio personalista su cui si fonda la Costituzione: "dignità della persona umana"; della natura soggettiva del diritto alla salute e della sua strumentalità alla realizzazione del progetto di eguaglianza sostanziale: "bisogno di salute" e " equità nell'accesso all'assistenza"; della necessaria sostenibilità delle prestazioni: "economicità nell'impiego delle risorse"; così A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2017 p.59 e ss

[79] La nozione di appropriatezza è duplice: appropriatezza clinica ed appropriatezza organizzativa. La prima riguarda l'efficacia delle cure mediche erogate, in cui è preminente il beneficio derivato al paziente rispetto ai rischi e la sua applicazione avviene secondo le raccomandazioni, le linee guida e i protocolli recati dal "Sistema nazionale di Linee Guida", istituito con decreto ministeriale del 30 giugno 2004. La seconda accezione riguarda l'appropriatezza organizzativa, rimessa alla Commissione nazionale per l'aggiornamento dei Lea e la promozione dell'appropriatezza nel Servizio sanitario nazionale, prevista dalla legge n.208/2015, art.1, comma 556, e istituita presso il Ministero della Salute con decreto 16 giugno 2016; A.PIOGGIA, *Diritto sanitario*, *op. cit* p. 60

[80] Il Dipartimento per la salute mentale (DSM), cui sono affidate strutture e servizi relative alla cura, assistenza e tutela della salute mentale nel territorio definito dall'Azienda sanitaria locale, è dotato di servizi per l'assistenza diurna quali i centri per la salute mentale (CSM); di servizi semiresidenziali quali i centri diurni (CD); di servizi residenziali, strutture residenziali (SR) a scopo terapeutico-riabilitativo oppure socio-riabilitativo e servizi ospedalieri quali i servizi psichiatrici di diagnosi e cura (SPDC) e i day Hospital. In argomento cfr. C. SCIVOLETTO, *Salute e carcere: polarità per la ricerca sociologico-giuridica. Uno studio pilota in Emilia Romagna,* in C.PENNISI-F.PRINA-M.QUIROZ VITALE –M.RAITERI (a cura di), *Amministrazione, cultura giuridica e ricerca empirica*, Rimini, 2018, p. 433

[81] COMITATO NAZIONALE BIOETICA, *Salute mentale e assistenza psichiatrica in carcere*, 22 marzo 2019 Roma, p.16 in cui si osserva che "Non solo la gestione della salute in carcere è tuttora poco attenta alle componenti ambientali della salute in chiave preventiva36; la perdurante separatezza dei servizi "dentro le mura" fa sì che il sistema sia poco adeguato a offrire *alternative di cura al di fuori del carcere"*.

in carcere quando invece potrebbe applicare il trasferimento in strutture idonee con finalità terapeutiche, se fossero opportunamente segnalate dai servizi."[82]

In definitiva, il mancato rispetto dei criteri di appropriatezza inficia il sostanziale rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art.117 Cost., 2 comma, lett. m, alle quali, *sulla base degli obiettivi generali e speciali di salute e dei livelli essenziali ed uniformi di assistenza individuati nel Piano sanitario nazionale, nei piani sanitari regionali e in quelli locali*", hanno diritto di accedere i detenuti e gli internati"(art.1 d. lgs n.230/99).

A venire in luce non è solo la lesione di diritti fondamentali delle persone detenute, ma una generale violazione della *règle de droit* ed una incongruenza rispetto ai principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione ex art.97 Cost.[83] In particolare, la violazione del principio di imparzialità si rileva nella misura in cui l'amministrazione penitenziaria non riesce ad evitare una disparità di trattamento tra detenuti "pericolosi" affetti da infermità psichica costretti a curarsi in carcere e i detenuti "non pericolosi" per i quali grazie all'intervento della Corte costituzionale è ora ammesso un percorso terapeutico fuori dal carcere[84]. Sul piano dell'effettività, il diritto alla salute mentale dei primi viene svilito dalla carenza di strutture e servizi adeguati; quello dei secondi ha maggiori possibilità di una effettiva tutela attraverso un percorso terapeutico che, almeno in teoria, è delineato sulle esigenze del paziente[85].

---

[82] COMITATO NAZIONALE BIOETICA, *Salute mentale, op.cit.*, p.16-17; sull'evoluzione del ruolo dei Dipartimenti di salute mentale a partire dal loro avvio con il progetto Obiettivo "Tutela della salute mentale", contenuto nel d.P.R. 7 aprile 1994, ben 16 anni dopo l'approvazione della legge n.180/1978, c.d. Basaglia, si veda M.COZZA, G.M. NAPOLITANO, *L'assistenza psichiatrica in Italia: la normativa e la diffusione dei servizi sul territorio*, Roma, 1996

[83]Sulla soggezione della pubblica amministrazione non solo alla legge ma anche "alla Costituzione, ai trattati internazionali e ai regolamenti e alla direttive comunitarie" secondo un'accezione del principio di legalità non meramente meccanicistica ma propria della *règle de droit* si veda S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in *Trattato di Diritto amministrativo*, Tomo primo, p.220-222; nel senso di un'accezione ampia del principio di legalità si veda F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969; G.CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 7-9; sullo iato tra legalità formale e legalità sostanziale si veda P. GROSSI, *Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana,* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,* XXX, 2001, p.493; L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1990, XVIII, p. 5; U.RESCIGNO, *Sul principio di legalità,* in *Dir. pubb.*, 1995, p. 286; Alb. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999.

[84] Si veda D.PICCIONE, *Il silenzioso epitaffio per l'art. 148 c.p.: l'inizio della fine per la differenza di trattamento tra grave infermità fisica e psichica*, in *Giur. Cost.*,n.2/2019, p.1121.

[85] Cfr. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965; P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Scritti in memoria di P. Calamandrei*, vol.IV, Padova, 1956 ed anche in ID. *Scritti di diritto costituzionale*, Padova, 1967; C. PINELLI, *Art.97 Cost.2° comma, parte II Cost.* in *Comm.Cost.* Branca, continuato da A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1994b. p.252 e ss; S. CASSESE, *Il principio di imparzialità*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), Giuffrè, Milano, 2012 più recentemente A. MORRONE, *Verso un'amministrazione democratica. Sui principi di imparzialità, buon andamento e pareggio di bilancio,* in *Dir. Amm. n. 2/2019*, p.381 e ss, osserva come l'imparzialità della pubblica amministrazione sia "la conseguenza della scelta pluralistica della nostra Costituzione. Un pluralismo che viene riconosciuto e garantito ma che, però, deve essere governato. Per farlo, il canone costituzionale generale è che tutti i poteri dello stato, la legislazione, l'amministrazione e la giurisdizione, risolvano i conflitti tra valori, diritti e interessi attraverso decisioni di ponderazione o bilanciamento dei beni in gioco. Imparzialità, in fondo, significa pari trattamento di tutti i consociati innanzi all'amministrazione e, quindi, soprattutto, usbergo del ruolo e dei diritti delle minoranze. Da questo punto di vista, il principio di imparzialità è una declinazione del principio generale di eguaglianza-ragionevolezza".

Tale disparità di trattamento è la conseguenza immediata della violazione del principio di buon andamento manifestata nelle forme dell'inefficacia ed diseconomicità dell'amministrazione penitenziaria[86]. Ma la violazione di questo principio non assume solo una valenza economico quantitativa, ma anche qualitativa legata alla lesione di diritti fondamentali, quali il diritto alla salute del singolo ed anche più in generale al mancato perseguimento delle finalità rieducative della pena di cui all'art.27, 3 comma Cost.[87].

La funzione rieducativa della pena infatti, mai potrà essere perseguita in assenza di condizioni fisiche ma soprattutto psichiche tali da consentire alla persona *in vinculis* di usufruire appieno delle attività poste in essere dall'amministrazione penitenziaria[88].

In questa prospettiva, l'erogazione di prestazioni sanitarie appropriate diventa il presupposto per la rieducazione e la reintegrazione sociale in senso funzionale anche alle istanze di sicurezza sulle quali sembra essersi arenato il dibattito e il legislatore[89].

Il tutto in un contesto in cui la cultura giuridica[90] prevalente ed in generale lo zeitgest non riesce a concepire la necessità di una mutazione dall'archetipo della custodia radicato sulla pericolosità del soggetto affetto da disturbo mentale, all'archetipo terapeutico che nel caso di autori di reato è emozionalmente più difficile da compiere[91].

---

[86] Sul principio in parola si veda R.CARANTA, *Art.97*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO, M. - OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino 2006 p.1889 e ss; F.G.SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Agg., vol. VI

[87] Sul punto si veda A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *www.rivistaaic.it*, 2014.

[88] T. PADOVANI, *L'ospedale psichiatrico giudiziario*, *op.cit.*, 242-243 e 257 ss osserva come la cura la rieducazione ed il reinserimento sociale implicano, "nel caso dell'infermo di mente, la guarigione (o, quanto meno, il miglioramento) della malattia".

[89] Sulla finalità rieducativa della pena ex art.27, 3 comma, Cost. nel senso di interesse sociale ancor prima che individuale cfr. P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, VI, Milano, 2015,p. 5 e ss.; sulla giurisprudenza costituzionale relativa alle diverse sfumature del concetto di pena rieducativa si veda G. M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*,1/2012, specie p.190-191; più recentemente E.DOLCINI, *Pena e Costituzione*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale n.1/2019,* p.3 e ss

[90] *Ex multis*, recentemente F.VIANELLO, *Cultura Giuridica ed esecuzione della pena: processi decisionali in tema di misure alternative alla detenzione*, in *Questione giustizia, n. 3/2018* p.141

[91] Sul punto è più volte intervenuto il Comitato nazionale per la Bioetica, *Salute mentale e assistenza psichiatrica in carcere,* 22 marzo 2019, p.5 secondo il quale "La chiusura degli OPG è solo un tassello – per quanto fondamentale – nella costruzione di un nuovo sistema di cura dei soggetti affetti da disturbo mentale e autori di reato. Tale sistema tarda a prendere forma, in parte perché le modifiche normative conseguenti all'abolizione degli OPG non sono state portate a termine; in parte perché il cambio di paradigma nell'ambito della salute mentale - dal paradigma custodialista (fondato sulla pericolosità a sé e agli altri della persona affetta da disturbo psichiatrico) al paradigma terapeutico - è più arduo nel caso di soggetti autori di reato. E ciò favorisce l'inerzia legislativa, in un circolo vizioso. Per riassumere: la tutela della salute mentale in carcere deve confrontarsi con il residuo culturale dell'OPG, che persiste anche dopo l'abbattimento delle mura; oltre che con la generale difficoltà all'affermazione del diritto alla tutela della salute in carcere." E' necessario, secondo il Comitato realizzare un "doppio salto culturale (...) "nella speranza che ciò possa accelerare il completamento di un nuovo sistema di tutela della salute mentale, rispettoso di un principio bioetico fondamentale: il diritto alla salute come diritto umano e costituzionale, da cui discende l'eguaglianza nella tutela della salute fuori e dentro le mura".