

## **Il differimento facoltativo della pena per grave infermità fisica: tra “orizzonte di scopo” della pena carceraria e dignità del detenuto.**

di *Adriano Martufi*

CASSAZIONE PENALE, SEZ. I, 26 APRILE 2017 (UD. 29 MARZO 2017), N. 19677  
PRESIDENTE NOVIK, RELATORE BONI

**Sommario:** **1.** Diritto alla salute e differimento (facoltativo) dell'esecuzione in carcere – **2.** Il caso di specie: ambiguità dell'accertamento peritale e onere motivazionale del giudice – **3.** L'ambito cognitivo del giudice e il requisito della “grave infermità fisica”: verso il superamento di una concezione soltanto relativistica? – **4.** Conclusione: l'incerta discrezionalità della magistratura di sorveglianza e la necessità di riformare i rimedi a tutela della salute dei ristretti

### **1. Diritto alla salute e differimento (facoltativo) dell'esecuzione in carcere**

Il recente pronunciamento della Corte di Cassazione in merito alla vicenda di Totò Riina<sup>1</sup> ha riportato all'attenzione il tema, delicatissimo, dei rapporti tra diritto alla salute ed esecuzione penitenziaria. Parzialmente offuscate dal clamore mediatico suscitato da quella vicenda, le molte questioni giuridiche sollevate dalla sentenza della Cassazione riflettono il difficile equilibrio tra diritti dei detenuti ed esigenze di custodia.

Al medesimo intricato tema è dedicata la pronuncia del Supremo Collegio che qui si commenta: sentenza che, per intuibili ragioni, non ha goduto di un'eco mediatica paragonabile a quella riservata al provvedimento dianzi citato e sulla quale, tuttavia, sembra opportuno soffermarsi per la chiarezza con cui riafferma i principi delineati dalla giurisprudenza di legittimità in tema di diritto alla salute del detenuto.

Pur ribadendo orientamenti di fondo ormai consolidati, inoltre, il provvedimento in rassegna permette di tornare a volgere lo sguardo ai molteplici problemi applicativi sollevati da un istituto sovente lasciato in ombra nell'elaborazione dottrinale. Si allude al differimento facoltativo dell'esecuzione della pena detentiva di cui all'art. 147 c. 1 n. 2 c.p., il quale consente al Tribunale di sorveglianza di disporre il rinvio

---

<sup>1</sup> Cass., sez. I, sent. 22 marzo 2017, n. 27766

dell'esecuzione ovvero la sua sospensione, con conseguente scarcerazione del detenuto, allorché quest'ultimo versi in condizioni di “grave infermità fisica”<sup>2</sup>.

Espressivo del principio di umanità che deve ispirare l'esecuzione penitenziaria in forza dell'art. 27 c. 3 Cost. (e del più generale afflato personalista che informa di sé l'intero disegno costituzionale) l'istituto in questione condivide con l'affine meccanismo del differimento obbligatorio (art. 146 c.p.<sup>3</sup>) la natura di rimedio straordinario e residuale, chiamato a limitare la pretesa punitiva statuale nella fase esecutiva rinviandone nel tempo la piena realizzazione<sup>4</sup>.

Il differimento della pena costituisce, del resto, un'alternativa radicale all'esecuzione intramuraria: la decisione di disporre il rinvio della pena in carcere (in luogo del diverso istituto della detenzione domiciliare “surrogatoria”, di cui si dirà) comporta infatti, ove l'esecuzione abbia già avuto inizio, un distacco totale del detenuto dall'ambiente carcerario, senza che il giudice possa imporre al condannato qualsivoglia prescrizione limitativa della libertà personale<sup>5</sup>.

Nell'assetto delineato dal legislatore del codice, dunque, l'istituto in questione consente di bilanciare il “diritto a una pena non disumana” con le esigenze di sicurezza sociale garantite dallo stato di custodia, dando (se necessario) prevalenza al primo. Sennonché, nonostante gravi sul giudice l'obbligo di valutare la pericolosità sociale del condannato, l'eventuale scarcerazione di un detenuto per ragioni umanitarie rischia comunque di entrare in conflitto con le finalità astrattamente avute di mira dalla sanzione penale (il c.d. “orizzonte di scopo”).

A risultare sacrificata è, in particolare, la componente di prevenzione generale (negativa e positiva) postulata dal principio di indefettibilità dell'esecuzione penale<sup>6</sup>. Insieme alla “certezza della pena” in sede esecutiva, infatti, il differimento

<sup>2</sup> Cfr. da ultimo, con ricchezza di riferimenti giurisprudenziali, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2012, p. 619; M. ROMANO, *Commento all'art. 147 c.p.*, in M. ROMANO, G. GRASSO (a cura di), *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2012, p. 427 ss. Si vedano altresì i contributi più risalenti di A. PRESUTTI, *Grave infermità fisica del condannato e differimento dell'esecuzione della pena*, in *Ind. pen.*, 1986, p. 436; nonché per una casistica nosografica CRESTANI, BORDIGNON, *Incompatibilità tra condizioni di salute e stato di detenzione. Aspetti giuridici e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1986 pp. 406 ss.

<sup>3</sup> Per una panoramica in merito a questo istituto si vedano i contributi di A. CALAIOLLI, M. BRANCACCIO, *Commento all'art. 146 c.p.* in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, Milano, 2014, Vol. I, p. 951 ss.; G. GRASSO, *Commento all'art. 146 c.p.*, in M. ROMANO, G. GRASSO (a cura di), *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, vol. II, 2012, p. 416 ss.; E. DOLCINI, A. DELLA BELLA, *Commento all'art. 146 c.p.* in A. CRESPI, G. FORTI, G. ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2008, p. 494 ss.

<sup>4</sup> C. FIORIO, *Salute del condannato e strumenti di tutela*, in A. SCALFATI (a cura di), *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Padova, 2004, p. 79.

<sup>5</sup> La legge, infatti, non prevede che al condannato, nei cui confronti sia disposto il differimento dell'esecuzione della pena ai sensi dell'art. 147, c. 1, n. 2, c.p., il Tribunale di sorveglianza possa imporre obblighi accessori di alcun genere; cfr. Cass., sez. I, sent. 27 novembre 1991, n. 4511; Cass., sez. I, sent. 22 settembre 1994, n. 3790.

<sup>6</sup> In merito ai rapporti tra indefettibilità dell'esecuzione e differimento si veda già V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, vol. III, Torino, 1931, p. 45 dove si afferma che la concessione di questo beneficio non può comportare “rinuncia né incondizionata né

dell'esecuzione in carcere sembra mettere in discussione la stessa funzione di orientamento culturale che il legislatore assegna alla comminatoria edittale.

L'esigenza umanitaria su cui poggia l'istituto del differimento, tuttavia, fa premio anche sul finalismo rieducativo che, per disposto costituzionale, deve sorreggere l'esecuzione penale. Con ciò non vuol dirsi che il giudice che dispone il differimento debba omettere di valutare qualsiasi elemento concernente il grado di rieducazione del condannato. Tuttavia la disciplina dell'art. 147 c.p. impone di considerare i progressi relativi al reinserimento sociale soltanto laddove un'eventuale diagnosi negativa non si traduca in un sacrificio per la dignità del detenuto.

Come icasticamente affermato dalla Consulta, del resto, i princìpi delineati dall'art. 27 c. 3 Cost. si collocano in un contesto unitario e non dissociabile, in quanto logicamente funzione l'uno dell'altro, di talché “un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato”<sup>7</sup>.

Il difficile equilibrio tra diritto della salute, esigenze di custodia e funzioni assegnate alla pena detentiva va comunque raggiunto nel caso concreto, essendo affidata alla discrezionalità del giudice di sorveglianza (il Tribunale ovvero il Magistrato di sorveglianza nel caso di applicazione in via provvisoria ex art. 684 c. 2 c.p.p.) la decisione in merito al rinvio o alla sospensione dell'esecuzione in carcere. Al giudice, cioè, è rimessa la verifica dei presupposti applicativi stabiliti dal legislatore e segnatamente, nel caso di cui all'art. 147 c. 1 n. 2, l'accertamento del problematico requisito della “grave infermità fisica”.

Sul punto occorrerà tornare in seguito: giova tuttavia precisare sin d'ora come l'apprezzamento rimesso al giudice di sorveglianza non sottostà al solo criterio-guida dell'accertamento del “grave” stato di salute fisica del condannato. A imbrigliare la discrezionalità del giudice è altresì l'obbligo di formulare una prognosi negativa in merito al rischio di recidiva: l'art. 147 c. 4 c.p. (introdotto dalla legge n. 40 del 2001) prevede infatti che il differimento non possa essere disposto (o, nel caso di avvenuta concessione, debba essere revocato) allorché permanga il concreto pericolo della commissione di delitti.

---

eventuale da parte dello Stato alla potestà punitiva”. Sul punto cfr. altresì R. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1979, p. 718: “la pena acquista un significato o un altro proprio attraverso le modalità della sua esecuzione”.

<sup>7</sup> Corte cost., sent. n. 279 del 2013. Di particolare interesse anche l'argomentazione dei giudici rimettenti nella vicenda *de quo* la quale si spinge ad affermare tra i due valori sanciti dall'art. 27 c. 3 Cost., è il principio di umanità ad acquistare un peso preponderante posto che, mentre la funzione rieducativa si colloca su un piano esclusivamente “deontico” (riguardante cioè il “dover essere” o l'orizzonte finalistico della pena) il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità si colloca su un piano “ontico”, configurandosi dal punto di vista giuridico quale vera e propria condizione di esistenza dell'esecuzione penitenziaria. In argomento, con accenti critici, cfr. A. PUGIOTTO, *L'urlo di Munch della magistratura di sorveglianza. Statuto costituzionale della pena e sovraffollamento carcerario*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, p. 130.

È proprio per assicurare un maggior controllo sul condannato affetto da grave patologia fisica ma ritenuto socialmente pericoloso che il legislatore ha previsto la figura della detenzione domiciliare “surrogatoria”, applicabile (ex art. 47-ter c. 1-ter ord. penit.) ai casi in cui, pur ricorrendo le condizioni per la concessione del differimento, residui un grado anche ridotto di pericolosità sociale<sup>8</sup>.

La sommaria ricostruzione sin qui svolta dei criteri che devono guidare la discrezionalità giudiziale per garantire il diritto alla salute del condannato consente di affrontare più da vicino il contenuto della decisione in rassegna. Si procederà dapprima tratteggiando per sommi capi la vicenda che ha impegnato la Cassazione, per poi soffermarsi sul profilo interpretativo più delicato affrontato dalla pronuncia, quello relativo all'accertamento dello stato di salute del detenuto e al conseguente onere motivazionale posto a carico del giudice che concede o nega il differimento.

## **2. Il caso di specie: ambiguità dell'accertamento peritale e onere motivazionale del giudice**

La sentenza in rassegna origina da un ricorso avverso l'ordinanza con cui il Tribunale di sorveglianza di Lecce rigettava, per la sua infondatezza, l'istanza di differimento della pena presentata da una detenuta condannata alla pena di anni 10 e 8 mesi di reclusione per i reati di associazione di stampo mafioso, partecipazione ad associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti e detenzione ai fini di spaccio di sostanze stupefacenti aggravati ai sensi dell'art. 7 della legge n. 203 del 1991.

Alla base della decisione sta l'esito dell'accertamento peritale, dal quale era emerso un quadro patologico che, sebbene grave, risultava però trattabile attraverso controlli periodici ed esami di laboratorio da effettuarsi anche presso un centro clinico dell'amministrazione penitenziaria. Su tali basi il giudice aveva dunque disposto la trasmissione degli atti al D.A.P. del Ministero della Giustizia affinché fosse individuato un centro clinico ove trasferire e curare la detenuta.

Le doglianze della difesa, in sede di ricorso per Cassazione, si focalizzavano sulla carente motivazione del provvedimento. Secondo il ricorrente, infatti, il Tribunale di Sorveglianza avrebbe erroneamente valutato le risultanze delle perizie medico-legali, argomentando in modo apodittico e contraddittorio circa lo stato di salute della detenuta (ritenuto dalla perizia “non connotato da particolare e cogente gravità”) senza illustrare perché il trasferimento in una diversa struttura dovesse ritenersi idoneo a trattare le gravi patologie della ricorrente; ciò anche in considerazione del fatto che il precedente trasferimento in strutture simili aveva dato, in ben due occasioni, risultati insoddisfacenti e che per stessa ammissione del

---

<sup>8</sup> Cass. sez. I, sent. 28 gennaio 2000, n. 656 ove si afferma che “in assenza dell'indicazione di un parametro legislativo al quale riferirsi, la valutazione del giudice deve avere riguardo a una qualsiasi ragione che abbia una certa pregnanza sul piano delle caratteristiche del reo e delle sue condizioni personali e familiari (età, condizioni di salute, esistenza o non di garanzie di affidabilità, pericolosità sociale, compatibilità degli interventi terapeutici con il regime carcerario e così via) o sul piano della gravità e durata della pena da scontare”.

perito non risultava vi fossero, allo stato, centri clinici attrezzati per interventi come quello richiesto.

Nella sostanza, inoltre, la ricorrente lamentava la prolungata assenza delle cure sistematiche e approfondite a suo tempo richieste dal medico legale ai fini della permanenza in carcere, dovendosi ritenere per l'effetto ormai accertata l'incompatibilità con il carcere a fronte dell'asserito peggioramento del quadro clinico dell'interessata.

I giudici di sorveglianza avevano invece ritenuto, sulla scorta delle risultanze peritali, che le condizioni di salute della ricorrente, pur complesse ed irreversibili, fossero compatibili con lo stato di detenzione. In questo senso deponevano due ordini di fattori: per un verso una descrizione del quadro patologico ritenuto non suscettibile di determinare un grave pericolo di vita e comunque ritenuto (in modo invero quasi tautologico) inidoneo a cagionare una "grave infermità fisica"; per altro verso l'astratta possibilità di avviare la detenuta verso altre strutture sanitarie carcerarie.

Articolata e ricca di riferimenti ai precedenti in materia, la pronuncia della Suprema Corte annulla con rinvio il provvedimento della sorveglianza di Lecce mettendo a nudo, anzitutto, le carenze dell'impianto motivazionale dell'ordinanza impugnata. Secondo i giudici di legittimità, infatti, pur interpretando correttamente i presupposti oggettivi per la concessione del rinvio, il Tribunale di sorveglianza avrebbe omesso di motivare in modo esaustivo e coerente in merito alla compatibilità delle condizioni di salute della ricorrente con lo stato di detenzione.

Attesa la evidente e riconosciuta gravità delle patologie di cui la ricorrente era affetta, il giudice di merito ha considerato sussistente siffatta compatibilità soltanto a condizione che la detenuta venisse trasferita in istituto fornito di centro clinico specializzato. Tuttavia le condizioni di salute del detenuto possono dirsi compatibili con lo stato di detenzione solo nella misura in cui sia possibile riferire tale giudizio alla situazione concreta in cui versa la persona ristretta, avuto riguardo in particolare alla reale possibilità di praticare le cure e i trattamenti necessari nell'ambito del regime carcerario.

Pertanto, ove il tribunale di sorveglianza ritenga che il differimento richiesto non possa essere concesso esistendo la possibilità di trasferire il detenuto in strutture sanitarie carcerarie, esso ha l'obbligo di indicare nell'ordinanza in quale struttura penitenziaria munita di centro clinico debba svolgersi l'espiazione della pena. Diversamente, infatti, il tribunale potrebbe ritenere qualsivoglia condizione di salute compatibile con lo stato di detenzione, essendo sempre configurabile in astratto la possibilità di indirizzare il detenuto presso un centro clinico specializzato.

Il provvedimento che rigetta l'istanza di differimento deve inoltre essere preceduto da una attenta valutazione della concreta possibilità di trasferire il detenuto nel centro indicato. Ben potrebbe darsi infatti che il responsabile sanitario, d'intesa con l'amministrazione sanitaria locale, rifiuti l'arrivo di un nuovo paziente qualora tutti i posti disponibili siano già occupati.

Più in generale il giudice dovrebbe acquisire dall'amministrazione tutta la documentazione necessaria a vagliare quali siano le risorse effettivamente disponibili nell'istituto di destinazione, onde accertarsi che il decorso del tempo richiesto per il trasferimento in un carcere munito delle strutture necessarie non incida negativamente sul decorso della patologia<sup>9</sup>.

### **3. L'ambito cognitivo del giudice e il requisito della “grave infermità fisica”: verso il superamento di una concezione soltanto relativistica?**

Non meno impegnativo è poi l'accertamento dei presupposti sostanziali del differimento facoltativo. Si allude in particolare al già richiamato requisito della “grave infermità fisica” che definisce l'estensione dell'ambito cognitivo del giudice chiamato a disporre il differimento dell'esecuzione.

Trattasi di concetto per molti aspetti sfuggibile e caratterizzato da un elevato grado di indeterminazione. Ciò dipende non soltanto dall'assenza di riferimenti a nozioni di matrice medico-legale (come quelle di “guaribilità” e “reversibilità” dell'infermità fisica) ma altresì dalla carenza di qualsiasi sostrato terminologico comune ad altre disposizioni penalistiche o della legge penitenziaria, utile a consentire una interpretazione di tipo sistematico del requisito in discorso<sup>10</sup>.

All'insufficiente precisione che affligge il concetto di “grave infermità fisica” ha fatto da contraltare il frenetico attivismo della magistratura di sorveglianza, chiamata a colmare la vaghezza dell'enunciato normativo attraverso una ricca (e non sempre omogenea) elaborazione giurisprudenziale.

Le oscillazioni giurisprudenziali (particolarmente accentuate tra gli anni settanta e la metà degli anni ottanta<sup>11</sup>) hanno peraltro contribuito a creare non poche incertezze, confermando la matrice essenzialmente giurisprudenziale del diritto penitenziario<sup>12</sup>. Uno stato di cose che ha finito per pregiudicare la prevedibilità dell'interpretazione data alla disposizione in parola, con conseguente inevitabile smarrimento per i detenuti che lamentavano patologie fisiche gravi<sup>13</sup>.

Va detto incidentalmente che la tutela del diritto alla salute in carcere è affidata – in base al compendio normativo vigente – a una gamma di istituti diversi, la cui combinazione delinea un sistema stratificato mirante a conciliare esigenze di tutela

<sup>9</sup> M. L. FADDA, *La tutela del diritto alla salute dei detenuti*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 613 ss.

<sup>10</sup> A. CENTONZE, *L'esecuzione della pena detentiva e la ricostruzione sistematica della nozione di gravità delle condizioni di salute del detenuto*, cit., p. 26

<sup>11</sup> Per una ricostruzione vedi A. CENTONZE, *L'esecuzione della pena detentiva e la ricostruzione sistematica della nozione di gravità delle condizioni di salute del detenuto*, cit., p. 10 ss.; F. CORBI, *L'esecuzione penale* in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1990, p. 306 ss.; M. PAVARINI, *L'esecuzione penale*, in F. BRICOLA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Torino, 1996, p. 116-122.

<sup>12</sup> M. PAVARINI, B. GUZZALOCA, *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, 2005, p. 125 ss.

<sup>13</sup> Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p.

della collettività e il diritto alla salute (nella sua accezione di diritto a ricevere trattamenti sanitari di miglior livello possibile nelle circostanze date<sup>14</sup>).

In termini del tutto generali, l'art. 11 ord. penit. individua un punto di equilibrio tra queste contrapposte esigenze assicurando la presenza di presidi sanitari all'interno dell'istituto penitenziario e facendo salva la possibilità di trasferire – con provvedimento del magistrato di sorveglianza – i reclusi in luoghi di cura esterni qualora siano necessarie cure o trattamenti non eseguibili in carcere<sup>15</sup>.

Allorché le strutture carcerarie ed extracarcerarie non risultino idonee ad assicurare le esigenze di tipo diagnostico o terapeutico richieste, tuttavia, il giudice può disporre sia la concessione di modalità esecutive diverse dall'espiazione intramuraria sia un congelamento del rapporto esecutivo attraverso l'istituto del differimento.

Alla trasformazione delle modalità esecutive provvedono le misure alternative alla detenzione destinate ai condannati afflitti da patologia fisica (art. 47-ter c. 1 lett. c ord. penit.) ovvero più in particolare da HIV o altra grave patologia immunitaria (art. 47-quater ord. penit.), la cui concessione presuppone non solo l'accertamento di una patologia (la cui gravità dal punto di vista clinico può naturalmente variare) ma anche l'idoneità della misura a perseguire finalità di reinserimento sociale<sup>16</sup>.

Il differimento (in particolare quello facoltativo) si trova quindi ad operare in funzione di istituto residuale e sussidiario<sup>17</sup> non solo rispetto alle cure prestate nell'ambito del sistema penitenziario, ma anche in relazione alle misure alternative, posto che la concessione di queste risulta pur sempre ancorata a una prognosi positiva di risocializzazione.

In particolare, la detenzione domiciliare dell'art. 47-ter c. 1 lett c) ord. penit. può essere applicata, in luogo del rinvio dell'esecuzione della pena (ex art. 147 c. 1 n. 2 c.p.), in tutti i casi in cui, malgrado la presenza di gravi condizioni di salute, il condannato sia in grado di partecipare consapevolmente al processo rieducativo attuato attraverso gli interventi del servizio sociale.

---

<sup>14</sup> In argomento cfr. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, p. 141 ss.

<sup>15</sup> Cfr. art. 11 c. 2 ord. penit.: “ove siano necessari cure o accertamenti diagnostici che non possono essere apprestati dai servizi sanitari degli istituti, i condannati e gli internati sono trasferiti, con provvedimento del magistrato di sorveglianza, in ospedali civili o in altri luoghi esterni di cura”. Si tratta peraltro di un procedimento del tutto privo di formalità e senza garanzia di contraddittorio che sfocia in un provvedimento avente mero carattere amministrativo adottato di regola del magistrato di sorveglianza ovvero, nei casi di massima urgenza, dallo stesso direttore dell'istituto.

<sup>16</sup> In argomento, con ricchezza di riferimenti giurisprudenziali, cfr. anche F. DELLA CASA, *Misure alternative alla detenzione*, in *Enc. dir., Annali*, Vol. III, 2000, p. 843 ss.

<sup>17</sup> M. PAVARINI, *L'esecuzione penale*, in F. BRICOLA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, cit., p. 119.



Invero, tenuto conto del carattere del tutto residuale di questi interventi nel contesto della misura in questione<sup>18</sup>, pare più verosimile che la concessione della misura finisca per dipendere da un giudizio a priori relativo alla presenza di un residuo “margine di pericolosità sociale che faccia ritenere ancora necessario un controllo da parte dello Stato”<sup>19</sup>.

Peraltro la delimitazione dell'ambito applicativo del differimento rispetto alla “concorrente” figura della detenzione domiciliare dell'art. 47-ter c. 1 ord. penit.<sup>20</sup>, sembra dipendere proprio dall'estensione riconosciuta al concetto di “grave infermità fisica”, la cui interpretazione oscilla tra due distinti orientamenti rinvenibili nella giurisprudenza di legittimità.

Un primo orientamento, di formazione più risalente, ancora il requisito per la concessione del differimento facoltativo a una concezione del diritto alla salute che potrebbe dirsi relativistica, in quanto fondata su una valutazione comparativa del trattamento garantito al detenuto, rispettivamente, all'interno o all'esterno del circuito penitenziario. Si richiede infatti che il condannato necessiti di cure e trattamenti non praticabili in regime di detenzione intramuraria, neppure mediante ricovero in ospedali civili o in altri luoghi di cura ai sensi dell'art. 11 ord. penit.<sup>21</sup>

Si vincola inoltre la concessione del beneficio alla sussistenza di una malattia grave, tale cioè da porre in serio pericolo la vita del condannato o comunque provocare altre rilevanti conseguenze dannose<sup>22</sup>. Appare evidente come un approccio siffatto risulti improntato all'esigenza di assicurare un temperamento tra diritto alla salute e difesa sociale, ritenendosi sussistente l'incompatibilità con lo stato di detenzione soltanto ove non sia possibile offrire le cure necessarie in ambiente carcerario.

Un secondo orientamento, consolidatosi più di recente, fonda invece la concessione della misura sul solo accertamento dell'oggettiva gravità della patologia lamentata dal detenuto.

<sup>18</sup> Cfr. F. DELLA CASA, *Misure alternative alla detenzione*, cit., p. 842. In argomento vedi pure M. PELISSERO, *La detenzione domiciliare: i vantaggi in chiave deflattiva e il problema dell'offerta trattamentale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 559 ss.

<sup>19</sup> Cass., sez. I, sent. 14 gennaio 2011, n. 4750

<sup>20</sup> Misura rispetto alla quale, peraltro, l'art. 47-ter c. 1 lett c) ord. penit. richiede l'accertamento della sussistenza di patologie (anche psichiche) particolarmente gravi e tali da esigere “costanti contatti con i presidi sanitari territoriali”; in argomento, anche per la distinzione tra questa figura e le ipotesi di differimento degli artt. 146 e 147 c.p., cfr. A. CENTONZE, *L'esecuzione della pena detentiva e la ricostruzione sistematica della nozione di gravità delle condizioni di salute del detenuto*, cit., p. 28

<sup>21</sup> Cass., sez. I, sent. 5 marzo 2014, n. 37216; Cass., sez. I, sent. 22 novembre 2000, n. 8936; Cass., sez. I, sent. 28 gennaio 1997, n. 563.

<sup>22</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. sez. I, sent. 18 giugno 2008, n. 28555: “in presenza di una richiesta di rinvio dell'esecuzione della pena per grave infermità fisica, il giudice deve valutare se le condizioni di salute del condannato siano o meno compatibili con le finalità rieducative della pena e con le possibilità concrete di reinserimento sociale conseguenti alla rieducazione; all'esito di tale valutazione, qualora, tenuto conto della natura dell'infermità e di un'eventuale prognosi infausta “quoad vitam” a breve scadenza, l'espiazione della pena appaia contraria al senso d'umanità per le eccessive sofferenze da essa derivanti”



In particolare, per ammettere la scarcerazione del condannato, basterebbe accertare che l'infermità fisica, cumulata all'ordinaria afflittività della privazione di libertà, produca un trattamento contrario al senso di umanità e una sostanziale elusione del diritto costituzionalmente garantito alla tutela della salute<sup>23</sup>.

Questo più recente approdo ha il merito di valorizzare il nesso che intercorre tra l'istituto del differimento e il fondamento del principio di umanità della pena, consistente nell'inderogabile valore della dignità umana.

Il divieto di sottoporre i detenuti a trattamenti disumani di cui all'art. 27 c. 3 Cost. riflette infatti la declinazione personalistica della dignità, consistente nel vietare che la persona sia trattata alla stregua di un semplice oggetto<sup>24</sup>.

Sulla scorta di questo principio sembra allora corretto ritenere che il concetto di "grave infermità fisica" debba intendersi quale specificazione del divieto di sottoporre i detenuti a una prova di intensità tale da oltrepassare l'inevitabile grado di sofferenze inerente alla detenzione<sup>25</sup>, così come affermato dalla Corte di Strasburgo sulla base dell'art. 3 CEDU<sup>26</sup>.

Appare perciò condivisibile la scelta di ammettere il differimento della pena, senza condizionarne la concessione alla possibilità di prestare le opportune terapie al detenuto all'interno del carcere.

Se infatti la ratio dell'art. 147 c. 1 n. 2 c. p. è quella di evitare al condannato trattamenti inumani e la sua sottomissione ad una pena di fatto più grave di quella irrogatagli<sup>27</sup>, deve ritenersi sufficiente l'accertamento di una sofferenza indotta

---

<sup>23</sup> Cass., sez. I, sent. 14 gennaio 1999, n. 355 ove si sottolinea come a nulla rilevi l'eventuale incompatibilità dello stato patologico con la permanenza in carcere sotto il profilo della possibilità di apprestamento delle opportune terapie. In quell'occasione, infatti, i giudici di legittimità avevano ritenuto illegittima l'omessa valutazione, da parte del giudice di merito, della gravità delle patologie accusate dal detenuto, il quale si era limitato a verificare che il condannato fruiva della necessaria assistenza sanitaria nello stato di detenzione. In senso analogo cfr. sent., 24 novembre 2010, n. 43488 ove si è ritenuta contraria al senso di umanità la detenzione di un soggetto prossimo a compiere 78 anni affetto da patologie ad andamento cronico progressivo, quali l'encefalopatia multifartuale con progressivo deterioramento cognitivo, la cardiopatia fibrillante ed il diabete mellito, che impedivano al condannato di percepire il "senso stesso della detenzione, sia nel suo profilo retributivo che in quello risocializzante".

<sup>24</sup> A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale*, in V. ANGIOLINI (a cura di) *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, p. 225.

<sup>25</sup> Cass. sez. I, sent. 8 maggio 2009, n. 22373: "il differimento dell'esecuzione della pena per infermità fisica o la applicazione della detenzione domiciliare, non è limitato alla patologia implicante un pericolo per la vita, dovendosi avere riguardo ad ogni stato morboso o scadimento fisico capace di determinare una situazione di esistenza al di sotto di una soglia di dignità da rispettarsi pure nella condizione di restrizione carceraria"

<sup>26</sup> Al riguardo, cfr. il *leading case* Corte EDU, sent. 26 ottobre 2000, Kudla c. Poland, § 94 ove si riconosce per la prima volta l'obbligo per lo Stato convenuto di garantire condizioni detentive compatibili con il rispetto della dignità umana.

<sup>27</sup> In questo senso, con opportuno riferimento al principio di legalità delle pene, cfr. Cass. sez. I, sent. 27 novembre 1996, n. 6283.

dalle deprivazioni della vita carceraria e dagli effetti per la salute di una grave patologia fisica<sup>28</sup>.

#### **4. Conclusione: l'incerta discrezionalità della magistratura di sorveglianza e la necessità di riformare i rimedi a tutela della salute dei ristretti**

La sentenza in rassegna dà conto di entrambi gli orientamenti appena rammentati. A differenza della già ricordata pronuncia relativa al caso Riina<sup>29</sup>, essa pare tuttavia attestarsi su una posizione più cauta, scegliendo di non indicare con esattezza quale accezione del concetto di “grave infermità fisica” debba ritenersi preferibile.

Un'interpretazione estensiva di questo requisito sembrerebbe però maggiormente conforme al dettato costituzionale e alla necessità di offrire una lettura “convenzionalmente orientata” del diritto interno, in forza del richiamo alla CEDU operato dall'art. 117 Cost.<sup>30</sup> Sennonché malgrado gli sforzi interpretativi tesi a ricomporre un'eventuale frattura con la giurisprudenza di Strasburgo, l'istituto del differimento non sembra in grado di offrire da solo un rimedio a tutte le variegate tipologie di violazione del diritto alla salute che la Corte EDU riconduce alla fattispecie dell'art. 3 CEDU.

L'accertamento di un'infrazione di questo divieto dipende infatti dal raggiungimento di una soglia minima di gravità da verificare nel caso concreto, avuto riguardo a una pluralità di fattori tra cui la Corte annovera la durata del trattamento vietato, i suoi effetti dal punto di vista fisico e psichico e, in taluni casi, il sesso, l'età e il pregresso stato di salute della vittima<sup>31</sup>.

Difficile ritenere che l'art. 147 c.p., con il riferimento al solo requisito della “grave infermità fisica”, possa consentire al giudice nazionale di procedere a un accertamento multifattoriale come quello richiesto dal diritto CEDU. In particolare sembra discutibile che l'applicazione del beneficio possa tenere conto non solo dell'intrinseca gravità della patologia lamentata, ma anche di parametri ulteriori che indirettamente incidono sul diritto alla salute, quali l'anzianità del detenuto<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> Cass., sez. I, sent. 24 giugno 2014, n. 32882; sez. I, sent. 14 gennaio 1999, n. 355; sez. I, sent. 29 aprile 1997, n. 3046; sez. I, sent. 27 novembre 1996, n. 6283.

<sup>29</sup> Cass., sez. I, sent. 22 marzo 2017, cit., “lo stato di salute incompatibile con il regime carcerario [...] non deve ritenersi limitato alla patologia implicante un pericolo per la vita della persona, dovendosi piuttosto avere riguardo ad ogni stato morboso o scadimento fisico capace di determinare un'esistenza al di sotto della soglia di dignità che deve essere rispettata pure nella condizione di restrizione carceraria”.

<sup>30</sup> Come noto ha la Corte costituzionale ha affermato che le questioni di legittimità costituzionale per contrasto con l'art. 117 Cost. sono “inammissibili” laddove il giudice *a quo* non abbia prima tentato di percorrere la strada dell'interpretazione convenzionalmente orientata. Cfr. Corte cost., 12 marzo 2010, n. 93; Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113.

<sup>31</sup> In argomento sia consentito rinviare a A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, Napoli, 2015, p. 178 ss.

<sup>32</sup> Così invece da ultimo Cass. sez. I, sent. 13 luglio 2016, n. 52979: “nel caso di istanza di condannato ultrasettantenne con problemi di salute, il tribunale è tenuto a motivare specificamente sulla compatibilità del mantenimento in carcere con la tutela del diritto alla salute, la funzione rieducativa della pena e il senso di umanità, incidendo inevitabilmente

Pare quindi opportuno che il legislatore metta mano al complesso sistema dei rimedi a tutela della salute<sup>33</sup>, ampliandone lo spettro applicativo e offrendo una guida più salda alla discrezionalità riconosciuta alla magistratura di sorveglianza. Alla definizione di una criteriologia in grado di orientare il giudice nell'accertamento degli stati patologici rilevanti a fini della concessione del differimento dovrebbe inoltre accompagnarsi un chiarimento circa i rapporti tra questo istituto e le ipotesi di detenzione domiciliare umanitaria (in particolare quella di cui all'art. 47-ter c. 1 ord. penit.) la cui applicazione risulta tuttora legata a un giudizio di pericolosità e rieducabilità del reo<sup>34</sup>.

In assenza di un simile intervento riformatore, sembrerebbe comunque preferibile astenersi dalla tentazione di ricorrere a un'improvvida opera di ortopedia interpretativa e, una volta accertata l'ineffettività dei rimedi attualmente a disposizione, percorrere la via maestra di una questione di legittimità costituzionale.

---

l'età del detenuto sulle valutazioni richieste dagli artt. 147 cod. pen. e 47-ter ord. pen. in relazione ai principi costituzionali di riferimento”.

<sup>33</sup> In questo senso, cfr. E. APRILE, “*Dall'errore all'errante*”: quali prospettive per una più efficace tutela del diritto alla salute ed al trattamento rieducativo del detenuto?, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 607 ss.

<sup>34</sup> In merito ai rapporti tra artt. 146 e 147 c.p. e detenzione domiciliare di cui all'art. 47-ter c. 1 lett. c) cfr. Cass. sez. I, sent. 18 giugno 2008, n. 28555 secondo cui quest'ultima sarebbe applicabile allorché “le condizioni di salute, pur particolarmente gravi, non presentino le suddette caratteristiche di sofferenza o di prognosi infausta e richiedano i contatti con i presidi sanitari territoriali indicati dall'art. 47 ter, comma primo, lett. c), L. 26 luglio 1975 n. 354”; si afferma inoltre che laddove manchi una prognosi infausta *quoad vitam* a breve scadenza, la pena è comunque in grado di espletare la propria funzione rieducativa, di talché deve ritenersi preferibile la detenzione domiciliare che al pari delle altre misure alternative “ha come finalità il reinserimento sociale del condannato”.