



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

IL DIRITTO ALLA SALUTE DEL DETENUTO

Relatore:

Prof. ssa Antonia Menghini

Laureanda:

Julia Pau

Diritto alla salute; detenzione; assistenza sanitaria;
integrità psicofisica; tutela.

Anno Accademico 2016/2017

A mia madre

INDICE

INTRODUZIONE.....	1
-------------------	---

CAPITOLO I

IL DIRITTO ALLA SALUTE DEL DETENUTO NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

1.1 Il concetto di salute e il diritto alla salute.....	7
1.2 Il diritto alla salute del detenuto nel diritto internazionale.....	9
1.3 La Dichiarazione universale e gli altri atti dell'ONU	10
1.4 Le regole minime ONU per il trattamento dei detenuti.....	11
1.5 L'attività del Consiglio d'Europa.....	13
1.6 La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'interpretazione evolutiva dell'art. 3 CEDU. 14	
<i>1.6.1 I principi fondamentali in materia di diritto alla salute del detenuto nella giurisprudenza della Corte EDU</i>	<i>17</i>
<i>1.6.2 La tutela della salute del detenuto tra obblighi negativi e positivi discendenti dall'art. 3 CEDU</i>	<i>21</i>
<i>1.6.3 Sovraffollamento e violazione dello spazio detentivo minimo</i>	<i>31</i>
<i>1.6.4 La violazione degli standard igienico-sanitari minimi</i>	<i>39</i>
<i>1.6.5 La mancanza o non tempestiva somministrazione di cure mediche adeguate</i>	<i>41</i>
<i>1.6.6 L'incompatibilità della detenzione con le condizioni di salute del soggetto recluso .</i>	<i>46</i>
<i>1.6.7 Il 41 bis al vaglio di Strasburgo: tra conseguenze sulla salute e incompatibilità</i>	<i>50</i>
<i>1.6.8 L'incompatibilità e la salute mentale</i>	<i>57</i>
1.7 Il Comitato per la prevenzione della tortura (CPT).....	60
1.8 Le fonti di diritto dell'Unione Europea in materia di trattamento dei detenuti.....	63

CAPITOLO II

IL DIRITTO ALLA SALUTE DEL DETENUTO NELLA NORMATIVA NAZIONALE

2.1 Il diritto alla salute nella Costituzione.....	69
<i>2.1.1 Il contenuto del diritto alla salute</i>	<i>73</i>
2.2 Il diritto alla salute e lo <i>status detentionis</i>	76

2.3 La legge di ordinamento penitenziario e il riconoscimento delle posizioni soggettive del detenuto.....	79
2.4 La salute del detenuto nell'ordinamento penitenziario	83
2.5 La tutela preventiva della salute nell'ordinamento penitenziario.....	85
2.5.1 Edilizia penitenziaria e tutela della salute	86
2.5.2 Igiene e tutela della salute.....	92
2.5.3 Alimentazione e tutela della salute.....	95
2.5.4 Permanenza all'aperto e tutela della salute.....	100
2.6 L'assistenza sanitaria in carcere	102
2.6.1 Il riordino della medicina penitenziaria e le persistenti criticità del sistema.....	104
2.6.2 L'autodeterminazione sanitaria in carcere: la visita di ingresso e gli altri controlli obbligatori.....	111
2.6.3 Il ricovero nei Centri Diagnostici Terapeutici (CDT)	117
2.6.4 Il ricovero in ospedale civile o in altro luogo esterno di cura	119
2.6.5 La visita da parte del medico di fiducia	126
2.7 Il diritto all'integrità psicofisica di fronte a condotte lesive di terzi	129

CAPITOLO III

GLI STRUMENTI DI TUTELA DEL DIRITTO ALLA SALUTE DEL DETENUTO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

3.1 La tutela dei diritti del detenuto in generale e della salute in particolare.....	133
3.2 Il primo passo della cd. giurisdizionalizzazione: le sentt. 212/1997 e 26/1999	137
3.3 Il secondo passo della cd. giurisdizionalizzazione: dalla sent. "Gianni" alle sentt. 266/2009 e 135/2013.....	143
3.4 Il terzo passo della cd. giurisdizionalizzazione: dalla sentenza Torreggiani all'introduzione degli artt. 35 <i>bis</i> e 35 <i>ter</i> ord. penit.	143
3.5 Il 35 <i>bis</i> e la tutela del diritto alla salute.....	152
3.5.1 La disciplina statica	154
3.5.2 La disciplina dinamica	161
3.6 Il 35 <i>ter</i> e la tutela del diritto alla salute.....	167
3.6.1 Il dibattito sul requisito dell'attualità del pregiudizio	171
3.6.2 Il rinvio mobile ad una giurisprudenza ondivaga	174

3.6.3 Il dibattito sull'entità del ristoro garantito a titolo di riparazione e la controversa natura del rimedio	180
--	-----

CAPITOLO IV

L'INCOMPATIBILITÀ DELLE CONDIZIONI DI SALUTE CON LO STATUS DETENTIONIS

4.1. Considerazioni introduttive	185
4.2 Il rinvio obbligatorio	186
4.3 Il rinvio facoltativo e la grave infermità fisica	191
4.4 Detenzione domiciliare e tutela della salute.....	198
4.5 Il differimento facoltativo tra discrezionalità e onere motivazionale: la recente sentenza della Cassazione sul caso Riina.....	208
CONCLUSIONE: persistenti criticità e prospettiva di riforma	217
BIBLIOGRAFIA.....	235
SITOGRAFIA	248

INTRODUZIONE

A quattro anni dalla sentenza Torreggiani, notissima sentenza con la quale la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato l'Italia per violazione del divieto di trattamenti disumani e degradanti, il sistema penitenziario non pare aver intrapreso l'inversione di rotta sperata. L'accertamento della condizione di sovraffollamento endemico e strutturale degli istituti penitenziari nazionali da parte dei giudici di Strasburgo, se ha imposto al legislatore italiano di porre in essere interventi tempestivi di contrasto a detta situazione, si è però rivelato come *assist* non colto per una seria rivisitazione dell'anacronistico sistema sanzionatorio carcerocentrico. La "*forte fibrillazione istituzionale*"¹ derivante dalla condanna in sede internazionale e, soprattutto, dalla "messa in mora" della Corte alsaziana ha rivelato ancora una volta la tendenza "all'italiana" di limitarsi alle misure tampone, aventi natura meramente contingente e provvisoria

Delle due deleghe previste dalla L. 28 aprile 2014, n. 67, infatti, solo quella in materia di depenalizzazione è stata (timidamente) esercitata, mentre quella in materia di introduzione di nuove pene principali non carcerarie è "scaduta" nell'indifferenza generale. Destino questo, peraltro condiviso con il d.d.l. C. 2798 contenente una delega in materia di riforma dell'ordinamento penitenziario, che approvato alla Camera il 23 settembre 2015 è stato "ripescato" per l'approvazione in Senato solo quest'anno, nell'ambito dell'*iter* parlamentare della cd. riforma Orlando², che lo ha infine inglobato.

Che le misure poste in essere fino ad ora non siano sufficienti, configurandosi invece come mere "*toppe che vengono continuamente apposte su del tessuto ormai troppo liso e quasi inutilizzabile*"³, è comprovato in particolare dai dati sulla popolazione detenuta, la quale, a seguito di un decremento rilevante tra il 2013 e il 2015, è ora, ed ormai da due anni, nuovamente in rapido aumento, come evidenziato ripetutamente dalla dottrina ed ora anche dal Comitato europeo per la prevenzione della

¹ GIOSTRA G., *Si schiude un nuovo orizzonte per l'esecuzione penale? Delega penitenziaria e Stati generali: brevi considerazioni a margine*, in *Quest. Giust.*, 2015, p. 61.

² Approvata definitivamente con L. 23 giugno 2017, n. 103.

³ MONTALDO C., *Emergenza carceri: a tre anni dalla sentenza Torreggiani, gli esiti e l'effettività delle riforme*, in www.forumcostituzionale.it, p. 3.

tortura, che ha recentissimamente constatato come il sovraffollamento continui ad essere un grave problema degli istituti penitenziari nazionali⁴.

Detto cronico ed ingovernabile sovraffollamento carcerario e le precarie condizioni di detenzione che da detta situazione derivano rendono sempre più difficile la garanzia di quel nucleo fondamentale di diritti che, in quanto spettanti a ciascun individuo, devono essere assicurati anche al soggetto privato della libertà personale. Come è stato chiarito dalla Corte costituzionale, dal principio di umanità della pena, sancito solennemente all'art. 27 co.3, ne deriva che *“Chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale”*⁵.

Il “prezioso residuo di libertà” riconosciuto al detenuto implica dunque che la potestà punitiva statale non possa tradursi in una compressione indiscriminata delle posizioni giuridiche del soggetto detenuto, in una afflizione eccessiva ed ulteriore rispetto a quella derivante dalla sottrazione della libertà stessa. A ben vedere, inoltre, *“il tipo di sofferenza inflitto attraverso la pena non è soltanto modo e misura della sua umanità ma anche della sua stessa legalità”* e ciò in quanto *“se la detenzione è per definizione una limitazione della libertà personale”* si ha che *“la quota di sofferenza che va oltre la compressione del bene libertà, andando a lambire beni altrettanto irrinunciabili quali la salute fisica e psichica, la libertà morale, il diritto all'affettività e quello alla riservatezza, deve essere considerata illegale, prima che disumana”*⁶.

La centralità dell'individuo, con i suoi diritti fondamentali, si impone dunque come limite all'esecuzione della pena e come condizione di legittimità della stessa, essendo, per dirla nuovamente con le parole del giudice delle leggi, la *“dignità della persona (art. 3, primo comma, della Costituzione)[...] dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale”*⁷.

⁴ Cfr. CPT/Inf (2017) 23, pubblicato in data 8 settembre 2017.

⁵ Corte cost., sent. n.349 del 1993 in *Giur. cost.*, 1993, p. 2740 e ss.

⁶ MANNOZZI G., *Diritti dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale al cospetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in (a cura di) MANES V., ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 348.

⁷ Corte cost., sent. n. 26 del 1999 in *Giur. cost.*, 1999, I, p. 176 e ss.

All'interno di questo “bagaglio” si colloca l’oggetto del presente lavoro, che si propone di analizzare la normativa e la giurisprudenza in materia di diritto alla salute del detenuto, partendo dal quadro internazionale per giungere a quello nazionale. La scelta è ricaduta sull’appena menzionato diritto per molteplici ragioni. Anzitutto in quanto essendo l’unico ad essere definito fondamentale dalla Costituzione, l’analisi della tutela a questo assicurata può costituire una sensibile cartina tornasole tanto del livello di garanzie che sono riconosciute ai diritti del soggetto *in vinculis*⁸, quanto delle più ampie disfunzioni del sistema⁹.

In secondo luogo, il riconoscimento dell’esigenza di tutela diritto alla salute assume un rilievo fondamentale nel contesto penitenziario attuale, stante che il sovraffollamento e le precarie condizioni di detenzione risultano essere fattori profondamente incidenti sullo stato psicofisico dei soggetti detenuti, come dimostrato anche dall’elevato tasso di suicidi, di decessi e di atti di autolesionismo.

Se già il carcere risulta essere un ambiente fortemente patogeno, è chiaro che il peggioramento ambientale non può che tradursi in un contestuale peggioramento dello stato di salute della popolazione detenuta, il cui “rischio di salute” è notevolmente maggiore rispetto a quello della popolazione generale¹⁰. Nettamente superiore è, infatti, l’incidenza nell’ambiente carcerario di disturbi psichici, di dipendenze da sostanze psicotrope, di malattie infettive (soprattutto HIV ed epatite C) e di alcune patologie croniche, e ciò principalmente per via dell’incuria nella gestione delle malattie pregresse rispetto alla detenzione, per la diffusione di pratiche a rischio e per le possibilità di aggravamento del quadro clinico causato dagli stili di vita e dalle condizioni mentali propri di detto ambiente.

Così, vista la centralità del bene salute, “*diritto fondamentale e interesse della collettività*” (art. 32 Cost), una ricognizione normativa e giurisprudenziale di detto diritto pare essere fondamentale nell’indagine in generale sui diritti inviolabili, al fine di verificare se gli ostacoli alla realizzazione della piena dignità del detenuto siano ravvisabili solo nel piano dell’ “essere” ovvero se già nel piano del “dover essere” siano

⁸ Così anche in FIORIO C., *Salute del condannato e strumenti di tutela*, in (a cura di) SCALFATI A., *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Padova, 2004, p. 48.

⁹ MASSARO A., *Presentazione*, in (a cura di) MASSARO A., *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un’indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, Roma, 2017, p. 19.

¹⁰ Relazione finale del Tavolo 10 (Salute e disagio psichico) degli Stati Generali dell’Esecuzione Penale, disponibile in www.giustizia.it, p. 16.

riscontrabili importanti lacune che richiedono un pronto intervento da parte del legislatore¹¹.

Il primo capitolo analizzerà quindi il quadro internazionale in materia di tutela della salute del detenuto, sottolineando il ruolo propulsivo delle organizzazioni internazionali nel graduale riconoscimento di posizioni soggettive a capo del detenuto e più in generale nel processo di umanizzazione della pena. Come si vedrà, all'interno degli standard in materia di trattamento penitenziario dettati in sede internazionale, un'importanza fondamentale è stata attribuita alle norme a tutela della salute del detenuto, a riconferma che la salute sia da considerare *“per i detenuti il primo dei diritti, che condiziona il soddisfacimento di altri”*¹². Particolare attenzione sarà inoltre data allo studio della casistica della Corte europea dei diritti dell'uomo, che, partendo da un'interpretazione evolutiva dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, è giunta a riconoscere una tutela indiretta al bene salute del detenuto. Attraverso la tecnica di protezione cd. *par ricochet*, infatti, il solenne divieto di tortura e trattamenti disumani e degradanti ha permesso alla Corte di affermare l'obbligo a carico dello Stato di garantire che la salute e il benessere del detenuto siano assicurati in modo adeguato.

Il secondo capitolo prenderà le mosse da un'analisi del disposto dell'art. 32 Cost. che dispone che la *“La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività”* e ciò al fine di individuare il contenuto costituzionale del diritto alla salute. Chiarita la natura di *Giano bifronte*¹³ del diritto in questione, che si configura al contempo come diritto (di libertà) alla conservazione dell'integrità psico-fisica e come diritto (sociale) a prestazioni sanitarie, si cercherà dunque di isolare all'interno della normativa *stricto sensu* penitenziaria le principali norme volte a salvaguardare entrambi gli aspetti ora delineati. Principale ambito di indagine saranno quindi le disposizioni dell'ordinamento penitenziario e del rispettivo regolamento esecutivo riconducibili alla bipartizione, di fonte dottrinale, e che in qualche modo ricalca le due essenziali componenti del diritto alla salute riconosciuto dalla Carta fondamentale, tra norme a tutela preventiva della salute e norme in materia di assistenza sanitaria. Sempre avendo a mente la tutela riconosciuta in Costituzione al

¹¹ Così anche MASSARO A., *Presentazione*, in (a cura di) MASSARO A., *La tutela della salute*, cit., p. 20.

¹² Comitato Nazionale per la Bioetica, *La salute dentro le mura*, parere del 27 settembre 2013, disponibile in www.sanitapenitenziaria.org, p. 6.

¹³ VIGNUDELLI A., *Il rapporto di consumo*, Rimini, 1984, p. 93.

bene salute, saranno quindi messi in luce gli aspetti maggiormente critici del sistema normativo ovvero della prassi applicativa.

Individuate ed approfondite le posizioni giuridiche soggettive riconosciute in capo al soggetto *in vinculis* e riconducibili all'art. 32 Cost., il terzo capitolo si concentrerà sugli strumenti a tutela di dette posizioni giuridiche. Rilevando le scarse garanzie a tutela del detenuto previste nell'ordinamento penitenziario per i provvedimenti in materia di salute ed altresì l'assenza nella pur profondamente innovativa legge di riforma penitenziaria (L. 354/75) di forme generali di tutela giurisdizionale volte a trasformare le posizioni sostanziali riconosciute in pretese azionabili, si ripercorreranno dunque le principali tappe del cd. percorso di giurisdizionalizzazione dei diritti del detenuto. Grazie all'analisi dei principi enunciati a partire dagli anni Novanta dalla Corte costituzionale e dalla Corte di Cassazione sarà quindi possibile comprendere, oltre ai motivi che hanno richiesto un intervento normativo in materia, la *ratio*, le modalità di funzionamento ed al contempo e soprattutto i punti critici degli strumenti di recente introduzione a tutela dei diritti detenuti. Questi ultimi verranno osservati con il particolare occhiale del diritto alla salute e prestando attenzione al dialogo, ora imposto espressamente dal rinvio mobile del 35 *ter* ord. penit., tra corti nazionali, di merito e di legittimità, e Corte europea dei diritti dell'uomo.

Infine, a conclusione dell'elaborato verranno trattati, nel quarto capitolo, gli strumenti residuali volti a bilanciare l'interesse a che la pena detentiva venga eseguita con le esigenze di rispetto del principio di umanità della pena e del diritto fondamentale alla salute. In uno stato di diritto, infatti, la potestà punitiva statale, non può che arrestarsi ovvero prevedere forme alternative alla detenzione di fronte a condizioni di salute che raggiungano un livello di gravità tale da rendere la pena uno strumento di afflizione eccessiva e dunque in un'ultima istanza una sanzione non umana.

CAPITOLO I

IL DIRITTO ALLA SALUTE DEL DETENUTO NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 1.1 Il concetto di salute e il diritto alla salute. – 1.2 Il diritto alla salute del detenuto nel diritto internazionale. – 1.3 La Dichiarazione universale e gli altri atti dell'ONU. – 1.4 Le regole minime ONU per il trattamento dei detenuti. – 1.5 L'attività del Consiglio d'Europa. – 1.6 La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'interpretazione evolutiva dell'art. 3 CEDU. – 1.6.1 I principi fondamentali in materia di diritto alla salute del detenuto nella giurisprudenza della Corte EDU. – 1.6.2 La tutela della salute del detenuto tra obblighi negativi e positivi discendenti dall'art. 3 CEDU. – 1.6.3 Sovraffollamento e violazione dello spazio detentivo minimo. – 1.6.4 La violazione degli standard igienico-sanitari minimi. – 1.6.5 La mancanza o non tempestiva somministrazione di cure mediche adeguate. – 1.6.6 L'incompatibilità della detenzione con le condizioni di salute del soggetto recluso. – 1.6.7 Il 41 *bis* al vaglio di Strasburgo: tra conseguenze sulla salute e incompatibilità. – 1.6.8 L'incompatibilità e la salute mentale. – 1.7 Il Comitato per la prevenzione della tortura (CPT). – 1.8 Le fonti di diritto dell'Unione Europea in materia di trattamento dei detenuti.

1.1 Il concetto di salute e il diritto alla salute

Definire univocamente il concetto di salute è un compito estremamente difficile. Il termine “salute” può, infatti, assumere vari significati, che risultano essere fortemente dipendenti dal contesto storico e sociale di riferimento. Per queste ragioni nei testi legislativi assai raramente troviamo un rimando al contenuto della nozione di salute, che viene invece molto spesso data per scontata.

Una definizione particolarmente esaustiva è quella che troviamo nel Preambolo della Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS)¹ che indica la salute come “*uno stato di completo benessere fisico, mentale, sociale*” e precisa che essa “*non consiste soltanto nell'assenza di malattie o infermità*”. La precisazione finale

¹ L'OMS è un'Agenzia specializzata dell'ONU, fondata nel 1946 ed operativa dal 1948, che ha l'obiettivo di “*portare tutti i popoli al più alto grado possibile di salute*” (Art. 1 Costituzione dell'OMS).

è quantomai rilevante se si considera che tradizionalmente la nozione di salute è stata derivata a contrario proprio partendo dal significato assunto dal termine “malattia”².

Nelle definizioni più recenti, invece, come emerge anche dalla definizione dell’OMS soprariportata, si nota una tendenza ad allargarne il contenuto per sottolineare la molteplicità di fattori fisici e psicologici, personali e sociali che influenzano concretamente la persona determinandone lo stato di salute. Dunque, viene data rilevanza non solo al tradizionale benessere fisico ma anche a quello psichico e sono prese in considerazione anche le condizioni sociali della persona.

Contestualmente all’allargamento del concetto di salute è avvenuto, nel secondo dopoguerra, il progressivo riconoscimento dei cd. diritti umani di seconda generazione, ossia di quei diritti che spettano a ciascun individuo in quanto tale ma per la cui realizzazione piena è necessaria una concreta attività statale³.

Tra questi diritti, di carattere preminentemente socio-economico, troviamo anche il diritto alla salute, che inizia ad essere riconosciuto dalle Carte Costituzionali adottate successivamente alla Seconda Guerra Mondiale. Il tratto comune delle esperienze di elaborazione costituzionale di questo periodo è infatti quello di porre al centro del sistema la persona con i suoi diritti fondamentali, inviolabili, universali o umani che dir si voglia.

L’art. 32 della nostra Carta Fondamentale definisce esplicitamente la salute come diritto fondamentale dell’individuo⁴, sull’onda del riconoscimento che la salute stava ottenendo anche a livello internazionale. La Dichiarazione universale dei Diritti

² Ciò proprio in considerazione del fatto che il concetto di salute è un concetto particolarmente sfuggente nonché uno stato di cui raramente si ha consapevolezza. A proposito, ha notato Gadamer che *“Sappiamo in cosa consistono le malattie (...). La salute, invece, si sottrae curiosamente a tutto ciò, non può essere esaminata, in quanto la sua essenza consiste proprio nel celarsi. A differenza della malattia, la salute non è mai causa di preoccupazione, anzi, non si è quasi mai consapevoli di essere sani (...) implica la sorprendente possibilità di essere dimentichi di sé.”* GADAMER H.G., *Dove si nasconde la salute*, Milano, 1994, p. 107, in BACCARO L., *Carcere e salute*, Padova, 2003, p. 3.

³ Secondo la nota divisione di Karel Vasak, i diritti umani sono differenziabili in ragione del loro contenuto e del conseguente momento in cui si sono consolidati. Mentre i diritti di prima generazione, consistenti in diritti civili e politici, si sono affermati a partire dal XVIII secolo, i cd. diritti di seconda generazione hanno invece trovato un primo riconoscimento a partire dalla seconda metà del secolo scorso. Infine, nella cd. terza generazione sono ricompresi alcuni diritti in via di emersione che hanno solitamente carattere collettivo e che stanno gradualmente trovando riconoscimento a livello internazionale e nazionale, come ad esempio il diritto alla salubrità dell’ambiente o il diritto alle risorse naturali.

⁴ Art. 32 Cost.: *“La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.”*

dell'Uomo⁵, all'art. 25.1 recita testualmente che “*Ogni individuo ha diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia, con particolare riguardo all'alimentazione, al vestiario, all'abitazione, e alle cure mediche e ai servizi sociali necessari [...]*”. La Dichiarazione universale ha segnato il primo passo verso legislazioni nazionali conformi al paradigma dei diritti dell'uomo ed ha spinto verso la creazione di organismi di diritto internazionale aventi lo scopo precipuo di tutela dei diritti fondamentali della persona. Dall'altro lato, la Dichiarazione ha altresì incitato l'adozione di documenti e convenzioni internazionali che hanno orientato l'evoluzione del diritto alla salute in generale, e del diritto alla salute del detenuto in particolare.

1.2 Il diritto alla salute del detenuto nel diritto internazionale

L'affermazione della titolarità di ciascun individuo, senza discriminazione alcuna, di un nucleo irrinunciabile di diritti comporta naturalmente l'estensione di tali diritti anche ai soggetti privati della libertà personale ed è proprio in questa ottica che si è mosso il diritto penitenziario a partire dal secondo dopoguerra.

Nel graduale riconoscimento delle posizioni soggettive dei detenuti e più in generale nel processo di umanizzazione della pena, un ruolo centrale ha avuto la normativa sopranazionale⁶. Come si evidenziava sopra in merito alla generale elaborazione dei diritti umani, le organizzazioni internazionali e sopranazionali hanno svolto una funzione propulsiva fondamentale anche nell'ambito del trattamento dei detenuti, stabilendo regole che sono state gradualmente recepite dagli ordinamenti nazionali. È dunque impossibile parlare di diritto alla salute del detenuto senza fornire previamente un quadro sintetico delle normative internazionali in materia.

In quest'ambito, il diritto internazionale si è mosso su due fronti: da un lato si è promossa in generale l'umanizzazione della pena vietando trattamenti lesivi della dignità umana, dall'altro lato sono stati elaborati degli standard specifici di trattamento del soggetto sottoposto a pena detentiva con l'obiettivo di fornire direttive agli Stati per la legislazione in ambito penitenziario.

⁵ La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo è stata adottata a New York il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite.

⁶ RUOTOLO M., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, p. 36.

Negli anni che ci separano dal secondo dopoguerra, l'attività in entrambi questi ambiti è stata molto fertile, ed ora è possibile affermare che il diritto alla salute del detenuto ha trovato riconoscimento su molteplici fronti, configurandosi quindi per detto diritto una tutela "multilivello"⁷.

1.3 La Dichiarazione universale e gli altri atti dell'ONU

Un ruolo precursore è sicuramente stato svolto dall'ONU, che sin dalla sua creazione, ha studiato nel dettaglio le problematiche del sistema penale e penitenziario.

Per riprendere la già citata Dichiarazione universale dei Diritti Umani un'importante previsione è quella dell'art. 5 secondo cui "*Nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamento o a punizione crudeli, inumani o degradanti*"⁸.

Questa statuizione, che riecheggia in molte convenzioni internazionali successive così come in previsioni nazionali, è altresì alla base dell'art. 10 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato dall'Assemblea Generale dell'ONU nel 1966 ed entrato in vigore nel 1976. Il primo comma dell'articolo citato prevede che "*Qualsiasi individuo privato della propria libertà deve essere trattato con umanità e col rispetto della dignità inerente alla persona umana.*" Mentre il terzo comma aggiunge che "*Il regime penitenziario deve comportare un trattamento dei detenuti che abbia per fine essenziale il loro ravvedimento e la loro riabilitazione sociale*".

Un altro documento fondamentale per il processo di umanizzazione della pena è la Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, adottata dall'Assemblea Generale nel 1984 ed entrata in vigore il 27 giugno 1987.

Mentre il valore giuridico della Dichiarazione universale è stato molte volte messo in dubbio⁹, gli ultimi due documenti citati hanno certamente creato, a capo degli

⁷ CAREDDA M., *La salute e il carcere. Alcune riflessioni sulle risposte ai bisogni di salute della popolazione detenuta*, in www.costituzionalismo.it, 8 luglio 2015, p. 2.

⁸ Altre previsioni rilevanti sono l'art. 5 che vieta l'arresto, la detenzione o l'esilio arbitrari e l'art.8 che impone la garanzia dell'effettiva possibilità di ricorso in caso di violazione dei diritti fondamentali.

⁹ Secondo la dottrina giuridica prevalente la Dichiarazione non ha efficacia normativa diretta, cioè non dispone regole di per sé vincolanti, ma ha efficacia normativa indiretta, ossia è la prima espressione di un corpus internazionale in materia di diritti fondamentali, i principali diritti sono poi stati oggetto di specifiche convenzioni internazionali e quindi hanno assunto portata vincolante per questo tramite. Cfr. VIOLA F., *Dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo ai Patti Internazionali. Riflessioni sulla pratica giuridica dei diritti*, in *Ragion pratica*, 1998, fasc. 11, p. 43.

Stati che li hanno sottoscritti e ratificati, degli specifici obblighi di garanzia di un trattamento conforme ai canoni di umanità¹⁰.

1.4 Le regole minime ONU per il trattamento dei detenuti

A ben vedere, prima ancora della Dichiarazione universale, la comunità internazionale si era già interessata alla specifica posizione del detenuto. Il riferimento è al lavoro della Commissione Internazionale Penale e Penitenziaria (C.I.P.P.) che nel periodo ricompreso tra il 1929 e il 1933 aveva promosso, in seno alla Società delle Nazioni, l'adozione di un corpo di norme per il trattamento dei detenuti¹¹.

Le “Regole minime per il trattamento dei detenuti”, approvate nel 1934 dall'Assemblea della Società delle Nazioni, funsero da raccomandazioni agli stati membri circa lo standard minimo a cui uniformarsi nell'ambito del trattamento penitenziario. Benché tali regole non prevedessero disposizioni atte a creare posizioni soggettive del detenuto, esse furono alla base della successiva attività delle Nazioni Unite per una pena maggiormente umana e per un sistema penale e penitenziario maggiormente garantistico¹².

Nel 1955, in occasione del Primo Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del delitto e il trattamento dei delinquenti, le regole minime vennero profondamente revisionate ed aggiornate e nel 1957 il testo modificato venne approvato dal Consiglio Economico e Sociale dell'ONU (ECOSOC) con il nome di “Regole Minime Standard per il Trattamento dei Detenuti”¹³. La modifica più rilevante rispetto al testo precedente è stata la formulazione di diritti puntuali del soggetto recluso, che ha spinto verso il riconoscimento anche a livello nazionale di posizioni giuridiche soggettive derivanti dallo *status* di detenuto.

Nel 2015 a seguito di complessi negoziati iniziati nel 2010, le regole sono state nuovamente aggiornate e il 22 maggio sono state adottate dalla Commissione ONU

¹⁰L'Italia ha ratificato il Patto internazionale sui diritti civili e politici (congiuntamente al Patto sui diritti sociali economici e culturali) con L. 25 ottobre 1977, n. 881. La Convenzione contro la tortura è invece stata ratificata con L. 3 novembre 1988 n. 498.

¹¹ ALTAVISTA G., DI GENNARO G., *Il trattamento dei detenuti di fronte alla normazione internazionale e nazionale*, in *Rass. studi penit.*, 1975, p.723.

¹² DI GENNARO G., VETERE E., *I diritti dei detenuti e la loro tutela*, in *Rass. studi penit.*, 1975, p. 7.

¹³ Ris. ECOSOC 663 C- XXIV.

sulla prevenzione del crimine e la giustizia penale (CCPCJ)¹⁴. Il 17 dicembre dello stesso anno il testo delle regole è stato approvato dall'Assemblea Generale dell'ONU, con il secondo nome ufficiale di Nelson Mandela Rules¹⁵.

Le 122 regole sono finalizzate a garantire la dignità dei detenuti e, non solo riprendono il divieto di tortura e di trattamenti disumani e degradanti (Rule 1), ma raccomandano altresì specifici standard di vita e sanitari che le autorità nazionali sono tenute ad implementare negli ordinamenti statali.

Il tema del diritto alla salute è stato oggetto di esplicita revisione rispetto alle regole del 1955, ed è ampiamente trattato nel testo in parola sia attraverso articoli che riguardano specificatamente il tema dell'assistenza sanitaria in carcere (Rules 22-36), sia attraverso regole atte a garantire condizioni di vita tali da preservare la salute del soggetto privato della libertà personale. Le disposizioni di quest'ultimo genere sono innumerevoli, a mero titolo esemplificativo si possono ricordare le regole in merito all'adeguatezza del vestiario (Rules 19-21), del cibo (Rule 22), le prescrizioni in materia di igiene personale (Rule 18) e degli stabilimenti (Rules 12-17).

Per concludere, occorre riprendere un ulteriore documento ONU in materia di trattamento penitenziario: la Risoluzione dell'Assemblea Generale recante i *“Principi fondamentali per il trattamento dei detenuti”*¹⁶. Nell'indicare quelli che dovrebbero essere i principi alla base dei sistemi penitenziari, l'ONU ha espresso il cd. principio di equivalenza delle cure, secondo cui il livello di cure garantite ai detenuti deve essere equiparabile a quello garantito ai cittadini liberi¹⁷. Tale principio, espresso anche nelle direttive dell'OMS note per l'appunto come *“Principio di equivalenza delle cure”*¹⁸, assume un'importanza fondamentale nel riconoscimento del diritto alla salute del detenuto, e il divieto di discriminazioni basate sulla situazione giuridica assicura, o perlomeno promuove, uno standard di salute non diversificato in ragione dell'appartenenza o meno al circuito penitenziario.

¹⁴ La CCPCJ è un organismo ausiliario dell'ECOSOC, creato nel 1992 su mandato dell'Assemblea Generale, con lo scopo di studiare le problematiche internazionali inerenti la giustizia penale.

¹⁵ Ris. AG 70/175. Il nome è un tributo al presidente sudafricano che, come noto, ha trascorso 27 anni in carcere nella battaglia per i diritti fondamentali dell'uomo.

¹⁶ Ris. AG 45/111 del 14 dicembre 1990.

¹⁷ Tale principio è previsto al punto n. 9 che recita *“Prisoners shall have access to the health services available in the country without discrimination on the grounds of their legal situation”*.

¹⁸ BACCARO L., *Carcere e salute, cit.*, p. 9.

1.5 L'attività del Consiglio d'Europa

Parallelamente all'attività dell'ONU anche il Consiglio d'Europa ha svolto un ruolo fondamentale nel processo di umanizzazione della pena e di orientamento delle discipline nazionali verso standard trattamentali in ambito penitenziario.

Quanto al primo profilo, è da segnalare l'adozione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in poi CEDU) avvenuta nel 1950, che ha recepito gran parte delle disposizioni della Dichiarazione universale, rendendole, in virtù del suo valore di convenzione internazionale, giuridicamente vincolanti negli stati membri del Consiglio. In secondo luogo, nel 1987 è stata adottata la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, documento anch'esso basato sul precedente testo adottato dall'ONU nella medesima materia.

In merito al profilo inerente il trattamento penitenziario, è stato delegato al Comitato europeo per i problemi criminali (CEPC), creato nel 1957, l'adattamento alla situazione europea delle regole minime di trattamento dell'ONU.

Il lavoro di aggiornamento e revisione, effettuato da un sottocomitato di esperti, ha portato all'adozione delle Regole penitenziarie europee nel 1973 con la Risoluzione (73)5¹⁹. Nel 1987 le regole sono state nuovamente aggiornate e revisionate e infine sono state adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio Europeo con la Raccomandazione R (87)3. L'esigenza di un periodico aggiornamento ha portato alla versione attuale che è quella derivante dall'ultima revisione, effettuata nel 2006 con la Risoluzione R (2006)6.

Le regole penitenziarie europee, ugualmente alle Regole adottate dall'ONU, pongono tutta una serie di obblighi di trattamento volti alla prevenzione delle problematiche concernenti la salute²⁰ ed inoltre riservano alla tematica della salute disposizioni specifiche e dettagliate. In particolar modo, la Parte III del documento in esame (artt. 39-48) fornisce direttive puntuali in materia di cure sanitarie, di organizzazione del servizio sanitario penitenziario, di personale medico e curante e dei doveri di detto personale, e ancora prevede disposizioni circa la fornitura di cure sanitarie, la salute mentale, gli esperimenti sui detenuti.

¹⁹ RUOTOLO M., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., p.39.

²⁰ Anche in questo caso ci si riferisce alle norme relative alle condizioni dei locali di detenzione (art.17-18), all'igiene (art. 19) al vestiario e alla biancheria (art. 20), al regime alimentare (art. 21).

È bene notare che nemmeno queste regole sono, a rigore, vincolanti, trattandosi di semplici raccomandazioni e risoluzioni. Tuttavia il loro valore è ridimensionato se si tiene conto che sono state incorporate nella maggior parte delle legislazioni degli Stati Membri del Consiglio d'Europa²¹ e che sono un punto di riferimento fondamentale per l'interpretazione della CEDU da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo²².

Le Regole penitenziarie sono, inoltre, molto spesso alla base degli standard minimi elaborati dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura (CPT)²³ e, da ultimo, è da notare che sono state prese in considerazione, come parametri minimi, anche dalla nostra Corte Costituzionale²⁴.

Nonostante l'importanza assunta dai documenti in esame nel panorama internazionale, ciò che ha veramente segnato il successo delle politiche del Consiglio volte al miglioramento delle condizioni interne agli stabilimenti carcerari è stata però la creazione di organi *ad hoc*, aventi la funzione di esercitare un controllo effettivo sullo stato di attuazione delle disposizioni derivanti da detti documenti.

In particolar modo, quello che qui rileva è l'operato della Corte europea dei diritti dell'uomo e quello del Comitato per la prevenzione della tortura e dei trattamenti o delle pene inumane o degradanti. Vista l'importanza che questi due organi hanno assunto per la garanzia del diritto alla salute del detenuto, è opportuno trattarli separatamente, sottolineando l'apporto concreto che hanno dato alla costruzione di un sistema di protezione multilivello.

1.6 La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'interpretazione evolutiva dell'art. 3 CEDU

La Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi Corte EDU) ha avuto ed ha una funzione importantissima nella tutela dei diritti dei soggetti reclusi. Istituita nel 1950 dalla già citata Convenzione europea sui diritti dell'uomo come organo titolare del

²¹ COMUCCI P., PRESUTTI A., *Le regole penitenziarie europee*, Milano, 1989, p. XI.

²² La Corte europea ha fatto, infatti, riferimento svariate volte alle regole penitenziarie europee per sancire la violazione del divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art.3 CEDU) Cfr. Corte EDU, 8 luglio 2014, *Harakchiev and Tolumov v. Bulgaria*, ric. n. 15018/11 e 61199/12 o ancora Corte EDU, 1 ottobre 2013, *Țicu v. Romania*, ric. n. 24575/10 e Corte EDU (Grande Camera), 12 febbraio 2008, *Kafkaris v. Cyprus*, ric. n. 21906/04.

²³ Cfr. § 1.7.

²⁴ *Ex multis* si vedano Corte cost. sent. n. 301/2012 e sent. n. 143/2013.

potere giurisdizionale in ordine all'interpretazione e all'applicazione di detta Convenzione²⁵, la Corte EDU, con le sue innumerevoli pronunce in materia di trattamento penitenziario, ha orientato più di qualsiasi altro organo l'evoluzione degli ordinamenti europei verso una pena detentiva rispettosa della dignità umana.

In realtà, la Convenzione non contiene alcuna previsione né riguardo al trattamento penitenziario né al diritto alla salute del detenuto e, a ben vedere, non vi sono nemmeno disposizioni che garantiscano il diritto alla salute in generale²⁶. Cionondimeno, la Corte ha ricondotto il diritto alla salute, ed in particolar modo il diritto alla salute del detenuto, nell'alveo dei diritti garantiti dalla CEDU grazie ad un'interpretazione evolutiva di alcune disposizioni della Convenzione, quali l'art. 2 (diritto alla vita), l'art. 3 (divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti), l'art. 8 (diritto al rispetto della vita familiare e del domicilio).

La premessa fondamentale, chiarita dalla Corte di Strasburgo sin dalle prime sentenze in materia e riassunta nella celebre frase "*justice cannot stop at the prison gate*²⁷", è quella secondo cui la condizione di detenzione non comporta per il soggetto *in vinculis* la perdita delle garanzie dei diritti affermati dalla Convenzione. Al contrario, i diritti riconosciuti dalla CEDU, inerendo alla persona in quanto tale, devono essere tutelati anche nei casi di restrizione della libertà. Secondo una giurisprudenza consolidata, dunque, una pena, pur legalmente inflitta, può tradursi in una violazione della Convenzione qualora comporti un'ingiustificata compressione dei diritti convenzionali. Attraverso la tecnica di protezione cd. *par ricochet*, i giudici di

²⁵ In particolare -per quanto qui rileva- la Corte si pronuncia, su istanza dell'interessato, sulla violazione della Convenzione da parte dello Stato contraente e può, al contempo e su istanza di parte, disporre un'equa compensazione per il danno derivato da tale violazione. È da precisare che per poter adire la Corte EDU l'interessato deve avere previamente esperito tutti i rimedi previsti dal diritto interno e che le pronunce della Corte sono vincolanti per lo Stato contraente in virtù delle regole di diritto internazionale. L'esecuzione della sentenza è monitorata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa e l'inottemperanza integra un illecito internazionale. CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 38-39.

²⁶ Come nota Cecchini, questa mancanza è spiegabile considerando che la CEDU, soffermandosi sui cd. diritti di prima generazione, non prevede la tutela dei cd. diritti sociali che sono invece previsti dalla Carta sociale europea del 1961. È quest'ultimo documento che contiene vari riferimenti al diritto alla salute, ad esempio agli artt. 11 e 13. Cfr. CECCHINI F., *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 gennaio 2017, p. 3.

²⁷ Corte EDU, 28 giugno 1984, *Campbell and Fell v. the United Kingdom*, ric. nn. 7819/77 e 7878/77 § 69.

Strasburgo, a partire dal caso *Soering*²⁸, hanno, infatti, chiarito che gli Stati devono garantire il rispetto dei diritti riconosciuti dalla Convenzione anche con riguardo a materie non direttamente interessate dalla stessa²⁹.

Grazie a questa tecnica, quindi, si è affermata la possibilità di valutare di riflesso, in via indiretta, la conformità delle condizioni di detenzione rispetto alle disposizioni convenzionali, ed in particolar modo all'art. 3 CEDU³⁰. È, infatti, il divieto di tortura e trattamenti disumani e degradanti che, interpretato in senso ampio³¹, si è rivelato uno strumento di tutela imprescindibile dei diritti delle persone private della libertà ed è divenuto la norma cardine per la tutela dell'integrità psico-fisica del soggetto *in vinculis*³².

Oltre ad obblighi negativi di astensione dal porre in essere comportamenti vietati, infatti, la necessità di rendere effettiva la tutela della dignità umana nel contesto penitenziario ha permesso alla Corte di derivare da tale divieto degli obblighi positivi di garanzia *“al fine di proteggere l'integrità fisica della persona privata della libertà”*³³. In questo modo, ampliando in base al caso concreto la protezione garantita al detenuto, si è così giunti a delineare in via giurisprudenziale gli aspetti fondamentali del diritto alla salute del soggetto ristretto.

²⁸ Corte EDU, 7 luglio 1989, *Soering v. United Kingdom*, ric. n. 14038/88. Il tale pronuncia, riguardante il caso di un cittadino tedesco che se estradato negli Stati Uniti sarebbe stato sottoposto alla pena di morte, la Corte ha chiarito l'illegittimità dell'extradizione di soggetti che nello Stato richiedente potrebbero essere sottoposti a trattamenti contrari all'art. 3 CEDU. Per *amplius* si veda ESPOSITO A., *Le pene vietate nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rass. pen. e crimin.*, 2012, 3, p. 157.

²⁹ ESPOSITO A., *Il diritto penale “flessibile”. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, p. 126.

³⁰ Rilevando così in via residuale la tutela offerta dagli artt. 2 e 8 CEDU. In particolare, l'art. 2 CEDU è solitamente richiamato qualora la condotta in questione abbia comportato per il soggetto un pericolo per la vita, mentre l'art. 8, grazie ad un'interpretazione ampia di “vita privata”, garantisce una tutela non solo riguardante la possibilità del detenuto di mantenere contatti con l'esterno, bensì talvolta anche con riguardo a condizioni di detenzione pregiudizievoli per la salute ma non rientranti, sotto il profilo della gravità, all'interno delle condotte vietate dall'art. 3 (Cfr. per esempio Corte EDU, 16 dicembre 1997, *Raninen v. Finlandia*, ric. n. 152/1996; Corte EDU, 26 novembre 2011, *Dolenec c. Croazia*, ric. n. 25282/06). Per *amplius* si veda CESARIS L., *Nuovi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo a tutela della salute delle persone detenute*, in *Rass. penit. crimin.*, 2012, p. 215 e ss.

³¹ ESPOSITO A., *Le pene vietate nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 159.

³² COLELLA A., *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Dir. pen. cont.*, 2011, 1, p. 222. L'autrice alla nota 1 della pagina citata sottolinea alcune prassi applicative che comportano, secondo una certa ricostruzione, una deroga all'assolutezza della norma per quanto concerne il suo secondo profilo.

³³ Commissione europea dei diritti dell'uomo, Rapporto dell'8 luglio 1993, *H. v. Switzerland*.

Se da un lato sono innegabili i traguardi nel campo della tutela della salute raggiunti attraverso questa tecnica di protezione indiretta, dall'altro lato pare impossibile non rilevarne al contempo i limiti. La tutela offerta attraverso la protezione *cd. par ricochet*, infatti, non ha permesso di riconoscere l'esigenza di protezione del bene salute del detenuto come bene giuridico a sé, essendo la tutela garantita solo di riflesso, e dunque limitata alle ipotesi in cui la lesione o la messa in pericolo del bene salute si traduca al contempo in un *vulnus* dei diritti tutelati dalla Convenzione³⁴. Come è stato notato, dunque, da un lato ciò non ha permesso di individuare un "nucleo irriducibile del diritto alla salute" da garantire incondizionatamente³⁵ e dall'altro lato, essendo la salute tutelata solo ove la condotta dello Stato sia riconducibile alla violazione dell'art. 3, detta tutela deve essere adattata ai caratteri propri di detto articolo, soprattutto in punto di superamento della soglia di gravità e di onere probatorio³⁶.

1.6.1 I principi fondamentali in materia di diritto alla salute del detenuto nella giurisprudenza della Corte EDU

Come già anticipato, secondo la giurisprudenza consolidata della Corte, una pena, pur legalmente inflitta, può tradursi in una violazione dell'art. 3 della CEDU con riguardo alle modalità con cui essa viene eseguita ed è proprio con riguardo alle modalità di esecuzione della pena e del trattamento penitenziario che la Corte ha elaborato una serie di principi fondamentali a tutela della salute del detenuto. Dall'estesissima giurisprudenza in materia di art. 3 è possibile anzitutto isolare alcuni principi generali in materia di divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti che rilevano anche con riferimento al diritto alla salute.

Anzitutto, quanto al raggio di applicazione del divieto imposto dalla norma si è precisato che la tutela si estende a qualsiasi forma di restrizione della libertà (esecuzione di pena, di misura di sicurezza o prevenzione, cautelare, fermi e arresti di polizia)

³⁴ RANALLI D., *Nuovi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di trattamento carcerario*, in *Rass. penit. crim.*, 2013, 2, p. 161.

³⁵ Così come richiesto ad esempio dalla giurisprudenza consolidata della nostra Corte costituzionale. Anche se, come si vedrà, anche la valutazione del rispetto del "nucleo irriducibile" è prettamente casistica, dunque risulta difficile, anche nel contesto nazionale, stabilire a priori un contenuto fisso del diritto alla salute. Sul punto si veda § 2.1.

³⁶ CECCHINI F., *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza*, *cit.*, p. 8.

dunque prevedendo una protezione che spetta al soggetto recluso indipendentemente dal titolo da cui deriva la limitazione della libertà. Da ciò ne deriva che gli obblighi a carico dello Stato di tutela della salute del soggetto ristretto valgono in ogni caso di privazione della libertà, pena appunto la violazione dell'art. 3.

Una seconda precisazione, che deriva a ben vedere dalla stessa lettera della Convenzione ma che è stata ripetuta a gran voce e svariate volte dai giudici della Corte, attiene all'assolutezza del divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti. Detto carattere di assolutezza, derivante dalla considerazione del divieto in questione come "*uno dei pilastri fondamentali delle società democratiche*", comporta, in particolare, due ordini di conseguenze: in primo luogo, come disposto dall'art. 15 della CEDU, esso, a differenza della gran parte delle disposizioni della Convenzione, non è suscettibile di deroga, neppure in caso di guerra o in caso di pericolo per la nazione³⁷. In secondo luogo, poi, la protezione assoluta garantisce la preminenza di tale divieto anche in caso di sussistenza di altre pressanti esigenze di tutela della collettività³⁸, impendendo, in sostanza, ogni bilanciamento che non abbia come esito quello di prevalenza del divieto di cui all'art. 3.

Per ciò che concerne più specificatamente il diritto alla salute, inoltre, è fondamentale il principio secondo cui la condotta lesiva dell'integrità psico-fisica del detenuto non si traduce automaticamente in una violazione dell'art. 3 CEDU³⁹. La Corte, infatti, richiede il raggiungimento di una "soglia minima di gravità" che è valutata con un approccio *case-by-case*, valutando le specifiche circostanze del caso, con riferimento in particolar modo ad elementi oggettivi, quali la durata e la gravità del trattamento, e soggettivi, quali le conseguenze psico-fisiche di detto trattamento sul

³⁷ L'articolo 15, rubricato "Deroga in caso di stato d'urgenza" recita: "*1. In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale. 2. La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'articolo 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3, 4 § 1 e 7. [...]*"

³⁸ Come ad esempio in caso di esigenza di lotta al terrorismo o al crimine organizzato (a questo proposito si veda il § 1.6.7). Per la distinzione dei due profili si rimanda a COLELLA A., *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010*, cit., p. 221. È da segnalare altresì che l'autrice alla nota 1 della pagina citata rileva alcune prassi applicative che comportano una deroga all'assolutezza della norma per quanto concerne il suo secondo profilo.

³⁹ E ciò per evitare la "bagatellizzazione" della tutela offerta dall'art. 3 che discenderebbe da un eccessivo ampliamento della gamma di *mistreatments* vietati. COLELLA A., CASSIBA F., *Art. 3*, in (a cura di) UBERTIS G., VIGANÒ F., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, p. 66.

detenuto nonché la sua età, il sesso, le condizioni psicologiche e fisiche⁴⁰. Il principio ormai consolidato della soglia minima di gravità risulta essere, nell'ambito che qui interessa, un corollario della constatazione, anche questa presente in innumerevoli sentenze della Corte EDU, secondo cui dalla detenzione deriva inevitabilmente una sofferenza, insita nella stessa essenza della restrizione della libertà⁴¹. Dunque l'obbligo dello Stato è quello di “*non sottoporre il detenuto a sofferenze ed angoscia di intensità tale da eccedere l'inevitabile livello di sofferenza insito nella detenzione*”⁴².

La natura relativa della soglia di gravità che, come detto, richiede una valutazione caso per caso sulla base di fattori oggettivi e soggettivi, comporta l'adesione ad un criterio valutativo di carattere dinamico, derivante, per riprendere la Corte, dalla considerazione della Convenzione come strumento vivente, che deve essere interpretato alla luce delle condizioni e delle circostanze attuali⁴³. Da ciò deriva che, oltre ai “parametri interni” sviluppati dalla Corte e sopraccitati, vi sono altresì dei “parametri esterni” come la sensibilità giuridica e morale e le condizioni socio-politiche delle società degli stati membri⁴⁴.

Quanto appena detto è di particolare rilevanza per il tema del diritto alla salute del detenuto. La nozione di salute, infatti, come sopra chiarito⁴⁵, è in continua evoluzione ed attraverso il criterio della soglia minima è possibile tenere conto delle nuove e diverse sensibilità in materia che emergono nel corso del tempo, ampliando così la protezione garantita al detenuto. Così, situazioni per le quali inizialmente la Corte aveva

⁴⁰ Il principio della soglia minima di gravità è stato espresso per la prima volta nella nota sentenza *Ireland v. the United Kingdom* (Corte EDU, 18 gennaio 1978, ric. n. 5310/71) ed è stato ripreso e specificato in moltissime sentenze successive. Si vedano *inter alia* Corte EDU (Grande Camera), 28 luglio 1999, *Selmouni v. France*, ric. n. 25803/94; Corte EDU (Grande Camera), 11 luglio 2006, *Jalloh v. Germany*, ric. n. 54810/00; Corte EDU (Grande Camera), 1 giugno 2010, *Gäfgen v. Germany*, ric. n. 22978/05.

⁴¹ Nelle parole dei giudici di Strasburgo “[...] *in order for punishment to be "degrading" and in breach of Article 3, the humiliation or debasement involved must attain a particular level of severity and must in any event be other than that usual element of humiliation inherent in any punishment. Indeed, Article 3, by expressly prohibiting "inhuman" and "degrading" punishment, implies that there is a distinction between such punishment and punishment more generally.*” Corte EDU, 25 marzo 1993, *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, ric. n. 13134/87.

⁴² Cfr. *ex multis* Corte EDU, 15 marzo 1978, *Tyrer v. The United Kingdom*, ric. n. 5856/72; Corte EDU, 16 dicembre 1999, *V. v. The United Kingdom*, ric. n. 24888/94;

⁴³ Cfr. Corte EDU, 15 marzo 1978, *Tyrer v. The United Kingdom*, *cit.*; Corte EDU (Grande Camera), 28 luglio 1999, *Selmouni v. France*, *cit.*, in cui si legge che “*gli standard più elevati richiesti nell'ambito della protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali comportano, corrispondentemente e inevitabilmente, una maggior fermezza nel valutare la gravità delle violazioni dei valori essenziali nelle società democratiche*”.

⁴⁴ FORNARI M., *L'art. 3 della Convenzione europea sui diritti umani*, in (a cura di) PINESCHI L., *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2006, p. 360.

⁴⁵ Cfr. § 1.1.

escluso la rilevanza ai fini della configurazione della fattispecie prevista dall'art. 3 sono state, grazie ad una maggiore sensibilità al tema salute, successivamente fatte rientrare nella sfera del divieto in esame ed in egual modo, condotte originariamente considerate trattamenti degradanti sono state *mutatis mutandis* riconosciute come trattamenti disumani ed a loro volta fatti ricondotti tradizionalmente alla fattispecie di trattamenti disumani sono stati talvolta come condannati come ipotesi di tortura.

La soglia minima di gravità ha poi un ulteriore ruolo, sempre di fondamentale importanza, che attiene alla distinzione tra le tre condotte vietate dall'articolo in esame.

In assenza di previsioni convenzionali a riguardo, infatti, è il diverso grado di gravità delle condotte censurate che permette alla Corte, anche in questo caso secondo una giurisprudenza ormai consolidata, di ricondurre la fattispecie concreta in una delle tre ipotesi previste dall'art. 3. Anzitutto è da chiarire che i comportamenti vietati sono considerati da tale articolo in ordine discendente di lesività, quindi troviamo all'apice la tortura, seguita dai trattamenti inumani e al gradino più basso i trattamenti degradanti⁴⁶.

La Corte qualifica generalmente come inumano quel trattamento che "*provoca volontariamente sofferenze mentali e fisiche di una particolare intensità*" facendo leva su fattori quali la premeditazione, la durata del trattamento, l'intensità delle sofferenze fisiche e mentali, la presenza di disturbi di carattere psichiatrico⁴⁷.

Per quanto concerne invece i trattamenti degradanti, questi sono solitamente caratterizzati da elementi di natura emotiva ed in particolar modo è degradante quel trattamento che "*umilia fortemente l'individuo davanti agli altri, suscitando sentimenti di paura, angoscia, inferiorità*".

La tortura, infine, non è qualificata dai giudici di Strasburgo in maniera autonoma, ma è generalmente vista come "*un trattamento disumano o degradante che provoca sofferenze più intense*"⁴⁸, distinguendosi dunque per la gravità delle azioni. Un ulteriore elemento caratterizzante la tortura è solitamente lo scopo specifico della condotta, che deve essere indirizzata ad estorcere informazioni, confessioni ovvero ad infliggere una punizione o, ancora, ad intimidire. Invero, il requisito dello scopo specifico, richiesto

⁴⁶ ESPOSITO A., *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, cit., p. 229.

⁴⁷ ESPOSITO A., *Le pene vietate nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 164-165.

⁴⁸ Da ciò deriva che "*Ogni tortura non può non essere anche trattamento inumano e degradante e ogni trattamento inumano non può non essere anche degradante*" (Commissione europea dei diritti dell'uomo, Rapporto del 18 novembre 1969, cd. Affaire grecque).

espressamente dall'art. 1 della Convenzione ONU contro la tortura⁴⁹, nella giurisprudenza EDU non appare come *condicio sine qua non* della fattispecie di tortura, rilevando solo in alcuni casi e ponendosi in rapporto di proporzionalità inversa con il requisito della gravità⁵⁰. Ciò che invece sembra distinguere la tortura dalle altre ipotesi vietate dall'art. 3, oltre alla crudeltà, è piuttosto una generica intenzionalità, con la conseguenza che mentre trattamenti disumani o degradanti possono derivare anche dalla mera organizzazione e dalla gestione degli istituti di pena per la tortura è invece richiesta una deliberazione piena del soggetto agente⁵¹.

Per ciò che attiene la tutela del diritto alla salute del detenuto è da notare che mentre nei casi di violazione degli obblighi negativi, e quindi in merito al dovere dello Stato di astenersi da comportamenti lesivi dell'integrità psico-fisica del detenuto, la Corte distingue abitualmente tra le tre condotte previste dal divieto in questione, per quanto concerne invece gli obblighi positivi di garanzia di detta integrità psico-fisica, la Corte esclude, per ovvi motivi, la fattispecie di tortura, qualificando piuttosto le violazioni come trattamenti inumani e degradanti, molto spesso utilizzando tale espressione come un'endiadi⁵² e non distinguendo tra le due differenti ipotesi.

1.6.2 La tutela della salute del detenuto tra obblighi negativi e positivi discendenti dall'art. 3 CEDU

Come appena nuovamente accennato, la Corte di Strasburgo ha interpretato il disposto dell'art. 3 in due direzioni: da un lato come divieto di determinate pene o trattamenti, dall'altro come norma che impone che l'esecuzione di una pena (o di altra

⁴⁹ Talvolta tale previsione e dunque la necessità del dolo specifico è stata richiamata *expressis verbis* dalla Corte. Cfr. Corte EDU (Grande Camera), 28 luglio 1999, *Selmouni v. France*, cit.; Corte EDU, 27 giugno 2000, *Ilhan v. Turkey*, ric. n. 22277/93.

⁵⁰ COLELLA A., *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010*, cit., p. 225.

⁵¹ MANNOZZI G., *Diritti dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale al cospetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in (a cura di) MANES V., ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., p. 348 e p. 365.

⁵² Come si rilevava sopra, in linea tendenziale la distinzione tra trattamenti inumani e trattamenti degradanti da giurisprudenza costante sembra fondarsi sulla natura fisica e mentale dei primi ed emotiva e morale dei secondi. È però stato notato che molto spesso è la stessa Corte che non distingue tra dette condotte ed il caso della tutela dell'integrità psico-fisica mediante la previsione di obblighi positivi per lo Stato sembra essere proprio uno dei casi in cui, per riprendere la formulazione di Colella, la Corte utilizza l'espressione trattamento inumano e degradante quasi come un'endiadi (Cfr. COLELLA A., *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010*, cit., p. 226).

misura) restrittiva della libertà, di per sé non incompatibile con la previsione convenzionale, avvenga nel rispetto della dignità umana e dunque non presenti caratteri di umiliazione e afflizione ulteriori rispetto a quelli riconnessi a qualsiasi pena⁵³.

Da questa duplice interpretazione derivano, come già si diceva, obblighi negativi e positivi a carico dello Stato, che deve anzitutto astenersi dal porre in essere condotte lesive dell'integrità psico-fisica del detenuto ed al contempo deve garantire attivamente la conservazione di detta integrità.

Vista la natura indiretta della tutela del bene salute nella giurisprudenza della Corte EDU, per comprendere la portata del diritto alla salute del detenuto in questo ambito appare opportuno prendere le mosse proprio dagli obblighi a carico dello Stato enucleati dai giudici europei. Attraverso questa analisi si potranno infatti evidenziare i punti fermi di una giurisprudenza trentennale che, pur giudicando caso per caso e non in astratto, è giunta alla formulazione di veri e propri principi in materia di salute in carcere.

a) Gli obblighi negativi di astensione e la tutela della salute

Per ciò che concerne gli obblighi negativi, il dovere di astensione dello Stato dal porre in essere condotte riconducibili alle fattispecie di tortura o trattamenti disumani o degradanti implica in generale, e dunque anche con particolare riguardo alla posizione del detenuto, il divieto di una vasta gamma di comportamenti quali maltrattamenti, violenze, abusi (solitamente posti essere dagli agenti delle forze dell'ordine, nel caso del detenuto soprattutto da parte della polizia penitenziaria) che naturalmente ledono la salute fisica e psichica del soggetto che vi viene sottoposto.

La giurisprudenza della Corte EDU in materia è molto estesa, a conferma del perdurare della problematica inerente la violenza fisica e i maltrattamenti perpetrati nei confronti dei detenuti nelle carceri europee.

Come è stato notato, però, gli episodi di violenza fisica non pongono particolari problemi di qualificazione giuridica, essendo riconducibili se non ad ipotesi di tortura

⁵³ ESPOSITO A., *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, cit., p. 229.

perlomeno alle fattispecie di trattamenti disumani o degradanti⁵⁴. Il problema che sorge a proposito di detti comportamenti è invece quello riconnesso al profilo probatorio di tali condotte, che avvengono molto spesso in una zona d'ombra che rende l'accertamento dei fatti particolarmente arduo.

In materia di art. 3, i giudici di Strasburgo hanno, infatti, più volte espresso la necessità di allegazioni adeguate secondo lo standard della prova *beyond reasonable doubt*⁵⁵ ed hanno inoltre richiesto indizi sufficientemente gravi precisi e concordanti in merito alle condotte censurate⁵⁶.

D'altra parte, è proprio in materia di lesioni dell'integrità psico-fisica del soggetto *in vinculis*⁵⁷ che la Corte ha elaborato un meccanismo particolare che introduce una sorta di presunzione di responsabilità dello Stato e che, in ultima istanza, si traduce in una sostanziale, seppur parziale, inversione dell'*onus probandi*.

L'inversione si ha qualora il ricorrente, che prima della privazione della libertà godeva di buona salute, lamenti (*rectius* provi) una menomazione dell'integrità fisica derivante dalla detenzione ed inesistente nel momento anteriore alla reclusione stessa. In questo caso la Corte, a partire dai casi *Tomasi*⁵⁸ e *Selmouni*⁵⁹ degli anni 90, ha sostenuto che qualora il ricorrente fornisca la prova oltre ogni ragionevole dubbio delle lesioni subite (di regola attraverso referti medici), è invece a carico dello Stato la prova di non aver posto in essere trattamenti vietati dall'art. 3. In mancanza di tale prova o in assenza di spiegazioni alternative la Corte dà per accertata la violazione, riequilibrando così la posizione del detenuto, tradizionalmente sfavorito nel fornire questo genere di prove, se non altro secondo un criterio di vicinanza della prova.

Oltre a motivazioni di questo genere, l'inversione in esame risulta essere dettata da considerazioni di carattere generale ed in particolare dal riconoscimento della posizione di debolezza del soggetto in *status detentionis* rispetto all'autorità penitenziaria. I giudici di Strasburgo hanno, infatti, riconosciuto la posizione di

⁵⁴ NICOSIA E., *Trattamento penitenziario e diritti fondamentali alla luce del diritto sovranazionale*, in GABOARDI A., GARGANI A., MORGANTE G., PRESOTTO A., SERRAINO M., *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013, p. 13.

⁵⁵ Per *amplius*: FORNARI M., *L'art. 3 della Convenzione europea sui diritti umani*, cit., p. 361 e ss.

⁵⁶ Cfr. *inter alia* Corte EDU (Grande Camera), 11 luglio 2006, *Jalloh v. Germany*, ric. n. 54810/00; Corte EDU, 4 luglio 2006, *Ramirez Sanchez v. France*, ric. n. 59450/00.

⁵⁷ Da intendersi in senso ampio e quindi non solo nel senso di soggetto sottoposto a pena detentiva bensì anche nel caso di soggetto sottoposto ad arresto, fermo di polizia, custodia cautelare ecc.

⁵⁸ Corte EDU, 27 agosto 1992, *Tomasi v. France*, ric. n. 12850/87.

⁵⁹ Corte EDU (Grande Camera), 28 luglio 1999, *Selmouni v. France*, cit.

vulnerabilità del soggetto detenuto, sottolineando la necessità di protezione dall'eventuale abuso dell'ufficiale, il quale può facilmente compiere atti di violenza senza che nessuno possa ostacolarlo o esserne testimone⁶⁰.

Detta posizione di debolezza, in un certo qual senso inevitabile, risulta essere aggravata anche dalla difficoltà di individuazione dei limiti dell'uso legittimo della forza negli istituti di pena. Se da un lato il riconoscimento di detti poteri appare necessario per il mantenimento dell'ordine e della disciplina interni al carcere, soprattutto in situazioni di emergenza, dall'altro lato il riconoscimento di tale potere storicamente ha portato alla configurazione della violenza sui detenuti come uno degli elementi fondamentali e caratterizzanti in via primaria l'istituzione carceraria⁶¹.

È proprio per questo motivo - dunque per arginare i residui di una pena non conforme ai canoni di umanità - che la Corte EDU ha precisato le condizioni dell'uso legittimo della forza nei confronti dei soggetti privati della libertà personale, dichiarando la violazione dell'art. 3 qualora non siano rispettati i requisiti della "necessità" e della "proporzionalità"⁶².

Per volgere brevemente lo sguardo alla casistica giurisprudenziale, è da notare che la Corte di Strasburgo si è occupata raramente di casi di violenze fisiche sui detenuti perpetrate nelle carceri italiane⁶³⁻⁶⁴, al tempo stesso, però, le poche pronunce

⁶⁰ GORI A., *Trattamenti inumani e degradanti, la giurisprudenza della Corte e il suo impatto sul diritto dei detenuti*, in www.altrodiritto.unifi.it, 2015, §1.4.5.

⁶¹ NEPPI MODONA G., *Ordinamento penitenziario*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, p. 43.

⁶² Per quanto riguarda il requisito della proporzionalità si vedano a titolo esemplificativo le sentenze Corte EDU, 4 dicembre 1995, *Ribitsch v. Austria*, ric. n. 18896/91 e Corte EDU, 9 giugno 1998, *Tekin v. Turkey*, ric. n. 22496/93. In entrambe la Corte afferma che *"in respect of a person deprived of his liberty, any recourse to physical force which has not been made strictly necessary by his own conduct diminishes human dignity and is in principle an infringement of the right set forth in Article 3 (art. 3) of the Convention."* Per quanto concerne invece il requisito della proporzionalità si possono vedere la sentenza Corte EDU, 28 novembre 2000, *Rehbock v. Slovenia*, ric. n. 29462/95 e la sentenza Corte EDU, 22 maggio 2001, *Altay v. Turkey*, ric. n. 22279/93. Per una sentenza riguardante il nostro Paese che tratta di entrambi i requisiti si veda Corte EDU, 5 maggio 2011, *Sarigiannis v. Italy*, ric. n. 14569/09. A proposito delle sentenze citate giova precisare che esse non riguardano la materia penitenziaria strettamente intesa, riferendosi piuttosto a casi di limitazione della libertà diversi rispetto all'esecuzione della pena, come casi di arresto o di fermo. È comunque impossibile negare la necessaria sussistenza di detti requisiti ai fini della legittimità dell'uso della forza anche all'interno di contesti detentivi in senso stretto.

⁶³ NICOSIA E., *Trattamento penitenziario e diritti fondamentali alla luce del diritto sovranazionale*, cit., p. 13.

⁶⁴ Diverso il discorso per ciò che riguarda in genere la violenza fisica nei confronti di soggetti liberi ovvero privati della libertà personale per motivi di polizia e non di esecuzione della pena o di misure cautelari. Basti pensare alle condanne per i fatti del G8 di Genova 2001, tornati di recente nel dibattito a seguito delle decisioni, entrambe del 14 marzo 2017, rese nei casi *Alfarano* (ric. n. 75895/13) e *Battista e altri* (ric. n. 22045/14), in merito ai fatti avvenuti nella caserma di Bolzaneto nonché alla sentenza Corte

dimostrano nella pratica quanto finora detto in termini di principi consolidati.

Nei noti casi *Labita* ed *Indelicato*⁶⁵, in cui i ricorrenti, detenuti al regime del 41 *bis*⁶⁶, lamentavano di aver subito dei maltrattamenti durante il periodo di reclusione nel carcere di Pianosa, la Corte ha negato la violazione sostanziale dell'art. 3⁶⁷ proprio per via della mancata prova oltre ogni ragionevole dubbio di detti maltrattamenti, confermando così quanto si diceva sopra in merito alla difficoltà di raggiungimento dello standard probatorio richiesto per l'accertamento delle condotte vietate dall'articolo in esame⁶⁸.

Nella sentenza *Saba*⁶⁹, invece, la Corte si è pronunciata in merito agli abusi subiti nel carcere di Sassari a seguito di alcune proteste da parte dei detenuti dopo le quali il ricorrente era stato costretto a denudarsi ed a passare, con gli occhi abbassati, tra due file di agenti armati di manganelli che lo minacciavano e lo insultavano, allo scopo di umiliarlo ed alimentare in lui sentimenti di paura ed angoscia. I giudici di Strasburgo hanno ravvisato nella condotta ora descritta gli estremi dei trattamenti degradanti, in linea con quanto sopra si diceva a proposito dell'assenza di grandi problematiche nel ricondurre condotte lesive dell'integrità psico-fisica (purché provate) alla sfera di protezione dell'art. 3, quantomeno nella sua configurazione di minor gravità. Questa sentenza offre poi lo spunto per sottolineare che oltre ai casi di violenza fisica, pacificamente riconosciuti come grave forma di violazione dei diritti fondamentali dei detenuti, la Corte ha esteso la tutela offerta dall'art. 3 anche a forme di violenza e coercizione psicologica che non implicano il ricorso diretto alla vera e propria forza

EDU, 22 giugno 2017, *Bartesaghi e altri v. Italy*, ric. nn. 12131/13 e 43390/13 con riguardo alle vicende relative all'irruzione nella scuola Diaz-Pertini.

⁶⁵ Corte EDU (Grande Camera), 6 aprile 2000, *Labita v. Italy*, ric. n. 26772/85 e Corte EDU, 10 ottobre 2001, *Indelicato v. Italy*, ric. n. 31143/96.

⁶⁶ Per una disamina delle problematiche attinenti la salute in caso di detenzione al regime del 41 *bis* ord. penit. si veda il § 1.6.7.

⁶⁷ Per *amplius* si veda la nota (riferimento alla nota nel paragrafo sul 41 *bis* che parla di questi due casi).

⁶⁸ Ed infatti è proprio in prospettiva critica rispetto alla richiesta di uno standard probatorio così elevato che si sono pronunciati i giudici Pastor, Ridruejo, Bonello, Makarczyk, Tulkens, Stráznická, Butkevych, Casadevall e Zupanci, che nella *dissenting opinion* affermano che "*the standard used for assessing the evidence in this case is inadequate, possibly illogical and even unworkable since, in the absence of an effective investigation, the applicant was prevented from obtaining evidence and the authorities even failed to identify the warders allegedly responsible for the ill treatment complained of*".

⁶⁹ Corte EDU, 1 luglio 2014, *Saba v. Italia*, ric. n.36629/10 . Per un approfondimento si veda ZIRULIA S., *Da Strasburgo due nuove condanne all'Italia per l'impunità delle forze dell'ordine*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 luglio 2014 , 1-3.

fisica⁷⁰, rafforzando così un concetto di salute effettivamente comprensivo delle due componenti essenziali più volte evidenziate.

b) Gli obblighi positivi e la tutela della salute

Oltre agli obblighi di astensione, la Corte, al fine di tutelare in maniera effettiva l'integrità psico-fisica della persona e per quanto qui più interessa del detenuto ha, nel corso degli anni, enucleato una serie di obblighi positivi a carico dello Stato, il cui mancato adempimento ha come conseguenza una violazione dell'art. 3 e dunque una condanna allo Stato per tortura o trattamenti disumani o degradanti totalmente equiparabile a quella che si ha in ipotesi di violazione sostanziale della norma in esame.

Tradizionalmente la dottrina distingue gli obblighi positivi derivanti dall'art. 3 in tre distinte categorie:

- a) obblighi di protezione
- b) obblighi procedurali.
- c) obblighi di repressione penale

Lasciando per un attimo da parte gli obblighi di protezione, categoria che assume un'importanza pregnante in riferimento al tema salute del detenuto e che dunque verrà analizzata nel dettaglio esaurite le due categorie ulteriori, è opportuno vedere brevemente in cosa consistono gli obblighi procedurali e quelli di repressione, categorie che sono, tra l'altro, strettamente connesse.

Per ciò che concerne gli obblighi procedurali, la Corte ha precisato che il divieto dell'art. 3 richiede, in caso di presunte violazioni della norma convenzionale, che le autorità inquirenti statali si attivino al fine di effettuare delle indagini rapide, efficaci ed effettive al fine di accertare la veridicità delle accuse mosse a carico dello Stato (o di privati). L'obbligo di indagine che viene riconosciuto a carico dello Stato è una

⁷⁰ NICOSIA E., *Trattamento penitenziario e diritti fondamentali alla luce del diritto sovranazionale*, cit., p. 14. L'autore, limitando il campo visuale alla violenza psicologica ove attuata mediante interventi sulla persona, rileva, oltre ad una generale diffusione di tali pratiche nelle carceri di tutto il mondo, che la Corte non si è di recente pronunciata in materia ma che tale posizione è stata espressa sin dalla fine degli anni 70, con il celebre *leading case Ireland v. The United Kingdom*, relativo alle "cinque tecniche di coercizione" utilizzate dalle autorità britanniche contro i terroristi dell'I.R.A. (incatenamento ed incappucciamento, esposizione a rumore intenso e costante o al freddo, privazione di cibo, acqua o sonno ecc), Corte EDU, *Ireland v. The United Kingdom*, 18 gennaio 1978, cit.

conseguenza diretta del divieto in esame, in quanto, per usare le parole dei giudici europei “*otherwise, the general legal prohibition of torture and inhuman and degrading treatment and punishment would, despite its fundamental importance, be ineffective in practice and it would be possible in some cases for agents of the State to abuse the rights of those within their control with virtual impunity*”⁷¹”.

È in virtù di questo obbligo che nelle sentenze *Labita* ed *Indelicato* sopracitate la Corte, pur ritenendo non sufficientemente provati i maltrattamenti lamentati dai ricorrenti, ha condannato il nostro paese per violazione procedurale dell’art. 3, rimproverando i ritardi e le negligenze delle inchieste effettuate a livello nazionale.

Passando poi agli obblighi di repressione penale, invece, la Corte ha ripetutamente sostenuto come il rispetto dell’art. 3 implichi la necessità di prevedere, all’interno dell’ordinamento statale, un apparato sanzionatorio in grado di punire adeguatamente le condotte vietate dall’articolo in questione, arrivando spesso a pronunciarsi in merito alla congruità ed alla proporzionalità della pena comminata in concreto dallo Stato in ipotesi di violazioni sostanziali dell’art. 3. A ben vedere, la Corte non ha trattato *expressis verbis* di obblighi di incriminazione delle condotte (come ha fatto invece con riferimento ad esempio all’art. 2 e all’art. 4 CEDU), ma dalle pronunce in materia appare comunque evidente che lo strumento penale risulta essere l’unico idoneo a garantire una tutela effettiva dell’integrità psico-fisica del soggetto⁷².

Quindi, sebbene la Corte sia solita considerare il mancato rispetto dell’obbligo di repressione penale come violazione degli obblighi di natura procedurale sopra trattati⁷³, è chiaro che la *species* ora in esame assume una propria autonomia, andando a rafforzare in maniera non irrilevante la tutela della salute di matrice giurisprudenziale sviluppata a livello europeo.

Arrivando ora a parlare degli obblighi di protezione a carico dello Stato è opportuno anzitutto muovere due rilievi preliminari: il primo, come già si diceva,

⁷¹ *Ex multis* : Corte EDU, 28 ottobre 1998, *Assenov and Others v. Turkey*, ric. n. 24760/94.

⁷² COLELLA A., *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010, cit.*, p. 237. Per un ulteriore approfondimento in materia sempre della stessa autrice si veda COLELLA A., *C’è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l’inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura*, in *Riv. ita. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 1801 e ss. in cui si rileva il problema relativo all’assenza della fattispecie di tortura e trattamenti disumani o degradanti nel nostro ordinamento, problema che, come noto, dovrebbe, e il condizionale è d’obbligo, dirsi superato a seguito della recentissima introduzione del 613 bis c.p. Sul punto anche § 2.7 e nota 288 Cap. II per i riferimenti bibliografici.

⁷³ Si veda ad esempio la sentenza Corte EDU, 17 ottobre 2006, *Okkali v. Turkey*, ric. n. 52067/99.

attiene all'importanza fondamentale che questi hanno assunto in prospettiva di tutela della salute del detenuto nella giurisprudenza evolutiva della Corte, il secondo attiene invece alla duplice configurazione di detti obblighi di protezione, che gravano sullo Stato tanto con riferimento alle condotte delle stesse autorità statali quanto pure con riferimento alle condotte di privati⁷⁴. Lasciando da parte quest'ultimo profilo, è necessario soffermarsi sugli obblighi di protezione enucleati dalla Corte nei casi in cui il soggetto sia affidato alla custodia dello Stato⁷⁵ come avviene nel caso del soggetto detenuto. A questo proposito, la Corte nel corso degli anni è giunta a delineare un vero e proprio dovere generale di presa in carico della salute da parte delle competenti autorità nazionali⁷⁶ da cui conseguono obblighi specifici tutti volti a fare sì la pena detentiva non sfoci nel singolo caso concreto in un trattamento disumano o degradante.

Partendo dalla constatazione circa la generale compatibilità della pena detentiva con le previsioni convenzionali esclusivamente ove essa però non implichi “*un surplus di sofferenza ed umiliazione nel destinatario della pena*”⁷⁷ rispetto alla sofferenza e all'umiliazione che necessariamente deriva da tale sanzione penale, la Corte è dunque arrivata a riconoscere a capo delle autorità penitenziarie l'obbligo di garantire che la salute e il benessere del detenuto siano assicurate in modo adeguato.

In particolare, è possibile notare che il riconoscimento di questi obblighi si è mosso su due fronti: da un lato i giudici europei si sono preoccupati di individuare obblighi positivi nell'ambito delle condizioni materiali di detenzione per garantire la preservazione dell'integrità psico-fisica nell'ambiente carcere ed in secondo luogo la Corte è arrivata ad elaborare principi in materia di diritto sociale alla salute, quindi come diritto a prestazioni mediche, riconoscendo precisi obblighi di assistenza medica in capo all'amministrazione penitenziaria⁷⁸.

⁷⁴ È questo l'ambito di applicazione orizzontale della norma, che implica il riconoscimento a carico dello Stato dell'obbligo di porre in essere tutte le misure idonee a far sì che all'interno del territorio nazionale non vengano commessi atti contrari all'art. 3 CEDU. Riconosciuto nel *leading case Z and Others v. The United Kingdom* (Corte EDU, 10 maggio, ric. n. 29392/95) in merito a dei maltrattamenti perpetrati dai genitori nei confronti di bambini in tenera età, l'obbligo dello Stato di intervento nei rapporti inter-privati potrebbe rilevare nell'ambito penitenziario nei casi, purtroppo comuni, di violenze sui detenuti ad opera di altri detenuti.

⁷⁵ COLELLA A., CASSIBA F., *Art. 3*, in (a cura di) UBERTIS G., VIGANÒ F., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., p. 65.

⁷⁶ MARTUFI A., *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, Napoli, 2015, p. 146.

⁷⁷ MANNOZZI G., *Diritti dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale*, cit., p. 349.

⁷⁸ In ciò toccando entrambi i profili del diritto alla salute, che, come si vedrà nel prosieguo, si compone di due parti essenziali: il diritto (di libertà) all'integrità psico-fisica e il diritto (sociale) a prestazioni mediche.

Quanto al primo profilo, e dunque all'obbligo di garantire condizioni materiali di detenzione rispettose della dignità, la Corte, dapprima limitatasi a mere affermazioni circa la necessità generica di garantire condizioni adeguate, solo più recentemente si è pronunciata con maggiore forza, condannando gli stati per violazione dell'art. 3 in relazione alle condizioni detentive dei casi concreti⁷⁹. Nella specie, la Corte nelle sue pronunce ha toccato soprattutto le tematiche concernenti le condizioni igieniche, l'accesso alla luce naturale, l'aerazione e la ventilazione, la possibilità di uscire dalla cella per attività ricreative, lavorative o per compiere esercizi fisici e, *last but not least*, le condizioni di spazio all'interno dell'unità detentiva.

Sottolineando che gravi mancanze in relazione a questi ambiti possono comportare la violazione dell'art. 3 anche in assenza di intenzionalità di umiliare o ledere l'integrità psico-fisica del detenuto, i giudici europei sono quindi giunti a condannare gli Stati in tutte le situazioni in cui la realtà accertata si discosti in maniera evidente ed oggettiva rispetto alle Regole Minime dell'ONU o a alle Regole penitenziarie europee⁸⁰, a nulla rilevando i problemi di natura economica che lo Stato può opporre come giustificazione ai problemi strutturali delle carceri presenti sul territorio nazionale.

Per quanto concerne invece il secondo profilo e dunque l'obbligo dello Stato di fornire un'assistenza medica adeguata, le considerazioni della Corte partono dall'assunto secondo il quale le precarie condizioni di salute di un soggetto non costituiscono *ex se* un impedimento all'irrogazione della sanzione detentiva⁸¹. D'altra parte, però, lo Stato, ha l'obbligo di verificare attentamente la compatibilità dell'esecuzione di detta pena con le particolari condizioni di salute (e di età) del singolo detenuto, accertando dunque che la salute di questo possa essere adeguatamente tutelata

⁷⁹ ESPOSITO A., *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, p. 259. In particolare, già la Commissione aveva sottolineato l'obbligo positivo dello Stato di "controllare periodicamente le condizioni materiali della detenzione in modo da assicurare la salute e il benessere dei detenuti avuto riguardo alle normali e ragionevoli esigenze della detenzione" (Cfr. per esempio il Rapporto del 14 maggio 1987, *Dhoest v. Belgium*), d'altra parte, è stato il decorso del tempo, con la conseguente emersione di una maggiore sensibilità al tema, a consentire di trarre da queste premesse la possibilità di condannare lo Stato per questo ordine di motivi.

⁸⁰ GORI A., *Trattamenti inumani e degradanti, la giurisprudenza della Corte e il suo impatto sul diritto dei detenuti*, cit., § 3.2.1. Pare opportuno a questo proposito ripetere che è comunque e sempre da tener conto il principio base del necessario superamento della soglia di gravità, che funge anche in queste ipotesi da spartiacque tra condotte lesive sanzionabili e condotte lesive non sanzionabili.

⁸¹ ESPOSITO A., *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, cit., p. 259-260.

nel contesto carcerario del caso concreto. Lo Stato ha inoltre l'obbligo di fornire cure mediche adeguate e tempestive in relazione, anche qui, al singolo caso concreto.

Anche nelle ipotesi ora in analisi la giurisprudenza attuale è frutto di un'evoluzione che, partita attraverso petizioni di principio individuanti l'obbligo di protezione dell'integrità psico-fisica del detenuto attraverso le debite cure mediche⁸², è arrivata solo recentemente a prospettare violazioni dell'art. 3 a causa della negligenza dello Stato nel valutare e/o tutelare concretamente lo stato di salute del soggetto attraverso le misure più adeguate.

I giudici europei, derivando quindi dagli obblighi di protezione corollari specifici in termini di assistenza medica, si sono dunque pronunciati valutando caso per caso la gravità delle condizioni di salute del detenuto, la qualità delle visite e delle cure mediche assicurate nel contesto detentivo e la compatibilità dello stato di salute con la pena detentiva.

Per comprendere realmente la portata degli obblighi a carico dello Stato, obblighi che come spiegato costituiscono il fulcro del diritto alla salute del detenuto nella giurisprudenza della Corte EDU, è necessario volgere lo sguardo alla casistica giurisprudenziale sottolineando i principi di volta in volta emersi e andati poi consolidandosi. Solo in questo modo, vista la natura di *judge-made law* del diritto in questione ed il ruolo di giudice del caso concreto della Corte, è possibile avere contezza dei fondamentali principi in materia.

Con riguardo alle condizioni detentive sarà anzitutto analizzato il profilo riguardante la problematica del sovraffollamento e dello spazio detentivo minimo, vista la grande incidenza della giurisprudenza europea in materia sul nostro ordinamento ma soprattutto vista l'influenza che detta problematica ha sulle condizioni detentive complessive e dunque in generale sull'effetto che l'ambiente carcere ha sull'integrità psico-fisica del detenuto.

Successivamente saranno analizzate alcune pronunce particolarmente significative che verranno ricondotte, a seconda del loro oggetto, nelle tradizionali tre macrocategorie in cui vengono solitamente raggruppate le condotte statali lesive del diritto alla salute⁸³, ossia:

⁸² Corte EDU, *Hurtado v. Switzerland*, 28 gennaio 1994, ric. n. 17549/90.

⁸³ Così anche in LUPARIA L., *Diritto europeo e sistema penitenziario*, in (a cura di) CORSO P., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Milano, 2015, p. 544 e in MANCA V., *La corte dei diritti*

- i. la violazione degli standard igienico-sanitari minimi
- ii. la mancanza o non tempestiva somministrazione di cure mediche adeguate
- iii. l'incompatibilità della detenzione con le condizioni di salute del soggetto recluso.

Infine si analizzeranno i principi in materia di compatibilità della pena detentiva e salute mentale e si tratterà delle principali questioni rilevate in ambito CEDU in materia di diritto alla salute e art. 41 *bis* ord. penit.

1.6.3 Sovraffollamento e violazione dello spazio detentivo minimo

Come sopra chiarito, la questione del sovraffollamento, oltre ad essere uno dei temi centrali della giurisprudenza europea in materia di art. 3 CEDU e diritto penitenziario, assume un rilievo pregnante con riferimento alla tematica della salute in carcere, andando a condizionare più di qualsiasi altro fattore ambientale l'effettivo riconoscimento del diritto detenuto a non vedere lesa la propria integrità fisica durante il periodo di detenzione.

È chiaro, infatti, che il fenomeno dell'*overcrowding* incide pesantemente e negativamente sia sugli altri fattori ambientali (igiene, ventilazione, areazione, temperature ecc) sia sulla capacità dell'amministrazione di adempiere ai propri obblighi di protezione, tra cui, fra l'altro, anche quelli di garanzia di cure mediche. È quindi imprescindibile, nell'ottica di analisi del diritto alla salute, una disamina dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte su questo tema.

Gettate le basi negli anni 80, il giudice di Strasburgo, ha iniziato ad occuparsi della materia delle condizioni detentive e del sovraffollamento dettando principi più rigorosi a partire dagli anni 2000.

La prima rilevante pronuncia che segna una (seppur timida) svolta in materia è certamente la sentenza *Dougoz v. Greece*⁸⁴ del 2001, con cui i giudici hanno condannato la Grecia per violazione dell'art. 3 in relazione alle condizioni detentive subite dal

dell'uomo torna a pronunciarsi sul divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti: l'inadeguatezza degli standard di tutela delle condizioni di salute del detenuto integrano una violazione dell'art. 3 CEDU, in www.penalecontemporaneo.it, 7 novembre 2014, p.7.

⁸⁴Corte EDU, 6 marzo 2001, *Dougoz v. Greece*, ric. n. 40907/98.

ricorrente nella stazione di polizia prima, e nel centro di detenzione poi. In particolare, la Corte è giunta alla condanna rilevando il sovraffollamento, la problematicità delle condizioni igieniche e sanitarie, dell'accesso alla luce naturale e all'acqua calda, nonché l'assenza di ventilazione e di spazi per l'attività fisica. Questi elementi, presi nel loro complesso, secondo il cd. criterio multifattoriale hanno dunque portato la Corte a ravvisare nel caso di specie un trattamento degradante.

Detta presa di posizione dei giudici europei è poi stata rafforzata attraverso la precisazione, contenuta nella sentenza relativa al caso *Peers*⁸⁵, circa il fatto che l'assenza di intenzionalità dell'amministrazione penitenziaria di sottoporre i detenuti a condizioni degradanti non è da considerarsi ostacolo alla condanna per violazione dell'art. 3.

Ulteriore *leading case* in materia è il caso *Kalashnikov v. Russia*⁸⁶ del 2002, in cui la Corte, per la prima volta, si sofferma in maniera più precisa sulla questione dello spazio detentivo minimo, richiamando in particolare lo standard dei 7 mq richiesto dal CPT⁸⁷ e, sempre per la prima volta, rileva, seppur per inciso, che il sovraffollamento, qualora sia particolarmente grave, può di per sé costituire un trattamento degradante⁸⁸.

Nel caso di specie, il ricorrente era stato detenuto per quattro anni e dieci mesi nel carcere di Magadan, in cui il sovraffollamento raggiungeva dei livelli gravissimi, tanto che il signor Kalashnikov era recluso in una cella di 17 mq con altri 18/24 detenuti, disponendo così di uno spazio personale compreso tra 0.9 e 1.9 mq. Dal gravissimo sovraffollamento derivava poi la necessità di turnazione per dormire, azione in ogni caso ostacolata dal caos, dalla luce continua e dai televisori. A ciò si aggiungevano le precarie condizioni igienico-sanitarie che avevano portato il ricorrente a contrarre varie patologie della pelle e malattie fungine nonché lo avevano sottoposto al fortissimo rischio di contrazione di malattie infettive. Considerati tutti questi elementi, la Corte è giunta alla conclusione secondo cui “*the conditions of detention, which the applicant*

⁸⁵ Corte EDU, 19 aprile 2001, *Peers v. Greece*, ric. n. 28524/95

⁸⁶ Corte EDU, 15 luglio 2002, *Kalashnikov v. Russia*, ric. n. 47095/99 .

⁸⁷ Cfr. Corte EDU, 15 luglio 2002, *Kalashnikov v. Russia*, *cit.*, § 97 che fa riferimento al Secondo Rapporto Generale (CPT/Inf (92) 3, § 43).

⁸⁸ Si precisa che la Corte non ha toccato espressamente tale profilo e ciò soprattutto in quanto nel caso di specie molti altri fattori incidono negativamente sulle condizioni carcerarie. In secondo luogo, la statuizione della Corte pare dettata, più che da una volontà di considerare il sovraffollamento in generale come violazione dell'art. 3, dalla gravissima situazione del caso concreto. Si legge infatti al § 97 “*The figures submitted suggest that that any given time there was 0.9-1.9 m² of space per inmate in the applicant's cell. Thus, in the Court's view, the cell was continuously, severely overcrowded. This state of affairs in itself raises an issue under Article 3 of the Convention.*”

had to endure for approximately 4 years and 10 months, must have caused him considerable mental suffering, diminishing his human dignity and arousing in him such feelings as to cause humiliation and debasement” e dunque alla condanna della Russia per violazione dell’art. 3.

Negli anni successivi, la Corte ha consolidato il proprio orientamento, ripetendo i principi appena esposti ed aggiungendo ulteriori tasselli, in particolare con riguardo allo spazio minimo.

Premessa l’impossibilità di stabilire in maniera assoluta lo spazio detentivo minimo da considerarsi richiesto dalla Convenzione -che dipende secondo i giudici da molti fattori rilevanti, come la durata della detenzione, la possibilità di esercizi fisici all’esterno, e la condizione fisica e mentale del detenuto⁸⁹ - i giudici hanno altresì iniziato a consolidare il principio secondo cui in alcuni casi, generalmente quelli in cui lo spazio minimo sia inferiore ai 3 mq, la mancanza di spazio individuale debba essere considerata così grave da costituire di per sé una violazione dell’art. 3⁹⁰, in linea con quanto già accennato nella sentenza Kalashnikov.

Contemporaneamente, però, la Corte ha altresì continuato a sviluppare l’orientamento cd. multifattoriale, considerando cumulativamente i vari fattori ambientali, se valutati positivamente per compensare la mancanza di spazio, se valutati negativamente per corroborare le ipotesi di violazione dell’art. 3⁹¹. Un ulteriore elemento che ha assunto un valore sempre più preponderante nel primo decennio degli anni 2000 è poi quello della durata del trattamento censurato, elemento che è andato consolidandosi come fattore sempre più centrale nelle valutazioni della Corte circa la compatibilità delle condizioni detentive dei casi di specie con l’art. 3 CEDU⁹².

Una svolta centrale rispetto alla giurisprudenza in materia di sovraffollamento finora evidenziata si è avuto con la nota sentenza *Sulejmanovic*⁹³ del 2009 con cui la

⁸⁹ Per prima Corte EDU, 19 luglio 2007, *Trepachkine v. Russia*, n. 36898/03.

⁹⁰ *Inter alia* Corte EDU, 16 giugno 2005, *Labzov v. Russia*, ric. n. 62208/00; Corte EDU, 29 marzo 2007, *Andrey Frolov v. Russia*, ric. n. 205/02; Corte EDU, 30 gennaio 2008, *Kantjyrev v. Russia*, ric. n. 37213/02; Corte EDU, 12 marzo 2009, *Aleksandr Makarov v. Russia*, ric. n. 15217/07.

⁹¹ Per alcuni arresti che riprendono l’orientamento multifattoriale si vedano: Corte EDU, 12 giugno 2008, *Vlasov v. Russia*, ric. n. 78146/01; Corte EDU, 18 ottobre 2007, *Babushkin v. Russia*, ric. n. 67253/01, ; Corte EDU, 19 luglio 2007, *Trepashkin v. Russia*, ric. n. 36898/03.

⁹² GORI A., *Trattamenti inumani e degradanti, la giurisprudenza della Corte e il suo impatto sul diritto dei detenuti*, in www.altrodiritto.unifi.it, 2015, § 3.2.4.

⁹³ Corte EDU, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic v. Italy*, ric. n. 22635/03. Per alcuni approfondimenti in merito a questa sentenza si vedano, tra i tantissimi contributi in materia, DI PERNA A., *Situazione carceraria e divieto di tortura: il caso Sulejmanovic dinanzi alla Corte europea dei diritti umani*, in

Corte ha condannato il nostro Stato per violazione dell'art. 3 proprio per il mancato rispetto dello spazio detentivo minimo. Detta sentenza è di rilevanza centrale in quanto per la prima volta i giudici di Strasburgo hanno dichiarato in maniera esplicita che la detenzione in uno spazio inferiore ai 3 mq costituisce di per sé un trattamento disumano e degradante senza la necessità di considerare gli ulteriori fattori ambientali peggiorativi delle condizioni detentive. Sviluppando quindi il filone giurisprudenziale originatosi timidamente con la sentenza Kalashnikov, la Corte è arrivata a prendere una posizione più marcata ed a costruire una sorta di automatismo di violazione dell'art. 3 caso di mancato rispetto del parametro dei 3 mq.

La Corte, oltre a riprendere la sua precedente giurisprudenza in questo senso⁹⁴ ha, nella sentenza Sulejmanovic, altresì ricostruito un'ulteriore categoria, quella riguardante i casi in cui lo spazio detentivo sia ricompreso tra i 3 mq e i 4mq; mentre nei casi di spazio individuale inferiore alla soglia dei 3mq, come detto, scatta automaticamente la violazione dell'art. 3, nei casi che superano i 3 mq mantenendosi però al di sotto dei 4mq (dunque a maggior ragione anche nei casi in cui siano superati i 4 mq) a detta della Corte sono invece da tenere in considerazione gli altri fattori ambientali, quali ad esempio i servizi igienici, l'aerazione disponibile, l'accesso alla luce e all'aria naturali, la qualità del riscaldamento e il rispetto delle esigenze sanitarie di base⁹⁵.

Questa diversificazione, oltre a sistematizzare la giurisprudenza antecedente e non sempre univoca in materia, applicando l'approccio monofattoriale o multifattoriale a seconda del superamento o meno della soglia dei 3 mq, ha portato i giudici europei a pronunciarsi in maniera differenziata con riguardo ai due periodi per i quali il ricorrente della pronuncia in esame lamentava di essere stato sottoposto a trattamenti disumani e degradanti.

Nel caso di specie, infatti, Izet Sulejmanovic, cittadino bosniaco recluso nel carcere di Rebibbia, lamentava una violazione dell'art. 3 per via del limitatissimo spazio

Diritti umani e diritto internazionale, 2009, fasc. n. 3, p. 640 e ss; BORTOLATO M., *Sovraffollamento carcerario e trattamenti disumani o degradanti. La CEDU condanna l'Italia per le condizioni dei detenuti*, in *Quest. Giust.*, 2009, fasc. n. 5, p. 111 e ss; CESARIS L., *Primi effetti della decisione della corte europea dei diritti dell'uomo, Sulejmanovic contro Italia*, *Rass. pen. e crimin.*, 2011, fasc. n. 2, p. 97 e ss.

⁹⁴ Le sentenze citate dalla Corte (§ 41) a questo proposito sono: Corte EDU, 12 marzo 2009, *Aleksandr Makarov*, *cit.*; Corte EDU, 6 dicembre 2007, *Lind v. Russia*, ric. n. 25664/05; Corte EDU, 21 giugno 2007, *Kantjyrev v. Russia*, *cit.*; Corte EDU, 29 marzo 2007, *Andrej Frolov v. Russia*, *cit.*; Corte EDU, 16 giugno 2005, *Labzov v. Russia*, *cit.*; Corte EDU, 20 gennaio 2005, *Mayzit v. Russia*, ric. n. 63378/00.

⁹⁵ Cfr. Corte EDU, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic v. Italy*, *cit.*, § 42.

personale che gli era stato concesso nell'istituto in questione⁹⁶, evidenziando come in presenza di celle di circa 16 mq egli aveva inizialmente condiviso detto spazio con altri cinque soggetti ed a seguito del trasferimento in altra cella dalle medesime dimensioni con altri quattro, tre e poi due soggetti. La Corte con riferimento al primo periodo, in cui il ricorrente aveva a disposizione 2,70 mq ha considerato violato l'art. 3, mentre per i periodi successivi, in cui lo spazio personale era uguale o superiore a 3,24 mq ha negato vi potessero essere gli estremi dei trattamenti disumani e degradanti, non avendo il Sulejmanovic evidenziato la problematicità degli ulteriori fattori ambientali e delle conseguenze delle condizioni detentive sulla sua integrità fisica e psichica⁹⁷.

Nonostante questa netta presa di posizione, la Corte europea successivamente non ha mantenuto univocamente il proprio atteggiamento, utilizzando un approccio tenente in considerazione talora solo lo spazio personale, talaltra anche gli elementi ambientali più volte ripetuti nella giurisprudenza antecedente.

A dimostrazione di ciò è sufficiente riprendere due arresti, particolarmente significativi e temporalmente poco distanti tra loro: da un lato la sentenza resa nel caso *Ananyev and others v. Russia*⁹⁸, dall'altro la notissima sentenza *Torreggiani*⁹⁹.

Nella prima la Corte ha chiarito ulteriormente gli obblighi positivi a carico dello Stato con riferimento alle condizioni detentive ed in particolar modo allo spazio minimo, chiarendo che tre sono gli elementi a cui la Corte deve fare riferimento nell'accertamento della violazione dell'art. 3, ossia a) la presenza di un letto individuale, b) la possibilità del detenuto di avere a disposizione almeno 3 mq¹⁰⁰ c) la

⁹⁶ Nel periodo in questione nel carcere di Rebibbia a fronte di una capienza regolamentare di 1271 posti aveva ospitato un numero di detenuti ricompreso tra i 1450 e i 1660.

⁹⁷ Rilevantissima è però la *dissenting opinion* del giudice Zagrebelsky (a cui ha aderito il giudice Jočienė) che ha considerato non violato l'art. 3, rilevando come non si potesse considerare superata la soglia di gravità in nessuno dei due periodi. Il giudice italiano ha infatti contestato le dichiarazioni di principio in merito alla giurisprudenza antecedente dalla quale a detta della maggioranza si desumerebbe l'applicabilità del criterio multifattoriale solo nei casi in cui lo spazio individuale superi i 3 mq sussistendo altrimenti un'automatica violazione del divieto in questione. Sottolineando come la giurisprudenza potesse dirsi tutto tranne che univoca in materia, avendo la Corte considerato nella maggior parte dei casi i fattori ambientali in via cumulativa, il giudice ha altresì espresso la preoccupazione per la tendenza della Corte ad abbassare la soglia minima di gravità sulla base di ciò che è auspicabile (e non cogente) con il rischio di relativizzazione del divieto di cui all'art. 3 CEDU.

⁹⁸ Corte EDU, 10 Gennaio 2012, *Ananyev and Others v. Russia*, ric. n. 42525/07 e n. 60800/08.

⁹⁹ Corte EDU, 09 gennaio 2013, *Torreggiani and Others v. Italy*, ric. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10.

¹⁰⁰ Di rilievo in detta sentenza è anche l'affermazione da parte dei giudici di un differente parametro spaziale minimo stabilito dal CPT e riferito alle celle collettive e non a quelle individuali (alle quali sembrerebbe essersi riferito originariamente il CPT nel rapporto soprarichiamato) e consistente in una

possibilità per il detenuto di muoversi liberamente all'interno della cella. Secondo i giudici l'inadempimento dello Stato con riguardo anche ad uno solo degli elementi appena citati farebbe sorgere una *strong presumption* di violazione dell'art. 3¹⁰¹. È chiaro che rispetto alla sentenza Sulejmanovic che aveva stabilito un automatismo, come tale rispondente alla logica della presunzione assoluta, qui la Corte si discosta almeno parzialmente da tale arresto considerando la possibilità di rovesciare la forte presunzione (e non si vede come, se non attraverso la compensazione attraverso gli altri fattori ambientali).

Nella sentenza Torreggiani, celebre arresto pilota¹⁰² con il quale i giudici alsaziani hanno condannato l'Italia per il sistemico sovraffollamento¹⁰³, la Corte ha invece ripreso i principi già enunciati nella sentenza Sulejmanovic, quantomeno a livello di dichiarazione¹⁰⁴, stante che nel caso in questione lo spazio minimo era esattamente di 3 mq e i ricorrenti avevano evidenziato ulteriori aspetti problematici con riferimento ad altri fattori ambientali.

In particolare i sette ricorrenti, detenuti nelle carceri di Bursto Arsizio e di Piacenza, avevano lamentato la violazione dell'art. 3 per via della reclusione in celle di 9 mq con altri due detenuti nonché il limitato accesso all'acqua calda nelle docce e l'inadeguatezza dell'aerazione e della ventilazione.

La Corte, riprendendo, come detto, i principi già esposti nella Sulejmanovic, ha considerato violato l'art. 3 anzitutto in quanto i ricorrenti non hanno “*beneficiato di uno spazio vitale conforme ai criteri da essa ritenuti accettabili con la sua*

metratura di almeno 4 mq per detenuto (Cfr. Corte EDU, 10 gennaio 2012, *Ananyev and Others v. Russia*, cit., §144).

¹⁰¹ Cfr. Corte EDU, 10 gennaio 2012, *Ananyev and Others v. Russia*, cit., §148.

¹⁰² La procedura della sentenza pilota, disciplinata dall'art. 61 del Regolamento della Corte, prevede la possibilità, qualora alla base di un ricorso vi sia un problema strutturale e sistemico che potrebbe portare ad altri ricorsi analoghi, di sospendere i ricorsi pendenti ed indicare allo Stato le misure da porre in essere per superare detto problema, sancendo altresì un termine entro il quale le misure debbano essere attuate dallo Stato. Nel caso di specie la Corte rivelando il sistemico sovraffollamento delle carceri italiane ha previsto la scadenza di un anno per porre rimedio alla drammatica situazione che aveva portato all'aumento esponenziale dei ricorsi davanti ai giudici di Strasburgo. Per maggiori dettagli in merito alla procedura pilota in generale e nel caso Torreggiani si veda CONTI R., *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul sovraffollamento carcerario e i diritti del detenuto*, in *Pol. dir.*, 2013, fasc. 4, p. 441, §§ 4,5,6.

¹⁰³ E dunque per la violazione del divieto di trattamenti disumani e degradanti. Giova rammentare che l'altro profilo di estrema rilevanza, trattato dalla Corte per respingere l'eccezione del Governo in merito al mancato esperimento dei rimedi interni, è quello concernente il problema circa l'assenza di rimedi effettivi, tanto preventivi quanto compensativi, atti a tutelare i diritti dei detenuti. Su questo profilo si veda § 3.4.

¹⁰⁴ Cfr. Corte EDU, 09 gennaio 2013, *Torreggiani and Others v. Italy*, cit., §77.

giurisprudenza¹⁰⁵” e inoltre per via delle ulteriori condizioni detentive e della durata di queste, precisando che “*la grave mancanza di spazio sperimentata dai sette ricorrenti per periodi variabili dai quattordici ai cinquantaquattro mesi costitutiva di per sé di un trattamento contrario alla Convenzione*” e che essa “*sembra essere stata ulteriormente aggravata da altri trattamenti denunciati dagli interessati*”¹⁰⁶.

Da ultimo, la Corte è ritornata sulla questione del sovraffollamento e dello spazio minimo con le due rilevanti sentenze relative al caso *Muršić v. Croatia*¹⁰⁷, nelle quali ha valorizzato, seppur in maniera differente, il criterio multifattoriale, riprendendo così il precedente *Ananyev* e discostandosi dalle sentenze sopracitate con cui ha condannato il nostro paese.

Nell'affare *Muršić* il cittadino croato, detenuto per 11 mesi presso il carcere di Bjelovar, lamentava di essere stato detenuto in celle sporche e mal attrezzate di 18 mq condivise financo con 7 soggetti; il ricorrente rilevava inoltre di non aver avuto accesso ad attività lavorative e sufficienti possibilità di beneficiare di attività educative e ricreative.

La Corte, nella sentenza della prima sezione, valutando attentamente il numero di soggetti con cui il signor *Muršić* aveva condiviso la cella nei vari periodi, ha concluso per l'assenza di violazione dell'art. 3, e ciò nonostante il compiuto accertamento circa l'assenza, per più periodi, di uno spazio personale di almeno 3 mq. Rilevando che le condizioni non fossero sempre state adeguate, infatti, i giudici europei hanno nondimeno considerato non raggiunta la soglia minima di gravità, nemmeno con

¹⁰⁵ Che nel frattempo, come si diceva alla nota 100, si era stabilizzata sul criterio previsto dal CPT per le celle multiple e dunque sui 4 mq. È comunque da notare che nel caso di specie la Corte, corroborando la tesi dei ricorrenti è giunta a questa conclusione anche per via del fatto che i 3 mq in questione erano calcolati al lordo dei mobili, aderendo così alla teoria che prevede lo scomputo degli spazi occupati dal mobilio fisso. Sulla problematica del computo della metratura si vedano la nota 97, Cap. II e il § 3.6.2.

¹⁰⁶ Corte EDU, 09 gennaio 2013, *Torreggiani and others v. Italy*, cit., §77.

¹⁰⁷ Corte EDU, 12 marzo 2015, *Muršić v. Croatia*, ric. n. 7334/13 e Corte EDU, *Muršić c. Croatia*, (Grande Camera), 20 ottobre 2016 n. 7334/13. Per un approfondimento in merito alla prima pronuncia si veda FIORENTIN F., “*Il vaso di Pandora scoperto: la violazione dell’art. 3 CEDU per (mal)trattamenti detentivi tra accertamento “multifattoriale” e giurisprudenza europea. Appunti a margine della sentenza Corte EDU, 12 marzo 2015, Muršić c. Croazia*”, in *Arch. pen.* fasc. 3/2015. Per due approfondimenti dettagliati su entrambe le pronunce si vedano MENGHINI A., *Spazio detentivo minimo e violazione dell’art. 3 Cedu: per una lettura conforme ai canoni di dignità e umanità della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2017, p. 122 e ss. e CAPPELLETTI F., *Penelope disfa la tela: ma è, davvero, il caso di farne una tragedia? I fattori qualificanti i trattamenti inumani e degradanti nel sovraffollamento carcerario (ri)visti con approccio cumulativo da Strasburgo e le, evitabili, ricadute interne*, in www.giurisprudenzapenale.it, 13 aprile 2017. Per un focus specifico sulla seconda pronuncia CANCELLARO F., *Carcerazione in meno di 3 metri quadri: la Grande Camera sui criteri di accertamento della violazione dell’art. 3 Cedu*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 novembre 2016.

riferimento al periodo di 27 giorni consecutivi in cui lo spazio personale a disposizione del Muršić era di 2,86 mq.

A detta della Corte, infatti, gli altri fattori ambientali, tra cui la possibilità di muoversi per tre ore al giorno al di fuori della cella, l'accesso alla luce naturale, all'aria e all'acqua potabile, le varie attività sportive e culturali permesse ai detenuti e la mancanza di gravi problematiche di natura igienico-sanitaria avevano contribuito a creare delle condizioni di detenzione dignitose ed in cui non erano ravvisabili gli estremi dei trattamenti disumani e degradanti¹⁰⁸.

Come si diceva, la Corte è ritornata nuovamente sul caso, pronunciandosi in Gran Camera nell'ottobre del 2016. La *Grande Chambre* ha mantenuto in generale la posizione espressa con la pronuncia del marzo 2015 e quindi ha nuovamente rilevato la necessità di valutare cumulativamente con lo spazio personale anche gli ulteriori fattori ambientali.

D'altro canto, però, i giudici europei si sono in parte discostati dalla valutazione precedentemente effettuata sui profili di merito e sono giunti a sostenere che vi fosse stata una violazione dell'art. 3 con riferimento al periodo di 27 giorni consecutivi di detenzione nello spazio di 2,86 mq¹⁰⁹.

Con riferimento a quest'ultimo periodo, infatti, la Gran Camera ha considerato, vista la durata non irrilevante della violazione, superata la soglia di gravità e dunque ha ravvisato una violazione dell'art. 3; al contrario, con riguardo agli altri periodi la Corte non si è discostata dalle conclusioni a cui erano giunti i giudici della prima sezione ed ha dunque valutato non raggiunto il *minimum level of severity* benché la metratura minima di 3 mq non fosse stata rispettata, a ragione della durata occasionale di detti periodi.

Aldilà della valutazione del caso di specie, però, la Corte, ed qui è il punto innovativo, ha enumerato i tre elementi, attraverso la cui prova il Governo può superare la *strong presumption* di violazione in caso di mancato rispetto dello spazio vitale, ossia

¹⁰⁸ Anche in questo caso rilevante è la *dissenting opinion* del giudice Sicilianos che, analizzando e sistematizzando l'altalenante giurisprudenza in materia, ha rilevato che anche a voler aderire al criterio della *strong presumption*, essendo il periodo di 27 giorni né breve né occasionale la presunzione per essere confutata abbisognava di una prova particolarmente forte della sussistenza di *counterbalancing factors*, prova che nel caso di specie, secondo il giudice portoghese, non era stata assolutamente fornita.

¹⁰⁹ Pure nel caso in questione ed a riflesso della grandissima spaccatura sul tema, importanti sono le tre opinioni dissenzienti. In due opinioni i giudici si sono espressi per la violazione dell'art. 3 con riferimento a tutti i periodi in cui lo spazio era stato inferiore ai 4 mq, nella terza i giudici hanno argomentato il voto a favore della violazione per tutti i periodi di detenzione in spazio inferiore ai 3mq.

a) la durata breve, occasionale o di scarsa importanza della restrizione in tali modalità, b) la sufficiente libertà di movimento all'esterno della cella, c) la predisposizione di adeguate attività trattamentali esterne alla cella, l'adeguatezza della struttura detentiva e l'insussistenza di altre condizioni peggiorative dell'ambiente carcerario.

Nel quadro di per sé già complicato che si è tentato di riassumere, la posizione dei giudici europei nell'affare Muršić da un lato ha contribuito ad un'ulteriore complicazione della giurisprudenza in materia, dall'altro ha segnato una precisa volontà, seppur non unanime, di elevare a criterio preferibile il filone giurisprudenziale aderente al criterio multifattoriale.

Aldilà delle considerazioni critiche che possono essere mosse a tale approccio, ciò che preme sottolineare e che interessa in maniera specifica il diritto alla salute è l'importanza dello spazio minimo quale forma primaria di tutela della dignità del detenuto e della sua integrità psicofisica.

In quest'ottica appare impossibile non rilevare che gli effetti del sovraffollamento sulla salute fisica e psicologica del soggetto detenuto¹¹⁰ suggeriscono che l'approccio multifattoriale sia condivisibile solo ove accresca la tutela offerta al detenuto e non ove la limiti, come giustamente osservato in linea generale dal giudice Pinto De Albuquerque nella *dissenting opinion* alla pronuncia della Grande Camera sul caso Muršić.

1.6.4 La violazione degli standard igienico-sanitari minimi

Come già accennato, ulteriori ipotesi di condotte lesive della salute del detenuto sanzionate da numerose sentenze della Corte EDU si hanno con riferimento in primo luogo alla violazione degli standard igienico-sanitari minimi, in ipotesi di mancanza o non tempestiva somministrazione di cure mediche adeguate ed infine nei casi di incompatibilità della detenzione con le condizioni di salute del soggetto recluso.

¹¹⁰ E ciò è evidenziato pure nella *opinion dissidente* dei giudici Sajó, López Guerra e Wojtyczek che sottolineano che numerosi studi hanno dimostrato gli effetti negativi del sovraffollamento sulla personalità dei soggetti e che aggiungono che “*Non seulement la surpopulation carcérale est cause d'une grande souffrance psychique mais encore elle entrave la réalisation du but de la sanction, et rend toute la démarche de resocialisation bien moins efficace. Dans ces conditions, le séjour en prison devient vite totalement dénué de sens. Permettre aux détenus de disposer d'un espace suffisant est une condition sine qua non d'une réelle resocialisation [...]*”.

Quanto alla prima ipotesi è da notare che in molte sentenze la violazione dell'art. 3 è derivata dall'accertamento di macroscopiche violazioni delle norme che impongono standard igienico-sanitari, il cui rispetto assume un'importanza fondamentale ai fini della tutela della salute preventiva dei soggetti ristretti; a titolo esemplificativo la Corte ha sanzionato queste ipotesi di condotte nel caso di un soggetto costretto a scontare la pena in una cella infestata da roditori ed insetti¹¹¹ ed in un altro caso in cui la cella non era dotata di letto e il detenuto era stato privato per tre giorni di acqua e cibo¹¹².

All'interno di questa categoria molto rilevanti sono poi le pronunce che hanno constatato una violazione dell'art. 3 per via delle malattie infettive e contagiose contratte in carcere per l'inosservanza delle norme igienico-sanitarie (principalmente TBC, HIV, epatite)¹¹³.

È da osservare, però, che in quest'ultimo caso, secondo la giurisprudenza costante, per aversi violazione dell'art. 3 non è sufficiente la contrazione della malattia nel periodo di detenzione, ma è altresì necessario che lo stato abbia violato l'obbligo di prestare le cure adeguate successivamente alla contrazione¹¹⁴.

Come è stato notato, la scelta di non considerare la mera contrazione della malattia alla stregua di una violazione dell'art. 3 pare essere particolarmente problematica, ponendosi in contrasto da un lato con altre pronunce che hanno considerato superata la soglia di gravità in situazioni di gran lunga meno lesive dell'integrità psico-fisica e dall'altro con la giurisprudenza consolidata in materia di violazioni di obblighi negativi che, come visto, fa discendere dalla posizione di vulnerabilità del detenuto l'inversione dell'*onus probandi*, imputando le lesioni accertate alle autorità statali ove prima della detenzione il soggetto godesse di buona salute¹¹⁵.

Anche nelle ipotesi in esame sembrerebbe quindi preferibile, in ottica di una maggiore tutela della salute del detenuto, considerare superata la soglia di gravità, perlomeno nei casi in cui non risulti che le autorità penitenziarie abbiano posto in essere tutte le misure idonee ad evitare la contrazione della malattia.

¹¹¹ Corte EDU, 29 gennaio 2009, *Antropov v. Russia*, ric. n. 22107/03.

¹¹² Corte EDU, 29 gennaio 2009, *Andreyevskiy v. Russia*, ric. n. 1750/03.

¹¹³ *Inter multis* Corte EDU, 7 dicembre 2010, *Porumb v. Romania*, ric. n. 19832/04; Corte EDU, 16 dicembre 2010, *Kozhoar v. Russia*, ric. n. 33099/08.

¹¹⁴ Corte EDU, 29 aprile 2003, *Khokhlich v. Ukraine*, ric. n. 41707/98; Corte EDU, 8 novembre 2005, *Alver v. Estonia*, ric. n. 64812/01; Corte EDU, 30 settembre 2010, *Pakhomov v. Russia*, ric. n. 44917/08.

¹¹⁵ CECCHINI F., *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza*, cit., p. 30.

Infine, ulteriori violazioni dell'art. 3 che possono essere ricondotte alla categoria in esame, riguardano i casi in cui la Corte ha condannato lo Stato che ha costretto il detenuto a scontare la pena in situazione, fra l'altro, di esposizione al fumo passivo¹¹⁶.

1.6.5 La mancanza o non tempestiva somministrazione di cure mediche adeguate

Nella seconda tipologia di sentenze che attuano la tutela del diritto alla salute del detenuto rientrano quelle pronunce che hanno condannato gli Stati per non aver predisposto, in favore di un soggetto con problematiche di salute, le cure adeguate, o per averle predisposte ma tardivamente.

Come si diceva sopra, la giurisprudenza in esame è piuttosto recente, avendo la Corte analizzato anche in passato casi di cure mancanti o inadeguate ma non essendo mai giunta a dichiarare per tale motivo una violazione dell'art. 3 CEDU.

Una prima pronuncia in cui la Corte sembra prendere piena consapevolezza della problematica è la sentenza *Kudla v. Poland*¹¹⁷ del 2000, in cui sono riassunti gli obblighi gravanti sullo Stato, tra cui, oltre a quello negativo di astenersi dal porre in essere trattamenti riconducibili nell'orbita dell'art. 3, anche quello positivo di garantire la salute ed il benessere dei detenuti attraverso la somministrazione delle cure mediche necessarie¹¹⁸.

A partire da questa pronuncia, l'atteggiamento della Corte a proposito dell'assistenza sanitaria in carcere si è fatto più rigoroso e in un altro caso fondamentale, il caso *Mouisel*¹¹⁹ del 2002, la Corte ha condannato la Francia per non aver consentito ad un soggetto affetto da leucemia l'accesso a cure adeguate e per averlo costretto a sottoporsi alla chemioterapia ammanettato al letto, sebbene non vi fossero particolari esigenze di sicurezza.

A questa pronuncia sono seguite sentenze simili in casi di detenuti affetti da sclerosi multipla, epatite, viremia¹²⁰.

¹¹⁶ Corte EDU, 14 settembre 2010, *Florea v. Romania*, ric. n. 37186/03.

¹¹⁷ Corte EDU 26 ottobre 2000, *Kudla v. Poland*, ric. n. 30210/96.

¹¹⁸ Vi è chi ha notato che la Corte, in questo caso, accostando salute e benessere sembra far riferimento alla nozione di salute così come definita dall'OMS (cfr. §1.1). BUZZELLI S., *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo (Parte I)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 392.

¹¹⁹ Corte EDU, 14 novembre 2002, *Mouisel v. France*, ric. n.67263/01.

¹²⁰ CECCHINI F., *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza*, cit., p. 30.

Infine, l'arresto che ha assunto maggiore importanza, per via della chiarezza e dell'analiticità con cui la Corte espone nuovamente i principi in materia di salute, è la sentenza *Xiros v. Greece*¹²¹ del 2010.

È in questa pronuncia che i giudici di Strasburgo hanno enucleato le tre “*obligations particulières*” gravanti sullo Stato in caso di trattamento del detenuto con problematiche di salute, ossia:

1. l'obbligo di verificare la compatibilità della detenzione con lo stato di salute del detenuto
2. l'obbligo di provvedere a somministrare al detenuto le cure mediche necessarie
3. l'obbligo di adattare, se necessario, le condizioni di detenzione allo specifico stato di salute del detenuto.

Tralasciando per un attimo il primo obbligo, che sarà trattato nel paragrafo seguente, quanto all'obbligo di fornire ai detenuti le cure mediche necessarie, la Corte, nella sentenza in esame, ha ripetuto che la mancata fornitura di cure e medicinali necessari ed appropriati può in linea di principio costituire un trattamento contrario all'art. 3.

Precisata l'esigenza dell' « *existence d'un encadrement médical pertinent du malade et l'adéquation des soins médicaux prescrits à sa situation particulière* » la Corte ha altresì chiarito che le cure devono essere efficaci nonché prescritte da medici competenti, evidenziando infine i due criteri fondamentali sulla base dei quali è valutata la compatibilità rispetto all'art. 3 dell'assistenza sanitaria fornita al detenuto. In particolare, secondo la Corte i due parametri fondamentali sono la frequenza e la diligenza, che non sono valutati in termini assoluti ma tenendo conto, caso per caso, delle particolari condizioni di salute del detenuto in questione¹²².

Quanto al terzo obbligo, la Corte ha evidenziato l'esigenza che l'ambiente penitenziario sia adattato, ove necessario, ai particolari bisogni del detenuto con problemi di salute affinché questo possa scontare la pena in condizioni non pregiudizievoli per la sua integrità morale.

Riprendendo poi la giurisprudenza precedente in materia, la Corte ha altresì sottolineato la necessità di adottare misure particolari nelle ipotesi di soggetti portatori

¹²¹ Corte EDU, 9 settembre 2010, *Xiros v. Greece*, ric. n. 1033/07.

¹²² Corte EDU, 9 settembre 2010, *Xiros v. Greece*, cit., §75.

di handicap fisici, al fine di rendere possibile, anche per questa categoria di soggetti, il soddisfacimento dei bisogni personali quotidiani in modo conforme alla dignità umana¹²³.

Nonostante la Corte abbia individuato specifici criteri direttivi al fine di individuare gli obblighi a carico dello Stato con riferimento alle cure adeguate, è però da rilevare che la definizione in concreto dei confini tra condotte riconducibili a violazioni dell'art. 3 e condotte che invece non raggiungono la soglia di gravità richiesta dalla giurisprudenza consolidata rimane in ogni caso ancora molto incerta¹²⁴.

Emblematiche a questo proposito sono due sentenze dei giudici di Strasburgo che riguardano il nostro Stato: i casi *Prestieri*¹²⁵ e *Telissi*¹²⁶, nei quali la Corte, pur rilevando una non sempre adeguata tutela della salute dei ricorrenti ha nondimeno concluso per l'assenza di violazione dell'art. 3.

Nel primo caso il signor *Prestieri* lamentava l'inadeguatezza della tutela riservatagli successivamente ad un trapianto di cuore, reso necessario dalla grave cardiopatia da cui era affetto. In particolare, il ricorrente, a seguito di vari rigetti della richiesta di applicazione degli arresti domiciliari in luogo della pena carceraria¹²⁷, era stato operato in ospedale in civile e, vista la mancanza di posti disponibili nella clinica privata ove gli era stato concesso di trascorrere la fase post-operatoria, era rimasto per i primi sei mesi in ospedale e successivamente era stato trasferito nel carcere di Parma. Stante la iniziale chiusura del centro clinico annesso a detto istituto, il ricorrente era poi stato inizialmente assegnato ad una sezione, per espressa presa di posizione dei medici penitenziari, non idonea alle sue condizioni di salute. Nonostante questi ultimi avessero altresì espresso l'esigenza di un trasferimento immediato, l'amministrazione non aveva comunque modificato l'assegnazione del *Prestieri*, che aveva dovuto attendere la riapertura del centro clinico.

La Corte, rilevando che le autorità le autorità avevano fatto il possibile affinché il ricorrente beneficiasse delle cure adeguate alle sue condizioni di salute, ha concluso, quanto al primo periodo post-operatorio, che nulla fosse rimproverabile allo Stato e

¹²³ Corte EDU, 9 settembre 2010, *Xiros v. Greece*, cit., §76.

¹²⁴ RANALLI D., *Nuovi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 161.

¹²⁵ Corte EDU, 29 gennaio 2013, *Prestieri v. Italy*, ric. n. 66640/10.

¹²⁶ Corte EDU, 5 marzo 2013, *Telissi v. Italy*, ric. n. 15434/11.

¹²⁷ Ed infatti oltre al profilo riguardante l'adeguatezza delle cure la sentenza entra altresì nell'ambito del giudizio di (in)compatibilità delle condizioni di salute del soggetto con la detenzione. Per *amplius* si veda Corte EDU, 5 marzo 2013, *Telissi v. Italy*, cit., §§ 74, 78.

dunque che la soglia di gravità non potesse dirsi raggiunta. Sulla scorta di una giurisprudenza costante e consolidata¹²⁸, infatti, hanno nuovamente precisato i giudici che la garanzia di cure al detenuto “non implica che sia garantito ad ogni detenuto lo stesso livello di cure mediche garantito dai migliori istituti di cura esterni all’ambiente carcerario” con la conseguenza che il ricovero in struttura privata non fosse considerabile come obbligo a carico dello Stato.

Molto più severo è stato invece il giudizio dei giudici di Strasburgo con riferimento al periodo di detenzione nel carcere di Parma, per il quale hanno evidenziato che le “*lacune da parte delle autorità sembra[vano] evitabili e molto deplorabili*”¹²⁹. E tuttavia, la Corte è giunta alla conclusione che dette lacune non bastassero, di per sé, tenuto conto complessivamente della situazione del ricorrente, a ravvisare una violazione dell’art. 3, ciò soprattutto in considerazione delle condizioni di salute del Prestieri che erano comunque rimaste buone e piuttosto stabili in tutto il periodo in questione.

Nel caso *Tellissi* invece il ricorrente, detenuto nel carcere di Monza, lamentava l’inadeguatezza e la non tempestività delle cure assicurategli in *status detentionis* a seguito della rottura dei legamenti crociati del ginocchio, provocata da una caduta mentre giocava a calcio con i co-detenuti. In particolare, a seguito di un intervento nel 2008, sollecitato dal Tellissi attraverso uno sciopero della fame e seguito da terapia riabilitativa, vista l’esigenza di un ulteriore intervento aveva nuovamente ricercato, tramite sciopero della fame, di ottenere le cure adeguate. In assenza di queste e successivamente ad un intervento per ernia inguinale, dovuto, secondo il ricorrente alla scorretta deambulazione impostagli dai dolori al ginocchio, aveva poi nel 2011 presentato reclamo al Magistrato di Sorveglianza. Quest’ultimo aveva accolto l’istanza ed aveva ordinato all’amministrazione anzitutto di effettuare degli esami necessari ai fini di vagliare l’esigenza di un secondo intervento chirurgico, in secondo luogo di garantire al detenuto le terapie riabilitative prescritte dai medici ed infine di valutare la possibilità di trasferimento in un luogo maggiormente attrezzato per le cure di cui il Tellissi abbisognava. Dopo alcuni mesi, il ricorrente aveva sollecitato nuovamente l’intervento attraverso istanze dirette ai dirigenti dell’amministrazione penitenziaria e al Magistrato

¹²⁸ Tra cui *ex multis* Corte EDU, 10 luglio 2004, *Mirilashvili v. Russia*, ric. n. 6293/04; Corte EDU, 22 dicembre 2008, *Alexanian c. Russia*, ric. n. 46468/06.

¹²⁹ Corte EDU, 5 marzo 2013, *Tellissi v. Italy*, *cit.*, § 76.

di Sorveglianza, ottenendo dal giudice risposta che il tempo per la presa in carico era dovuto al tempo di attesa nelle strutture sanitarie pubbliche. Nel 2012 aveva quindi presentato ricorso al Tribunale di Sorveglianza che aveva dichiarato inammissibili le questioni per via dell'impossibilità di impugnazione delle decisioni del Magistrato di Sorveglianza sui reclami dei detenuti. Sempre nello stesso anno il Tellissi era stato infine dichiarato invalido al 50 % a causa della sua ridotta mobilità e della sua impossibilità di restare in piedi per una durata prolungata.

Anche in questo caso la Corte ha affermato che *“nonostante alcuni ritardi, le autorità a[vessero] soddisfatto il loro obbligo di proteggere l'integrità fisica del ricorrente tramite la somministrazione dei controlli medici appropriati.”* La conclusione è stata dunque, anche in questo caso, quella di non ravvisare la violazione dell'art. 3.

Dalla succinta motivazione non emergono in modo chiaro gli elementi posti dalla Corte alla base della decisione in questione, anche se è chiaro che è stato ritenuto sufficiente il mero monitoraggio della situazione, l'attivazione, seppur lenta, ai fini dell'espletamento degli esami necessari e l'inserimento all'interno delle liste di attesa ai fini dell'intervento sperato¹³⁰.

La problematica circa i dubbi confini tra condotte sanzionate dalla Corte e condotte non rilevanti appare poi ancora più evidente se si confrontano gli esiti dei due casi sopra trattati con quelli di un'ulteriore pronuncia, sempre nei confronti del nostro Stato e del medesimo anno. Il riferimento è alla sentenza resa nel caso *Cirillo*¹³¹, con la quale la Corte ha invece concluso per la violazione del divieto di trattamenti disumani e degradanti constatando che le autorità non avessero adempiuto al loro obbligo di assicurare un trattamento medico adatto alla patologia del ricorrente.

Quest'ultimo era affetto da paralisi del plesso brachiale sinistro, accompagnata da una grave limitazione funzionale e, vista la limitata possibilità di accedere alle terapie fisioterapiche necessitate, aveva chiesto la sospensione dell'applicazione della pena in ragione del suo stato di salute. Il Tribunale di Sorveglianza aveva però ritenuto che le patologie di cui era affetto il Cirillo potessero essere trattate anche in regime di detenzione, a condizione che l'amministrazione assicurasse dei cicli regolari di fisioterapia, ove necessario anche attuati attraverso ricoveri presso centri esterni alla

¹³⁰ RANALLI D., *Nuovi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo, cit.*, p. 166.

¹³¹ Corte EDU, *Cirillo v. Italy*, 29 gennaio 2013, ric. n. 36274/2010.

struttura penitenziaria. Il giudice aveva infine invitato l'amministrazione a valutare la possibilità di trasferimento del ricorrente in centro clinico. Successivamente ed seguito di un periodo di terapie regolari nel carcere ove era detenuto, queste erano state interrotte e dunque il Cirillo aveva adito la Corte EDU ai fini della tutela della sua salute lamentando la sporadicità delle cure e il mancato trasferimento in centro clinico.

La Corte, nel caso di specie, ha notato che, nonostante l'effettuazione di visite e diagnosi, ciò non potesse essere considerato sufficiente ai fini della tutela della salute del ricorrente, risultando invece *“fondamentale che siano anche messi in atto una terapia corrispondente alla diagnosi stabilita e un controllo medico adeguato”*¹³².

Notando poi come la stessa direzione del carcere avesse riconosciuto le difficoltà per il ricorrente di accedere alle cure a causa dell'elevato numero di domande e del sovraffollamento dell'istituto penitenziario, la Corte ha chiarito che le carenze strutturali del sistema penitenziario non potessero essere considerate quali cause dispensanti lo Stato dai suoi obblighi verso i detenuti malati ed ha quindi sottolineato come doveroso si configurasse il trasferimento del detenuto, auspicato anche dal Magistrato di Sorveglianza¹³³. La conclusione, come si diceva, è dunque stata quella di condannare il nostro Stato.

Il caso da ultimo citato va quindi a confermare l'incertezza in merito *“all'individuazione del discrimine tra una gestione negligente della salute delle persone detenute che integri una violazione dell'art. 3 della Convenzione e una gestione negligente meramente rimproverabile”*¹³⁴ rendendo nuovamente doveroso il rilievo generale circa la forte problematicità della delimitazione delle condotte rilevanti ex art. 3 CEDU.

1.6.6 L'incompatibilità della detenzione con le condizioni di salute del soggetto recluso

Come si diceva *supra*, nella sentenza *Xiros* la Corte ha riassunto e sistematizzato la propria precedente giurisprudenza in materia di obblighi dello Stato a tutela della

¹³² Corte EDU, *Cirillo v. Italy*, 29 gennaio 2013, *cit.*, § 44.

¹³³ Cfr. Corte EDU, *Cirillo v. Italy*, 29 gennaio 2013, *cit.*, § 45.

¹³⁴ RANALLI D., *Nuovi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, *cit.*, p. 167.

salute del detenuto, con particolare riguardo anche all'obbligo dello Stato di valutare la compatibilità della detenzione con le condizioni di salute del soggetto detenuto.

A questo proposito è stato chiarito che in uno Stato di diritto la capacità di subire la pena detentiva costituisce la condizione fondamentale per l'esecuzione della pena stessa. Da ciò ne deriva, secondo il giudice di Strasburgo, che, sebbene non si possa affermare l'esistenza di un obbligo generale di scarcerazione o di trasferimento in ospedale civile del detenuto malato, in determinate situazioni sia comunque demandato allo Stato di procedere all'individuazione di misure di natura umanitaria volte a fronteggiare condizioni di salute particolarmente gravi¹³⁵. Così, ha precisato la Corte che in casi eccezionali ove le condizioni di salute siano assolutamente incompatibili con la detenzione lo Stato abbia l'obbligo di procedere alla liberazione del detenuto, anche condizionata.

Molte sono le pronunce fondamentali della Corte EDU in materia di incompatibilità che riguardano direttamente il nostro Stato, più volte condannato dai giudici di Strasburgo per la violazione del divieto di trattamenti disumani e degradanti per non aver adeguatamente applicato i principi ora delineati.

Due sentenze rilevanti in materia appartengono alla celebre “saga Scoppola¹³⁶”; nel primo ricorso¹³⁷ il signor Scoppola, originariamente detenuto nel carcere *Regina Coeli* lamentava di essere stato sottoposto a trattamenti inumani e degradanti per via della carcerazione nonostante la sua avanzata età (67 anni) e i suoi problemi di salute. Scoppola, infatti, non era in grado di deambulare autonomamente dal 1987 e, a seguito

¹³⁵ Corte EDU, 9 settembre 2010, *Xiros v. Greece*, cit., §74. Sul punto la Corte oltre a richiamare la già citata pronuncia resa nel caso Mousiel richiama altresì le sentenze Corte EDU, 5 febbraio 2004, *Matencio v. France*, ric. n. 58749/00 e Corte EDU, 15 gennaio 2004, *Sakkopoulos v. Greece*, ric. n. 61828/00. Un ulteriore ed antesignano precedente in materia di incompatibilità è poi ravvisabile (come riportato dalla Corte nella sentenza Matencio ora citata) nell'affaire *Chartier v. Italy* (Rapporto della Commissione, 8 dicembre 1982, n. 9044/80, *Décisions et rapports* (DR) 33, pp. 41-47). In quella sede, la Commissione, a proposito della detenzione nel carcere di Parma (sezione minorati fisici) di un soggetto affetto da una grave forma di obesità ereditaria, aveva infatti notato che “*ne saurait exclure que dans des conditions d'une particulière gravité l'on puisse se trouver en présence de situations où une bonne administration de la justice pénale commande que des mesures de nature humanitaire soient prises pour y parer*» concludendo quindi che avrebbe fatto attenzione « *à toute mesure que les autorités italiennes pourraient prendre à l'égard du requérant, soit afin d'atténuer les effets de sa détention, soit afin d'y mettre fin dès que les circonstances le demanderont* “.

¹³⁶ Franco Scoppola, condannato a 30 anni di reclusione per omicidio, tentato omicidio, maltrattamenti in famiglia e possesso illegale di armi da fuoco, ha infatti proposto quattro ricorsi alla Corte EDU, che si è pronunciata con cinque importanti sentenze che hanno avuto molteplici risvolti per il nostro ordinamento.

¹³⁷ Corte EDU, 10 giugno 2008, *Scoppola v. Italy* (n.1), ric. n. 50550/06.

di una rottura del femore, era costretto in sedia rotelle, soffriva poi di diabete, di depressione e presentava patologie cardiache e del metabolismo.

Sulla base di queste problematiche, il Tribunale di Sorveglianza aveva inizialmente concesso gli arresti domiciliari, misura revocata dopo tre mesi per la mancata individuazione da parte del ricorrente di un domicilio adeguato alle sue condizioni di salute. Solamente nel 2007 il ricorrente era stato trasferito a Parma in una struttura maggiormente attrezzata per soggetti con disabilità; tuttavia egli aveva sofferto profondamente il trasferimento, che lo aveva allontanato dai pochi affetti che gli rimanevano.

La Corte ha ravvisato nel caso di specie una violazione dell'art. 3, ed ha chiarito gli elementi che sono alla base della valutazione della compatibilità, ossia: a) le condizioni del detenuto, b) la qualità delle cure somministrate e c) l'appropriatezza del mantenimento della misura detentiva alla luce dello stato di salute del ricorrente¹³⁸.

Sulla scorta di questi elementi, i giudici hanno osservato che, vista l'impossibilità per Scoppola di individuare un domicilio o un luogo di cura disposto ad accettarlo, lo Stato avrebbe dovuto procedere ad un trasferimento immediato (che invece è avvenuto anni dopo) ovvero ad una sospensione dell'esecuzione della pena, il mantenimento in carcere in quelle condizioni configurandosi altrimenti come trattamento disumano e degradante.

In particolare, la continuazione della reclusione nel carcere *Regina Coeli*, nota la Corte, ha avuto come conseguenza quella di porre il soggetto in una situazione di profonda angoscia, inferiorità ed umiliazione che ben raggiungono la soglia di gravità richiesta in via interpretativa¹³⁹. Non è infatti considerata rilevante la mancanza di volontà da parte dell'amministrazione penitenziaria di umiliare o degradare il soggetto, potendo la disposizione dell'art.3 CEDU, come già si diceva, "*senz'altro essere violata grazie alla inazione o alla mancanza di diligenza da parte delle autorità pubbliche*"¹⁴⁰.

La seconda sentenza rilevante in materia di salute e sempre riguardante la vicenda Scoppola è quella resa nel 2012 sul quarto ricorso¹⁴¹, attraverso il quale il ricorrente

¹³⁸ Corte EDU, 10 giugno 2008, *Scoppola v. Italy* (n.1), *cit.*, § 44. I tre elementi citati erano già stati esplicitati dalla Corte in due sentenze del 2004 (Corte EDU, 2 dicembre 2004, *Farbtuhs v. Latvia*, ric. n. 4672/02 e Corte EDU, 15 gennaio 2004, *Sakkopoulos v. Greece*, *cit.*).

¹³⁹ Corte EDU, 10 giugno 2008, *Scoppola v. Italy* (n.1), *cit.*, § 51.

¹⁴⁰ Corte EDU, 10 giugno 2008, *Scoppola v. Italy* (n.1), *cit.*, § 49.

¹⁴¹ Corte EDU, 17 luglio 2012, *Scoppola v. Italy* (n. 4), ric. n. 65050/09.

lamentava di essere stato nuovamente sottoposto a trattamenti disumani e degradanti con riferimento al mantenimento della carcerazione a Parma anche successivamente alla pronuncia del 2008 della Corte europea e fino al 2010.

La Corte ha nuovamente condannato l'Italia rilevando che sebbene l'istituto in questione fosse stato considerato idoneo nella precedente sentenza, lo stesso non poteva dirsi avuto riguardo al peggioramento delle condizioni di salute del ricorrente. Le motivazioni anche in questo caso fanno leva sul dovere dello stato di procedere all'individuazione di strutture adeguate, a nulla rilevando gli sforzi infruttuosi in tal senso nonché l'assenza di volontà di sottoporre il soggetto ad un trattamento degradante¹⁴².

Un'altra sentenza in materia di incompatibilità, che interessa direttamente il nostro stato, è quella concernente la causa *Cara-Damiani v. Italia*¹⁴³.

Anche in questo caso il ricorrente presentava un'età avanzata e notevoli problematiche di salute, tra cui una paraparesi agli arti inferiori e disturbi cardiaci e intestinali. Costretto in sedia a rotelle dal 1997 ed impossibilitato a muoversi autonomamente, il signor Cara-Damiani, detenuto dal 2003 nel carcere di Parma era stato trasferito nella sezione disabili solo nel dicembre 2005 e solo nel 2008 egli era stata concessa la misura della detenzione domiciliare ex art. 47 ter co1 ter ord. penit.¹⁴⁴, che era però stata revocata nel 2010 per alcuni mesi e poi di nuovo concessa.

La Corte ha nuovamente condannato l'Italia, riprendendo la giurisprudenza consolidata in materia e rilevando che “*mantenere in detenzione una persona tetraplegica o in ogni caso gravemente handicappata, in condizioni inadatte al suo stato di salute, costituisce trattamento degradante*”¹⁴⁵.

Nell'argomentare la violazione, i giudici hanno aggiunto un ulteriore tassello alla giurisprudenza ormai consolidata in materia di salute. Riprendendo i principi espressi

¹⁴² Corte EDU, 17 luglio 2012, *Scoppola v. Italy* (n. 4), cit. § 56.

¹⁴³ Corte EDU, 7 febbraio 2012, *Cara-Damiani v. Italy*, ric. n. 2447/05.

¹⁴⁴ L'articolo in questione recita: “*Quando potrebbe essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo della esecuzione della pena ai sensi degli articoli 146 e 147 del codice penale, il tribunale di sorveglianza, anche se la pena supera il limite di cui al comma 1, può disporre la applicazione della detenzione domiciliare, stabilendo un termine di durata di tale applicazione, termine che può essere prorogato. L'esecuzione della pena prosegue durante la esecuzione della detenzione domiciliare.*” Sul punto si veda Cap. IV ed in particolare § 4.4.

¹⁴⁵ Corte EDU, 7 febbraio 2012, *Cara-Damiani v. Italy*, cit. § 67. Ripetuta anche al § 72 ove si dice che “*la detenzione di una persona handicappata in un istituto in cui non può spostarsi con i propri mezzi, come nel caso di specie, durata così a lungo, costituisce un trattamento degradante proibito dall'articolo 3.*”

nella sentenza *Kudla*, quali il dovere dello stato di non sottoporre il soggetto ad una sofferenza maggiore di quella necessaria e il dovere di garantire la salute e il benessere del detenuto anche attraverso la somministrazione delle cure adeguate, la Corte ha altresì precisato che il requisito dell'adeguatezza delle cure è soddisfatto se il livello di queste è “*paragonabile a quello che le autorità dello Stato si sono impegnate a fornire a tutta la popolazione*”¹⁴⁶.

1.6.7 Il 41 bis al vaglio di Strasburgo: tra conseguenze sulla salute e incompatibilità

Un'analisi della giurisprudenza della Corte EDU in materia di diritto alla salute richiede necessariamente un discorso a parte per quanto concerne la tutela di tale diritto nel caso di applicazione del regime previsto dal 41 *bis* dell'ordinamento penitenziario¹⁴⁷. Detto regime, infatti, prevedendo restrizioni ulteriori e particolarmente afflittive rispetto a quelle previste dal regime detentivo ordinario, pone non pochi problemi di legittimità con il divieto di tortura e trattamenti disumani e degradanti¹⁴⁸.

Due sono i profili di rilevanza che emergono dalle pronunce sul 41 *bis* in materia di diritto alla salute: anzitutto la compatibilità in generale del regime del 41 *bis* con la tutela dell'integrità psico-fisica del soggetto, ed in secondo luogo la compatibilità del

¹⁴⁶ Corte EDU, 7 febbraio 2012, *Cara-Damiani v. Italy*, cit., § 66. È da notare che in una *concurring opinion*, tre giudici si sono dichiarati contrari a questa statuizione ritenendo che essa “*vada ben oltre gli obblighi positivi che la nostra giurisprudenza ha finora posto a carico degli Stati in materia di detenzione di persone malate*” e che il livello di cure garantite al detenuto malato “*deve certamente essere compatibile con la dignità umana del detenuto ma deve al contempo tenere in considerazione le esigenze pratiche della carcerazione*”.

¹⁴⁷ Come noto, l'art. 41 *bis* fu introdotto nell'ordinamento penitenziario a seguito delle stragi di Capaci e di via D'Amelio nel 1992 come prima risposta dello Stato all'intensificarsi della minaccia mafiosa. Detto articolo prevede la possibilità di sospendere in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti per una serie di gravi delitti (tra cui i delitti di terrorismo, eversione e criminalità organizzata) le regole di trattamento e degli istituti previsti dalla legge sull'ordinamento penitenziario in contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza, in presenza di elementi tali da far ritenere la persistenza di collegamenti con l'associazione criminale, terroristica o eversiva. Previsto originariamente come rimedio di natura emergenziale a carattere temporaneo, l'art. 41 *bis* fu successivamente mantenuto nell'ordinamento grazie ad una serie di proroghe ed infine è stato introdotto in via stabile e definitiva nel nostro ordinamento con le leggi 23 dicembre 2002, n. 279 e 15 luglio 2009, n. 94.

¹⁴⁸ Si pensi, ad esempio, alla valutazione fortemente negativa espressa in merito a tale regime dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura che ha lo ha definito “*negazione stessa del trattamento penitenziario*”, evidenziando che l'utilizzo di tale strumento per esercitare pressione psicologica sui detenuti al fine di farli cooperare con il sistema giudiziario è discutibile e potrebbe porre problemi di compatibilità con l'art. 27 co. 3 Cost. e con gli strumenti di diritto internazionale a tutela dei diritti dell'uomo. Cfr. CPT/Inf (2000) 2; CPT/Inf (2010) 12; CPT/Inf (2013) 32.

regime nel caso in cui il soggetto a questo sottoposto presenti condizioni di salute particolarmente problematiche.

Quanto al primo profilo è da notare che l'adozione di regimi speciali, previsti in molti ordinamenti europei, non integra di per sé, secondo una giurisprudenza consolidata della Corte, una violazione dell'art. 3¹⁴⁹. In linea generale, dunque, è concesso agli stati di prevedere regimi ad alta sicurezza o equiparabili qualora questi siano necessari per garantire l'ordine e la sicurezza interni agli stabilimenti penitenziari ovvero la sicurezza pubblica in generale. D'altra parte la legittimità di questi regimi è condizionata: devono avere carattere eccezionale, anche alla stregua dell'art. 53 delle Regole penitenziarie europee, e soprattutto devono essere configurati in modo tale da essere comunque rispettosi della dignità del detenuto e da non pregiudicarne la salute fisica o psichica¹⁵⁰. Infatti, come ha avuto modo di affermare la Corte *"persino nelle circostanze più difficili, come nel caso del contrasto al terrorismo o alla criminalità organizzata, la Convenzione proibisce in termini assoluti la tortura e i trattamenti inumani o degradanti"*¹⁵¹.

Il profilo inerente la tutela della salute è in particolar modo rilevante in quanto i regimi speciali prevedono solitamente forme di isolamento più o meno rigorose che richiedono un'attenta valutazione degli effetti deleteri di tale pratica sulla psiche e sul fisico del soggetto detenuto.

A questo proposito, i giudici di Strasburgo hanno più volte chiarito che l'isolamento sociale e sensoriale assoluto integra senza ombra di dubbio una violazione dell'art. 3 della Convenzione¹⁵², in quanto capace di distruggere la personalità del soggetto¹⁵³.

¹⁴⁹Cfr. *inter alia* Corte EDU, 4 febbraio 2003, *Van der Ven v. the Netherlands*, ric. n. 50901/99; Corte EDU, 21 luglio 2005, *Rohde v. Denmark*, ric. n. 69332/01; Corte EDU, 7 giugno 2011, *Csüllög v. Hungary*, ric. n. 30042/08.

¹⁵⁰ DELLA BELLA A., *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis O.P.*, Milano, 2016, p. 316.

¹⁵¹ Cfr. *ex multis* Corte EDU (Grande Camera), 6 aprile 2000, *Labita v. Italy*, *cit.*, Corte EDU (Grande Camera), *Selmouni v. France*, 8 luglio 1999, ric. n. 25803/94, Corte EDU, 28 ottobre 1998, *Assenov and Others v. Bulgaria*, ric. n. 24760/94

¹⁵² Corte EDU (Grande Camera), 8 luglio 2004, *Ilascu v. Moldova and Russia*, ric. n. no. 48787/99; Corte EDU, 9 ottobre 2012, *X v. Turkey*, ric. n. 24626/09. È da notare, in ogni caso, che assai raramente l'isolamento viene considerato assoluto, essendo un contatto anche sporadico sufficiente ai fini della valutazione dell'isolamento come relativo.

¹⁵³ NICOSIA E., *Il cd. 41 bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1253.

Discorso differente vale invece per il cd. isolamento relativo, che viene considerato legittimo ad alcune condizioni, stante che la limitazione dei contatti con gli altri detenuti e con i familiari all'esterno seppur incisiva non è comunque totale e dunque non raggiunge *ex se* la soglia di gravità richiesta dalla Corte per la configurazione della fattispecie di trattamenti disumani o degradanti.

Così, il regime di 41 *bis* è stato qualificato a più riprese dalla Corte EDU come un isolamento relativo¹⁵⁴, per via della possibilità per i detenuti di avere colloqui con i propri familiari, anche se solo una volta al mese, e di incontrare, seppur con forti limiti, altri detenuti. Da ciò ne è derivato un orientamento granitico della Corte che, adita da molteplici soggetti sottoposti al 41 *bis*, ha sempre negato la violazione dell'art. 3¹⁵⁵, evidenziando ogni volta il mancato raggiungimento della soglia minima di gravità.

Non discostandosi dalla giurisprudenza costante anche in materia di regimi ordinari, la Corte ha evidenziato che per esservi violazione “*la sofferenza o l'umiliazione provocate devono in ogni caso andare al di là di quelle che comporta inevitabilmente una certa forma di trattamento o di pena legittimi*” ed ha sottolineato che il raggiungimento della soglia di gravità, avente natura anche in questo caso relativa, “*dipende nel complesso dagli elementi della causa, in particolare dalla durata del trattamento e dei suoi effetti fisici o psicologici nonché, talvolta, dal sesso, dall'età e dallo stato di salute della vittima*”¹⁵⁶.

A ben vedere, però se ci si allontana dalle premesse e dalle affermazioni di principio, è da notare che nelle sentenze in tema di 41 *bis* non sempre emerge una valutazione stringente degli effetti fisici e psicologici di tale regime sul detenuto, sembrando invece preminente la valutazione circa la pericolosità del soggetto. Accertata quest'ultima, infatti, la legittimità del trattamento appare quasi scontata in virtù di una valutazione di proporzionalità delle restrizioni rispetto all'esigenze di prevenzione che

¹⁵⁴ Cfr. il *leading case* Corte EDU, 9 gennaio 2001, *Natoli v. Italy*, ric. n. 26161/95 e, *ex multis*, Corte EDU, 30 ottobre 2003, *Ganci v. Italy*, ric. n. 41576/98; Corte EDU, 10 novembre 2005, *Argenti v. Italy*, ric. n. 56317/00; Corte EDU, 27 marzo 2008, *Vincenzo Guidi c. Italia*, ric. n. 28320/02.

¹⁵⁵ Ciò, è da precisare, per quanto riguarda il profilo sostanziale dell'art. 3 e dunque la possibilità che il regime ex 41 *bis* integri *tout court* un trattamento inumano o degradante. Il nostro Stato è stato invece condannato per la violazione dell'art. 3 dal punto di vista procedurale nei noti e già citati casi Labita e Indelicato.

¹⁵⁶ *Inter alia* Corte EDU, 28 settembre 2000, *Messina v. Italy (n.2)*, ric. n. 25498/94; Corte EDU, Labita v. Italy, 11 luglio 2006, *cit.*; Corte EDU, 15 gennaio 2008, *Bagarella v. Italy*, ric. n. 15625/04.

emergono nel caso di detenuti appartenenti alle associazioni mafiose, specie se ricoprenti posizioni apicali¹⁵⁷.

La prevalenza del fattore pericolosità sociale nel bilanciamento tra questa e le contrapposte esigenze di considerare le condizioni soggettive del detenuto appare chiara, nelle pronunce della Corte, anche qualora si aggiunga alla valutazione un elemento ulteriore e di rilevanza estrema: il tempo, fattore ovviamente amplificante gli effetti pregiudizievoli dei regimi speciali sulla salute psico-fisica del detenuto¹⁵⁸.

Il rapporto direttamente proporzionale tra il tempo trascorso in regime speciale e la gravità delle conseguenze sull'integrità psicofisica non è mai stato revocato in dubbio di giudici di Strasburgo, che, anzi, hanno in molti arresti sottolineato che "*all forms of solitary confinement without appropriate mental and physical stimulation are likely, in the long term, to have damaging effects, resulting in a deterioration of mental faculties and social abilities*"¹⁵⁹.

Anche nei casi di sottoposizione prolungata al regime di 41 *bis*, però, la Corte non si è comunque discostata dal suo orientamento costante in materia e si è pronunciata in ogni caso per l'assenza di violazione del divieto di tortura e trattamenti disumani e degradanti. In particolare, sin dalla sentenza Gallico¹⁶⁰ del 2005, i giudici di Strasburgo, pur rilevando preliminarmente che l'applicazione di regimi fortemente restrittivi per lunghi periodi può certamente integrare una violazione dell'art. 3, hanno al contempo ripetuto innumerevoli volte l'impossibilità di individuare in astratto una soglia temporale superata la quale si abbia *in re ipsa* un'ipotesi di trattamenti disumani e degradanti.

Da ciò ne deriva, secondo la Corte, che in questi casi il controllo da effettuare sia quello in merito alle ragioni che hanno giustificato, nel caso concreto, il rinnovo o la proroga delle restrizioni.

¹⁵⁷ DELLA BELLA A., *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 325.

¹⁵⁸ L'influenza del fattore tempo sulle valutazioni circa gli effetti psico-fisici dell'applicazione del regime di "carcere duro" appare di particolare interesse in questo momento storico, stante il rilevante numero di soggetti sottoposti a tale regime dalla data del suo inserimento all'interno dell'ordinamento penitenziario nel 1992 o comunque in regime di 41 *bis* da più di dieci anni. Per *amplius* DELLA BELLA A., *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 328 e ss.

¹⁵⁹ Corte EDU, 11 marzo 2004, *Iorgov v. Bulgaria*, ric. n. 40653/98; Corte EDU, 8 luglio 2014, *Harakchiev and Tolumov v. Bulgaria*, ric. nn. 15018/11, 61199/12; Corte EDU, 30 giugno 2015, *Khoroshenko v. Russia*, ric. n. 41418/04.

¹⁶⁰ Corte EDU, 28 giugno 2005, *Gallico v. Italy*, ric. n. 53723/00.

È chiaro che, così ragionando, gli effetti del regime sulla salute passano in secondo piano ed è proprio per questo che la Corte conclude solitamente per l'assenza di prove in merito al superamento della sofferenza fisica e psichica intrinsecamente connessa con il regime trattamentale speciale¹⁶¹.

Un atteggiamento simile a quello ora riportato si rinviene altresì nelle pronunce in merito alla compatibilità del regime speciale con le precarie condizioni di salute del soggetto.

Esemplificative in questo senso sono due pronunce: la sentenza Enea¹⁶² e la sentenza Stolder¹⁶³, entrambe del 2009.

Nella prima, il ricorrente, noto boss di Cosa Nostra sottoposto prima al regime del 41 *bis* ed in seguito trasferito in un settore E.I.V. (elevato indice di vigilanza)¹⁶⁴, si doleva di aver subito un trattamento disumano e degradante per via dell'applicazione di detti regimi nonostante le sue condizioni di salute particolarmente gravi. Egli era, infatti, tetraplegico ed aveva subito, durante lo stato detentivo, due interventi per un tumore al cervello e ad un rene.

Nel caso di specie, la Corte di Strasburgo ha ritenuto anche in questo caso non esservi una violazione dell'art. 3, non essendo rimproverabile il comportamento dell'amministrazione che aveva garantito al ricorrente le cure mediche adeguate. Inoltre, ha notato la Corte che *“le restrizioni imposte al ricorrente a seguito dell'applicazione del regime speciale di detenzione erano necessarie per impedire all'interessato, socialmente pericoloso, di mantenere contatti con l'organizzazione criminale alla quale appart[eneva]”* ma soprattutto che il ricorrente non avesse fornito alla Corte *“elementi che le consent[issero] di concludere che la proroga di queste restrizioni fosse manifestamente ingiustificata”*¹⁶⁵.

¹⁶¹ *Inter multis* Corte EDU, *Musumeci v. Italy*, 11 gennaio 2005, ric. n. 33695/96; Corte EDU, 29 giugno 2006, *Viola v. Italy*, ric. n. 8316/02; Corte EDU, 27 novembre 2007, *Asciutto v. Italy*, ric. n. 35795/02. Per un arresto più recente negli stessi termini si veda Corte EDU, 1 settembre 2015, *Paolello v. Italy*, ric. n. 37648/02.

¹⁶² Corte EDU (Grande Camera), 17 settembre 2009, *Enea v. Italy*, ric. n. 74912/01

¹⁶³ Corte EDU, 1 dicembre 2009, *Stolder v. Italy*, ric. n. 24418/03.

¹⁶⁴ Stante che la Corte nella sentenza in questione applica principi non difforni con riferimento all'ipotesi del regime del 41 *bis* e del circuito E.I.V., la sentenza Enea è generalmente ricordata anche come arresto che ha esteso i principi giurisprudenziali in materia di carcere duro anche al circuito E.I.V. Cfr. COLELLA A., CASSIBA F., *Art. 3*, in (a cura di) UBERTIS G., VIGANÒ F., *Corte di Strasburgo e giustizia penale, cit.*, p. 77.

¹⁶⁵ Corte EDU (Grande Camera), 17 settembre 2009, *Enea v. Italy, cit.*, § 65.

Come è stato notato, dalla lettura delle argomentazioni della Corte appare che l'importanza data alle condizioni soggettive sia estremamente marginale¹⁶⁶ e ciò pare essere corroborato pure dalla *dissenting opinion* dei giudici Kovler e Gyulumyan, che considerando la soglia superata, hanno valutato come integrata la fattispecie dei trattamenti disumani e degradanti proprio per via delle precarie condizioni di salute del soggetto¹⁶⁷.

Un'altra pronuncia, forse ancor più simbolica della difficoltà della Corte a valutare le effettive condizioni di salute nel caso di forte pericolosità del soggetto è, come anticipato, la sentenza Stolder.

In questo caso, il ricorrente, condannato per associazione a delinquere e altri reati all'ergastolo e sottoposto al 41 *bis*, presentava un quadro clinico complesso ed in particolare soffriva, tra l'altro, di diabete, cardiopatia, epilessia e di una invalidità del 50% che lo costringeva a poter deambulare solo con l'ausilio delle stampelle. Oltre a ciò, e qui si badi, il signor Stolder presentava diverse patologie di carattere psicologico che, nonostante le cure farmacologiche ed le continue visite psichiatriche, lo portarono financo a pratiche di automutilazione. Anche in questo caso, la Corte ha dichiarato non violato l'art. 3 per il mancato raggiungimento della soglia di gravità ed in particolare per non avere il ricorrente provato "*che le limitazioni a cui è stato soggetto abbiano avuto come conseguenza un peggioramento del suo stato di salute*"¹⁶⁸.

Dalla mancanza di tale prova, infatti, ne è derivato l'impossibilità per la Corte di "*concludere che l'applicazione prolungata del regime speciale detentivo previsto dall'articolo 41 bis abbia causato al ricorrente effetti fisici o mentali rientranti nella sfera di competenza dall'articolo 3*"¹⁶⁹.

Dalle sentenze riprese appare chiaro che la pericolosità sociale agisce sulla valutazione della gravità delle condizioni di salute attenuandone, anche di molto, il rigore.

¹⁶⁶ DELLA BELLA A., *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 326.

¹⁶⁷ CECCHINI F., *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza*, cit., p.28.

¹⁶⁸ Corte EDU, 1 dicembre 2009, *Stolder v. Italy*, cit., § 25.

¹⁶⁹ Corte EDU, 1 dicembre 2009, *Stolder v. Italy*, cit., § 26.

Nonostante il consolidato orientamento in materia, però, vi è chi ha notato che la giurisprudenza in materia potrebbe mutare nel breve periodo¹⁷⁰ e tale rilievo appare corroborato anche da un'ulteriore sentenza in materia di compatibilità del regime detentivo con le condizioni di salute.

Il riferimento è alla sentenza *Contrada (n.2)*¹⁷¹, che pur non riguardando il tema specifico del 41 *bis* è rilevante in quanto affronta nondimeno la problematica del bilanciamento tra le precarie condizioni di salute del detenuto e la sua pericolosità sociale.

Nel caso ora detto, il ricorrente era affetto, fra l'altro, da cardiopatie, ischemia, diabete, depressione, ipertrofia della prostata. Per questi motivi, egli aveva ripetutamente (ben otto volte in pochi mesi) richiesto la concessione della sospensione dell'esecuzione della pena o in alternativa l'applicazione della detenzione domiciliare, vedendole rigettate nonostante i referti medici sia di parte che non, che evidenziavano l'incompatibilità della detenzione con il suo stato di salute.

Alla base dei rigetti - oltre alla contestazione della gravità delle patologie del Contrada- vi era, per l'appunto, la pericolosità sociale del soggetto, a cui era infine stata concessa la misura di cui al 47 *ter* 1 *ter* ord. penit. in seguito ad un peggioramento dello stato di salute.

¹⁷⁰ In particolar modo, grazie ad un rafforzamento dell'importanza del fattore temporale nelle valutazioni della Corte. A sostegno di tale possibilità sono portati due esempi di sentenze in cui la Corte ha valutato in maniera preponderante la durata delle restrizioni, effettuando un bilanciamento in questo caso non squilibrato a favore delle esigenze di difesa. La prima sentenza in cui si rinviene tale atteggiamento è la pronuncia sul caso *Ramirez Sanchez v. France*, riguardante il terrorista venezuelano, considerato "*uno dei più pericolosi al mondo*", sottoposto in Francia ad un regime particolarmente rigoroso per otto anni (ma per espressa ammissione della Corte, comunque non maggiormente restrittivo del 41 *bis*). Nonostante in questo caso la Corte abbia poi concluso per l'assenza di violazione dell'art. 3 il profilo di rilevanza è contenuto nella dissenting opinion i cui 5 giudici su 10 hanno sottolineato che "*A period of more than eight years cannot stand up to any objective examination. Whatever the physical condition, such a lengthy period is bound to aggravate the prisoner's distress and suffering. Neither his physical robustness nor his mental stamina can make a period of solitary confinement in excess of eight years acceptable.*" (Cfr. Corte EDU, 4 luglio 2006, *Ramirez Sanchez v. France*, *cit.*) La seconda sentenza è quella resa nel caso *Öcalan v. Turkey*, riguardante il noto leader del PKK. Quest'ultimo era detenuto da solo su un'isola e nonostante fossero consentite visite settimanali, nella pratica queste potevano avvenire di rado, essendo molto spesso l'isola irraggiungibile per via delle condizioni avverse del mare. Anche se è chiaro che le condizioni del caso in esame fossero molto più restrittive rispetto a quelle previste dal 41 *bis*, tale pronuncia è rilevante in quanto la Corte ha condannato la Turchia nonostante fosse assolutamente assodata la permanenza della pericolosità sociale del soggetto (Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 12 maggio 2005, *Öcalan v. Turkey*, ric. n. 46221/99). Per *amplius*: DELLA BELLA A., *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, *cit.*, p. 330 e ss.

¹⁷¹ Corte EDU, 11 febbraio 2014, *Contrada c. Italia (n. 2)*, ric. n. 7509/08. Contrada, condannato a dieci anni per concorso esterno in associazione mafiosa ad esito di una vicenda processuale molto complessa, ha presentato tre ricorsi alla Corte di Strasburgo, e le pronunce rese hanno anche in questo caso avuto vari e rilevanti effetti sul nostro ordinamento.

I giudici europei, in questo caso, mettono in discussione l'opinione dei giudici italiani in merito alla gravità delle condizioni di salute del ricorrente, sottolineando come esse emergano pacificamente da svariati documenti¹⁷² e continuano sostenendo che la misura della detenzione domiciliare sia stata eccessivamente tardiva, essendo stata concessa solo nove mesi dopo la prima istanza¹⁷³. La conclusione è dunque quella di ravvisare nel caso di specie una violazione del divieto di trattamenti degradanti proprio per via del mantenimento dello stato detentivo nonostante la gravità delle patologie di cui il Contrada era affetto.

Dunque, mentre nelle sentenze sopra riprese in materia di compatibilità la pericolosità sociale derivante dall'appartenenza ad associazioni criminali è stata considerata quale condizione ostativa alla concessione di misure diverse dalla detenzione e quale giustificazione al mantenimento in carcere nonostante le condizioni di salute, nella sentenza in parola i giudici prescindono da tale elemento¹⁷⁴, facendo prevalere, nel bilanciamento tra salute e pericolosità, la salute.

Nonostante l'impossibilità di generalizzare questa conclusione, soprattutto con riguardo ai casi di regime ex 41 *bis* in cui la Corte si è tradizionalmente espressa con particolare prudenza, è comunque impossibile non rilevare, in generale, una tendenza sempre maggiore (anche se a volte, per così dire, intermittente) a considerare con più attenzione le condizioni di salute del soggetto anche nei casi di innegabile pericolosità sociale, come a voler affermare, questa volta davvero, l'assolutezza del divieto di trattamenti inumani o degradanti.

1.6.8 L'incompatibilità e la salute mentale

In merito alla compatibilità dello stato di salute con la detenzione un discorso specifico va fatto per quanto concerne le problematiche connesse alla salute mentale. Anche in questo caso la giurisprudenza della Corte europea è molto corposa, si cercherà

¹⁷² Corte EDU, 11 febbraio 2014, *Contrada c. Italia* (n. 2), *cit.*, § 82 e § 84 in cui si legge che le conclusioni delle autorità interne sulla gravità delle patologie sono da prendere con beneficio di inventario.

¹⁷³ Corte EDU, 11 febbraio 2014, *Contrada c. Italia* (n. 2), *cit.*, § 83.

¹⁷⁴ MANCA V., *La corte dei diritti dell'uomo torna a pronunciarsi*, *cit.*, p. 14.

quindi di riprendere i principi fondamentali in materia con uno sguardo ad alcune delle sentenze più importanti.

Gli elementi che vengono in rilievo nella valutazione di compatibilità sono i medesimi che rilevano nel caso di problematiche di natura “fisica”, e dunque la compatibilità è valutata tenendo conto del quadro clinico del soggetto, della qualità dell’assistenza medica e delle cure accessibili in carcere nonché, infine, dell’adeguatezza del mantenimento della misura detentiva¹⁷⁵.

D’altra parte, la Corte ha altresì espresso la necessità di tenere in considerazione la particolare vulnerabilità del soggetto con problemi psichici e la necessità di questo di essere sottoposto ad assistenza medica specifica¹⁷⁶. Per questo motivo è stato considerato violato il divieto di trattamenti disumani e degradanti nel caso in cui il soggetto sia assegnato alla sezione ordinaria dell’istituto penitenziario senza alcuna differenziazione rispetto agli altri detenuti¹⁷⁷ ed i giudici hanno chiarito delle condizioni di detenzione inadeguate per un soggetto sano sono da considerare inadeguate sicuramente e soprattutto per il detenuto con problemi di salute mentale¹⁷⁸.

Al contempo, però, è stato più volte censurato anche l’operato dell’amministrazione che abbia provveduto all’individuazione di una sistemazione diversificata, come il reparto psichiatrico del carcere, qualora questa misura non si sia rivelata idonea nel caso di specie ovvero siano comunque mancate le terapie adeguate¹⁷⁹.

È stato poi chiarito che lo stato non può opporre a propria discolpa l’assenza di strutture idonee all’accoglimento di soggetti con problematiche psichiche¹⁸⁰ e che, come

¹⁷⁵ Corte EDU, 20 gennaio 2009, *Stawomir Musiał v. Poland*, ric. n. 28300/06.

¹⁷⁶ La Corte fa riferimento non solo a una generica assistenza psicologica e psichiatrica, bensì a quella che si rivela essere, nel caso di specie, l’assistenza più adeguata per far fronte alla situazione concreta. Si vedano, a titolo di esempio, Corte EDU, 21 dicembre 2010, *Raffray Taddei v. France*, ric. n.36435/07 (concernente il caso di una donna affetta, tra l’altro, da sindrome di Münchhausen e da anoressia); Corte EDU, 17 novembre 2015, *Bamouhammad v. Belgium*, ric. n. 47687/13 (in merito ad un soggetto affetto dalla cd. sindrome da prisonizzazione); Corte EDU, 8 novembre 2011, *Z.H. v. Hungary*, ric. n. 28973/11 (in merito ad un soggetto sordomuto).

¹⁷⁷ Corte EDU, 18 dicembre 2007, *Dybeku v. Albania*, ric. n. 41153/06.

¹⁷⁸ Corte EDU, 20 gennaio 2009, *Stawomir Musiał v. Poland*, *cit.*; Corte EDU, 1 ottobre 2013, *Țicu v. Romania*, *cit.*

¹⁷⁹ *Inter alia* Corte EDU 2 ottobre 2012, *L.B. v. Belgium*, ric. n. 22831/08, (è da notare che in questo caso la Corte ha accertato la violazione dell’art. 5 (diritto alla libertà e alla sicurezza) e non dell’art. 3; Corte EDU, 10 gennaio 2013, *Claes v. Belgium*, ric. n. 43418/09; Corte EDU, 6 Settembre 2016, *W.D. v. Belgium*, ric. n. 73548/13.

¹⁸⁰ *Inter alia* Corte EDU 2 ottobre 2012, *L.B. v. Belgium*, *cit.*; Corte EDU, 10 gennaio 2013, *Claes v. Belgium*, *cit.*; Corte EDU, 26 aprile 2016, *Murray v. The Netherlands*, ric. n. 10511/10 (la recente

nel caso di problematiche di natura non mentale, per la violazione dell'art. 3 CEDU non è richiesta l'intenzionalità del comportamento lesivo, ben potendo essere censurata anche un'inazione o una negligenza dell'amministrazione preposta¹⁸¹.

La particolare vulnerabilità del *mentally-ill offender* condiziona, secondo la Corte di Strasburgo, anche l'aspetto probatorio della violazione del divieto di trattamenti disumani e degradanti. È stato, infatti, più volte sottolineato che deve essere tenuta in considerazione la particolare posizione di debolezza del ricorrente che può tradursi nell'incapacità, in alcuni casi, di lamentare in modo specifico e dettagliato un trattamento lesivo¹⁸².

Molto spesso, soprattutto nelle sentenze più recenti, la Corte ha fatto riferimento alle Regole penitenziarie europee, evidenziando come esse forniscano agli stati raccomandazioni puntuali anche in tema di compatibilità e carceraria e *mental health* e dunque, in virtù di ciò, è stato rammentato che rappresentano il parametro per la valutazione della legittimità della condotta dello stato¹⁸³.

sentenza tratta il caso di un cittadino residente nelle isole di Aruba e Curaçao (al tempo Antille olandesi), ove non vi erano istituti per soggetti con problemi mentali. La Corte ha deciso per la violazione nonostante la scelta di evitare un trasferimento in Olanda fosse stata presa anche per la tutela del ricorrente. Per un approfondimento si veda: BERTOTTI G., *Riflessioni e analisi in tema di tutela della salute mentale in carcere: la sentenza Murray c. Olanda*, in www.giurisprudenzapenale.it, 4 marzo 2017.

¹⁸¹ Corte EDU, 03 maggio 2012, *M.S. v. the United Kingdom*, ric. n. 24527/08.

¹⁸² Corte EDU, 20 gennaio 2009 *Slawomir Musial v. Poland*, *cit.* È comunque da notare che se la Corte ha da un lato sottolineato quest'esigenza, dall'altro lato i principi giurisprudenziali del raggiungimento della soglia minima di gravità e della necessaria documentazione circa lo stato di salute e circa le condotte lesive sono comunque fondamentali nella valutazione in merito alla violazione dell'art.3. Cfr. Corte EDU, 30 luglio 1998, *Aerts v. Belgium*, ric. n. 25357/94 (in questo caso i giudici hanno considerato non violato l'art. 3 in quanto il ricorrente non aveva fornito la prova del deterioramento della sua salute psichica, e questo nonostante il Comitato europeo per la prevenzione della tortura avesse definito la sezione psichiatrica in questione "al di sotto del minimo accettabile da un punto di vista etico e umanitario). La medesima *ratio* si ravvisa anche nella più recente Corte EDU, 14 giugno 2007, *Novak v. Croatia*, ric. n. 8883/04.

¹⁸³ Corte EDU, 20 gennaio 2009, *Slawomir Musial v. Poland*, *cit.*; Corte EDU, 1 ottobre 2013, *Țicu v. Romania*, *cit.*; Corte EDU, 23 febbraio 2012, *G. v. France*, ric. n.27244/09. In particolar modo, vengono in rilievo l'art. 12 e l'art. 47 delle Regole Penitenziarie che così recitano: art. 47. "1. Devono essere disponibili delle istituzioni o sezioni specializzate, posti sotto diretto controllo medico, per l'osservazione ed il trattamento di detenuti affetti da disturbi psichici o anomalie mentali che non necessariamente rientrano nelle disposizioni della Regola 12. 2. Il servizio medico penitenziario deve assicurare il trattamento psichiatrico di tutti i detenuti che richiedono una tale cura e prestare un'attenzione particolare alla prevenzione del suicidio."

Art. 12. "1. Le persone che soffrono di malattie mentali e il cui stato di salute mentale è incompatibile con la detenzione in un carcere dovrebbero essere detenute in uno stabilimento espressamente concepito a tale scopo. 2. Se, tuttavia, queste persone sono detenute in un carcere, la loro situazione e i loro bisogni devono essere disciplinati da regole speciali."

Per concludere, è da notare che un'applicazione non dissimile dei principi ora citati si ha anche nei casi di suicidio, sia esso tentato o integrato. In tal caso la tutela è assicurata sia dall'art. 3 CEDU che dall'art. 2 CEDU che prevede il diritto alla vita.

Nel caso di soggetti che presentano un alto rischio suicidario gli obblighi positivi dello Stato in materia di assistenza e di cura sono chiaramente amplificati. La Corte ha ripetuto che per evitare violazioni degli articoli sopra citati è necessaria una sorveglianza rafforzata ed un monitoraggio costante ed effettivo delle condizioni del soggetto, così come dei farmaci somministrati e/o assunti¹⁸⁴.

La responsabilità dello Stato, dunque, si basa anche in questo caso sulla conoscenza/conoscibilità del rischio di lesione del diritto alla salute (o del diritto alla vita) ed è rapportata alle misure poste in essere dallo stesso per evitare il verificarsi di detta lesione¹⁸⁵.

1.7 Il Comitato per la prevenzione della tortura (CPT)

La tutela del diritto alla salute, per tramite del divieto di tortura e trattamenti disumani e degradanti, è garantita anche grazie ad un altro organo facente parte del sistema del Consiglio d'Europa: il Comitato per la prevenzione della tortura (CPT). Istituito nel 1987 con la Convenzione europea contro la tortura¹⁸⁶, il CPT è un organo composto da "esperti indipendenti ed imparziali" in numero pari a quello degli Stati ratificanti la Convenzione¹⁸⁷.

L'operato del CPT è complementare a quello della Corte EDU: mentre lo strumento giurisdizionale è di natura successiva ed ha la funzione di accertare le violazioni del divieto di tortura e trattamenti disumani e degradanti *ex post*, l'intervento

¹⁸⁴ Corte EDU, 3 aprile 2001, *Keenan v. the United Kingdom*, ric. n. 27229/95; Corte EDU, 11 luglio 2006, *Rivière v. France*, ric. n. 33834/03; Corte EDU, 16 ottobre 2008, *Renolde v. France*, ric. n. 5608/05; Corte EDU 20 gennaio 2009, *Güveç v. Turkey* ric. n. 70337/01; Corte EDU, 09 ottobre 2012, *Çoşelav v. Turkey*, ric. n. 1413/07 (gli ultimi due casi riguardano rispettivamente il tentato suicidio e il suicidio di detenuti minorenni in carceri per adulti); Corte EDU, 19 luglio 2012, *Ketreb v. France*, ric. n. 38447/09.

¹⁸⁵ CECCHINI F., *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza*, cit., p. 32.

¹⁸⁶ L'istituzione è stata prevista dall'Art.1 della Convenzione.

¹⁸⁷ Gli esperti sono eletti dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa tra i nominativi segnalati dalle delegazioni nazionali. Sono solitamente giuristi, medici o comunque esperti in questioni penitenziarie/di polizia e non possono partecipare alle ispezioni degli istituti dei loro paesi d'origine.

del CPT è di carattere preventivo e dunque mira ad evitare che tali violazioni siano poste in essere¹⁸⁸.

Questo genere di intervento è garantito fondamentalmente mediante lo strumento della “visita” nei luoghi di privazione della libertà presenti nel territorio degli Stati che hanno ratificato la Convenzione. Successivamente alla visita è redatto un rapporto dettagliato sulle condizioni degli istituti visitati, nel quale il CPT fa le opportune rilevazioni e raccomandazioni e può chiedere allo Stato informazioni aggiuntive in merito alle condizioni accertate. Il rapporto è trasmesso allo Stato, che è tenuto a conformarsi alle raccomandazioni del CPT ed è solitamente invitato a fornire una risposta alle questioni sollevate dal Comitato.

L'intento di questo meccanismo è quello di costruire un dialogo costruttivo tra stato e CPT, basato su due principi fondamentali: la collaborazione e la riservatezza. Il principio di riservatezza implica che la pubblicità dei rapporti, delle raccomandazioni e delle risposte dello Stato sia subordinata al consenso dello Stato alla stessa; al contempo il principio di collaborazione mira a far sì che lo Stato tenga concretamente in considerazione il parere del CPT. La mancanza di collaborazione può essere sanzionata con una dichiarazione di pubblico biasimo dello Stato renitente¹⁸⁹.

Le visite possono avere natura *periodica*, *specificata* (nel caso di intervento su segnalazione) ovvero *di prosieguo* (per verificare se lo Stato si è conformato alle raccomandazioni stilate successivamente ad una visita)¹⁹⁰. In ogni caso, il Comitato ha la facoltà di intervistare le persone informate e di accedere liberamente ai luoghi ed ai documenti che possono essere di suo interesse ai fini della valutazione delle condizioni degli istituti visitati¹⁹¹.

Inoltre, il CPT redige annualmente un rapporto generale sulle proprie attività, che molto spesso contiene riferimenti alle condizioni di salute dei detenuti negli istituti visitati e raccomandazioni agli Stati in merito a questo profilo¹⁹². Grazie ai rapporti annuali redatti nel tempo, il CPT ha composto un catalogo di *standard* con riferimento

¹⁸⁸ CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 40.

¹⁸⁹ RUOTOLO M., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., p. 43, nota 111.

¹⁹⁰ CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, cit. p.40.

¹⁹¹ CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p.40.

¹⁹² Ad esempio, nel rapporto annuale del 2016, pubblicato il 20 aprile 2017, il CPT analizza le problematiche concernenti la custodia cautelare e dedica un paragrafo al tema della tutela della salute in queste ipotesi.

alle varie questioni di volta in volta sollevate, standard che fungono ora da linee-guida per gli Stati sui livelli richiesti in ciascun ambito dal CPT.

Standard particolari sono richiesti in merito ai servizi di assistenza sanitaria in carcere che, come notato dallo stesso Comitato, costituiscono “*materia di diretta pertinenza al mandato del CPT*”¹⁹³ in ragione del fatto che un’assistenza sanitaria mancante o scadente può comportare una violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti.

All’interno degli estratti dei rapporti in merito a questo profilo, l’attenzione del CPT è rivolta a sette aspetti fondamentali, ossia: a) l’accesso ad un medico, b) l’uguaglianza della cura, c) il consenso del paziente e la riservatezza, d) l’assistenza sanitaria preventiva, e) l’assistenza umana, f) l’indipendenza professionale, g) la competenza professionale¹⁹⁴.

Per comprendere il contenuto delle linee-guida concernenti l’assistenza sanitaria è opportuno riprendere brevemente alcuni dei principi fondamentali che emergono in questa materia.

Anzitutto il CPT sottolinea la necessità di una visita contestuale all’ingresso in carcere del detenuto, a cui deve seguire un’opportuna informazione circa il diritto all’assistenza sanitaria e le modalità di fruizione di questa. Il soggetto recluso deve inoltre avere accesso ad un medico in ogni momento e le cure garantite all’interno del carcere devono essere, anche a parere del CPT, paragonabili a quelle garantite all’esterno del carcere. Vista l’alta incidenza di sintomi psichiatrici tra i detenuti, deve essere garantita la presenza all’interno dei luoghi di reclusione di uno psichiatra e tale servizio deve assicurare un’assistenza specifica ed adeguata ai soggetti con problematiche di natura mentale.

Nonostante la peculiarità dell’ambiente carcere, il Comitato richiede che il rapporto medico paziente sia basato sulla confidenzialità e che la medicina penitenziaria non abbia solo funzione di cura ma anche di prevenzione di patologie fisiche e mentali. A questo scopo, l’attenzione del CPT ricade anche sugli aspetti legati all’approvvigionamento, alle condizioni igieniche, al riscaldamento, all’illuminazione e, infine, all’aerazione delle celle. Come si diceva sopra trattando della giurisprudenza EDU in materia di spazio minimo della stanza di pernottamento, importanza centrale

¹⁹³ CPT/Inf (93)12-part, pt. 31.

¹⁹⁴ CPT/Inf (93)12-part, pt. 32.

hanno poi gli *standard* delineati in quest'ambito dal CPT che, a seguito di prese di posizioni non sempre coerenti è infine intervenuto nel 2015 con un rapporto avente proprio lo scopo di chiarire la questione. In particolare, il CPT è giunto a precisare che lo spazio minimo che deve essere garantito al detenuto debba essere pari ad almeno 6 mq qualora questo sia ristretto in cella singola e almeno 4 mq in caso di celle multiple, chiarita in ogni caso l'esigenza di scomputare gli spazi dedicati ai servizi igienici¹⁹⁵.

Linee guida sono poi dettate in tema di malattie infettive, di prevenzione del suicidio, di trattamenti coercitivi e di assistenza ai soggetti particolarmente vulnerabili. Infine, il CPT sottolinea la necessità di garanzia dell'autonomia del personale sanitario rispetto all'amministrazione penitenziaria ed inoltre è richiesto che tale personale abbia una preparazione professionale di natura specialistica.

1.8 Le fonti di diritto dell'Unione Europea in materia di trattamento dei detenuti

Il diritto dell'Unione europea non si occupa direttamente del trattamento dei detenuti e dei diritti a questi spettanti, non essendo la materia penitenziaria di competenza dell'Unione.

Tuttavia, di recente ed in virtù di un rafforzamento del sistema europeo in materia di riconoscimento dei diritti fondamentali, l'attenzione delle Istituzioni europee si è soffermata anche su tematiche connesse alla detenzione. È dunque opportuno muovere alcune considerazioni in merito agli atti dell'Unione che possono riguardare direttamente o indirettamente il tema in analisi, rilevando anzitutto che, essendo i 28 Stati dell'Unione Europea parte del Consiglio d'Europa, l'attività dell'Unione si è molto spesso concretizzata in un'azione di sostegno dell'intervento del Consiglio d'Europa in questa materia.

Un primo documento che rileva è la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 ed avente, a seguito del Trattato di Lisbona¹⁹⁶, il medesimo valore giuridico dei Trattati¹⁹⁷. La cd. Carta di Nizza riprende i

¹⁹⁵Cfr. CPT/Inf (2015) 44.

¹⁹⁶ Il Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007, è entrato in vigore il primo dicembre 2009.

¹⁹⁷ Così come previsto dall'art. 6 comma 1 del Trattato sull'Unione Europea. È da notare che al comma 2 del medesimo articolo è prevista l'adesione dell'UE alla CEDU (con la precisazione che da ciò non deriva un ampliamento delle competenze dell'Unione). L'adesione alla CEDU, che potrebbe essere significativa

diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU e quelli facenti parte delle tradizioni costituzionali degli Stati Membri, entrambi, alla stregua dell'art.6.3 TUE, sono considerati "*parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*".

Oltre al riconoscimento del valore supremo della dignità umana, la Carta di Nizza prevede espressamente il diritto alla salute, recita infatti l'art. 35, rubricato Protezione della salute, che "*Ogni individuo ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana*".

Inoltre, con specifico riguardo all'esecuzione della pena è da notare che l'art. 4 della Carta di Nizza ricalca letteralmente l'art. 3 della CEDU e dunque impone che nessuno possa essere sottoposto a tortura o trattamenti inumani o degradanti.

Nonostante queste previsioni, nella Carta non si trovano disposizioni specifiche aventi ad oggetto i diritti dei detenuti, che, proprio per questo motivo, sono stati materia di intervento per tramite del cd. diritto derivato.

Già nel 1996 e poi nel 1998, il Parlamento europeo ha adottato due risoluzioni in materia di trattamento penitenziario¹⁹⁸, che sottolineano la necessità di implementare negli ordinamenti statali gli standard minimi promossi dal Consiglio d'Europa e incitano al contempo l'adozione di una carta dei diritti dei detenuti a livello UE.

Nella risoluzione del 1996 il Parlamento riconosce il peggioramento delle condizioni di detenzione ed auspica, in particolar modo, un intervento risolutivo delle problematiche legate alla tossicodipendenza, all'AIDS e alle altre malattie fortemente presenti in ambito penitenziario.

Nella risoluzione del 1998 il Parlamento, prendendo atto che i diritti elementari dei detenuti risultano ancora essere in gran parte non riconosciuti, sostiene nuovamente la necessità di implementazione delle norme penitenziarie del Consiglio d'Europa e sottolinea che un'attenzione particolare deve essere data a quelle in materia di assistenza

anche per la tutela dei diritti dei detenuti, è in stallo dal dicembre 2014, quando la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha negato la compatibilità dell'accordo di pre-adesione con il diritto dell'Unione europea, motivando sostanzialmente sulla base della necessità di mantenere l'indipendenza del diritto dell'UE. In linea teorica un nuovo progetto di adesione dovrebbe essere presentato entro giugno 2017.

¹⁹⁸ Risoluzione del Parlamento Europeo, 18 gennaio 1996 sulle cattive condizioni di detenzione nelle carceri dell'Unione europea (GU C 32 del 5.2.1996, p. 102) e Risoluzione del Parlamento europeo 17 dicembre 1998 sulle condizioni carcerarie dell'Unione europea: ristrutturazioni e pene sostitutive (GU C 98 del 9.4.1999, p. 299.)

sanitaria. Oltre a ciò, la Risoluzione del 98 risulta interessante per il tema in analisi in quanto promuove, tra l'altro, il principio di equivalenza delle cure, si sofferma sulla necessità di assistenza psichiatrica, sul tema della incompatibilità della detenzione con alcune situazioni di patologie gravi ed infine invita nuovamente a prestare attenzione alle problematiche del suicidio, dell'AIDS e delle tossicodipendenze in carcere.

Un ulteriore intervento in materia si è avuto con una raccomandazione del 2003¹⁹⁹ con cui il Parlamento ha invitato il Consiglio europeo a coordinare la propria attività con quella del Consiglio d'Europa al fine di revisionare le regole in materia penitenziaria²⁰⁰ ed ha precisato che in caso di impossibilità di procedere alla revisione o in caso esse dovessero rivelarsi insoddisfacenti sarebbe opportuno che l'Unione si dotasse di regole penitenziarie proprie.

Anche in questo caso una rilevanza peculiare è data all'assistenza sanitaria, alla prevenzione dei suicidi e delle violenze sui detenuti oltre che in generale alla necessità di miglioramento delle condizioni di detenzione e di un trattamento specifico per i gruppi maggiormente vulnerabili. Infine è suggerita una formazione specifica del personale di polizia e penitenziario sui diritti dei detenuti e sul trattamento dei soggetti con disturbi psichici.

Tra le iniziative più recenti importante è poi da ricordare l'adozione nel 2011, da parte della Commissione e su sollecitazione del Parlamento e del Consiglio²⁰¹, del Libro Verde C 327²⁰² in materia di detenzione e di custodia cautelare in Europa²⁰³.

Attraverso questo strumento, che si concretizza in una sorta di consultazione pubblica, la Commissione ha voluto sottolineare, tra l'altro, l'importanza, per il diritto dell'Unione europea, della questione delle condizioni della detenzione. Ha precisato la

¹⁹⁹ Raccomandazione del Parlamento europeo destinata al Consiglio sui diritti dei detenuti nell'Unione europea (2003/2188(INI)).

²⁰⁰ Il riferimento è qui al progetto di aggiornamento delle regole penitenziarie che sfociò nell'adozione delle attuali regole penitenziarie europee con la Risoluzione R (2006)6 (vedi *supra* § 1.5).

²⁰¹ Rispettivamente con la Risoluzione del 25 novembre 2009 (P7_TA (2009)0090) e Risoluzione del 30 novembre 2009 (2009/C 295/01). Entrambe le Risoluzioni citate, così come il Libro Verde C 327, fanno parte del cd. Programma di Stoccolma, ossia della nuova agenda per l'UE in materia di giustizia, libertà e sicurezza per il periodo 2010-2014.

²⁰² Libro verde della Commissione, 4 giugno 2011, sull'applicazione della normativa dell'UE sulla giustizia penale nel settore della detenzione – Rafforzare la fiducia reciproca nello spazio giudiziario europeo (COM(2011)0327.)

²⁰³ Nonostante il libro verde sia un atto atipico e dunque non abbia natura vincolante, questo strumento è utile al fine di stimolare la riflessione degli Stati Membri su un tema specifico nonché al fine di promuovere una normativa esistente o in via di elaborazione. Cfr. GRIPPO R., *Il libro verde dell'UE sulla detenzione in Europa: un banco di prova anche per l'Italia*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 ottobre 2011.

Commissione che *“Sebbene le condizioni della detenzione e la gestione delle carceri siano di competenza degli Stati membri, l’interesse della Commissione è giustificato dall’importanza fondamentale del principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie in relazione allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia”*²⁰⁴. Nell’argomentare questo profilo la Commissione ha spiegato che la fiducia tra gli Stati Membri, necessaria per la cooperazione giudiziaria in materia penale²⁰⁵, risulta essere profondamente influenzata anche dalle condizioni di detenzione garantite in ciascuno Stato.

Partendo dall’art. 19.2 della Carta di Nizza secondo cui *“Nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti”* la Commissione ha quindi chiarito la necessità, anche per il corretto funzionamento degli strumenti di cooperazione²⁰⁶, di una migliore conoscenza reciproca dei sistemi di giustizia penale nonché di una garanzia del rispetto della dignità umana nell’esecuzione della pena. Dunque, tracciando un nesso tra mutuo riconoscimento e condizioni di detenzione la Commissione ha fornito di una base giustificatrice l’intervento europeo in materia, ed è proprio sulla base di questo nesso che la Commissione si è riservata la possibilità di adottare in futuro standard in materia di trattamento penitenziario equivalenti a quelli previsti dal Consiglio d’Europa.

La possibilità di adottare regole penitenziarie dell’Unione europea è stata ribadita anche nella Risoluzione del 15 dicembre 2011²⁰⁷ in cui il Parlamento ha chiesto alla Commissione e alle istituzioni UE di avanzare un’iniziativa legislativa sui diritti delle persone private della libertà personale.

Anche in questo caso si è sottolineato che la cooperazione in materia penale deve basarsi sul rispetto dei diritti fondamentali, che le condizioni concrete di detenzione in Europa non soddisfano ancora gli standard previsti dal Consiglio d’Europa e che gli

²⁰⁴ Libro verde C 327, *cit.*, p. 2.

²⁰⁵ La cooperazione giudiziaria in materia penale, facente parte dell’ex “terzo pilastro” abolito con il Trattato di Lisbona, trova la sua base giuridica negli artt. 82-86 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE). Si basa sostanzialmente sul principio del riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e include misure per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in vari ambiti.

²⁰⁶ Quali ad esempio il mandato di arresto europeo (MAE), l’ordinanza cautelare europea (ESO) il trasferimento dei detenuti stranieri.

²⁰⁷ Risoluzione del Parlamento europeo del 15 dicembre 2011 sulle condizioni detentive nell’UE (2011/2897(RSP))

Stati sono tenuti, anche in virtù della giurisprudenza della Corte EDU, non solo ad obblighi negativi bensì anche ad obblighi positivi di garanzia di condizioni di detenzione che rispettino la dignità umana.

Sebbene gli atti ripresi facciano parte del cd. *soft law* e dunque non abbiano carattere vincolante, è in ogni caso chiaro il tentativo delle istituzioni dell'Unione europea di promuovere il riconoscimento dei diritti dei detenuti in generale e dei diritti riconnessi alla salute in particolare. Come emerge dai vari documenti adottati, l'UE ha inteso impegnarsi direttamente per far sì che lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia sia altresì uno spazio in cui siano garantiti e promossi i diritti della persona, a prescindere dallo *status* di detenuto.

CAPITOLO II

IL DIRITTO ALLA SALUTE DEL DETENUTO NELLA NORMATIVA NAZIONALE

SOMMARIO: 2.1 Il diritto alla salute nella Costituzione. – 2.1.1 Il contenuto del diritto alla salute. – 2.2 Il diritto alla salute e lo status detentionis. – 2.3 La legge di ordinamento penitenziario e il riconoscimento delle posizioni soggettive del detenuto. – 2.4 La salute del detenuto nell'ordinamento penitenziario. – 2.5 La tutela preventiva della salute nell'ordinamento penitenziario. – 2.5.1 Edilizia penitenziaria e tutela della salute. – 2.5.2 Igiene e tutela della salute. – 2.5.3 Alimentazione e tutela della salute. – 2.5.4 – Permanenza all'aperto e tutela della salute. – 2.6 L'assistenza sanitaria in carcere – 2.6.1. Il riordino della medicina penitenziaria – 2.6.2 L'autodeterminazione sanitaria in carcere: la visita di ingresso e gli altri controlli obbligatori – 2.6.3 Il ricovero nei Centri Diagnostici Terapeutici (CDT) – 2.6.4 Il ricovero in ospedale civile o in altro luogo esterno di cura – 2.6.5 La visita da parte del medico di fiducia.

2.1 Il diritto alla salute nella Costituzione

La nostra Costituzione, come sopra anticipato, riconosce espressamente il diritto alla salute, definendolo, all'art. 32, come *“diritto fondamentale e interesse della collettività”*. Il secondo comma dell'articolo in esame aggiunge che *“Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.”*

La scelta di riconoscere valore costituzionale al bene salute è rara nel panorama internazionale¹ ed è indice della volontà della Costituente di attribuire un particolare ruolo, all'interno dei principi della Carta fondamentale, ai cd. diritti sociali. La riconferma di tale scelta è completata dall'affermazione, a chiusura del primo comma, circa il dovere dello Stato di garantire cure gratuite agli indigenti. Ciò che viene sottolineato è dunque la centralità della salute come bene primario di ogni cittadino

¹ LUCIANI M., *Salute- 1) Diritto alla salute- dir. cost.* in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1991, p.1. Nota l'autore che sono poche le Costituzioni che garantiscono espressamente la tutela della salute e sono in genere le più recenti come quella portoghese del 1976 e quella spagnola del 1978.

nonché come condizione imprescindibile per lo sviluppo della personalità dell'individuo. Oltre a questo non irrilevante profilo, l'art. 32 della Costituzione segna altresì una precisa scelta di carattere politico: quella dell'abbandono del modello statale meramente assistenzialistico in favore dello *welfare state*, in cui lo Stato è gestore esclusivo della sanità ed ha precisi doveri di intervento e di tutela del bene salute².

Inizialmente e già a partire dal dibattito in sede di Assemblea Costituente, il diritto in questione è stato interpretato come un mero principio di carattere programmatico, come criterio di orientamento dei pubblici poteri, e non come un diritto soggettivo azionabile nei rapporti tra cittadini e tra cittadini e Stato³. È solo a partire dagli anni 70 che, grazie ad un'evoluzione tanto della giurisprudenza costituzionale quanto di quella di legittimità, si è sottolineata una diversa natura giuridica del diritto alla salute e si sono conseguentemente enucleate una serie di posizioni giuridiche soggettive derivanti dall'art.32.

Il riconoscimento della salute come “valore costituzionale supremo”⁴ è, dunque, avvenuto in maniera progressiva ed ha portato a sottolineare la duplice valenza del diritto in questione: da un lato come diritto di libertà, dall'altro come diritto sociale. Il diritto di cui all'art. 32 Cost., infatti, si presta a due letture complementari e non sovrapponibili, dal quale scaturiscono posizioni giuridiche diversificate per forza e contenuto, tanto da essere da qualcuno definito un “Giano bifronte”⁵.

Il primo profilo del diritto alla salute discende da una lettura dello stesso in termini negativi, come diritto alla conservazione dell'integrità psicofisica. La struttura che ne deriva è, dunque, quella tipica dei diritti di libertà⁶, dai quali discende un obbligo *erga omnes* di astensione da comportamenti lesivi della salute del singolo.

In sostanza, il primo *step* nell'evoluzione del diritto in esame si è avuto attraverso il riconoscimento del carattere precettivo dell'art. 32 Cost. inteso come fondamento del diritto soggettivo alla tutela contro aggressioni ad opera di terzi⁷. Con la sentenza n. 88 del 1979 la Corte ha chiarito che la salute deve essere considerata “*non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale*”

² BACCARO L., *Carcere e salute, cit.*, p. 9.

³ PENNISI A., *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, p. 83.

⁴ M., *Diritti dei detenuti e Costituzione, cit.*, p. 140.

⁵ VIGNUDELLI A., *Il rapporto di consumo*, Rimini, 1984, p. 93.

⁶ PENNISI A., *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale, cit.*, p. 84.

⁷ RUOTOLO M., *Diritti dei detenuti e Costituzione, cit.*, pp. 140-141.

*dell'individuo, sicché si configura come un diritto primario ed assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati. Esso certamente è da ricomprendere tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione*⁸.

Al contempo, si è avuta altresì l'emersione del secondo profilo dell'art. 32, quello maggiormente innovativo e concernente i rapporti tra cittadini e Stato, che si traduce, in sostanza, nella pretesa di fruizione di trattamenti sanitari. Mentre inizialmente la natura programmatica di tale profilo aveva indotto dottrina e giurisprudenza a negare la configurabilità di un vero e proprio diritto, successivamente si è giunti ad una elaborazione più complessa che si tenterà di riassumere brevemente.

Anche in questo caso l'apertura iniziale è stata del giudice delle leggi che, con le sentenze n. 103 del 1977 e n. 175 del 1982, ha affermato che, sussistendo le condizioni stabilite dalla legislazione in materia di servizi sanitari, l'infermo ha pieno ed incondizionato diritto a fruire delle prestazioni sanitarie erogabili dal servizio pubblico a favore del cittadino⁹. D'altra parte, già nelle sentenze citate così come in molteplici pronunce successive¹⁰, la Corte ha ugualmente sottolineato i limiti di tale diritto, la cui tutela dipende fortemente dalla disponibilità di risorse umane e finanziarie nella predisposizione dei servizi sanitari e può in concreto confliggere con esigenze di tutela di altri interessi.

Mentre il riconoscimento del diritto alla salute nei rapporti tra privati assume una valenza piena ed assoluta, qualora questo si manifesti nei rapporti tra cittadino ed amministrazione il discorso è in parte differente¹¹. Infatti, la pretesa a ricevere le prestazioni sanitarie risulta essere subordinata all'organizzazione dell'apparato amministrativo competente, sicché il diritto può, talvolta, degradare a mero interesse

⁸ Corte cost., sent. n. 88 del 1979 in *Giur. cost.*, 1979, I, p. 856 e ss., con nota di ANZON A., *L'altra faccia del diritto alla salute*. Da questa premessa la Consulta ha fatto derivare l'affermazione circa l'autonoma risarcibilità del danno cd. biologico, derivante dalla lesione del bene salute indipendentemente dai riflessi economici nella sfera patrimoniale del danneggiato. Come nota Luciani, però, a seguito di questa sentenza vi è stata nuovamente una giurisprudenza altalenante in materia di danno biologico, che è stato talvolta di nuovo riconnesso all'aspetto patrimoniale e la cui risarcibilità autonoma si è consolidata solamente con la sent. Corte cost. n.184 del 1986. Per *amplius* si veda LUCIANI M., *Salute, cit.* p.5.

⁹ PENNISI A., *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale, cit.*, p. 84.

¹⁰ Per esempio Corte cost. sent. n. 142 del 1982, nonché nn. 81 del 1966, 112 del 1975, 104 e 175 del 1982, 212 e 226 del 1983, 342 del 1985, 1011 del 1988.

¹¹ FIORIO C., *Salute del condannato e strumenti di tutela*, in (a cura di) SCALFATI A., *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Padova, 2004, pp. 67-68.

legittimo pretensivo, rientrando nella categoria dei diritti cd. “finanziariamente condizionati”¹².

Con la sentenza n. 455 del 1990¹³ la Consulta ha esplicitato quanto finora detto ed ha ricostruito a chiare lettere il modello di tutela del diritto alla salute *sub specie* diritto sociale.

Chiarito che il diritto alla salute è riconosciuto garantito dall'art. 32 della Costituzione come un “*diritto primario e fondamentale che (...) impone piena ed esaustiva tutela*”¹⁴ la Corte ha diversificato l’ipotesi di tutela dell’integrità psicofisica dal diritto ai trattamenti sanitari, il primo non necessitando di disposizioni attuative essendo, grazie al più volte ripetuto riconoscimento della sua *Drittwirkung*¹⁵, di per sé già pienamente operante nei rapporti tra privati e tra Stato e cittadino.

Al contrario, il diritto a trattamenti sanitari richiede l’attività del legislatore ordinario al quale è demandata “*la determinazione degli strumenti, dei tempi, e dei modi di attuazione*”, al pari di quanto avviene per gli altri diritti costituzionali a prestazioni positive. Ha, infine, precisato la Corte che tale aspetto non equivale a degradare la tutela primaria assicurata dalla Costituzione ad una tutela puramente legislativa, ma significa che “*l’attuazione della tutela, costituzionalmente obbligatoria, di un determinato bene (la salute) avvenga gradualmente a seguito di un ragionevole bilanciamento con altri interessi o beni che godono di pari tutela costituzionale e con la possibilità reale e obiettiva di disporre delle risorse necessarie per la medesima attuazione*”.¹⁶

Chiaramente il bilanciamento effettuato dal legislatore ordinario è soggetto al sindacato della Corte e, soprattutto, la discrezionalità legislativa è limitata dalla necessità di garanzia di un livello minimo di prestazioni, la cui mancata attuazione non può essere giustificata da esigenze di carattere finanziario¹⁷. Il giudice delle leggi ha, infatti, parlato più volte dell’impossibilità di compressione del cd. nucleo irriducibile

¹² FIORIO C., *Salute del condannato e strumenti di tutela, cit.*, p.68.

¹³ Corte cost. sent. n. 455 del 1990 in *Giur. cost.*, 1990, p. 2732.

¹⁴ Qui i giudici riprendono alcune sentenze nelle quali vi era stata la medesima affermazione, ossia la sent. n. 992 del 1988 e le sentt. nn. 88 del 1979, 184 del 1986, 559 del 1987, 1011 del 1988, 298 e 307 del 1990. Cfr. punto 3 del considerato in diritto della sentenza n. del 1990, in *Cons. Stato*, 1990, II, p.1420.

¹⁵ Intesa come possibilità di diretta applicazione della norma costituzionale nei rapporti orizzontali tra privati. Cfr. BALDASARRE A., *Diritti sociali* in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, p. 26.

¹⁶ Corte Cost. sent. n. 455 del 1990, *cit.*

¹⁷ RUOTOLO M., *Diritti dei detenuti e Costituzione, cit.*, p. 140-141.

del diritto alla salute, considerato ambito inviolabile della dignità umana¹⁸ e pertanto non limitabile dalle scelte discrezionali rimesse al legislatore ordinario . La difficoltà di elaborare un concetto di nucleo irriducibile ha portato la Corte ad affrontare la questione secondo un approccio casistico e dunque valutando caso per caso le scelte del legislatore e verificandone la compatibilità con l'altrettanto difficile concetto di dignità umana¹⁹.

2.1.1 Il contenuto del diritto alla salute

L'estrema generalità delle affermazioni dell'articolo 32 della Carta fondamentale ha fatto sì che la dottrina e la giurisprudenza si interrogassero a lungo sulla portata e sul contenuto del diritto alla salute. Nel tempo, oltre alla diversificazione dei due profili sopramenzionati, il diritto alla salute è stato, dunque, riempito di contenuti più specifici ed è andato consolidandosi come un diritto complesso o, come ha notato qualcuno, come un "*fascio di diritti*"²⁰. È stato infatti notato che il diritto alla salute si sostanzia in una pluralità di posizioni giuridiche²¹, talvolta anche molto diversificate tra loro.

All'interno di questa "*categoria [...] concettualmente polisemica nella quale convergono e confluiscono, tutto sommato armonicamente, antiche e consolidate necessità (la salute come igiene pubblica) e nuovi e più raffinati diritti*"²² possiamo trovare:

- a. Il diritto all'integrità psico-fisica
- b. Il diritto all'ambiente salubre

¹⁸ Tale formula è utilizzata in molte sentenze su questo tema. A titolo esemplificativo si possono vedere le sentenze Corte cost. nn. 309/1999, 267/1998, 416/1995, 218/1994 e 509/2000.

¹⁹ Sono molte le voci critiche che hanno sottolineato che l'approccio casistico non permette una formulazione di criteri e parametri univoci per definire in modo chiaro il contenuto del nucleo irriducibile. Si veda, *inter alia*, AICARDI N., *La sanità*, in (a cura di) CASSESE S., *Trattato di diritto amministrativo*, I, Milano, 2000, p.383 in cui si nota che tale soglia viene così ad essere evanescente.

²⁰ PRINCIPATO L., *Il diritto costituzionale alla salute: molteplici facoltà più o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive?*, in *Giur. cost.*, fasc. 4, 1999, p. 2513.

²¹ La stessa Corte Costituzionale, con la già citata sentenza 455 del 1990, ha precisato che la tutela del diritto alla salute "*si articola in situazioni giuridiche soggettive diverse in dipendenza della natura e del tipo di protezione che l'ordinamento costituzionale assicura al bene dell'integrità e dell'equilibrio fisici e psichici della persona umana in relazione ai rapporti giuridici cui in concreto inerisce*".

²² FERRARA R., *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in (a cura di) FERRARA R., SARTORETTI C., *Trattato di Biodiritto. Salute e sanità*, Milano, 2010, p. 18.

- c. Il diritto a trattamenti sanitari preventivi
- d. Il diritto di essere curato
- e. Il diritto degli indigenti a cure gratuite
- f. Il diritto di non essere curato²³.

Come sopra accennato, la tutela dell'integrità psicofisica risulta essere quella maggiormente risalente e meno problematica²⁴. Aldilà dell'aspetto strutturale e dunque della sua configurazione come diritto di libertà, sono due le precisazioni necessarie: anzitutto il dovere di astensione da comportamenti dannosi si pone tanto nei confronti dei privati quanto nei confronti dello Stato e dei poteri pubblici in generale; in secondo luogo, è opportuno sottolineare che l'oggetto della protezione, come emerge dallo stesso dato letterale, è la salute fisica ma anche quella mentale.

Il diritto alla salubrità dell'ambiente è invece una posizione ampiamente dibattuta e non mancano voci che negano la possibilità di riconnetterla al dettato del 32 della Costituzione. Una lettura che pare condivisibile è quella secondo cui l'ambiente salubre rientra sotto l'egida della Carta Fondamentale solo ove inteso come "*prolungamento e naturale evoluzione del diritto all'integrità psico-fisica*"²⁵ e dunque abbia ad oggetto non un generico diritto collettivo all'ambiente ma un diritto del singolo a vivere in un *habitat* che non danneggi o ponga in pericolo la sua sopravvivenza.

Quanto ai diritti *sub c) d) e)* si evidenzia anzitutto che è questo l'ambito in cui il diritto alla salute si configura come vero e proprio "diritto sociale" e dunque come diritto a prestazione. I limiti che ne derivano, sopra riportati con le parole della Corte Costituzionale, sono essenzialmente quelli legati all'esistenza e alle modalità di erogazione dei servizi sanitari pubblici ovvero sovvenzionati dallo Stato²⁶. In generale, un corollario fondamentale del diritto alla salute così concepito è quello derivante dal combinato disposto dell'art. 32 con l'art. 13 della Costituzione, che impone che il soggetto sia libero nella scelta del medico e del luogo di cura²⁷. Infine, è da notare che il diritto ai trattamenti sanitari, siano essi preventivi o successivi, si identifica in un diritto ad avere cure anche se a pagamento, o meglio, ad un diritto ad avere cure

²³ Tale sistematica si ritrova in LUCIANI M., *Salute, cit.* p. 5.

²⁴ LUCIANI M., *Salute, cit.* p. 5.

²⁵ LUCIANI M., *Salute, cit.* p. 6.

²⁶ BALDASARRE A., *Diritti sociali, cit.*, p. 26.

²⁷ BALDASARRE A., *Diritti sociali, cit.*, p. 27.

prevalentemente pagate con il denaro pubblico²⁸. La gratuità è infatti garantita solo ove sia soddisfatto il presupposto dell'indigenza, concetto ambiguo e di difficile definizione ma sul quale si è ormai arrivati ad intenderlo in senso relativo²⁹: vengono, cioè, in rilievo il soggetto e la sua capacità economica che deve, però, essere rapportata all'oggetto della cura e dunque alla sua indispensabilità ed alla sua onerosità³⁰.

In conclusione, il diritto di non essere curato implica l'impossibilità di sottoporre un soggetto a trattamenti diagnostici e terapeutici in caso di mancanza di volontà dello stesso. La libertà di autodeterminazione sanitaria, derivante dallo stretto legame dell'art. 32 comma 1 con l'art. 2 e l'art. 3 secondo comma della Costituzione, rafforzata infine dalla previsione del 32 comma 2³¹, è però sottoposta a limiti ed è di certo una delle questioni maggiormente dibattute e problematiche. È, infatti, in casi come questi che risulta necessario un bilanciamento tra l'aspetto individuale e quello collettivo del diritto alla salute, che emerge dallo stesso dato letterale della Carta costituzionale. In caso di mancanza del consenso del soggetto interessato, i trattamenti sanitari obbligatori risultano, infatti, legittimi solo ove "*all'interesse alla salute del singolo si affianchi e si sovrapponga l'interesse alla salute della collettività*"³². Dunque, la libertà di autodeterminazione del proprio stato salute può essere limitata, rispettata la riserva di legge e la dignità dell'individuo, proprio al fine di tutelare la salute dei terzi.

Per concludere, è da precisare che qualora un trattamento oltre ad essere obbligatorio sia anche coattivo (dunque non solo imposto ma imposto con la forza) la dottrina maggioritaria ritiene che debbano essere altresì rispettate le procedure previste dall'art. 13 Cost. che prevede, a differenza del 32 Cost., una riserva di legge assoluta e non relativa, nonché una riserva di giurisdizione³³.

²⁸ Corte cost. sent. 6 agosto 1979, n. 114, in *Giur. Cost.*, 1979, p.803.

²⁹ MINNI F., MORRONE A., *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Rivista AIC*, 3/2013, p. 9.

³⁰ Nella sentenza 309 del 1999 la Corte Costituzionale ha ripetuto il carattere variabile, a seconda dei contesti, della nozione di indigenza ed ha sottolineato che spetta al legislatore nell'ambito della sua discrezionalità lo stabilire in concreto "*i presupposti soggettivi, le condizioni oggettive, i modi, le procedure e le forme nelle quali il diritto degli indigenti deve realizzarsi*". Cfr. Corte cost. sent. 309/99 punto 6 del considerato in diritto.

³¹ RUOTOLO M., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., p. 156.

³² LUCIANI M., *Salute*, cit. p. 10.

³³ RUOTOLO M., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., p. 156. È da notare che molti autori contestano questa ricostruzione, per una letteratura in questo senso si veda RUOTOLO *op. et loc. cit.* alla nota 56.

2.2 Il diritto alla salute e lo *status detentionis*

Quanto detto finora risulta essere essenziale per comprendere oggetto, contenuto e limiti del diritto alla salute per il soggetto *in vinculis*. Nel caso del diritto alla salute del soggetto detenuto vengono in rilievo - oltre all'art. 32 e alla connessione tra detto articolo e gli artt. 2 e 3 Cost. - l'art. 13 comma 4 della Costituzione che prevede il divieto di qualsivoglia “*violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà*”³⁴ nonché l'art. 27 comma 3, in forza del quale “*Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*”.

Tali previsioni comportano una precisa scelta che fa eco alle previsioni internazionali in materia di umanizzazione della pena³⁵ e che pone non soltanto un obbligo negativo di astensione da comportamenti lesivi della dignità umana ma anche e soprattutto un obbligo positivo di garanzia di quelle posizioni soggettive che sono riconosciute a livello costituzionale come diritti fondamentali e inviolabili di ogni persona umana³⁶.

Già nella sentenza 114 del 1979 la Corte Costituzionale ha affermato che “*é principio di civiltà giuridica che al condannato sia riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive, e garantita quella parte di personalità umana, che la pena non intacca. Tale principio é accolto nel nostro ordinamento: nell'art. 27, comma terzo, Cost.*”³⁷.

La Consulta ha inoltre ribadito svariate volte detta presa di posizione, in particolar modo e con particolare forza in una serie di pronunce degli anni 90³⁸; tra queste, nell'importante sentenza 349 del 1993, si legge che “*Poiché i diritti inviolabili dell'uomo, fra cui quello alla libertà personale, rispondono ad un principio di valore fondamentale che ha carattere generale, la loro limitazione o soppressione (nei soli*

³⁴ Dunque, quanto si dirà sarà riferito tanto alla posizione del soggetto condannato alla pena detentiva quanto anche al soggetto imputato al quale sia stata imposta la misura della custodia cautelare. Quest'ultimo, anche in virtù della presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 comma 2 (*L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva.*) pur non essendo sottoposto al trattamento rieducativo (che presuppone una sentenza di condanna) è comunque assoggettato al trattamento penitenziario (vedi anche § 2.3).

³⁵ Cfr. Cap. I.

³⁶ FIORIO C., *Salute del condannato e strumenti di tutela*, cit., p. 51.

³⁷ Corte Cost., sent. n. 114 del 1979 in *Giur. cost.*, 1979, I, p. 803.

³⁸ Cfr. FIORIO C., *Salute del condannato e strumenti di tutela*, cit., *passim*.

*casi e modi previsti dalla Costituzione, o per i quali è disposta una riserva di legge) ha carattere derogatorio ad una regola generale e, quindi, presenta natura eccezionale[...]*³⁹.

Infine, nella altrettanto importante sentenza 26 del 1999 la Corte Costituzionale ha nuovamente sottolineato che la restrizione della libertà personale non può comportare il disconoscimento delle posizioni soggettive né tantomeno una *capitis deminutio* di fronte alla discrezionalità dell'autorità amministrativa penitenziaria in quanto *“La dignità della persona (art. 3, primo comma, della Costituzione)[...] è dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale”*⁴⁰.

Dal dettato costituzionale e dalla giurisprudenza del giudice delle leggi emerge dunque la necessità di un trattamento penitenziario rispettoso del senso di umanità, inteso quale formula che impone, come soglia minima, la garanzia dei diritti inviolabili⁴¹. Quest'ultimi, riconosciuti e garantiti dalla Repubblica ex art. 2 Cost., prescindono infatti dalla circostanza che il soggetto sia libero ovvero detenuto⁴² ed anzi, il contesto penitenziario risulta essere una delle formazioni sociali ove si svolge la personalità dell'individuo⁴³, per quanto tale formazione abbia carattere coercitivo e non volontario. Da questa interpretazione dell'art. 2 Cost. discende dunque un fondamentale limite alla potestà punitiva e cautelare dello Stato che risulta essere legittima solo in ove vi sia un effettivo riconoscimento delle posizioni soggettive dei detenuti⁴⁴.

³⁹ Poco sopra si legge che *“la sanzione detentiva non può comportare una totale ed assoluta privazione della libertà della persona; ne costituisce certo una grave limitazione, ma non la soppressione. Chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale”*. Da questo ne deriva che *“L'Amministrazione penitenziaria può adottare provvedimenti in ordine alle modalità di esecuzione della pena (rectius: della detenzione), che non eccedono il sacrificio della libertà personale già potenzialmente imposto al detenuto con la sentenza di condanna, e che naturalmente rimangono soggetti ai limiti ed alle garanzie previsti dalla Costituzione in ordine al divieto di ogni violenza fisica e morale (art. 13, quarto comma), o di trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27, terzo comma), ed al diritto di difesa (art.24)”*.Cfr. punto 4.2 e 5.1 del Considerato in diritto della sent. Corte cost. n.349 del 1993 in *Giur. cost.*, 1993, p. 2740.

⁴⁰ Corte cost. sent. n. 26 del 1999 in *Giur. cost.*, 1999, I, p. 176 con NOTE di FAZZIOLI E., RUOTOLO M. e SANTORIELLO C., affrontata ampiamente al § 3.2.

⁴¹ GREVI V., *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in (a cura di) GREVI V., *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, p. 21.

⁴² FIORIO C., *Salute del condannato e strumenti di tutela*, cit., p. 49.

⁴³ NEPPI MODONA G., *Formazione sociale carceraria e democrazia partecipativa*, in *Pol. dir.*, 1976, p. 173.

⁴⁴ FIORIO C., *Salute del condannato e strumenti di tutela*, cit., p. 50.

Sembra indubbio che all'interno di questa categoria rientri anche il diritto alla salute che, come è stato notato, è l'unico diritto ad essere definito dalla Costituzione come fondamentale⁴⁵ e che costituisce, per riprendere le parole del Comitato Nazionale per la Bioetica “*per i detenuti il primo dei diritti, che condiziona il soddisfacimento di altri*”⁴⁶. Alla medesima conclusione sono arrivate sia la Corte Costituzionale⁴⁷ che la Corte di Cassazione⁴⁸ che hanno ormai da tempo riconosciuto il diritto alla salute del detenuto come corollario degli artt. 32, 27 comma 3 e 2 della Costituzione.

Il problema, nella tutela di questo come di altri diritti, è riconnesso al fatto che l'affermazione unanime di giurisprudenza e dottrina circa il riconoscimento di posizioni soggettive è sempre accompagnata dalla precisazione che il godimento dei diritti da parte del detenuto è assicurata nei limiti di quanto consentito dallo stato detentivo⁴⁹. Molto spesso, infatti, i diritti fondamentali dei detenuti devono essere bilanciati con le esigenze di funzionamento e di corretto andamento dell'istituzione penitenziaria.

Il carcere, come istituzione totale, si fonda invero su regole finalizzate, in ultima istanza, all'ordine e alla sicurezza, per ordine intendendosi la dimensione oggettiva della disciplina, mentre per sicurezza facendo riferimento all'esigenza di salvaguardia degli interessi coinvolti nella dinamica dell'istituzione (altri detenuti e personale di custodia) e di quelli a questa esterni (in breve l'interesse all'esecuzione della pena)⁵⁰. È chiaro che simili esigenze non devono essere sottovalutate, essendo connaturate all'esistenza stessa dell'istituzione carceraria. D'altra parte, è, però, da notare che tali esigenze non possono nemmeno fungere da giustificazione universale per qualsivoglia lesione e/o compressione dei diritti fondamentali del detenuto in generale e del diritto alla salute in particolare.

Se l'affermazione della garanzia dei diritti fondamentali nella formula del “*in quanto compatibili con lo status detentivo*” appare necessaria, dall'altro occorre

⁴⁵ FIORIO C., *Salute del condannato e strumenti di tutela*, cit., p. 48.

⁴⁶ Comitato Nazionale per la Bioetica, *La salute dentro le mura*, parere del 27 settembre 2013, disponibile, cit., p. 6.

⁴⁷ Corte cost., sent. 6 agosto 1979 n.114 cit.; nonché Corte cost., sent. 19 novembre 1991 n. 414, in *Giur. cost.*, 1991, p. 3540.

⁴⁸ *Inter alia*: Cass., sez. I, 24 ottobre 1994 in *Cass. pen.* 1996, p. 2295.

⁴⁹ Ad esempio, nella già citata sent. 349/1993 la Corte sottolinea che “Va tenuto fermo, in primo luogo, che la tutela costituzionale dei diritti fondamentali dell'uomo [...] opera anche nei confronti di chi è stato sottoposto a legittime restrizioni della libertà personale durante la fase esecutiva della pena, *sia pure con le limitazioni che, com'è ovvio, lo stato di detenzione necessariamente comporta.*” (corsivi miei).

⁵⁰ PADOVANI T., *Ordine e sicurezza negli istituti penitenziari: un'evasione dalla legalità*, in (a cura di) GREVI V., *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, cit., p. 285.

individuare la soglia superata la quale la compressione è da considerarsi illegittima, tenendo a mente che il *vulnus* deve essere sempre e solo quello inevitabile, poste in essere tutte le misure atte ad arginare il sacrificio richiesto al soggetto *in vinculis*.

Per quanto concerne più specificamente il diritto alla salute è inoltre necessario coordinare quanto detto in merito ai diritti fondamentali dei detenuti con le osservazioni mosse in tema di diritto alla salute in generale e quindi distinguendo i due profili del diritto in esame: quello relativo all'integrità psicofisica e quello relativo ai trattamenti sanitari. Il primo, come detto ha carattere assoluto e dunque particolare attenzione deve essere posta in caso di limitazioni derivanti dallo stato detentivo. In merito al secondo aspetto, invece, è da notare che risulta dirimente la verifica circa la garanzia, per ciò che concerne le prestazioni sanitarie garantite all'interno dell'istituto penitenziario, del sopra descritto nucleo irriducibile del diritto alla salute⁵¹.

Ai fini dell'analisi in questione, è necessario prendere le mosse dalle disposizioni in materia di salute contenute nella L. 26 luglio 1975, n. 354 recante le “*Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*”⁵² che verranno analizzate facendo riferimento alle diverse posizioni giuridiche scaturenti dall'art. 32 Cost. così come sistematizzate dalla dottrina sopra riportata.

2.3 La legge di ordinamento penitenziario e il riconoscimento delle posizioni soggettive del detenuto

Prima di verificare in concreto quali siano le posizioni giuridiche soggettive afferenti al bene salute all'interno della Legge di ordinamento penitenziario sembra opportuno contestualizzare detta legge, per comprendere il quadro in cui tale riforma si è inserita e il grado di innovatività teorica e pratica della stessa.

Con l'entrata in vigore della Carta Fondamentale e la costituzionalizzazione del principio di umanizzazione della pena, il nostro ordinamento ha preso, come si è evidenziato sopra, una posizione specifica in merito alla finalità e alle funzioni della

⁵¹ RUOTOLO M., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., p. 143.

⁵² D'ora in poi ci riferirò a detta legge anche con gli abbreviativi di legge di riforma penitenziaria o semplicemente ordinamento penitenziario (anche ord. penit.).

sanzione penale. D'altra parte, l'assenza di riferimenti specifici alle concrete modalità di esecuzione della pena detentiva⁵³ nonché le notevoli difficoltà nella concreta attuazione dei principi enunciati, fecero sì che la situazione interna agli istituti penitenziari permanesse, anche a seguito del 1948, sostanzialmente invariata rispetto a quella precostituzionale⁵⁴. È, infatti, solo a distanza di quasi un trentennio che il *Regolamento per gli Istituti di prevenzione e di pena*⁵⁵, adottato nel 1931 in pieno periodo fascista, venne sostituito con la tanto attesa e tanto tormentata⁵⁶ legge di riforma penitenziaria, avente lo scopo di adattare in concreto le modalità esecutive della pena detentiva al dettato costituzionale.

La L. 354/75 oltre ad ispirarsi ai principi degli artt. 2, 3, 13 e 27 comma 3 della Costituzione tiene altresì conto della evoluzione avvenuta a livello internazionale e culminata nell'adozione delle Regole Minime dell'ONU (1955) e delle Regole penitenziarie europee (1973)⁵⁷, che, partendo dal principio di umanizzazione della pena, riconoscevano la centralità della dignità del detenuto e da questa facevano derivare specifiche situazioni soggettive attive in capo a tale soggetto. Questa impostazione è quella accolta anche dal legislatore del 1975 che, discostandosi profondamente dal modello precedente, introduce sostanziali innovazioni nel modo di concepire la pena detentiva⁵⁸. Il ribaltamento di prospettiva rispetto all'impostazione tradizionale emerge chiaramente sin dalle disposizioni di apertura che spostano il *focus* dalla dimensione

⁵³ L'art. 27 comma 3, contenente il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità e il principio rieducativo è, infatti, riferito in generale alla pena, mentre gli emendamenti proposti e volti all'inserimento di una specifica connessione tra questi principi e il sistema carcerario caddero nel vuoto. Cfr. NEPPI MODONA G., *Ordinamento penitenziario*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, p. 46.

⁵⁴ GREVI V., *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, cit., p.1.

⁵⁵ R. D. 18.06.1931 n. 787.

⁵⁶ Sin dal dibattito in sede costituente, si era auspicata una immediata riforma del penitenziario ma l'iter legislativo fu particolarmente lungo e complesso. All'istituzione, nel 1949, di una Commissione di inchiesta sullo stato delle carceri italiane, proposta da Piero Calamandrei e presieduta Giovanni Persico, seguì, nel 1951, una circolare (la n. 4014/ 2473 dell'1 agosto, emanata dal Guardasigilli Adone Zoli) che tentava il superamento di alcuni degli aspetti maggiormente depersonalizzanti della sanzione detentiva così come regolata in epoca fascista. Tale timido tentativo di adesione in concreto alla prescrizioni della Carta fondamentale venne successivamente frustrato con circolari nuovamente ispirate ad esigenze di afflittività nonché dall'insuccesso dei vari disegni di legge presentati negli anni Cinquanta e Sessanta. Per *amplius* si veda DE VITO G. C., *Camosci e girachiavi: Storia del carcere in Italia*, Bari, 2014, pp. 26-27 nonché NEPPI MODONA G., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 46-47.

⁵⁷ Cfr. Cap. I §§ 4-5.

⁵⁸ È necessario precisare che l'innovazione, come è stato notato da gran parte della dottrina, riguarda in buona parte il piano del "dover essere" che si è scontrato e si scontra molto spesso con il piano dell' "essere" e con le difficoltà di adattamento della realtà carceraria a quanto espresso in termini di principio dalla riforma. Si veda ad esempio GREVI V., *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, cit., p. 8. Per *amplius* sulla questione della tutela effettiva dei diritti si veda il Cap. III e nello specifico il § 3.1.

organizzativa dell'amministrazione penitenziaria con le correlate esigenze di disciplina, alla figura del detenuto, destinatario del trattamento e soggetto (non più oggetto) della fase esecutiva della sanzione penale⁵⁹.

Tale svolta, testimoniata anche dall'utilizzo non casuale dello strumento legislativo in luogo di quello regolamentare⁶⁰, è ben esemplificata dall'art. 1 ord. penit. che pone alla base del trattamento i valori dell'umanità e della dignità della persona (comma 1), così ricalcando gli artt. 27 comma 3 e 2 della Costituzione. Il trattamento deve poi essere informato all'assoluta imparzialità e al divieto di discriminazione (comma 2) così aderendo al principio di eguaglianza dell'art. 3 Cost⁶¹. Il rispetto della personalità del soggetto *in vinculis* è, infine, completato dalla previsione del comma 4, che impone che i detenuti siano chiamati con il loro nome, in contrapposizione alla prassi depersonalizzante dell'indicazione tramite numero di matricola imposta dal precedente Regolamento⁶².

La rottura con il modello precedente, di cui uno dei tratti distintivi era l'impermeabilità e l'isolamento dell'istituzione carceraria rispetto alla società libera⁶³, è evidente anche nel comma sesto, che aggiunge ai principi ora ripresi il riferimento all'ultima parte del 27 comma 3 della Costituzione e dunque alla funzione rieducativa della pena. Quest'ultima deve, infatti, essere perseguita attraverso il mantenimento dei contatti con l'ambiente esterno, tesi al reinserimento sociale del condannato, ed attraverso la predisposizione di un trattamento individualizzato, ossia che tenga in considerazione la situazione e i bisogni personali di ciascun soggetto detenuto⁶⁴. Tale previsione non è ovviamente riferita all'imputato sottoposto a custodia cautelare, per il

⁵⁹ GREVI V., *Sub art. 1*, in (a cura di) *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, V edizione, Padova, 2015, p. 5.

⁶⁰ Nel senso di volontà di assicurare l'attuazione dei principi costituzionali mediante la predisposizione di una normativa vincolante anche per gli organi dell'esecutivo. Cfr. GREVI V., *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, cit., p. 6, che riprende DI GENNARO G., BREDA R., LA GRECA G., *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997, p. 4. Nello stesso senso anche GALLI G., *La politica criminale in Italia negli anni 1974-1977*, Milano, 1978, p.128 in cui si nota che da questa scelta discende che "lo status di detenuto o di internato non solo non fa venir meno la posizione di lui come titolare di diritti soggettivi connessi a tale status, ma, anzi gliene attribuisce".

⁶¹ L'art. 3 ord. penit. prevede, sempre in applicazione del principio di uguaglianza, la parità di condizioni di vita all'interno degli istituti penitenziari.

⁶² Tale prassi era già stata osteggiata attraverso la circolare del 1951 a cui si è fatto riferimento sopra. Cfr. RUOTOLO M., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., p. 27.

⁶³ NEPPI MODONA G., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 43.

⁶⁴ Tale principio è poi ripreso più ampiamente nell'art. 13 ord. penit.

quale il comma 5 riprende il principio di non colpevolezza espresso all'art. 27 comma 2 e dunque esclude per esso il trattamento rieducativo ma non quello penitenziario⁶⁵.

Dai principi ora richiamati ne deriva il riconoscimento, per la prima volta, di posizioni giuridiche soggettive del soggetto detenuto, precisate attraverso la disciplina di aspetti particolari e di momenti della vita penitenziaria. Sebbene una tale regolamentazione non implichi sempre l'immediata attribuzione di veri propri diritti, imponendo più spesso obblighi a carico dell'amministrazione, il passo in avanti rispetto alla situazione pre-riforma è indubbio.

La garanzia di posizioni soggettive è espressa anche all'interno di due disposizioni dello stesso ordinamento penitenziario: l'art. 1 comma 3 e l'art. 4 ord. penit. Il primo riconosce le esigenze di ordine e disciplina all'interno degli istituti penitenziari e precisa che *“Non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con le esigenze predette o, nei confronti degli imputati, non indispensabili ai fini giudiziari”*. Tale previsione implica che solo una reale incompatibilità con le essenziali esigenze di ordine e disciplina può giustificare una restrizione delle posizioni riconosciute al detenuto, che devono altrimenti essere assicurate nella loro interezza⁶⁶. Ciò che si vuole sottolineare è, dunque, l'impossibilità di restrizioni dipendenti da *“condizioni di fatto che non dipendono dall'affermazione di principi, ma da una semplice difettosità di gestione”*⁶⁷.

L'art. 4, invece, assicura a detenuti ed internati *“l'esercizio dei diritti loro derivanti dalla presente legge anche se si trovano in stato di interdizione legale”*. Da tale previsione emerge dunque la volontà di riconferma del riconoscimento della soggettività giuridica del detenuto, sia dal punto di vista sostanziale (quale affermazione della titolarità di diritti e di aspettative) sia da un punto di vista formale (e quindi come legittimazione ad agire in qualità di titolare di diritti e posizioni discendenti dallo *status* di detenuto)⁶⁸.

⁶⁵ Il rapporto tra trattamento penitenziario e trattamento rieducativo è quello di *genus a species* (Cfr. CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, cit. p. 107), per cui mentre agli imputati non sono applicabili le norme in materia di rieducazione e reinserimento, di certo lo sono quelle che a tale materia non fanno riferimento e dunque anche quelle che riconoscono posizioni soggettive al detenuto.

⁶⁶ Cfr. quanto detto sopra al § 2.2.

⁶⁷ DI GENNARO G., BREDA R., LA GRECA G., *Ordinamento penitenziario e misure alternative*, cit., p. 46.

⁶⁸ LA GRECA G., *Sub art. 4* in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 40. Sul punto però si veda § 3.1.

A prescindere dalla complessità dell'individuazione dei veri e propri diritti⁶⁹ e dalla connessa distinzione di questi dai meri interessi, poteri e facoltà⁷⁰, quello che qui preme sottolineare è che la L. 354/75 riconosce, per la prima volta, delle posizioni soggettive in capo ai detenuti e, tra queste, vengono in rilievo anche posizioni riconnesse alla tutela della salute. La dottrina ha, infatti, sistematizzato i diritti individuabili all'interno dell'ordinamento penitenziario sulla base dei corrispondenti valori tutelati dalla Costituzione⁷¹ ed ha notato che varie sono le previsioni che hanno riguardo al bene tutelato dall'art. 32 della Carta fondamentale. In particolar modo, rilevano le norme che tradizionalmente sono state riferite ai diritti relativi all'integrità psico-fisica⁷².

2.4 La salute del detenuto nell'ordinamento penitenziario

Se si guarda all'ordinamento penitenziario e ad al rispettivo regolamento esecutivo⁷³ è possibile raggruppare ulteriormente le norme a tutela della salute del detenuto in due gruppi fondamentali:

- a) Norme a tutela preventiva della salute
- b) Norme in materia di assistenza sanitaria⁷⁴.

⁶⁹ Come è stato evidenziato, se, a seguito della legge di riforma vi è stata una sostanziale adesione all'idea secondo la quale al detenuto sono riconosciuti dei diritti soggettivi, dall'altro lato molto più problematica è stata l'individuazione di detti diritti. Cfr. LA GRECA G., *Sub art. 4* in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 42. La problematica non è di secondario interesse, considerato che la classificazione si riverbera sulla possibilità effettiva di tutela del bene protetto, come si spiegherà al § 3.1.

⁷⁰ Le distinzioni tra le varie posizioni giuridiche sono rese molto complesse dall'unicità del contesto penitenziario che fa sì che dette posizioni perdano la loro fisionomia. Cfr. GREVI V., *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma, cit.*, p. 7.

⁷¹ LA GRECA G., *Sub art. 4* in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 40.

⁷² Le altre categorie di diritti sono quelli relativi a alla tutela dei rapporti familiari e sociali e quelli relativi all'integrità morale e culturale. Cfr. CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario, cit.*, p. 132.

⁷³ "Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà", D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 che ha sostituito il Regolamento di esecuzione del 1976 (D.P.R. 29 aprile 1976, n. 431).

⁷⁴ A ben vedere, rispetto a queste due categorie residuano poi ulteriori norme che si riferiscono in maniera più o meno diretta alla tutela della integrità psicofisica del soggetto detenuto e che verranno affrontate terminata l'analisi delle due categorie fondamentali.

Tale classificazione ricalca, in qualche modo, la distinzione sopra esposta dei due profili del diritto alla salute, come diritto all'integrità psicofisica da un lato, e come diritto sociale dall'altro.

Se si entra poi all'interno di detti profili, è possibile notare come le previsioni dell'ordinamento penitenziario, del regolamento e delle leggi a queste connesse abbiano riguardo alle varie categorie del diritto alla salute come individuate dalla dottrina. È quindi possibile isolare previsioni a tutela dell'integrità psicofisica, norme volte a garantire la salubrità ambientale carceraria, oltre che prescrizioni in materia di servizi sanitari atti a garantire trattamenti preventivi e successivi a tutela della salute. Ancora, la previsione di esonero dei detenuti dal sistema di compartecipazione alle spese sanitarie (ticket) e l'automatica iscrizione al S.S.N. derivante dallo *status* detentivo (prevista in particolar modo per gli stranieri⁷⁵) garantisce l'accesso al servizio sanitario a prescindere dalle possibilità economiche del soggetto e dunque realizza in questo senso la seconda parte dell'art. 32 co.1. Quanto poi ai profili non direttamente richiamati all'interno della legge di ordinamento penitenziario o a leggi a questa complementari, per esempio con riferimento alla questione dei trattamenti sanitari obbligatori in carcere, grande è stata l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza che ha in questo modo colmato la lacuna della legge dettando i principi fondamentali da seguire in materia.

Volendo seguire l'ordine delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario, è in primo luogo da evidenziare la presenza di tutta una serie di norme in tema di prevenzione sanitaria che hanno il fine di assicurare, negli istituti penitenziari, condizioni ambientali ed igieniche compatibili con il mantenimento dell'integrità fisica. Essendosi ormai consolidato un concetto di salute che non limita il proprio campo visuale alla cura delle malattie ma comprende oltre alla qualità della vita anche la tutela dell'ambiente in cui il soggetto vive⁷⁶, si partirà dunque dall'analisi di tali disposizioni.

⁷⁵ RUOTOLO M., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., p. 146.

⁷⁶ DE FERRARI F., ROMANO C. A., *Sistema penale e tutela della salute*, Milano, 2003, p. 44.

2.5 La tutela preventiva della salute nell'ordinamento penitenziario

Come appena notato, l'adesione ad un concetto ampio di salute implica l'impossibilità di scindere la salute del singolo dall'ambiente di vita nel quale lo stesso espleta la sua personalità⁷⁷. È in questo senso che l'art. 32 Cost. può essere inteso come diritto alla salubrità dell'ambiente, che diviene un bene inerente la persona in quanto direttamente incidente sulla sua integrità psico-fisica⁷⁸. Per questo motivo è ormai pacifico che anche il detenuto, rispetto al luogo di esecuzione della pena, debba essere considerato titolare di un diritto alla salubrità ambientale inteso tanto come tutela contro aggressioni esterne (l'esempio tradizionale è quello di un'industria limitrofa al penitenziario che emani sostanze inquinanti), quanto anche rispetto alle condotte dell'amministrazione penitenziaria⁷⁹.

Il fondamento di tale diritto discende, oltre che dalla Costituzione, da disposizioni dell'ordinamento penitenziario che prevedono una serie di prescrizioni ed accorgimenti organizzativi volti ad assicurare il rispetto delle basilari esigenze di igiene e di condotte di vita. Il gruppo di norme a cui ci si riferisce, definito da taluno come vero e proprio *corpus* volto a garantire il diritto alla salubrità ambientale carceraria⁸⁰, è composto dagli artt. 5-10 ord. penit. ai quali vengono tradizionalmente aggiunti l'ultimo e il penultimo comma dell'art. 11⁸¹, che prevedono l'obbligo di visita, almeno due volte all'anno per istituto, da parte del medico provinciale, ai fini di rilevare le condizioni igieniche e sanitarie e di riferirle agli organi competenti.

⁷⁷ PENNISI A., *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., p. 105.

⁷⁸ Cfr. quanto detto sopra al § 2.1.

⁷⁹ PENNISI A., *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., p. 106.

⁸⁰ FIORENTIN F., MARCHESELLI A., *Il giudice di sorveglianza; la giurisprudenza dei tribunali e dei magistrati di sorveglianza*, Milano 2008, p.5.

⁸¹ Il co. 12 recita "Il medico provinciale visita almeno due volte l'anno gli istituti di prevenzione e di pena allo scopo di accertare lo stato igienico- sanitario, l'adeguatezza delle misure di profilassi contro le malattie infettive disposte dal servizio sanitario penitenziario e le condizioni igieniche e sanitarie dei ristretti negli istituti." Il co. 13 "Il medico provinciale riferisce sulle visite compiute e sui provvedimenti da adottare al ministero della sanità e a quello di grazia e giustizia, informando altresì i competenti uffici regionali e il magistrato di sorveglianza." È da notare che -a seguito della cd. riforma della medicina penitenziaria, come si chiarirà nel prosieguo, - tali funzioni sono ora svolte dai sanitari delle ASL.

2.5.1 Edilizia penitenziaria e tutela della salute

Le prime norme che si devono analizzare sono l'art. 5 e l'art. 6 dell'ord. penit. che, prevedendo alcune norme fondamentali in materia di edilizia penitenziaria, positivizzano l'idea secondo la quale la salute del detenuto è profondamente influenzata dal contesto in cui esso è costretto a scontare la pena.

L'art. 5 (Caratteristiche degli edifici penitenziari) si apre con la fondamentale previsione secondo cui la realizzazione degli istituti penitenziari deve assicurare l'accoglimento di un numero non elevato di detenuti o di internati⁸². Oltre a ciò, per garantire un'esecuzione penale realmente orientata al principio educativo, è precisato che gli spazi interni devono essere adeguatamente diversificati in luoghi dedicati alle attività individuali e locali predisposti alle attività in comune, imprescindibili nell'ottica di risocializzazione del detenuto. Un vero e proprio recupero sociale richiede, infatti, una progettazione degli edifici penitenziari in grado di assicurare strutture e spazi diversificati per il lavoro, per lo studio, per lo sport e per le altre attività ricreative⁸³.

Quanto a questo profilo, è da rilevare che gli istituti penitenziari presenti sul territorio nazionale risultano molto spesso inadeguati a soddisfare tanto le esigenze personali quanto quelle riconnesse alle necessità di reinserimento sociale⁸⁴, essendo la gran parte delle strutture costruite in tempi non recenti e molto spesso non essendo originariamente adibiti a tale scopo⁸⁵.

Con riferimento invece alla limitazione del numero di detenuti per istituto penitenziario, giova notare nuovamente che il problema del sovraffollamento, situazione emergenziale che si perpetra ormai da decenni, rende la capienza regolamentare degli istituti di pena un mero dato sulla carta. Ciò ha chiaramente delle conseguenze profonde sulle condizioni di vivibilità interne agli istituti ed aumenta in maniera esponenziale i

⁸² Il primo comma dell'art. 14 ord. penit. riprende il medesimo principio sancendo che “*Il numero dei detenuti e degli internati negli istituti e nelle sezioni deve essere limitato e, comunque, tale da favorire l'individualizzazione del trattamento.*”

⁸³ CORSO P., *Principi costituzionali e normativa penitenziaria*, in (a cura di) CORSO P., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, cit., p. 10.

⁸⁴ CERAUDO F., *Principi fondamentali di medicina penitenziaria*, Pisa, 1988, p. 11.

⁸⁵ DE FERRARI F., ROMANO C. A., *Sistema penale e tutela della salute*, p. 49 ove si rileva che su circa 250 strutture 138 sono anteriori al 1860, 35 sono stati costruiti dal 1860 al 1900 e circa 60 nella prima metà del secolo scorso. È stato inoltre rilevato che la maggior parte degli istituti sono la testimonianza della tradizionale funzione retributiva della pena (DI GENNARO G., BREDA R., LA GRECA G., *Ordinamento penitenziario e misure alternative*, cit., p. 61), dunque risulta problematico assicurare una funzione rieducativa all'interno di uno spazio che per tale funzione non ha avuto riguardo e che anzi con questa sembra cozzare non poco.

rischi per la salute dei detenuti⁸⁶. Tale situazione - nonostante le reiterate condanne da parte della Corte EDU, che ha evidenziato che il sovraffollamento carcerario molte volte costituisce una violazione dell'art. 3 CEDU - sembra lontana dal trovare una soluzione. A seguito della nota sentenza Torreggiani, infatti, molti sono stati gli sforzi posti in essere per superare quello che è stato definito un "*problema sistemico risultante da un malfunzionamento cronico proprio del sistema penitenziario italiano*"⁸⁷. E, tuttavia, è impossibile non rilevare che, a seguito di una drastica riduzione avvenuta tra il 2013 ed il 2015, il numero di detenuti è nuovamente e velocemente in aumento⁸⁸, a conferma dell'impossibilità di contrastare il fenomeno dell'overcrowding mediante interventi meramente settoriali e privi di organicità.

Le previsioni dell'art. 5 in materia di edilizia sono poi completate con quelle dell'art. 6 ord. penit. e degli artt. 6 e 7 reg. esec. Il primo (Locali di soggiorno e pernottamento) pone una serie di prescrizioni sempre con riferimento ai luoghi ove si svolge la vita detentiva sottolineando come essi debbano essere "*di ampiezza sufficiente, illuminati con luce naturale e artificiale in modo da permettere il lavoro e la lettura; aerati, riscaldati ove le condizioni climatiche lo esigono, e dotati di servizi igienici riservati, decenti e di tipo razionale*". È infine richiesto che detti locali siano tenuti in buono stato di conservazione e di pulizia. Nell'art. 6 reg. esec. troviamo poi delle precisazioni in merito alle condizioni igieniche dei locali, alla luce artificiale, alla necessità di luce e aria naturali e al conseguente divieto di schermature, mentre all'art. 7 si dettano le norme fondamentali in materia di servizi igienici, che devono essere necessariamente separati dalla stanza di pernottamento⁸⁹.

Anche da queste disposizioni emerge, in generale, la centralità dell'aspetto edilizio per la garanzia di una pena conforme ai canoni di umanità. A questo proposito, un profilo appare di particolare interesse: la prescrizione in merito al concetto di *sufficiente ampiezza* dei locali, tematica chiaramente connessa con il problema del

⁸⁶ DE FERRARI F., ROMANO C. A., *Sistema penale e tutela della salute*, cit., p. 447.

⁸⁷ Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani and Others v. Italy*, cit., § 88.

⁸⁸ Come emerge dal XIII Rapporto sulle condizioni di detenzione dell'Associazione Antigone (in www.associazioneantigone.it, 25 maggio 2017) in cui si rileva che il tasso di affollamento ridottosi a fine 2015 al 105% è poi passato al 108,8 % di fine 2016, per arrivare infine al 112, 8 % al 30 aprile 2017, a seguito di un aumento di 1.524 unità nei soli sei mesi precedenti il rilievo statistico.

⁸⁹ A questo proposito è da notare che mentre il dettato della legge sembra essere generalmente rispettato, lo stesso non può dirsi per le prescrizioni del regolamento. Nella realtà, infatti, la maggior parte degli edifici è dotata esclusivamente di docce comuni, accessibili su turnazioni che non sempre assicurano alti standard igienici. (Cfr. RENOLDI C., *Sub art. 6* in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 108).

sovraffollamento a cui si accennava poco sopra. Se nessun parametro specifico sembra esservi con riguardo ai locali comuni e dunque l'adeguatezza della dimensione dovrà essere rapportata al numero di persone contemporaneamente ammesse⁹⁰, per le stanze di pernottamento il discorso è notevolmente più complesso e di rilievo.

Il rispetto di criteri minimi di metratura, come già si rilevava, è infatti richiesto a livello internazionale, tanto dalla Corte EDU quanto dal CPT, che hanno sottolineato innumerevoli volte la centralità dello spazio minimo ai fini della configurazione di violazioni del divieto di trattamenti disumani e degradanti⁹¹.

A livello nazionale, non esistono disposizioni di legge che abbiano il fine di declinare il concetto di sufficienza espresso dall'art. 6 ord. penit., né sono stati fissati per altro tramite dei parametri univoci in grado di riempire di contenuto tale disposizione. È questa la ragione per la quale molto spesso si fa riferimento ai criteri utilizzati dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria (d'ora in poi DAP) ai fini del calcolo della capienza regolamentare che sono stati fatti coincidere, a partire da una circolare del 1988⁹², con i parametri stabiliti dal Ministero della Sanità con riferimento all'altezza minima ed ai requisiti igienico-sanitari dei locali di abitazione⁹³. Gli standard minimi dettati in tale materia per le stanze da letto sono di 9 mq per una persona, 14 mq per due persone nonché ulteriori 5 mq per ogni altro soggetto presente.

Se così considerati, i criteri utilizzati dal DAP sembrano essere maggiormente garantisti rispetto a quelli variamente fissati a livello internazionale ma è da tenere in debito conto che tali standard, oltre ad essere di sovente disattesi nella pratica, sono altrettanto spesso ignorati anche a livello di dichiarazioni. Anzitutto, al concetto di capienza regolamentare è quasi sempre accostato il concetto di capienza tollerabile, calcolata orientativamente nel doppio della prima⁹⁴ con il conseguente dimezzamento della metratura e lo sfioramento dei parametri internazionali. In secondo luogo, è lo

⁹⁰ RENOLDI C., *Sub art. 6* in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 106.

⁹¹ Come si evidenziava al Cap. I.

⁹²La circolare è citata in *www.giustizia.it*. A tali parametri ha fatto altresì riferimento il Ministro della Giustizia Anna Maria Cancellieri, nell'Audizione sulle tematiche oggetto del messaggio del Presidente della Repubblica trasmesso alle Camere il 7 ottobre 2013, in Atti Camera dei Deputati, XVII Legislatura, Commissione II (Giustizia), 17 ottobre 2013, seduta n. 3, resoconto stenografico, pp. 2-3.

⁹³ D. m. 5 luglio 1975: "Modificazioni alle istruzioni ministeriali 20 giugno 1896 relativamente all'altezza minima ed ai requisiti igienico sanitari principali dei locali d'abitazione."

⁹⁴ RENOLDI C., *Sub art. 6* in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 106.

stesso DAP che ha sottolineato che tali criteri non sono considerati vincolanti⁹⁵ e che con due circolari, una del 2009 e una del 2014 ha negato l'esigenza di fissazione di ulteriori standard, vista l'immediata precettività del criterio dei 3 mq stabilito dalla Corte EDU⁹⁶. Ora, se è certo che tale parametro debba essere rispettato, dall'altro lato è impossibile non rilevare la mancanza, anche nella giurisprudenza di Strasburgo, di un orientamento sempre coerente e quindi in grado di fornire indicazioni precise in materia; per tacere il fatto che i criteri minimi, per garantire realmente una detenzione dignitosa e non lesiva della salute del detenuto, dovrebbero forse non essere aprioristicamente stabiliti sulla base di ciò che può essere sanzionato come trattamento disumano e degradante.

Ciò considerato, unitamente all'assenza di giurisprudenza uniforme in materia⁹⁷, provoca non pochi problemi interpretativi che inficiano la possibilità di garanzia effettiva di uno spazio detentivo ispirato al principio di umanità della pena. Il vuoto legislativo, inoltre, ostacola il controllo di legittimità costituzionale, impossibilitando o comunque limitando fortemente il ruolo di garante della Consulta⁹⁸ nell'assicurare un'esecuzione della pena conforme al 27 comma 3 della Costituzione. È quindi da auspicare un intervento legislativo in materia, per porre fine ai contrasti sorti e per garantire maggiore certezza in un ambito incidente in maniera così profonda nella sfera personale del detenuto.

Quanto appena detto fornisce l'occasione per continuare con l'analisi in merito all'art. 6 ord. penit. A questo punto risulta infatti chiaro che la L. 354/75 non prevede

⁹⁵ Il riferimento è al Comunicato stampa del 2 aprile 2014 (Citato in MARIOTTI M., *Ancora sul sovraffollamento carcerario: nel calcolo della superficie della cella è compreso lo spazio del letto? La Cassazione interpreta la giurisprudenza di Strasburgo in modo particolarmente favorevole ai detenuti in www.penalecontemporaneo.it*, 29 marzo 2017, nota 23).

⁹⁶ PUGIOTTO A., *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, fasc. 3, p. 1209.

⁹⁷ L'indirizzo altalenante nell'ambito nazionale deriva anche dalle non sempre univoche prese di posizione a livello internazionale, su cui § 1.6.3. Un problema connesso e di altrettanta rilevanza è quello concernente la questione delle modalità di computo dello spazio detentivo, questione sulla quale si registra un altrettanto contrastante giurisprudenza. (per *amplius* si veda MARIOTTI M., *Ancora sul sovraffollamento carcerario: nel calcolo della superficie della cella è compreso lo spazio del letto? cit., passim*). In particolare, come si vedrà nel prosieguo, il problema è connesso alla possibilità o meno di scomputo dalla metratura della cella degli spazi occupati dal mobilio fisso. Anche in questo caso la questione non è di poco conto, essendo sempre connessa alla configurazione o meno di trattamenti disumani e degradanti ed incidendo, a seguito dell'introduzione dei rimedi cd. post Torreggiani (35 *bis* e 35 *ter* dell'ord. penit.), anche sulla possibilità di tutela effettiva in caso di ipotesi di violazione dell'art. 3 CEDU. L'argomento verrà affrontato ampiamente al § 3.6.2.

⁹⁸ PUGIOTTO A., *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, *cit.*, p. 1209.

tassativamente che a ciascun detenuto sia garantita una stanza privata, ma dispone che le camere siano dotate di uno o più posti⁹⁹, in ciò discostandosi dagli storici modelli architettonici che prevedevano il rigido criterio di un detenuto per cella¹⁰⁰.

Discorso differente, almeno in linea teorica, vale per l'imputato, per il quale l'art. 6 prevede la camera ad un posto, salvo situazioni di impossibilità dell'istituto. A ben vedere, tale previsione risulta essere non completamente conforme alle Regole penitenziarie europee e alle Regole minime dell'ONU¹⁰¹ che, pur aprendo alla possibilità di stanze multiple, esprimono preferenza per la sistemazione individuale tanto per gli imputati quanto per i condannati. Rispetto a questo profilo, è però da rilevare che la scelta nazionale può essere letta anche nel senso di "*venire incontro alle esigenze psicologiche dei soggetti*"¹⁰², tenuto anche conto degli effetti deleteri che l'isolamento può avere sulla psiche del soggetto. In generale, la situazione ideale sarebbe quella in cui la scelta tra la sistemazione collettiva o individuale sia effettuata sulla base delle esigenze del singolo detenuto e non sia dettata unicamente da ragioni strutturali ed organizzative¹⁰³.

L'articolo 6 reg. esec., accanto ai doveri dell'amministrazione di tutelare la salute dei detenuti attraverso mezzi di prevenzione, pone poi degli obblighi di collaborazione¹⁰⁴ a carico dei detenuti, ai quali è demandata la pulizia delle stanze e dei servizi igienici, con la precisazione che tale attività è richiesta solo in caso di "*condizioni fisiche e psichiche che lo consentano*"¹⁰⁵.

⁹⁹ Si precisa, inoltre, che particolare cura deve essere impiegata per selezionare i detenuti da collocare nella medesima cella. Tale previsione è poi completata da quella del 14 ord. penit., rubricato "*Assegnazione, raggruppamento e categorie dei detenuti e degli internati*".

¹⁰⁰ DI GENNARO G., BREDA R., LA GRECA G., *Ordinamento penitenziario e misure alternative, cit.*, p. 69.

¹⁰¹ Cfr. Regola 18. 5 per le Regole penitenziarie europee e Regola 12 delle Mandela Rules. Questo risulta essere l'unico profilo fondamentale in cui il nostro ordinamento si discosta dalle regole internazionali per quanto concerne la materia di edilizia penitenziaria. Per il resto la disciplina nazionale è quasi integralmente mutuata dalle previsioni internazionali. A questo proposito si vedano gli artt. 17-18 delle Regole penitenziarie europee e le Rules 12-17 per quanto concerne il documento ONU.

¹⁰² DI GENNARO G., BREDA R., LA GRECA G., *Ordinamento penitenziario e misure alternative, cit.*, p. 69.

¹⁰³ A questo proposito sembra opportuno citare una decisione della Corte EDU che ha sottolineato che in situazioni di particolare delicatezza (nel caso si trattava di un soggetto con problemi di incontinenza) può essere necessario collocare il detenuto in una stanza individuale. Corte EDU, 22 aprile 2014, *G.C. v. Italy*, ric. n. 73869/10.

¹⁰⁴ A pena di sanzione disciplinare ex 77 comma 1 n.1 reg. esec.

¹⁰⁵ In caso contrario l'amministrazione si avvale dell'opera retribuita di altri detenuti, ugualmente a quanto avviene per quanto concerne le pulizie degli spazi comuni.

Un ultimo profilo che merita di essere affrontato, vista la sua attinenza al bene salute, è il problema connesso al tabagismo, a proposito del quale l'art. 6 reg. esec. prevede la predisposizione di reparti per non fumatori, ove le condizioni logistiche lo consentano.

Questa norma, che si pone in contrasto a quella sottesa al divieto generale di fumo nei locali (L.16 gennaio 2003 n.3, art. 51), prende atto della difficoltà (per non dire impossibilità) di estendere tale divieto alla popolazione penitenziaria¹⁰⁶, per la quale molto spesso il fumo è “*l'ultimo gesto di libertà*”¹⁰⁷. Se pare quasi irragionevole estendere una simile regola in un luogo ove i soggetti risiedono non per loro volontà, dall'altro lato vengono ugualmente in rilievo le esigenze dei detenuti non fumatori, esposti quotidianamente al fumo passivo, costretti a vivere in uno spazio detentivo poco salubre¹⁰⁸. Detto problema è di rilevanza estrema, viste le altissime percentuali di detenuti fumatori¹⁰⁹ e le ovvie limitazioni alla concreta possibilità di separazione tra fumatori e non fumatori¹¹⁰, aggravate anche queste dal sovraffollamento. Ma, se il bilanciamento tra le opposte esigenze di questi due “gruppi” di detenuti è molto delicato, è, però, in ogni caso necessario tenere a mente l'esigenza primaria di tutela dell'integrità fisica del detenuto, quantomeno nell'ottica di aumentare gli sforzi volti a superare le limitazioni logistiche che non permettono una diversificazione effettiva¹¹¹ o al fine di individuare un migliore approccio di riduzione del danno.

¹⁰⁶ RENOLDI C., *Sub art. 6* in (a cura di) GREVI V., GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 109.

¹⁰⁷ CERAUDO F., *Tabagismo e fumo passivo in carcere*, in *www.ristretti.it*, 26 settembre 2013.

¹⁰⁸ A questo proposito si ricorda la pronuncia della Corte di Strasburgo con la quale la Romania è stata condannata per violazione dell'art. 3 CEDU in un caso di soggetto sottoposto al fumo passivo. Vale la pena precisare che l'elemento del fumo non è stato l'unico ad essere preso in considerazione dalla Corte, che si è basata anche su ulteriori elementi (es. l'alimentazione) per sanzionare la condotta della Stato. Cfr. Corte EDU, 14 settembre 2010, *Florea v. Romania, cit.*, ripresa al § 1.6.3.

¹⁰⁹ Nel contributo di Ceraudo sopracitato si riprendono delle percentuali dell'Azienda Regionale Sanitaria Toscana che si riportano, in assenza in dati più recenti, al fine di dare un'idea della problematica: il tasso di fumatori all'interno degli istituti penitenziari toscani risultava essere del 70,2% mentre quello esterno al carcere era del 22,3%, con un distacco dunque di quasi 50 punti percentuali. (CERAUDO F., *Tabagismo e fumo passivo in carcere, cit.*)

¹¹⁰ Come emerge anche da una circolare del DAP del 2004.

¹¹¹ Tale problema è considerato anche nel Documento finale degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale che al § 5.5 (Integrità psico-fisica e spazio della pena) auspica che “*gli spazi della pena siano puliti, esenti, se chiusi, dal rischio di fumo passivo*”.

2.5.2 Igiene e tutela della salute

Come è già emerso dagli articoli finora esaminati, l'igiene riveste un ruolo assolutamente fondamentale per la tutela della salute all'interno degli istituti penitenziari. Oltre a realizzare la dignità della persona detenuta e concretizzare il principio di umanizzazione della pena¹¹², il rispetto di standard igienici è la premessa imprescindibile per la garanzia di condizioni detentive non lesive della salute dei ristretti. Per questo motivo, nell'ordinamento penitenziario e nel regolamento esecutivo sono chiarite le modalità attraverso le quali l'igiene deve essere assicurata sia con riferimento agli spazi, come si diceva sopra, sia con riferimento al vestiario e al corredo¹¹³ e, ultimo ma non meno importante, con riguardo alla persona.

Quanto al vestiario, biancheria ed effetti d'uso (cd. corredo), l'art. 7 ord. penit. prevede che sia l'amministrazione a fornirli ai detenuti, in quantità e qualità tale da soddisfare le normali esigenze di vita; dette esigenze, come precisa l'art. 9 comma 2 reg. esec. devono essere rapportate alle stagioni, alle condizioni climatiche e alla zona in cui è ubicato l'istituto, comunque assicurandone sempre buone condizioni di pulizia e conservazione. Di tali oggetti viene stabilita la qualità mediante tabelle stabilite con decreto ministeriale, mentre in caso particolari bisogni del soggetto, è il sanitario dell'istituto che ne può disporre la variazione rispetto a quanto previsto in via ordinaria¹¹⁴. Posta unicamente a tutela dell'incolumità della persona, questa disposizione rende possibile, ad esempio, la sottrazione o la sostituzione di oggetti (cintura, lacci delle scarpe, lenzuola) nel caso in cui il sanitario rilevi la possibilità di gesti autolesionistici o anticonservativi¹¹⁵.

Sebbene l'art. 7 ord. penit. continui prevedendo l'assegnazione di abiti a tinta unita e di foggia decorosa¹¹⁶ e consentendo unicamente agli imputati e ai condannati a pena inferiore ad un anno l'utilizzo di vestiario personale, è da rilevare che nella prassi tale norma è ormai in desuetudine. È infatti riconosciuta a tutti i detenuti la possibilità di

¹¹² Come sottolineato in moltissime sentenze della Corte di Strasburgo. Cfr. *ex multis* Corte EDU, 7 dicembre 2010, *Porumb v. Romania*, cit.; Corte EDU, 16 dicembre 2010, *Kozhoar v. Russia*, cit.

¹¹³ Per le medesime regole a livello di Consiglio d'Europa si vedano le Regole 22-24, mentre per quelle dell'ONU si vedano le Rules 19-21.

¹¹⁴ Rispettivamente co. 1 e co. 5 del Regolamento.

¹¹⁵ RENOLDI C., *Sub art. 7*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 111.

¹¹⁶ In chiara opposizione alla tradizionale divisa a strisce, simbolo per eccellenza del detenuto.

indossare abiti di loro proprietà, per evitare l'eccessiva spersonalizzazione conseguente all'utilizzo forzato di capi associati, nel immaginario comune, allo stigma sociale. Da un punto di vista psicologico, inoltre, l'uso del proprio vestiario costituisce un importantissimo fattore di conservazione dell'identità personale¹¹⁷.

La medesima *ratio* di mantenimento dell'identità personale è anche alla base della previsione che permette di far uso di oggetti e di corredo di proprietà qualora questi abbiano particolare valore affettivo o morale (7 co. 4) che è subordinata al non consistente valore economico degli stessi e alla compatibilità di questi con l'ordinato svolgimento della vita nell'istituto (10 co.3 reg. esec.)¹¹⁸.

In materia di igiene della persona, l'art. 8 ord. penit. prevede, al primo comma, che l'amministrazione debba assicurare *“l'uso adeguato e sufficiente di lavabi e di bagni o docce, nonché degli altri oggetti necessari alla cura e alla pulizia della persona”*¹¹⁹. Anche in questo caso, l'utilizzo di concetti flessibili ed ambigui come quello di adeguatezza e sufficienza non permette di derivare dalla lettera della legge precise prescrizioni in materia. D'altra parte, in questo caso soccorre la già citata previsione regolamentare dell'art. 7, che anche in ossequio all'art. 19 delle Regole penitenziarie europee¹²⁰, oltre all'obbligo di separazione del vano camera da quello dei servizi, richiede altresì la disponibilità di acqua corrente, fredda e calda, di docce e di lavabo nonché di bidet nelle sezioni femminili¹²¹.

Sempre al doppio scopo di tutela della salute e di salvaguardia della dignità del recluso, è inoltre prevista l'istituzione di alcuni servizi di carattere periodico, come il

¹¹⁷Gli effetti del divieto di indossare i propri vestiti e gli altri oggetti personali sono stati sottolineati in numerosissimi contributi. Cfr. RENOLDI C., *Sub art. 6* in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 111-112, che cita, a titolo esemplificativo, RICCI A., SALIERNO G., *Il carcere in Italia*, Torino, 1971 e l'importantissimo GOFFMAN E., *Asylums*, Torino, 1961.

¹¹⁸ Il limite è posto al fine di evitare che gli oggetti possano essere utilizzati come merce di scambio o come mezzi di corruzione.

¹¹⁹ In particolare, la possibilità di avere oggetti dedicati alla cura della persona risulta essere di importanza fondamentale per le detenute donne, che come è stato notato è un vero e proprio *“strumento di resistenza alla spersonalizzazione e di conservazione della propria femminilità all'interno di un contesto creato secondo codici e modelli maschili.”* RENOLDI C., *Sub art. 8*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 113.

¹²⁰ Medesime previsioni le troviamo agli artt. 15 -18 delle Mandela Rules.

¹²¹ Come già detto, questa disposizione è nella realtà rimasta sostanzialmente inattuata, sia per quanto riguarda la separazione sia per quanto riguarda la libertà di accesso ai servizi. La situazione è stata rilevata anche dalla *Commissione di studio in tema di interventi in materia penitenziaria*, cd. Commissione Palma, che ha osservato che le limitazioni orarie possono riguardare unicamente l'erogazione dell'acqua calda, che è rimessa alla potestà organizzativa dell'amministrazione (ex 8 co.4 reg. esec.) Cfr. RENOLDI C., *Sub art. 8*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 113.

taglio della barba e dei capelli; l'utilizzo del termine servizi si pone volutamente in contrasto con la prassi precostituzionale dell'imposizione di detti momenti dell'igiene personale a scopi, molto spesso, di umiliazione¹²². La precisazione dalla natura sostanzialmente regolamentare circa la possibilità dell'uso dei rasoi elettrici con cui si conclude il co. 2 dell'art. 8, si spiega con l'esigenza di evitare l'utilizzo improprio dei normali rasoi a fini autolesionistici o comunque violenti. È, però, da notare che una circolare ministeriale ha consentito l'uso dei cd. rasoi di sicurezza, sancendo altresì, l'esigenza di fornirli a coloro i quali non abbiano fondi disponibili per acquistarli autonomamente¹²³.

In riflesso agli obblighi dell'amministrazione di garanzia dell'igiene, l'ordinamento penitenziario pone poi specifici obblighi di igiene personale anche a carico del detenuto, chiedendo a quest'ultimo, come nel caso di pulizia della stanza, una collaborazione attiva¹²⁴.

Gli obblighi che discendono dall'aspetto, per così dire, "collettivo" del diritto alla salute (preventiva) sono volti a limitare le determinazioni del singolo che potrebbero incidere negativamente sugli interessi igienico-sanitari della collettività carceraria¹²⁵. Ed è proprio per questo che l'art. 8 (co. 3) ord. penit. e l'art. 8 (co. 5) reg. esec. prevedono la possibilità di imposizione rispettivamente del taglio dei capelli e della barba l'uno, e della doccia l'altro, esclusivamente per ragioni igienico-sanitarie. Da un lato dunque, come si evidenziava sopra, si vuole evitare qualsiasi occasione per trasformare tali momenti in attività depersonalizzanti, dall'altro lato, in situazioni specifiche, nel bilanciamento tra volontà individuale e volontà collettiva deve essere quest'ultima a prevalere.

Per concludere il discorso in materia di igiene, è da evidenziare che, congiuntamente al (e in gran parte per via del) sovraffollamento, la questione igienica è, una delle principali problematiche degli istituti penitenziari italiani che si riverbera, in particolar modo, sulla possibilità di diffusione di malattie infettive, come l'HIV, l'epatite B, l'epatite C e la tubercolosi.

¹²² DI GENNARO G., BREDA R., LA GRECA G., *Ordinamento penitenziario e misure alternative*, cit., p. 73.

¹²³ Circ. min. 12 dicembre 1987, n. 696229.1/3.

¹²⁴ Anche in questo caso, a presidio dell'obbligo, è prevista la sanzione disciplinare ex 77 co.1 n.1 reg. esec.

¹²⁵ E quindi si ricollegano a quanto si diceva in merito alla possibilità di autodeterminazione del singolo nel caso in cui questa possa avere effetti dannosi sulla salute dei terzi (cfr. § 2.1.1)

Questa vera e propria emergenza¹²⁶ richiede un'attenzione particolare, per evitare quello che allo stato dei fatti è uno dei maggiori ostacoli tanto per la garanzia del diritto alla salute quanto in generale per un'esecuzione della pena dignitosa.

2.5.3 Alimentazione e tutela della salute

L'alimentazione, così come l'igiene, è tradizionalmente una delle tematiche più problematiche all'interno delle carceri e per questa ragione è stata uno dei principali oggetti delle critiche che sono state mosse nel tempo a tale istituzione¹²⁷. Il cibo è uno degli strumenti in grado di condizionare maggiormente la percezione dei detenuti circa l'attenzione e la correttezza dell'amministrazione penitenziaria nei loro confronti.¹²⁸ Inoltre, in passato, il regime alimentare era spesso utilizzato come strumento di ulteriore afflizione, tanto che il cd. trattamento a pane e acqua era una delle sanzioni disciplinari fondamentali¹²⁹.

L'ordinamento penitenziario del 1975 si pone in netto contrasto con tale visione, ponendo invece a carico dell'amministrazione penitenziaria un vero e proprio obbligo alimentare¹³⁰, diretto corollario del diritto alla salute¹³¹. L'art. 9 ord. penit., inoltre, prevede espressamente che debba essere garantita un'alimentazione “*sana e sufficiente, adeguata all'età, al sesso, allo stato di salute, al lavoro, alla stagione, al clima*” recependo così le previsioni delle Regole penitenziarie europee.

Per la verità, se confrontate con le rispettive norme internazionali¹³², un profilo sembra essere assente nella normativa nazionale, laddove non è prevista la variabile della cultura e della religione come parametro del quale l'amministrazione deve tenere conto. Tale lacuna non è di poco conto se si considera da un lato l'altissima percentuale di detenuti stranieri negli istituti e, dall'altro, la giurisprudenza univoca della Corte EDU, che non ha esitato a riconoscere nella mancata garanzia di cibo compatibile con la

¹²⁶ BELLANTONI G., *Il trattamento dei condannati*, in (a cura di) CORSO P., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, cit., p. 103.

¹²⁷ DI GENNARO G., BREDA R., LA GRECA G., *Ordinamento penitenziario e misure alternative*, cit., p. 74.

¹²⁸ DE FERRARI F., ROMANO C. A., *Sistema penale e tutela della salute*, p. 51.

¹²⁹ Consentita anche dal Regolamento del 1931 (cfr. artt. 153 e 154).

¹³⁰ Il regolamento specifica che i pasti garantiti devono essere almeno tre (quattro per i minorenni) e ne fissa altresì la cadenza temporale (cfr. art. 11 reg. esec. co. 1, 2, 3).

¹³¹ Oltre all'obbligo di garanzia di acqua potabile, che deve essere accessibile in ogni momento (art. 9 co. 3 ord. penit.).

¹³² Art. 22 delle Regole europee e art. 22 delle Regole dell'ONU.

propria religione una violazione della Convenzione¹³³.L'unico riferimento a tale questione è contenuta nel regolamento che, all'art. 11. co 4, richiede di tener conto delle prescrizioni delle fedi religiose, aggiungendo però la formula del “*in quanto possibile*”. Il margine di discrezionalità che viene in questo modo aperto sembra essere in contrasto con le pronunce della Corte EDU e pertanto, in virtù della giurisprudenza sopradetta, deve considerarsi vigente un obbligo a carico dell'amministrazione di predisporre un'alimentazione diversificata qualora la fede di appartenenza del detenuto lo richieda¹³⁴ e ciò, senza poter addurre giustificazioni organizzative per negare tale diritto.

Aldilà di questa precisazione, i parametri dettati dalla legge ed espressi dalle parole “sana”, “sufficiente” ed “adeguata” risultano, come si evidenziava in merito all'edilizia e all'igiene, abbastanza ambigui e necessitano di specificazione ulteriore. Proprio al fine di vincolare tale importantissimo obbligo a carico dell'amministrazione, è quindi previsto, al 9 co. 4, che la quantità e la qualità del vitto giornaliero sia precisata da apposite tabelle approvate con decreto ministeriale¹³⁵, le cd. tabelle vittuarie.

Definite “*la garanzia minima di tutela della salute del detenuto*”¹³⁶ ed aggiornate almeno ogni cinque anni, dette tabelle diversificano il trattamento alimentare a seconda dello stato di salute del soggetto, prevedendo regimi alimentari specifici, ad esempio in caso di detenuti tubercolotici o diabetici o ancora per i detenuti in infermeria. Sempre per motivi medici, può poi essere disposta dal sanitario una modifica della dieta riguardante il singolo soggetto, con il limite del rispetto del costo previsto ordinariamente dalle tabelle, salvo i casi di eccezionale gravità¹³⁷.

¹³³ Si vedano a questo proposito Corte EDU, 7 dicembre 2010, *Jakobski v. Polonia*, ric. n. 18429/06 e Corte EDU, 17 dicembre 2013, *Vartic v. Romania (n. 2)* ric. n. 14150/08. Per una sentenza nazionale in materia si veda Cass. pen., Sez. I, sent. n. 41474, 25 settembre 2013 (dep. 7 ottobre 2013). In realtà, la Suprema Corte in tale sentenza non ha preso direttamente in considerazione il merito del profilo in esame, essendo il punto di diritto connesso alla procedura da seguire nel caso di reclamo per violazione di un diritto del detenuto. In ogni caso, il diritto in questione era quello relativo alla possibilità per il detenuto in regime di 41 *bis* di richiedere un'alimentazione vegetariana e l'ingresso di maestro buddhista zen.

¹³⁴ RENOLDI C., *Sub art. 9*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, *cit.*, p. 115.

¹³⁵ Nella realtà, è ormai invalsa la prassi di modificare le tabelle con circolare del capo del DAP. È stato notato che tale prassi risulta essere maggiormente idonea da un lato per via della rilevanza del bene salute e, dall'altro, per via del riassetto di competenze tra Ministro e capo dipartimento operata dal d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165. (Cfr. VITELLO F., *Sub art. 9*, in GREVI V., GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, IV edizione, Padova, 2011 pp. 122-123).

¹³⁶ FIORENTIN F., *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione: normativa e giurisprudenza ragionata*, Milano, 2013, p. 224.

¹³⁷ Circ. min. 7 aprile 1988, n. 686040. Tale obbligo è inoltre evidenziato dalle Regole penitenziarie europee all'art. 22. 6.

Una previsione rilevante in merito alle tabelle vittuarie è poi quella secondo cui l'approvazione di queste è subordinata al parere obbligatorio e vincolante dell'Istituto Superiore della Nutrizione (sempre all'11 co. 4 reg. esec.). Come è stato notato nella vigenza del precedente regolamento, infatti, vi è una forte necessità che la scienza dell'alimentazione si interessi all'alimentazione dei detenuti ponendo criteri alimentari *ad hoc*, visti anche gli effetti negativi della detenzione sui processi dell'assimilazione e del metabolismo¹³⁸.

Un'ulteriore garanzia dell'adeguatezza dell'alimentazione riservata ai detenuti è la previsione circa il potere di controllo sull'applicazione delle tabelle e sulla preparazione del vitto, riconosciuto ad una rappresentanza di detenuti designata mensilmente per sorteggio (art. 9 co.6 ord. pen e 12 reg. esec.¹³⁹). Grazie a questo importante momento di "*democratizzazione dell'istituzione penitenziaria*"¹⁴⁰, il legislatore ha inteso predisporre, in linea di continuità con una circolare antecedente la riforma penitenziaria¹⁴¹, un diretto coinvolgimento degli interessati ai fini di limitare il rifiuto del vitto, fatto che si verifica assai spesso¹⁴².

L'art. 9 ord. penit. prevede poi che, di regola, i pasti siano consumati in locali a ciò adibiti (comma 2), manifestando l'esigenza di evitare la consumazione del cibo nei locali di pernottamento. Questa disposizione, dettata per non privare i soggetti di un momento di socialità fondamentale ma anche per il rispetto di fondamentali regole igieniche, è nella pratica inattuata in gran parte degli istituti nazionali¹⁴³, ove vi è molto

¹³⁸ DI GENNARO G., BREDA R., LA GRECA G., *Ordinamento penitenziario e misure alternative*, cit., p. 75.

¹³⁹ L'art. 12 prevede che tale rappresentanza sia composta da tre soggetti per cucina (co.1 e 2). Inoltre, stante la mancata previsione di una retribuzione per tale mansione, è prevista la possibilità di usufruire di permessi dal lavoro e dalla scuola (co.4)

¹⁴⁰DI GENNARO G., BREDA R., LA GRECA G., *Ordinamento penitenziario e misure alternative*, cit., p. 76.

¹⁴¹ Circ. min. 14 maggio 1969, n.1808/4266.

¹⁴² Questo meccanismo se di certo aiuta a superare tale problema non è in ogni caso risolutivo. È infatti stato rilevato che il mancato rispetto delle regole derivanti dalle tabelle continua ad essere un problema concreto, forse dettato dalle scarse competenze tecniche dei sorteggiati o forse per via delle limitatissime risorse. Cfr. *Relazione al Ministro di Giustizia sugli interventi in atto e gli interventi da programmare a breve e medio termine* (d'ora in avanti *Relazione finale*) della Commissione Palma in www.ristretti.it.

¹⁴³ Un'apertura in tal senso è prevista al co. 7 dell'art. 13 che prevede la possibilità per il regolamento interno di autorizzare la cottura di generi alimentari all'interno delle celle, a ciò è però aggiunto che tale attività non deve avere carattere di continuità.

spesso anche un problema di individuazione, all'interno delle celle, di superfici di appoggio idonee alla consumazione del pasto¹⁴⁴.

A ben vedere, se la predisposizione di un servizio mensa¹⁴⁵ con spazi dedicati alla consumazione degli alimenti risponde alle esigenze sopradette, vi è al contempo un ulteriore fattore da tenere in considerazione. Non può infatti essere negato che la possibilità di preparare personalmente cibi e bevande abbia un preciso significato psicologico¹⁴⁶, riducendo il senso di dipendenza provato dal detenuto nei confronti dell'amministrazione penitenziaria. Anche per questo motivo deve essere valutata positivamente la possibilità, concessa al 13 comma 4 reg. esec., di utilizzo dei fornelli nelle stanze per riscaldare liquidi e cibi già cotti e per la preparazione di bevande e cibi di facile e rapido approntamento. È chiaro però, che tale previsione non dovrebbe essere sfruttata per evitare l'approvvigionamento da parte dell'amministrazione penitenziaria, emergendo dal dato regolamentare una possibilità cumulativa e non alternativa rispetto all'obbligo dell'amministrazione penitenziaria.

Inoltre, è ugualmente da sottolineare che tali fornelli, dalle caratteristiche di spesso non adeguate per la preparazione di cibi per più di una persona, si rilevano talvolta essere un serio pericolo per l'incolumità dei detenuti. Oltre alla pericolosità insita nelle caratteristiche tecniche dei fornelli, il problema maggiore è però quello connesso all'inalazione volontaria del gas racchiuso nelle bombolette, utilizzato tanto come surrogato di sostanze stupefacenti quanto come metodo per realizzare intenti suicidari. Entrambe queste pratiche sono, infatti, le principali cause di decesso in carcere¹⁴⁷.

L'accesso ai generi alimentari è poi assicurato attraverso due ulteriori modalità: l'acquisto a proprie spese (cd. sopravvitto) e la ricezione di "pacchi" dall'esterno¹⁴⁸.

¹⁴⁴ RENOLDI C., *Sub art. 9*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 117.

¹⁴⁵ Per quanto concerne il servizio di vettovagliamento, questo può essere organizzato "in economia" (quindi gestito dall'Amministrazione) ovvero dato in appalto. La legge (art. 9 co. 5 ord. pen. e art. 13 co. 6) esprime una preferenza per la prima modalità, disponendo che la mancata adozione della gestione diretta debba essere "*specificatamente ed adeguatamente motivata*". Nella realtà però l'appalto esterno è la modalità maggiormente presente negli istituti nazionali.

¹⁴⁶ DI GENNARO G., BREDA R., LA GRECA G., *Ordinamento penitenziario e misure alternative*, cit., p. 76.

¹⁴⁷ RENOLDI C., *Sub art. 9*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 117.

¹⁴⁸ Entrambi questi strumenti sono utilizzati con il fine di ottenere, oltre per l'appunto generi alimentari, anche oggetti per la cura della persona e per l'espletamento delle attività trattamentali, culturali, ricreative e sportive. Tali categorie merceologiche, dettate invero solo con riferimento allo spaccio, sono state estese

Quanto al cd. sopravvitto¹⁴⁹, la legge precisa che, a prescindere dalla scelta di gestione diretta o di gestione attraverso un'impresa esterna (cd. di mantenimento) deve essere assicurato il mantenimento di prezzi non superiori a quelli correnti all'esterno (art. 9 co.7 ord penit.)¹⁵⁰. Per quanto concerne i cd. pacchi, invece, riconosciuto il loro valore quale strumento essenziale di contatto con l'esterno, sono però previsti limiti quantitativi di fonte regolamentare¹⁵¹.

Con specifico riferimento ai generi alimentari, poi, sono dettate specifiche limitazioni, che valgono sia con riguardo all'acquisto presso lo spaccio sia con riguardo alla ricezione per tramite dei pacchi. È previsto anzitutto che i generi vittuari accumulati non possano superare il fabbisogno settimanale di una persona¹⁵² (co. 8 e 9, art. 14 reg. esec.) e, in secondo luogo, che si debba trattare di alimenti di consumo comune (art.14. , co 6 reg. esec.). L'ovvia esclusione di articoli "di lusso", che vale in generale per ogni oggetto acquistato e ricevuto, risponde ad una duplice *ratio*: anzitutto evitare disparità tra i detenuti ed ostacolare l'utilizzo di tali beni come merci di scambio ed in secondo luogo impedire che attraverso beni costosi si creino sfere di influenza all'interno degli istituti¹⁵³.

Infine, vista la necessità di controllo dei pacchi, volta ad evitare l'introduzione di oggetti pericolosi o di sostanze stupefacenti, è previsto che gli alimenti debbano avere natura e confezionamento tali da assicurare la possibilità di ispezione senza manomissione (sempre al co. 6, art. 14).

Un altro limite, che opera con specifico fine di tutela della salute è quello concernente la possibilità di ottenere bevande alcoliche. Mentre è assolutamente vietata

anche ai pacchi attraverso una circolare interpretativa (circ. min. 16 febbraio 2001 n. 3540/5990). Il 14 co. 1 reg esec. rinvia al regolamento interno per la concreta individuazione degli oggetti consentiti.

¹⁴⁹ Vale precisare che non necessariamente il cd. spaccio ha natura "fisica", in assenza di locali all'uopo adibiti, infatti, le richieste sono raccolte e successivamente gli oggetti richiesti sono consegnati al detenuto. Cfr. DI GENNARO G., BREDA R., LA GRECA G., *Ordinamento penitenziario e misure alternative, cit.*, p. 77.

¹⁵⁰ Al fine di controllo dei prezzi applicati e della qualità della merce, è previsto, anche in questo caso, il meccanismo della rappresentanza dei detenuti (integrata in questa ipotesi da un delegato del direttore scelto tra il personale civile, art. 9, co.7, ord. penit.).

¹⁵¹ Nel vigore del precedente regolamento esecutivo non essendo previsti limiti, questi erano stabiliti attraverso lo strumento della circolare. Tale strumento permetteva nella pratica un'ampia discrezionalità all'amministrazione, che con il nuovo regolamento si è voluta vincolare per evitare un'eccessiva compressione del diritto in questione. Ora il quantitativo massimo è di quattro pacchi al mese che cumulativamente non possono superare i 20 kilogrammi (art. 14 co. 3).

¹⁵² Le limitazioni non valgono nel caso di merci destinate alle detenute madri con prole per il fabbisogno del bambino (art. 14 co. 10, reg. esec.).

¹⁵³ VITELLO F., *Sub art. 9*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 127.

la ricezione di tali bevande attraverso i pacchi, ne è però possibile l'acquisto presso lo spaccio, ma sono al contempo previsti il divieto di accumulo e precise limitazioni quanto al consumo giornaliero (art.14 co. 3) ¹⁵⁴.

2.5.4 Permanenza all'aperto e tutela della salute

Un ulteriore ribaltamento di prospettiva operato dalla riforma penitenziaria del 1975 si è avuto con riferimento alle cd. ore d'aria, momento saliente della vita penitenziaria in cui si esprime l'esigenza di umanizzazione della pena¹⁵⁵ attraverso la giusta considerazione delle esigenze fisiche e psichiche dei detenuti. Mentre la concezione tradizionale rendeva possibile l'uscita dalla cella al solo fine di passeggiare in file ordinate ed in silenzio¹⁵⁶, il legislatore del '75 ha manifestato la necessità di considerare il valore trattamentale insito in tale momento ed eliminata, anche a livello terminologico, l'idea della "passeggiata forzata"¹⁵⁷ ha inteso riconoscere al detenuto un preciso diritto di natura incompressibile di "permanenza all'aperto".

Così all'art. 10 ord. penit. troviamo la disposizione secondo cui al detenuto deve essere riconosciuta la possibilità di trascorrere all'aperto almeno due ore al giorno, dimezzabili solo ove sussistano motivi eccezionali¹⁵⁸. La previsione di un tempo minimo, che può ovviamente essere esteso attraverso il regolamento interno, è la riconferma dell'irrinunciabilità di tale momento ed è da notare che tale limite minimo è superiore rispetto a quello richiesto in sede internazionale che è fissato ad un'ora tanto dalle Regole penitenziarie europee quanto dalle Regole minime dell'ONU¹⁵⁹. Al comma 2 dell'art. 10 è poi previsto che, ove possibile, detto tempo sia dedicato ad esercizi

¹⁵⁴ In particolare il consumo consentito è di mezzo litro in caso di vino (gradazione massima non superiore a dodici gradi alcolici) e di un litro in caso di birra.

¹⁵⁵ VITELLO F., *Sub art. 9*, in (a cura di) GREVI V., GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 131.

¹⁵⁶ DI GENNARO G., BREDA R., LA GRECA G., *Ordinamento penitenziario e misure alternative*, cit., p. 78.

¹⁵⁷ Come ben rappresentato dal celebre dipinto di Vincent Van Gogh conosciuto come "La ronda dei carcerati". Detta immagine fortemente evocativa è ripresa da VERRINA D., *Sub art. 10*, in (a cura di) GREVI V., GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 121.

¹⁵⁸ L'art. 16 co. 3 chiarisce che la diminuzione della permanenza esterna a non meno di un'ora deve essere limitata a tempi brevi e che deve essere disposta con provvedimento motivato del direttore dell'istituto, provvedimento che deve essere comunicato al provveditore regionale e al Magistrato di Sorveglianza.

¹⁵⁹ Rispettivamente agli artt. 27.2 e 23.1.

fisici, con l'evidente obiettivo di limitare i danni fisici derivanti da una vita particolarmente sedentaria come quella che si svolge in carcere.

Oltre alla *ratio* di tutela delle necessità di movimento del detenuto, la garanzia di un tempo trascorso in un luogo in cui minore è la deprivazione sensoriale¹⁶⁰ risponde alla *ratio* di tutela delle necessità psicologiche dei soggetti ristretti ed inoltre permette il perseguimento delle esigenze di risocializzazione in un contesto diverso rispetto a quello ordinario. Tale esigenza di risocializzazione è chiarita attraverso la previsione del secondo comma dell'art. 10 che dispone che la permanenza esterna avvenga in gruppi, tranne in casi tassativamente determinati¹⁶¹.

Il doppio beneficio che deriva al detenuto dalla permanenza all'esterno in termini di socialità e di tutela della salute è altresì chiarito dalla previsione regolamentare dell'art.16 comma 2 che stabilisce che l'adeguatezza del tempo trascorso all'esterno venga valutata anche alla stregua delle valutazioni del servizio sanitario e psicologico, vista la sua natura tanto trattamentale¹⁶² quanto di "*strumento di contenimento degli effetti negativi della privazione della libertà personale*". I riflessi della restrizione della libertà, infatti, si notano quasi sempre a livello individuale nel campo, per l'appunto, sanitario e psicologico¹⁶³. Ed è dunque per questa ragione che le valutazioni circa i tempi e le modalità di permanenza all'esterno dovrebbero, anche in virtù del principio di individualizzazione, essere non predefiniti in via generale ma assumere carattere soggettivo.

¹⁶⁰ In questo senso deve essere letto il disposto della prima parte del comma 2, art. 16 reg. exec. che impone, ove possibile, che la permanenza avvenga in spazi non interclusi tra i fabbricati. A questo proposito è però da notare che anche in questo caso siamo di fronte ad una norma quasi totalmente inattuata nella realtà (Cfr. VERRINA D., *Sub art. 10*, in (a cura di) GREVI V., GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 121).

¹⁶¹ Sono i casi di isolamento continuo (art. 33 nn.1 e 3 ord. penit.) e di sanzione disciplinare di isolamento durante la permanenza all'aperto o di esclusione delle attività in comune (art. 39 nn. 4 e 5 ord. penit.).

¹⁶² In merito a questo profilo sancisce il primo comma dell'art. 16 che "*Gli spazi all'aperto, oltre che per le finalità di cui all'articolo 10 della legge, sono utilizzati per lo svolgimento di attività trattamentali e, in particolare, per attività sportive, ricreative e culturali secondo i programmi predisposti dalla direzione*"

¹⁶³ VITELLO F., *Sub art. 10*, in (a cura di) GREVI V., GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 132.

2.6 L'assistenza sanitaria in carcere

Terminata l'analisi delle disposizioni a tutela preventiva della salute, appare ora opportuno trattare delle disposizioni contenute nell'ordinamento penitenziario che riguardano il secondo aspetto del diritto alla salute, ossia il diritto all'assistenza sanitaria.

Seguendo la ripartizione sopra effettuata, infatti, oltre alle norme finora riprese - e che mirano alla conservazione dell'integrità psico-fisica del detenuto imponendo, come si è visto, accorgimenti riguardanti l'ambiente carcere ed altri aspetti a questo connessi - è possibile isolare all'interno dell'ordinamento penitenziario e del regolamento esecutivo un secondo gruppo di disposizioni che hanno invece riguardo agli interventi terapeutici resi necessari dall'attualità della condizione di detenzione¹⁶⁴.

Questo *corpus* di disposizioni, composto in particolare dall'art. 11 ord. penit. e dagli artt. 17-20 reg. esec., mira ad attuare il diritto alla salute inteso come diritto sociale anche all'interno degli stabilimenti penitenziari, evitando che lo *status detentionis* sia da ostacolo alla fruizione di prestazioni sanitarie e garantendo (perlomeno sulla carta) il rispetto dell'art. 32 della Costituzione anche nell'ambito dell'esecuzione della pena detentiva¹⁶⁵.

Al fine di garantire trattamenti sanitari ai soggetti privati della libertà personale, i quali non dispongono della libertà di movimento, la legge prevede che l'attività terapeutica ordinaria sia fornita all'interno dello stesso istituto di pena¹⁶⁶, attraverso il cd. servizio sanitario penitenziario, inteso come "*organizzazione di tutti gli interventi di carattere medico e paramedico che sono necessari per garantire la conservazione delle buone condizioni di salute dei detenuti e degli internati e le cure opportune in caso di infermità o di altre esigenze sanitarie*"¹⁶⁷.

Norma fondamentale a questo proposito è l'art. 11 ord. penit. rubricato, per l'appunto, *Servizio Sanitario*, che al primo comma prevede che ogni istituto disponga di un servizio medico e di un servizio farmaceutico rispondenti alle esigenze profilattiche e di cura della salute dei detenuti e degli internati; sempre in ossequio alle Regole

¹⁶⁴ CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario, cit.*, p.134.

¹⁶⁵ Così come nell'esecuzione di misure cautelari detentive.

¹⁶⁶ CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario, cit.*, p.134.

¹⁶⁷ DI GENNARO G., BREDA R., LA GRECA G., *Ordinamento penitenziario e misure alternative, cit.*, p. 82.

penitenziarie europee e alle Mandela Rules¹⁶⁸, è inoltre previsto che ogni istituto si avvalga dell'opera di uno psichiatra¹⁶⁹.

La norma in esame non impone irrealisticamente la presenza in ogni carcere di strutture equiparabili per specializzazione e dotazioni alle strutture ospedaliere esterne e nemmeno l'installazione in ogni istituto anche di piccole dimensioni di una vera e propria farmacia, di un reparto di infermeria e di attrezzature diagnostiche e cliniche¹⁷⁰. Ciò che invece l'art. 11 esprime è la necessità di predisporre un apparato specifico di presidi sanitari, diversificati su due livelli: un primo che offra servizi medici e paramedici diffusi, presenti all'interno di ogni stabilimento e volto a garantire le prestazioni sanitarie offerte solitamente dai cd. servizi di medicina di base - ed un secondo, dislocato territorialmente in modo opportuno, che garantisca invece l'accesso a veri e propri reparti clinici e chirurgici, paragonabili a quelli presenti nelle istituzioni ospedaliere esterne¹⁷¹.

Il servizio sanitario penitenziario ha quindi la funzione di garantire da un lato la possibilità di fruire di adeguati medicinali e dall'altro di avvalersi, ove ve ne sia la necessità, dell'intervento tempestivo di un sanitario, stante che la presenza continuativa di un medico, così come dello specialista in psichiatria, è solitamente garantita solo negli istituti di maggiori dimensioni¹⁷².

Nei casi poi in cui non sia possibile un'adeguata tutela della salute del detenuto all'interno dei presidi predisposti dall'amministrazione penitenziaria nel singolo stabilimento, la L. 354/1975 oltre a prevedere la possibilità di ricovero all'interno dei centri clinici penitenziari, dislocati come appena detto sul territorio, prevede altresì la possibilità di trasferimento del detenuto in strutture extra-murarie, qualora l'assistenza

¹⁶⁸ La necessità di uno specialista in psichiatria è previsto rispettivamente all'art. 20.5 delle Regole penitenziarie e alla Regola 25.2 delle Mandela Rules. In generale, le disposizioni sui servizi sanitari sono contenute per le prime nella Parte III (rubricata Salute e comprendente gli artt. 39-48) mentre per le seconde sono previste le Rules 24-35.

¹⁶⁹ L'art. 17 comma 5 reg. esec. prevede che qualora nell'istituto non siano presenti specialisti in psichiatria di ruolo la direzione debba avvalersi di specialisti ai sensi dell'art. 80 comma 4 dell'ordinamento penitenziario. A sua volta il comma 4 in questione recita "*Per lo svolgimento delle attività di osservazione e di trattamento, l'amministrazione penitenziaria può avvalersi di professionisti esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica, corrispondendo ad essi onorari proporzionati alle singole prestazioni effettuate.*"

¹⁷⁰ DI GENNARO G., BREDA R., LA GRECA G., *Ordinamento penitenziario e misure alternative*, cit., p. 85.

¹⁷¹ FIORIO C., *Salute del condannato e strumenti di tutela*, cit., p. 72.

¹⁷² DI GENNARO G., BREDA R., LA GRECA G., *Ordinamento penitenziario e misure alternative*, cit., p. 86.

sanitaria e le cure possano essere fornite solo all'esterno del circuito penitenziario (art. 11 co.2).

Prima, però, di addentrarsi nell'analisi dettagliata delle disposizioni che realizzano l'assistenza sanitaria in carcere è necessaria una previa disamina della disciplina delle competenze in materia di organizzazione del servizio sanitario che sono state di recente oggetto di riforma al fine di garantire nell'ambiente penitenziario una migliore tutela della salute, *sub specie* diritto sociale.

2.6.1 Il riordino della medicina penitenziaria e le persistenti criticità del sistema

Come si diceva parlando della legge di riforma penitenziaria, l'innovazione principale del legislatore del tempo fu quella di riconoscere la titolarità di posizioni soggettive in capo al detenuto, tra cui in particolare anche il diritto alla salute. L'inserimento all'interno dell'ordinamento penitenziario dell'art. 11¹⁷³ si pone proprio in linea con questa volontà, ma d'altra parte, il percorso verso il riconoscimento effettivo di questo come di altri diritti è stato particolarmente lungo e complesso ed ancora oggi permangono molteplici problematiche.

Anche a seguito della L. 354/75, infatti, nonostante l'affermazione di specifici principi in materia di servizio sanitario, l'assenza di una riforma dell'ordinamento del personale medico e sanitario interno al carcere, ha portato, ad un'attuazione del servizio medico penitenziario non sempre adeguata alle necessità della popolazione detenuta¹⁷⁴. L'ordinamento di detto personale non è infatti stato toccato dalle varie riforme in materia sanitaria ed in particolar modo dalla legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale¹⁷⁵ (L. 833/1978), rimanendo così centrale il ruolo dell'Amministrazione Penitenziaria nella predisposizione dei presidi interni agli stabilimenti carcerari.

Di conseguenza, senza soluzione di continuità rispetto al precedente modello, il sistema penitenziario ha continuato, anche dopo la riforma, ad essere dotato di un

¹⁷³ Come nota La Greca, prima della L. 354/75 la disciplina concernente la materia sanitaria era nel regolamento del 30 disseminata in varie norme e non considerata in maniera sistematica ed organizzata. LA GRECA G., *La salute del detenuto*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, fasc. 3, p. 384.

¹⁷⁴ RUOTOLO M., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., p. 144.

¹⁷⁵ D'ora in poi SSN.

proprio apparato sanitario autonomo, dipendente dall'Amministrazione penitenziaria in quanto parte di questa.

A ben vedere, a seguito dell'entrata in vigore della L. 833/78 ci si chiese, vista la mancanza di una previsione esplicita in materia di sanità penitenziaria, se il SSN dovesse farsi carico dell'assistenza sanitaria dei detenuti ovvero se la previsione dell'art. 11 ord. penit., prevedendo un proprio servizio medico e farmaceutico, dovesse considerarsi norma derogatoria rispetto alla disciplina generale in materia sanitaria¹⁷⁶.

Una prima tesi sosteneva che l'art. 11 non fosse da considerare quale ostacolo alla configurazione di specifiche competenze a carico del SSN in ambito penitenziario e ciò in virtù della previsione dell'art. 1 della legge 833 che indirizzava l'attività del SSN nei confronti di tutti i cittadini, a prescindere dalla loro condizione individuale o sociale¹⁷⁷.

A questa posizione si contrapponeva la tesi circa l'autonomia del Servizio Sanitario Penitenziario, basata invece sulle esigenze di salvaguardia delle peculiarità proprie della medicina penitenziaria rispetto alla medicina comune¹⁷⁸. A seguito di un ampio dibattito fu quest'ultima tesi a prevalere, in quanto sostenuta, oltre che dalle organizzazioni di categoria, anche dal Consiglio di Stato, che con il parere n. 305 del 7 luglio 1987 sottolineò che l'assistenza sanitaria dei detenuti rientrava “*tra i compiti riservati allo Stato, da svolgere con le preesistenti strutture del servizio sanitario penitenziario*”¹⁷⁹.

In realtà, l'esclusione della sanità penitenziaria dalla sanità nazionale generale ha portato, come si è osservato nel corso dei decenni, ad una assoluta sperequazione nelle prestazioni offerte *intra moenia*, nemmeno lontanamente paragonabili a quelle offerte all'esterno.

Inoltre, come è stato notato, il riconoscimento della competenza esclusiva del DAP ha azzerato la possibilità di superamento dell'approccio antecedente la riforma penitenziaria, approccio che presentava il rischio di un uso della medicina penitenziaria

¹⁷⁶ PENNISI A., *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., p. 89.

¹⁷⁷ Per un contributo a sostegno della prima tesi, si veda, *inter multis*, TERRANOVA A., *La tutela della salute in carcere*, in *Quaderni del CSM*, 1983, p. 43 e ss.

¹⁷⁸ Per un approfondimento invece a sostegno della tesi dell'autonomia, anche in questo *ex multis*, è possibile vedere MAROTTA GIGLI G., *L'assistenza sanitaria negli Istituti penitenziari*, in *Rass. penit. e crimin.*, 1984, p. 64 e ss.

¹⁷⁹ Per *amplius* si veda SALVATI A., *Il passaggio dell'assistenza sanitaria in carcere al sistema sanitario nazionale*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 20 maggio 2010; BRUNETTI B., *La tutela della salute in carcere. Organizzazione del servizio sanitario penitenziario. Evoluzione normativa* in www.ristretti.it. Per un contributo più recente si veda CAREDDA M., *La salute e il carcere. Alcune riflessioni sulle risposte ai bisogni di salute della popolazione detenuta*, cit., § IV.

tendente a privilegiare le concezioni finalistiche della pena detentiva, piegando l'intervento medico alle esigenze di ordine e sicurezza dello stabilimento¹⁸⁰.

Proprio al fine di superare queste problematiche, anche a seguito del forte dibattito in materia riaccessosi negli anni 90¹⁸¹, la L. 419/98, nell'ambito di una generale riforma del SSN, ha previsto all'art. 5 (Riordino della medicina penitenziaria), il conferimento di una delega al Governo al fine di realizzare il passaggio della sanità penitenziaria dal Ministero della Giustizia al Servizio Sanitario Nazionale¹⁸².

In ottemperanza alla delega è seguito il d.lgs. 22 giugno 1999 n.230 (cd. Legge di riordino della medicina penitenziaria) che ha disposto il trasferimento della sanità penitenziaria, prevedendo in particolare il passaggio dall'una all'altra amministrazione del personale, delle attrezzature, degli arredi, degli altri beni strumentali e delle risorse finanziarie destinate alle funzioni sanitarie¹⁸³. Il passaggio in esame, previsto in maniera graduale e progressiva dallo stesso d. lgs 230/99 ed ostacolato dal vincolo di "riforma a costi invariati"¹⁸⁴, è stato particolarmente lento e solo con L. 244/2007 (legge finanziaria 2008) si è sancito il trasferimento definitivo, prevedendo, oltre allo stanziamento di fondi, l'adozione entro tre mesi di un decreto presidenziale per la definizione dei criteri e delle modalità del suddetto trasferimento, che sono stati infine definiti nel d.p.c.m. del 1 aprile 2008¹⁸⁵.

¹⁸⁰ RUOTOLO M., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., p. 147 che nota che la posizione del detenuto rispetto ai trattamenti sanitari "senz'altro fuoriusciva dal quadro costituzionale". Nello stesso senso anche TERRANOVA A., *La tutela della salute in carcere*, cit., p. 83.

¹⁸¹ In particolare, la situazione venne riportata all'attenzione politica, tra l'altro, dall'*Indagine conoscitiva sulla situazione della salute nelle carceri italiane* promossa nel 1994 dalla Commissione Affari Sociali della Camera dei Deputati, nel cui documento conclusivo si evidenziavano le gravissime deficienze strutturali e si auspicava un pronto intervento in materia.

¹⁸² Vale precisare che la riforma in questione non vide un consenso generalizzato ma, anzi, molte critiche furono mosse sulla base della difficoltà per il SSN di assolvere in modo adeguato le funzioni sanitarie in carcere, da un lato, sempre per via delle caratteristiche specifiche della sanità penitenziaria e dall'altro per via della mole di problematiche che già il SSN deve affrontare con riguardo alla sanità comune. Sul punto si veda LA GRECA G., *Il commento legge di riforma e consensi*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, fasc. 1, p.15 e ss.

¹⁸³ BERNASCONI A., *Sub art. 11*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 125.

¹⁸⁴ Come sancito dall'art. 5 comma 3 della legge delega 419/98. Molte sono state le voci critiche sul punto, si veda ad esempio LA GRECA G., *Commento al d.lgs. 230 del 1999*, in *Dir. pen. e proc.*, fasc. 10, 1999.

¹⁸⁵ Recante le "Modalità e criteri per il trasferimento al Servizio sanitario nazionale delle funzioni sanitarie, dei rapporti di lavoro, delle risorse finanziarie e delle attrezzature e beni strumentali in materia di sanità penitenziaria." Rilevantissimo è inoltre l'allegato A a tale decreto in cui sono delineate le "Linee di indirizzo per gli interventi del Servizio Sanitario Nazionale a tutela della salute dei detenuti e degli internati negli istituti penitenziari, e dei minorenni sottoposti a provvedimento penale".

Le funzioni in materia di assistenza sanitaria in carcere, come previsto dall'art. 3 del d. lgs 230/99, sono ora ripartite tra Ministero della Sanità (che *“esercita le competenze in materia di programmazione, indirizzo e coordinamento del Servizio sanitario nazionale negli istituti penitenziari”*) Regioni (che *“esercitano, le competenze in ordine alle funzioni di organizzazione e programmazione dei servizi sanitari regionali negli istituti penitenziari e il controllo sul funzionamento dei servizi medesimi”*) e Aziende unità sanitarie locali (cui *“sono affidati la gestione e il controllo dei servizi sanitari negli istituti penitenziari”*¹⁸⁶).

Infine, residua a capo dell'Amministrazione penitenziaria il compito di vigilare sull'osservanza del rispetto delle disposizioni previste dal decreto e di garantire la sicurezza all'interno delle strutture sanitarie penitenziarie e nei luoghi esterni di cura ove siano ricoverati i detenuti¹⁸⁷.

È da notare, però, che come è stato più volte sottolineato¹⁸⁸, il passaggio in questione non ha determinato il venir meno di qualsiasi obbligo di tutela della salute del detenuto a carico dell'Amministrazione penitenziaria, in quanto detto passaggio *“ha valenza essenzialmente di organizzazione, gestione, responsabilità operativa e attuazione di una piena indipendenza della funzione medica”*. Di conseguenza, permane, andando a sommarsi con l'obbligo di prestazione di cure adeguate a carico delle Autorità sanitarie, *“l'obbligo dell'Amministrazione penitenziaria di tutela del diritto alla salute di ogni persona a essa affidata in quanto privata delle libertà, qualunque sia la sua classificazione e il conseguente regime detentivo”*¹⁸⁹.

Aldilà degli importantissimi aspetti amministrativi ora delineati, la legge di riordino della medicina penitenziaria ha una rilevanza peculiare nel percorso di riconoscimento di una tutela effettiva del bene salute in carcere anche per via dei principi in essa espressi. In particolare, viene affermato per la prima volta in maniera

¹⁸⁶ Deve quindi ritenersi, come da dottrina unanime, tacitamente abrogato il comma 10 dell'art. 11 che prevede che l'amministrazione, nell'espletamento delle funzioni sanitarie, possa avvalersi della collaborazione dei servizi sanitari pubblici, stante che questi, a seguito del riordino della medicina penitenziaria, ne hanno responsabilità diretta. Cfr. PENNISI A., *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., p. 90.

¹⁸⁷ Art. 3 co. 4 e art. 4 co.1 d. lgs. 230/1999.

¹⁸⁸ In particolare, hanno evidenziato l'esigenza di non interpretare il passaggio al SSN come un disconoscimento di qualsiasi obbligo dell'Amministrazione penitenziaria in materia di salute il Comitato Nazionale per la Bioetica (cfr. Parere del 27 settembre 2013, *“La salute dentro le mura*, cit.) ed altresì la Commissione Palma (cfr. Relazione finale, cit., p. 18).

¹⁸⁹ Entrambi i virgolettati da ultimo citati sono contenuti nella Relazione finale della Commissione Palma, p. 18.

esplicita e diretta il diritto a prestazioni sanitarie del detenuto. Sancisce infatti l'art. 1 co. 1 che i detenuti hanno il diritto *“al pari dei cittadini in stato di libertà alla erogazione delle prestazioni di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione, efficaci ed appropriate, sulla base degli obiettivi generali e speciali di salute e dei livelli essenziali e uniformi di assistenza individuati nel Piano sanitario nazionale, nei piani sanitari regionali e in quelli locali”*.

Un'ulteriore previsione fondamentale è poi quella prevista all'art. 1 co. 2 lett. a) che prevede che il SSN debba assicurare ai detenuti livelli di prestazioni analoghi a quelli garantiti ai cittadini liberi, garantendo così espresso riconoscimento al principio di equivalenza delle cure, già sancito a più riprese a livello internazionale¹⁹⁰.

Infine, al co. 6, è disposto che i detenuti siano esclusi dal sistema di compartecipazione alla spesa delle prestazioni sanitarie erogate dal Servizio sanitario nazionale (cd. ticket)¹⁹¹. Come si anticipava già sopra, questa previsione potrebbe essere intesa quale attuazione del diritto alla salute nella sua forma di diritto alle cure gratuite, previste all'art. 32 Cost. co.1 ultima parte per i soli indigenti ed invece allargata dalla legge alla totalità dei detenuti, in guisa probabilmente della posizione di particolare vulnerabilità di detti soggetti nonché delle ovvie limitazioni che subisce il diritto all'assistenza sanitaria in carcere.

Nonostante i molteplici aspetti positivi e di innovazione che il processo di riordino della medicina penitenziaria ha apportato al sistema sanitario penitenziario, tra cui l'innegabile *“apertura delle porte carcere, ad un'istituzione, quella sanitaria, il cui mandato primo e unico è la promozione della salute della persona”*, permangono, però, nel sistema molteplici criticità.

In primo luogo, è da rilevare che la riforma del 2008 è stata attuata nelle varie Regioni in maniera fortemente disomogenea, con la conseguenza che l'omogeneità sul territorio nazionale delle prestazioni di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione a favore del detenuto, uno degli obiettivi cardine della riforma, pare ancora oggi lungi dall'essere raggiunto¹⁹². L'attuazione della riforma *“a macchia di leopardo”* comporta di

¹⁹⁰ Cfr. Cap. I.

¹⁹¹ A questa disposizione fa eco il disposto dell'art. 18 reg. esec. (Rimborso delle spese per prestazioni sanitarie) che, al co.1, recita *“E' fatto divieto di richiedere alle persone detenute o internate alcuna forma di partecipazione alla spesa per prestazioni sanitarie erogate dal servizio sanitario nazionale”*.

¹⁹² Cfr. Relazione finale del Tavolo 10 (Salute e disagio psichico) degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, disponibile in www.giustizia.it, p. 15.

fatto una forte diversità dei livelli di prestazioni sanitarie da Regione a Regione che va ad acuire i problemi di cui i detenuti già soffrono¹⁹³ e che risulta per i soggetti in questione solo in parte mitigata dalla previsione dei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA), vista la possibilità di trasferimenti indipendenti dalla loro volontà e il conseguente potenziale pregiudizio del principio della continuità della cura¹⁹⁴. Altro ambito in cui si rileva una forte disomogeneità tra Regioni è quello riguardante il lavoro di rilevazione epidemiologica demandata ai non sempre (correttamente) funzionanti Osservatori regionali permanenti per la sanità penitenziaria ed essenziale per una programmazione efficiente della spesa sanitaria che abbia riguardo agli effettivi bisogni di salute della popolazione detenute¹⁹⁵.

Un'altra problematica concerne la corretta interpretazione dell'uguaglianza nel diritto alla salute, che se da un lato impone senza dubbio una tutela non diversificata in ragione dello *status detentionis*, dall'altro non sempre viene intesa come contenente in sé anche la possibilità di considerare i diversi bisogni di salute dei detenuti rispetto ai bisogni della generalità della popolazione¹⁹⁶. In quest'ambito, poi, come è stato sottolineato, essenziale è il cambiamento, per vero non ancora raggiunto, di approccio da parte del personale sanitario, che da un approccio "prestazionale", di mera risposta alla necessità singola del detenuto, dovrebbe transitare verso un approccio di "presa in carico" del detenuto, in modo da affrontare nel suo complesso le alterazioni di salute dovute alla carcerazione ed affrontare in maniera più efficiente le patologie determinate o fortemente acuite dalla privazione della libertà e della vita all'interno di in mondo chiuso¹⁹⁷.

Per rimanere in tema di personale sanitario, poi, è da rilevare che il processo verso l'autonomia di questo rispetto all'Amministrazione penitenziaria e dunque il superamento di una medicina penitenziaria, come si rilevava sopra, spesso a servizio delle esigenze di ordine e sicurezza dell'istituto, non può che dirsi solamente iniziato,

¹⁹³ Relazione finale del Tavolo 10 (Salute e disagio psichico) degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, *cit.*, p.15.

¹⁹⁴ Parere del Comitato Nazionale di Bioetica, *La salute dentro le mura*, 27 settembre 2013, *cit.*, p. 13.

¹⁹⁵ Relazione finale del Tavolo 10 (Salute e disagio psichico) degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, *cit.*, p.15.

¹⁹⁶ E ciò ha come conseguenza il permanere di problematicità molto forti nella garanzia di molteplici prestazioni, quali le viste specialistiche esterne, gli interventi programmati *extra moenia*, l'assistenza odontoiatrica, la riabilitazione fisioterapica e l'assistenza psicologica. Cfr. Parere del Comitato Nazionale di Bioetica, *La salute dentro le mura*, 27 settembre 2013, *cit.*, p. 14.

¹⁹⁷ Relazione finale della Commissione Palma, *cit.*, p. 19.

necessitando di una maturazione culturale profonda per giungere a compimento¹⁹⁸. Un cambiamento auspicabile è in generale quello verso la riduzione al minimo delle restrizioni del diritto alla salute che attengono a motivi di sicurezza ovvero ad esigenze processuali¹⁹⁹, soprattutto in ragione del fatto che, come è stato notato, molto spesso le limitazioni sono determinate più che da vere e proprie esigenze inquadabili negli imprescindibili interessi sopra menzionati da logiche custodiali consolidate e da routine dell'istituzione penitenziaria²⁰⁰.

La realtà ha poi dimostrato che, nonostante i recenti cambiamenti, molti sono ancora i casi di diniego delle cure o di eccessivo ritardo nell'apprestamento delle stesse²⁰¹ e ciò anche per via delle limitate risorse economiche investite in questo settore. Come è stato notato, infatti, la garanzia di un'offerta sanitaria adeguata nell'ambito penitenziario richiede uno stanziamento di risorse maggiori e soprattutto proporzionate al "rischio di salute" della popolazione carceraria che è di molto maggiore a quello della popolazione generale²⁰².

La garanzia di un'assistenza sanitaria adeguata sembra quindi configurarsi ancora come un obiettivo da raggiungere più che un traguardo raggiunto e ciò pone non pochi problemi di compatibilità con il dettato costituzionale. Come si diceva, infatti, sebbene il diritto alla salute *sub specie* diritto sociale si configuri come un diritto finanziariamente condizionato e dunque risulti essere subordinato all'organizzazione dell'apparato amministrativo competente e alle risorse a disposizione di questo²⁰³, vi è nondimeno l'esigenza di garantire anche in carcere un livello minimo di prestazioni sanitarie. L'impossibilità di comprimere il cd. nucleo irriducibile del diritto salute, affermato dalla Corte Costituzionale con riferimento a tutti i cittadini, deve quindi essere un principio fondamentale direttivo anche con riferimento all'ambiente penitenziario.

Per concludere giova poi rammentare che oltre alla Carta fondamentale l'esigenza di assicurare un'assistenza sanitaria adeguata è altresì imposta dalla giurisprudenza consolidata della Corte EDU che ha ripetuto a più battute che la mancanza o non

¹⁹⁸ Parere del Comitato Nazionale di Bioetica, *La salute dentro le mura*, cit., p. 17.

¹⁹⁹ Relazione finale della Commissione Palma, cit., p. 18.

²⁰⁰ Parere del Comitato Nazionale di Bioetica, *La salute dentro le mura*, cit., p.16.

²⁰¹ Relazione finale della Commissione Palma, cit., p. 19

²⁰² Relazione finale del Tavolo 10 (Salute e disagio psichico) degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, cit., p. 16.

²⁰³ Cfr. § 2.1.

tempestiva somministrazione di cure mediche adeguate può costituire una violazione del divieto di trattamenti disumani o degradanti²⁰⁴.

2.6.2 *L'autodeterminazione sanitaria in carcere: la visita di ingresso e gli altri controlli obbligatori*

Chiariti gli aspetti organizzativi, è ora necessario passare all'analisi delle previsioni in materia di assistenza sanitaria che, come si diceva sopra, sono contenute per gran parte nell'articolato e complesso art. 11 ord. penit. e nel regolamento esecutivo agli artt. 17, 18, 19 e 20.

Anzitutto è da chiarire che l'assistenza sanitaria in carcere risulta essere limitata dagli stessi principi dettati dall'art. 32 co.2 Cost. in materia di trattamenti sanitari obbligatori. Come si diceva, infatti, il co. 2 dell'articolo appena citato pone dei limiti alla libertà di autodeterminazione sanitaria del singolo, imponendo un giusto bilanciamento tra le esigenze di tutela della salute della persona e le esigenze di salute della collettività. Il contesto carcerario è un contesto ove le esigenze di tutela della salute collettiva sono particolarmente forti: l'assetto comunitario di tale istituzione impone dunque una attenta valutazione degli interessi collettivi in gioco, con la conseguente imposizione, ove nel bilanciamento prevalga la salute collettiva, di controlli sanitari non richiesti dai soggetti²⁰⁵.

Ma ancora prima della limitazione dell'autodeterminazione sanitaria passiva, intesa come *“diritto di rifiutare i trattamenti sanitari, anche se diretti a vantaggio della propria salute”*²⁰⁶, la limitazione più evidente è quella nell'ambito della cd. autodeterminazione attiva, con la quale invece si fa riferimento alla possibilità, per il singolo, di essere libero *“nella scelta del medico, oltre che del tipo di terapia e del luogo in cui essa deve svolgersi”*²⁰⁷. Ad esclusione, infatti, della previsione dell'art. 11 co. 11 ord. penit., che prevede l'opportunità di visita da parte del proprio medico di

²⁰⁴ A proposito si veda anche il § 1.6.5.

²⁰⁵ DI GENNARO G., BREDA R., LA GRECA G., *Ordinamento penitenziario e misure alternative*, cit., p. 82. Così anche RUOTOLO M., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., p. 14

²⁰⁶ PENNISI A., *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., p. 96.

²⁰⁷ PENNISI A., *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., p. 96.

fiducia²⁰⁸, al detenuto non è riconosciuta una posizione di libertà nella scelta del medico, delle terapie e del luogo, che risultano invece imposte dalle scelte e dalle concrete possibilità dell'amministrazione penitenziaria e dell'amministrazione sanitaria. Più che da ragioni di tutela della salute collettiva, questa limitazione appare connaturale alla natura stessa dell'istituzione carceraria, e più in generale all'idea di pena detentiva, dalla quale deriva giocoforza una dipendenza del soggetto dall'amministrazione per il soddisfacimento dei propri bisogni, anche di quelli di carattere sanitario. Nonostante le limitazioni all'autodeterminazione attiva appaiano talvolta necessitate, dall'altro lato è impossibile non rilevare che non pochi sono i problemi che questo limite pone. Prima fra tutti è la problematica connessa alla difficoltà di instaurazione di un rapporto fiduciario tra medico e paziente, determinato in primo luogo dal numero di medici (e in generale di personale sanitario) che operano nel contesto penitenziario, costantemente sottostimati rispetto al numero dei detenuti²⁰⁹. Oltre a ciò, nella prassi accade che molto spesso il detenuto non sia sempre seguito dallo stesso medico, con conseguente assente o ridotta "memoria storica" del medico sulla situazione sanitaria del detenuto che va ad aggiungersi alla scarsa fiducia del paziente nella figura professionale ed alle difficoltà nell'accertamento di eventuali negligenze da parte del personale medico²¹⁰.

Passando poi al profilo dell'autodeterminazione passiva, la disponibilità del detenuto della propria salute risulta essere nell'ordinamento penitenziario limitata dalle cd. visite obbligatorie, che rispondono proprio alla *ratio* dell'art. 32. co.2 e dunque alla tutela, oltre che dell'interessato, soprattutto degli altri detenuti, avendo quale scopo, tra gli altri, l'accertamento di malattie infettive e contagiose che potrebbero ledere la salute degli altri ristretti²¹¹. In ossequio alla riserva di legge prevista dall'art. 32 co. 2, l'ordinamento penitenziario prevede quindi una triplice tipologia di visite obbligatorie, che prescindono dal consenso dell'interessato²¹²: anzitutto la visita generale d'ingresso (art. 11 co.5, prima parte), in secondo luogo le visite effettuate nell'ambito dei "periodici e frequenti riscontri" (art. 11 co.5, seconda parte) ed infine i controlli periodici dei detenuti adibiti a mansioni lavorative (art. 11 co.6 ultima parte).

²⁰⁸ Su cui *amplius* al § 2.6.5.

²⁰⁹ Cfr. XIII Rapporto sulle condizioni di detenzione dell'Associazione Antigone, *cit.*, sez. 2.7 (Diritto alla salute).

²¹⁰ Parere del Comitato Nazionale di Bioetica, *La salute dentro le mura*, *cit.*, p. 17.

²¹¹ PENNISI A., *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, *cit.*, p. 98.

²¹² BERNASCONI A., *Sub art. 11*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, *cit.*, p. 125.

In merito alla visita medica d'ingresso, disposta al fine di “*accertare eventuali malattie fisiche e psichiche*” (art. 11 co. 5, prima parte) appare chiara l'esigenza di tutela della salute collettiva, che si desume anche dal comma 7 dell'articolo in esame che prevede da un lato l'isolamento per motivi sanitari in caso di riscontro di malattie contagiose²¹³ e dall'altro che vengano posti in essere i provvedimenti necessari in caso di sospetto di malattia psichica²¹⁴. D'altra parte, nonostante la *ratio* ora ripresa di tutela della collettività carceraria, la visita d'ingresso si pone anche in ottica di tutela dello stesso detenuto²¹⁵; come è stato infatti osservato la necessità di immediata conoscenza dello stato fisico-psichico del soggetto risponde altresì all'esigenza di garantire interventi tempestivi in caso di patologie che richiedano terapie non dilazionabili ed all'ulteriore necessità di accertare che il soggetto non abbia subito lesioni o maltrattamenti nella fase di cattura e delle attività di polizia²¹⁶. La tutela del singolo è anche alla base della previsione dell'art. 23 co. 2 reg. esec. che identifica la visita medica di ingresso quale *sedes* iniziale del riscontro di eventuali cause che potrebbero fondare il rinvio dell'esecuzione della pena.

In linea con la circolare DAP n.3258/5708 che richiedeva la massima sollecitudine nell'effettuare la visita in esame, il regolamento esecutivo del 2000 ha previsto che questa debba essere effettuata non oltre il giorno successivo l'ingresso (art. 23 co.1 reg. esec.) e, sempre alla stregua della circolare ora citata, è inoltre richiesto che il controllo in questione sia realizzato “*con il massimo scrupolo e nella maniera più approfondita*”. Un'ulteriore circolare²¹⁷ fissa poi l'obbligo, in sede di prima visita, di

²¹³ L'isolamento per ragioni sanitarie (art. 33 co.1 n.1 ord. penit.) è infatti uno dei casi tassativi per i quali è consentito l'isolamento continuo. Prescritto dal medico proprio al fine di evitare il diffondersi di malattie contagiose, detto isolamento “*ha natura amministrativa a fondamento sanitario*” ed è volto da un lato alla tutela della salute pubblica in generale e dall'altro a quella della salute della popolazione carceraria del singolo stabilimento penitenziario (PATANÈ V., *L'isolamento nella detenzione*, in *Giust. pen.*, 1981, fasc. 2, p. 529). Le modalità di esecuzione di questa misura sono regolate dall'art. 73 co. 1 reg. esec. che prevede che sia eseguito “*in appositi locali dell'infermeria o in un reparto clinico*” e che debba essere assicurata speciale cura “*dal personale all'infermo anche per sostenerlo moralmente*”. Infine, è previsto che l'isolamento cessi non appena sia venuto meno lo stato contagioso.

²¹⁴ PENNISI A., *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., p. 98 che rileva altresì che in alcuni casi da tali malattie possono derivare rischi di comportamenti aggressivi del detenuto.

²¹⁵ Nello stesso senso anche CERAUDO F., *L'organizzazione sanitaria penitenziaria in Italia*, in (a cura di) FERRACUTI F., *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, Vol. XI, 1989, p. 184 in cui si nota che la finalità della visita è quella di “*consentire con la dovuta tempestività l'adozione delle opportune prevenzioni ed i provvedimenti di natura sanitaria riguardanti sia i singoli casi (diagnosi, cura, ricovero), che la collettività (isolamento, igiene personale ed ambientale)*.”

²¹⁶ DI GENNARO G., BREDA R., LA GRECA G., *Ordinamento penitenziario e misure alternative*, cit., p. 84.

²¹⁷ Circolare DAP n. 6442/442 del 21 dicembre 1990.

redazione di una scheda contenente i dati relativi all'anamnesi e all'esame obiettivo²¹⁸ che va a formare, nel caso si tratti di prima detenzione, il documento di base della cartella clinica penitenziaria, documento in cui devono essere registrati tutti i dati di natura sanitaria afferenti il singolo ristretto e che assume, nonostante non sia prevista da alcuna disposizione di legge²¹⁹, un'importanza fondamentale ai fini della tutela della salute del detenuto²²⁰.

A seguito della presa di consapevolezza della dimensione e della gravità dei problemi dell'autolesionismo e dei suicidi in carcere²²¹, la visita medica di ingresso è stata affiancata, a partire dal 1987²²², dal cd. "servizio nuovi giunti", che prevede, in particolare, un colloquio di carattere psicologico, effettuato dagli esperti di cui all'80 ord. penit.²²³ prima dell'assegnazione al reparto. Volto primariamente a contrastare il pericolo di gesti autolesionistici (particolarmente frequenti proprio nelle ore appena seguenti l'ingresso in carcere²²⁴), il servizio in questione è stato pensato proprio al fine di supportare il detenuto nell'impatto, spesso drammatico, con la realtà carceraria che, soprattutto per le persone fragili e provate dal punto di vista fisico e/o psichico, costituisce spesso un trauma difficilmente superabile. Oltre al pericolo di gesti auto aggressivi, inoltre, il servizio in esame ha come scopo quello di verificare la possibilità che il nuovo giunto compia gesti aggressivi nei confronti dei condetenuati e più in generale, come chiarito dalla stessa circolare istitutiva del servizio, "se, ed

²¹⁸ LA GRECA G., *La salute del detenuto*, cit., p. 385.

²¹⁹ BERNASCONI A., *Sub art. 11*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 128.

²²⁰ Per un approfondimento sulla cartella clinica penitenziaria e sulla sua importanza si veda MAGLIONA B., PASTORE M., *La cartella clinica penitenziaria. Aspetti giuridici e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1991, p. 453 e ss. Da notare che nonostante il d.p.c.m. del 2008 in materia di riordino della medicina penitenziaria facesse espresso riferimento all'adozione anche in carcere di sistemi informatizzati di raccolta dei diari clinici dei detenuti, la cd. cartella clinica digitale è prevista solo in alcune Regioni mentre nei restanti casi continua ad esservi quella cartacea con i conseguenti problemi riscontrati precedentemente ed in primo luogo quello del ritardo con cui molto spesso la cartella segue il detenuto nelle ipotesi di trasferimento. Per *amplius* in tema si veda la Relazione finale del Tavolo 10 (Salute e disagio psichico) degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, cit., pp. 4-6.

²²¹ L'amministrazione penitenziaria ha cercato di dare una prima risposta al problema già nel 1986, anno in cui con la circolare 3182/5632 del 21 luglio 1986 si invitava l'intero personale penitenziario a prestare una particolare attenzione alle problematiche dell'etero ed auto aggressività suggerendo una mobilitazione di tutte le risorse utili al fine di offrire ai detenuti il migliore aiuto e assistenza possibile. Cfr. FIORIO C., *Salute del condannato e strumenti di tutela*, cit., p. 73-74.

²²² Circolare DAP 3233/5683 del 30 dicembre 1987.

²²³ Si veda la nota 169.

²²⁴ Come nota La Greca le ore iniziali sono infatti "quelle nelle quali il trauma della privazione della libertà e del brusco allontanamento dal consueto mondo di relazioni sociali ed affettive può indurre stati di profondo sconforto e di pericolosa depressione". LA GRECA G., *La salute del detenuto*, cit., p. 385.

*eventualmente con quali cautele, possa affrontare adeguatamente lo stato di restrizione*²²⁵. A conclusione del colloquio psicologico è previsto che venga redatto un giudizio sintetico, secondo parametri predeterminati, contenente la valutazione globale sul livello di rischio del singolo detenuto e le indicazioni relative alla sistemazione che si ritiene adeguata al caso di specie: in infermeria, in cella singola o in compagnia, con o senza piantone, con assistenza particolare, terapie, grande sorveglianza o altro²²⁶.

Un'ulteriore circolare, la n. 3337/5787 del 1992, ha previsto ulteriori adempimenti da compiersi all'atto dell'ingresso del detenuto ed in particolare ha inserito, nell'ambito del "servizio nuovi giunti" un colloquio ulteriore da effettuarsi da parte del direttore dell'Istituto o da un operatore da questo delegato al fine di raccogliere dati di rilievo sul nuovo detenuto e di renderlo edotto dei suoi diritti e doveri. Il colloquio in questione, cd. colloquio di primo ingresso, va ad aggiungersi alla visita medica ed al presidio psicologico già previsto dalla circolare del 87. Questo *modus operandi* è stato codificato con il nuovo regolamento esecutivo²²⁷ che ha recepito le circolari sul "servizio nuovi giunti" istituzionalizzando entrambi i colloqui: il colloquio psicologico è ora previsto all'art. 23 co.3²²⁸ ed il distinto colloquio di primo ingresso è regolato dall'art. 23 co.5²²⁹.

Pur essendo impossibile non vedere con favore gli adempimenti previsti dal "servizio nuovi giunti" è in ogni caso da rilevare, come si notava precedentemente all'entrata in vigore del regolamento²³⁰, che detto servizio ha riscontrato e riscontra non pochi problemi di carattere organizzativo che di fatto limitano l'effettività dell'istituto in esame quale strumento di prevenzione delle problematiche di natura psicologica che

²²⁵ FIORIO C., *Salute del condannato e strumenti di tutela*, cit., p. 74.

²²⁶ LA GRECA G., *La salute del detenuto*, cit., p. 385.

²²⁷ BERNASCONI A., *Sub art. 11*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 128.

²²⁸ Rilevante in detto articolo è la previsione dell'obbligo di specifiche comunicazioni dell'esito del colloquio, esito di cui deve essere data informazione non solo agli "operatori incaricati per gli interventi opportuni" e al "gruppo degli operatori dell'osservazione e trattamento" ma anche e soprattutto all'autorità giudiziaria (per ciò che concerne gli eventuali aspetti di rischio).

²²⁹ Spesso si nota una confusione tra le due tipologie di colloqui ora in esame. Vale quindi precisare che questi si differenziano non solo per i soggetti preposti ad effettuarli ma soprattutto per il fine che si prefiggono. La distinzione è particolarmente chiara nelle parole di Fiorio: "Se quello [il colloquio di primo ingresso, n.d.A.], infatti, assolve prevalentemente allo scopo di tutelare in via generale l'incolumità personale del neodetenuto, garantendo, nel contempo, quella degli altri soggetti che vivono all'interno del carcere, il presidio psicologico, attraverso la specifica professionalità di uno psicologo e di un criminologo, mira ad accertare più in profondità l'incidenza del rischio di esposizione alle auto ovvero eteroaggressioni". FIORIO C., *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, 2002, p. 89. Un ulteriore profilo di diversità, di importanza non marginale nell'analisi che si sta effettuando, attiene alla natura del colloquio di primo ingresso che non pare avere natura nemmeno latamente sanitaria.

²³⁰ LA GRECA G., *La salute del detenuto*, cit., p. 385.

emergono nel contesto carcerario. Ciò soprattutto in quanto, come già si rilevava, l'assistenza psicologica è garantita, almeno in parte, nel momento iniziale mentre molto spesso non ne è garantita la continuità²³¹.

Come detto sopra, altre ipotesi di visite obbligatorie sono previste durante l'intero corso della detenzione, al fine di un monitoraggio costante della condizione di salute del detenuto (sempre con il duplice fine di tutela del singolo e della collettività) e, inoltre, per il detenuto che presta la propria opera all'interno dell'istituto sono obbligatorie le visite periodiche di accertamento dell'idoneità al lavoro. A proposito di queste due tipologie di visite è da notare che l'art. 11 co.5, seconda parte, per le prime e l'art. 11 co.6 ultima parte per le seconde, non prevedono precise cadenze temporali, limitandosi ad affermazioni generiche per indicare la necessità che queste avvengano in maniera periodica. Stante la riserva di legge prevista dall'art. 32 co. 2 in materia di trattamenti sanitari obbligatori, l'assenza di una determinazione oggettiva della periodicità sembra problematica, in quanto toglie stabilità all'autodeterminazione sanitaria del detenuto; per aderire maggiormente al dato costituzionale sembrerebbe quindi opportuna una declinazione del concetto di periodico, che faccia salva la possibilità, in caso di necessità, di anticipare le visite in questione²³².

L'ultima ipotesi di visita obbligatoria è infine prevista dall'art. 83 co.2 reg. esec. che dispone che *“Il detenuto o l'internato, prima di essere trasferito, è sottoposto a perquisizione personale ed è visitato dal medico, che ne certifica lo stato psico-fisico, con particolare riguardo alle condizioni che rendano possibile sopportare il viaggio o che non lo consentano”*²³³. Se da un lato la certificazione in esame pare evidentemente volta a tutelare la salute del detenuto²³⁴, dall'altro lato è impossibile non rilevare altresì la dubbia costituzionalità della norma in esame, che, essendo di fonte regolamentare, non pare rispettare la riserva di legge di cui al 32 co.2 Cost.²³⁵.

²³¹ Parere del Comitato Nazionale di Bioetica, *La salute dentro le mura*, 27 settembre 2013, *cit.*, p. 15.

²³² PENNISI A., *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, *cit.*, p. 98. L'autore rileva questa problematica solo con riferimento alle visite di cui al co. 5, sembra però ragionevole estendere l'osservazione anche a quelle previste dal co. 6 per le quali, allo stesso modo, non vi è una precisa cadenza temporale.

²³³ In quest'ultimo caso, la direzione ne informa immediatamente l'autorità che ha disposto il trasferimento.

²³⁴ LA GRECA G., *La salute del detenuto*, *cit.*, p. 385.

²³⁵ PENNISI A., *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, *cit.*, p. 98.

Per concludere appare necessario precisare che le visite obbligatorie trattate sono considerate dalla dottrina²³⁶ e dalla giurisprudenza²³⁷ quali atti di natura meramente amministrativa, con la conseguenza di escludere per dette verificazioni mediche ed i relativi prelievi a scopo diagnostico l'adozione delle garanzie previste dal c.p.p.

2.6.3 Il ricovero nei Centri Diagnostici Terapeutici (CDT)

I presidi sanitari interni agli istituti, previsti dall'art. 11 co. 1 ord. penit., non sempre dispongono di risorse in grado di garantire adeguate cure ed assistenza per le problematiche di salute che possono presentarsi nel corso della detenzione, soprattutto nei casi di patologie che richiedono terapie di natura specialistica. Come si diceva poco sopra, infatti, il comma 1, pur richiedendo che il servizio sanitario sia garantito in ogni istituto, non implica la necessaria presenza di strutture ad alta specializzazione clinica in ogni istituto penitenziario, bensì suggerisce la predisposizione di apparati sanitari cd. di secondo livello. Quest'ultimi, che si affiancano ai presidi sanitari interni (apparati cd. di primo livello), devono essere dislocati sul territorio in modo adeguato ed assolvere alla funzione di garantire l'accesso a prestazioni specialistiche anche al soggetto privato della libertà personale, realizzando così la tutela della salute del detenuto anche nei casi maggiormente complessi dal punto di vista medico. A questo scopo l'amministrazione penitenziaria ha quindi previsto i cd. Centri Diagnostici Terapeutici (CDT), strutture cliniche annesse ad alcuni tra i principali stabilimenti penitenziari dislocate sull'intero territorio nazionale ed attrezzate, per l'appunto, per particolari prestazioni mediche specialistiche. In particolare, i quindici CDT previsti dalla circolare D.A.P. n. 6222738/15 del 27 aprile 1989²³⁸ garantiscono la presenza di cinque strutture ubicate nelle regioni settentrionali, cinque nelle regioni centrali, tre nelle regioni meridionali e due per ciascuna delle isole principali²³⁹.

²³⁶Inter alia BERNASCONI A., *Sub art. 11*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 128.

²³⁷Cass. Sez. I, 14 giugno 1993, Chiera, in *Cass. pen.*, 1994,II, p. 3111 che ha affermato la natura amministrativa del prelievo di urine e successive analisi, escludendo l'applicazione delle norme riguardanti l'attività del p.m.

²³⁸Citata in FIORIO C., *Libertà personale e diritto alla salute*, cit., p. 92.

²³⁹Più in particolare i CDT esistenti allo stato attuale sono i seguenti : C. C. Genova "Marasso", C.C. Torino "Lorusso e Cutugno", C.C. Milano "S. Vittore", C.R. Milano "Opera", C.R. Parma, C.C. Pisa "Don Bosco", C.C.F. Pisa "Don Bosco", C.C. Perugia, C.R. Perugia, C.C. Roma "Regina Coeli", C.C.

La possibilità per il detenuto di essere ricoverato in un CDT (distrettuale o extradistrettuale a seconda delle specifiche esigenze) risulta essere condizionata alla comprovata impossibilità di cura e assistenza all'interno dello stabilimento di afferenza, impossibilità che come risulta da alcune direttive ministeriali deve essere valutata secondo parametri particolarmente stringenti²⁴⁰. In particolare, il ricovero nei centri diagnostici può essere disposto soltanto nei casi di effettiva necessità ed unicamente per il tempo strettamente necessario che *“non coincide necessariamente con l'intera durata della malattia, ma è inferiore ad essa quante volte, pur perdurando la malattia, le normali risorse dell'istituto sono in grado di fornire una assistenza medica adeguata”*²⁴¹. Stante la costante carenza strutturale, la preoccupazione dell'amministrazione penitenziaria è quella di evitare l'abuso dell'istituto in questione, che può essere facilmente strumentalizzato al fine di ottenere benefici non dovuti²⁴². A questo proposito, è da notare che se da un lato le preoccupazioni dell'amministrazione penitenziaria appaiono comprensibili, dall'altro lato è impossibile non rilevare che la necessità di ricerca di un equilibrio tra le contrapposte esigenze di sicurezza e di garanzia dei diritti, deve, nell'ambito in esame, avere bene a mente la primarietà del bene salute quale diritto fondamentale sancito dalla Costituzione, con la conseguenza che le valutazioni devono avere prima di tutto carattere medico.

Quanto agli aspetti procedurali, è poi previsto che la proposta di ricovero sia di competenza della direzione dell'istituto che deve allegare alla richiesta (da inviare ai Provveditorati regionali) un estratto della cartella personale del soggetto ed una relazione dalla quale emergano le esigenze terapeutiche che giustificano la proposta di ricovero in CDT²⁴³.

Infine, per ciò che concerne il diritto all'autodeterminazione sanitaria passiva è da sottolineare che la già citata circolare D.A.P. n. 3258/5708 del 28 dicembre 1988 ha precisato l'applicabilità (per vero scontata) dei principi generali in materia di trattamenti sanitari obbligatori anche con riferimento al ricovero in CDT, per cui, pur in assenza di

Napoli “Poggioreale”, C.C. Napoli “Secondigliano”, C.C. Bari, C.C. Messina, C.C. Palermo “Ucciardone”, C.C. Cagliari, C.C. Sassari. LA GRECA G., *La salute del detenuto*, cit., p. 385, aggiornato con le informazioni di www.ristretti.it.

²⁴⁰ Anche la valutazione sulla possibilità di ricovero in CDT extradistrettuale è fortemente vincolata dalle prese di posizione del D.A.P., che in alcune circolari ha chiarito l'estrema eccezionalità di queste ipotesi.

²⁴¹ Circolare D.A.P. n. 3258/5708 del 28 dicembre 1988.

²⁴² FIORIO C., *Libertà personale e diritto alla salute*, cit., p. 92.

²⁴³ LA GRECA G., *La salute del detenuto*, cit., p. 385.

una previsione in merito alla necessità di consenso dell'interessato la regola è quella dell'impossibilità di cure ed interventi sanitari coattivi se non per disposizione di legge e ciò fintanto che permane nel soggetto la capacità di “*rendersi coscientemente conto delle conseguenze del suo rifiuto*”.

2.6.4 Il ricovero in ospedale civile o in altro luogo esterno di cura

Qualora il detenuto abbia bisogno di cure o trattamenti diagnostici che non possano essere garantiti né dai presidi sanitari interni al carcere né dai centri clinici appena analizzati, l'art. 11 co. 2 ord. penit. prevede la possibilità di trasferimento “*in ospedale civile o in altro luogo esterno di cura*”. Il primato assoluto del diritto all'integrità psico-fisica richiede, infatti, che la prestazione sanitaria sia garantita al soggetto ristretto anche nei casi in cui l'amministrazione penitenziaria non riesca a far fronte alle esigenze del caso concreto attraverso gli apparati di primo e di secondo livello all'uopo predisposti²⁴⁴.

Al fine di una effettiva tutela del bene salute del detenuto, quindi, l'art. 7 D.L. 187/1993²⁴⁵ ha disposto a carico del SSN l'obbligo di organizzare all'interno degli ospedali generali di ogni capoluogo di provincia appositi reparti per ospitare i detenuti sottoposti a piantonamento, disponendo altresì la competenza della struttura ospedaliera per ciò che concerne la cura e gli accertamenti diagnostici e la competenza dell'amministrazione penitenziaria con riguardo alla sicurezza, che deve essere garantita dal personale del Corpo di polizia penitenziaria. Oltre alla predisposizione di detti reparti e di stanze di degenza attrezzate negli ospedali pubblici dei capoluoghi di provincia, dal 2002 e sempre alla stregua dell'art. 7 D.L. 187/1993, sono stati altresì attivati tre Reparti Ospedalieri dotati di autonomia organizzativa e gestionale nelle città di Milano, Roma e Viterbo²⁴⁶ che hanno contribuito, seppur in maniera non incisiva, all'aumento dei posti letto disponibili, costantemente in misura inferiore rispetto alle necessità dei casi concreti.

²⁴⁴ PENNISI A., *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., p. 98.

²⁴⁵ D.L. 14 giugno 1993, n. 187 convertito con legge 12 agosto 1993, n. 296, recante: "Nuove misure in materia di trattamento penitenziario, nonché sull'espulsione dei cittadini stranieri".

²⁴⁶ Ed in particolare presso l'Azienda Ospedaliera “S. Paolo” di Milano, l'U.O.C. Medicina Protetta presso l'Azienda Ospedaliera “S. Pertini” di Roma e l'U.O. di Malattie infettive- Ambito Penitenziario: Ospedale “Belcolle” di Viterbo. Cfr. www.ristretti.it

Per ciò che concerne le modalità del ricovero in luogo esterno di cura, l'art. 11 co. 3²⁴⁷ pone come principio generale quello del piantonamento, da considerarsi vincolante qualora non siano espressamente impartite diverse direttive dal magistrato²⁴⁸. A quest'ultimo è infatti concessa facoltà, sempre ai sensi del medesimo comma, di derogare qualora non vi sia pericolo di fuga ovvero la custodia costante non sia necessaria per la tutela dell'incolumità personale dello stesso soggetto degente. Inoltre, nonostante la temporanea permanenza all'esterno della struttura carceraria, il soggetto per il quale sia disposto il ricovero *extra moenia* rimane comunque assoggettato allo *status detentionis* e ciò ha come conseguenza, oltre alla generale applicazione delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario, che l'allontanamento ingiustificato del detenuto non sottoposto a piantonamento è punito come reato di evasione (art. 11 co. 4).

Similmente al requisito per l'accesso ai centri clinici penitenziari, ma chiaramente ad un livello ulteriore e successivo, il parametro fondamentale al quale risulta essere subordinato il ricovero in strutture extramurarie è quello dell'impossibilità di adeguate cure e assistenza²⁴⁹, valutata, però, nel caso in esame tenendo conto delle risorse offerte in generale dalle strutture dell'amministrazione penitenziaria e dunque soprattutto da quelle offerte dai centri diagnostici e terapeutici.

Anche in questo caso, il carattere di rimedio residuale²⁵⁰ della possibilità in analisi emerge a chiare lettere dalle direttive ministeriali, che, in maniera ancora maggiore rispetto a quanto si rilevava a riguardo dei CDT, esprimono l'esigenza di valutare attentamente la concreta necessità di ricorrere allo strumento del ricovero esterno. In particolare, sempre nella circolare D.A.P. n. 3258/5708 del 28 dicembre 1988 l'amministrazione penitenziaria si è preoccupata di fornire direttive al fine di evitare un eccessivo ricorso alle strutture esterne, per le quali il pericolo di abuso, vista l'estraneità delle stesse rispetto al circuito penitenziario, è, come ben si può comprendere, maggiore. È questa la ragione per cui la circolare appena citata tenta di sensibilizzare i medici dell'istituto di pena al fine "*evidente e non derogabile ..di evitare qualsiasi compiacenza o indebita concessione ai detenuti ed agli internati che, simulando o*

²⁴⁷ Introdotta dalla L. 134/89 che ha così recepito la giurisprudenza precedente che affermava l'obbligo di custodia del detenuto ricoverato ex 11 co.2.

²⁴⁸ CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, cit. p. 136.

²⁴⁹ BERNASCONI A., *Sub art. 11*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 129.

²⁵⁰ FIORIO C., *Libertà personale e diritto alla salute*, cit., p. 92.

assumendo stati morbosi o patologici non esistenti o esagerando quelli esistenti, mirino a sottrarsi al regime della detenzione o dell'internamento in ambiente penitenziario o, addirittura, a procurarsi condizioni in cui evasioni o altri gesti illeciti possano essere realizzati o tentati con maggiore facilità"²⁵¹. Anche in questo caso se appare condivisibile l'obiettivo di fondo, è comunque da sottolineare che la valutazione della necessità di ricovero esterno deve fondarsi in via prioritaria sulle effettive esigenze di salute del caso concreto, non potendo le problematiche organizzative da un lato e la preoccupazione di tentativi di qualsivoglia abuso dall'altro, sovrastare il giudizio di impossibilità, che deve mantenere fermo il proprio carattere medico in virtù della tutela offerta alla salute dall'art. 32 Cost.

L'art. 11 co. 2 ord penit. pone poi alcune regole di natura procedurale volte ad individuare la competenza a disporre il provvedimento di ricovero, che, a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale del 1989, devono essere integrate con il disposto di cui al 240 disp. att. c.p.p. Ferma la competenza a capo del Magistrato di Sorveglianza a disporre del trasferimento del condannato, infatti, l'art. 240 citato è intervenuto modificando e semplificando la disciplina delle competenze nei confronti degli imputati sottoposti a custodia cautelare in carcere, regolate originariamente dal complesso dettato dell'ultima parte del co. 2. Risolvendo dunque i problemi emersi in tema di competenze tra una fase processuale e l'altra²⁵², si è stabilito che il provvedimento di trasferimento dell'imputato debba essere adottato con ordinanza di competenza del giudice che procede²⁵³, prima dell'esercizio dell'azione penale dal g.i.p. e successivamente alla pronuncia di primo grado dal Magistrato di Sorveglianza²⁵⁴⁻²⁵⁵.

²⁵¹ L'estratto della circolare è ripreso in FIORIO C., *Libertà personale e diritto alla salute*, cit., p. 92.

²⁵² LA GRECA G., *La salute del detenuto*, cit., p. 386.

²⁵³ Ai sensi del 279 c.p.p e 91 disp. att. c.p.p.

²⁵⁴ La necessità di una ponderata distribuzione di competenze nel caso del trasferimento dell'imputato si spiega in ragione della delicatezza della situazione processuale non ancora definita che richiede un'attenta valutazione del rischio di pregiudizio che potrebbe ingenerare il trasferimento in luogo esterno al carcere agli interessi dell'accertamento. (Cfr. DI GENNARO G., BREDA R., LA GRECA G., *Ordinamento penitenziario e misure alternative*, cit., p. 82).

²⁵⁵ La Cassazione ha chiarito che la competenza del Magistrato di Sorveglianza successivamente alla sentenza di primo grado è da intendersi come riferita al solo imputato (appellante o ricorrente) sottoposto a custodia cautelare in carcere, rimanendo ferma la competenza del giudice che procede nel caso dell'imputato agli arresti domiciliari (Cass. pen. Sez. I, 20 giugno 1991, Orrù in *Mass. Cass. Pen.*, 1991, fasc.8, p. 63 e ss; Cass. pen. Sez. I, 9 giugno 1994, Pelliccia in *Cass pen.*, 1995, p. 3065 e ss.; Cass. pen. Sez. I, 22 maggio 2002, n. 23234 Russo in *Cass. Pen.*, 2003, p. 1644 e ss.). Per un approfondimento sulle soluzioni alle quali è approdata la giurisprudenza di legittimità in altri casi di dubbi sulle competenze in

Sempre in materia di competenza a disporre del provvedimento in esame è poi previsto il potere-dovere²⁵⁶ del direttore dell'istituto di disporre direttamente, con proprio provvedimento, il ricovero esterno del detenuto, possibilità che è condizionata al presupposto dell'assoluta urgenza. L'ipotesi in esame, pensata chiaramente per fronteggiare situazioni nelle quali l'attesa del provvedimento dell'autorità giudiziaria frustrerebbe l'interesse al trasferimento²⁵⁷ è, a ben vedere, considerata in maniera molto marginale nell'ordinamento penitenziario, che tocca tale ipotesi solamente per inciso nell'art. 11 co. 3, che regola la distinta materia del piantonamento²⁵⁸. L'assenza di previsione esplicita e più dettagliata all'interno dell'ordinamento penitenziario è, però, compensata dalla previsione di cui all'art. 17 co. 8 reg. exec. che richiede, oltre al requisito dell'estrema urgenza e dell'impossibilità di decisione immediata dell'autorità giudiziaria, che il direttore dia immediata comunicazione del trasferimento al magistrato competente ai fini della ratifica nonché al D.A.P. e al provveditore regionale.

Pur nella assoluta consapevolezza che una simile disposizione appare quantomai opportuna²⁵⁹, non è mancato chi ha giustamente sottolineato la criticità della previsione dell'art. 11 ord. penit., che, prevedendo solo *incidenter* la possibilità di un provvedimento della direzione, ne rimette alla fonte regolamentare la disciplina. A tal proposito è stato ad esempio osservato che appare “*eccessivo affidare ad una norma regolamentare la funzione di salvaguardia di un diritto riconosciuto dalla Costituzione*”²⁶⁰, e ciò pare di rilievo ancora maggiore ove si consideri che nella prassi applicativa i provvedimenti di trasferimento adottati dal direttore dell'istituto sono statisticamente molto più frequenti rispetto ai provvedimenti disposti dalla competente autorità giudiziaria²⁶¹.

materia di provvedimento che dispone il ricovero extramurario si veda BERNASCONI A., *Sub art. 11*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 129-131.

²⁵⁶ FIORIO C., *Libertà personale e diritto alla salute*, cit., p. 92.

²⁵⁷ La Greca fa giustamente riferimento a ipotesi di “*emergenze che implicano la sopravvivenza del detenuto e che risultano non dominabili all'interno dell'istituto*” LA GRECA G., *La salute del detenuto*, cit., p. 386.

²⁵⁸ Il comma in questione recita: “L'autorità giudiziaria competente ai sensi del comma precedente può disporre, quando non vi sia pericolo di fuga, che i detenuti e gli internati trasferiti in ospedali civili o in altri luoghi esterni di cura con proprio provvedimento, o con provvedimento del direttore dell'istituto nei casi di assoluta urgenza, non siano sottoposti a piantonamento durante la degenza, salvo che sia necessario per la tutela della loro incolumità personale.

²⁵⁹ LA GRECA G., *La salute del detenuto*, cit., p. 386.

²⁶⁰ PRESUTTI A., *La tutela della salute dell'imputato detenuto tra normativa penitenziaria e misure alternative al carcere*, in *Cass. pen.*, 1983, II, p. 1455.

²⁶¹ TERRANOVA A., *La tutela della salute in carcere*, cit., p. 46.

Un ulteriore problema che sorge sempre con riferimento all'esigenza di tenere in debita considerazione la connessione tra il provvedimento che si sta analizzando e la tutela costituzionalmente garantita del bene salute attiene all'impugnabilità dell'ordinanza (o decreto nel caso di competenza del Magistrato di Sorveglianza²⁶²) di diniego del trasferimento. In assenza di esplicite norme a riguardo, la giurisprudenza di legittimità ha infatti assunto una posizione granitica nel sostenere che il provvedimento di diniego non sia soggetto ad alcuna forma di impugnazione. In particolare, la Cassazione ha costantemente negato l'impugnabilità del diniego in ragione da un lato della mancanza di espliciti mezzi di impugnazione previsti dalla legge e dall'altro dell'impossibilità di annoverare il provvedimento in questione tra quelli soggetti al ricorso di legittimità di cui all'art. 111 co.7 Cost. I giudici della Suprema Corte, constatandone la natura amministrativa, hanno, infatti, escluso che questo possa essere considerato quale provvedimento incidente sulla sfera della libertà personale del soggetto ed hanno al contrario evidenziato come questo riguardi unicamente le modalità della detenzione (stante che il soggetto anche se ricoverato continua a mantenere lo *status* di detenuto)²⁶³.

La posizione della Corte appena delineata è stata oggetto di molteplici critiche da parte della dottrina che è spesso giunta a dubitare della legittimità costituzionale della norma in esame ove interpretata nel senso di escludere qualsivoglia mezzo di impugnazione²⁶⁴. Al fine di tutelare la posizione del detenuto, visto il rango costituzionale del bene giuridico da salvaguardare, sono state quindi avanzate dagli studiosi svariate proposte, tese a garantire, *de iure condendo*, la piena giurisdizionalizzazione del procedimento in esame²⁶⁵, talvolta considerando il provvedimento in questione quale atto incidente sulla libertà personale²⁶⁶, talaltra sostenendo l'esigenza di estendere anche al procedimento in esame la

²⁶² FIORENTIN F., MARCHESELLI A., *Il giudice di sorveglianza; la giurisprudenza dei tribunali e dei magistrati di sorveglianza*, cit., p.231.

²⁶³ Cfr. *ex multis* Cass. pen. Sez. I, 30 gennaio 1991, Santisi in *Mass. cass. pen.* 1991, fasc.8, p. 16 e ss.; Cass. pen. Sez. I, 16 giugno 1993, n. 2858, Mortafà, in *Cass. pen.* 1994, p. 1948 e ss.; da ultimo anche Cass. pen. Sez. VI, 25 marzo 2009, n. 15703, Simoncelli in *A. n. proc. pen.* 2010, p.233 e ss.

²⁶⁴ IOVINO P.C.I., *Sul ricovero del detenuto in luogo esterno di cura (Art. 11 comma 2 l. 26 luglio 1975, n. 354)* in *Cass. pen.*, 1997, fasc. 5, p. 1550 e ss., § 7.

²⁶⁵ BERNASCONI A., *Sub art. 11*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 131.

²⁶⁶ In questo senso anche PENNISI A., *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., pp. 95-96.

giurisdizionalizzazione garantita dalla disciplina di reclamo di cui al 30 *bis* ord. penit., in materia di permessi premio²⁶⁷.

Non mancano poi voci più recenti che hanno sottolineato la necessità di verificare se a seguito dell'introduzione del nuovo reclamo giurisdizionale di cui all'art. 35 *bis* ord. penit. vi possa essere la possibilità di aprire ad un'interpretazione che renda il provvedimento in esame impugnabile, in considerazione della chiara *voluntas legis* dell'intervento del 2013 che si muove evidentemente nel senso di spingere verso un'effettiva tutela dei diritti del detenuto²⁶⁸.

Così, proprio sulla spinta della recente e sempre maggiore giurisdizionalizzazione, non si sono fatti attendere i tentativi di utilizzare il nuovo reclamo ex 35 *bis* al fine di provocare un controllo di secondo grado sul provvedimento di diniego del trasferimento disposto dal Magistrato di Sorveglianza. Anche in questo caso, però, la Suprema Corte si è mostrata inamovibile ed ha ripetuto la sua usuale posizione in merito alla natura amministrativa del provvedimento di diniego e alla conseguente impossibilità di considerare l'atto in questione quale atto incidente sulla libertà personale, aggiungendo altresì l'impossibilità di utilizzare lo strumento del 35 *bis* ai fini dell'impugnazione del rigetto.

In particolare, con la sentenza n. 32470 del 23 luglio 2015²⁶⁹ i giudici di legittimità hanno dichiarato inammissibile il ricorso avverso il decreto del Tribunale di Sorveglianza di Bologna con il quale quest'ultimo aveva a sua volta dichiarato inammissibile l'istanza di reclamo ex art. 35 *bis* ord. penit. avverso il decreto del Magistrato di Sorveglianza che aveva rigettato la richiesta di ricovero esterno. Pur dichiarando suggestiva la tesi del ricorrente secondo cui dal combinato disposto dell'art. 69 comma 6 ord. penit. lett. b) così come modificato e del 35 *bis* ne deriverebbe la possibilità di adire il Magistrato di Sorveglianza con lo strumento del 35 *bis* ord. penit. nel caso di un pregiudizio grave ed attuale al diritto alla salute, la Corte è infatti giunta all'opposta conclusione di ritenere non idoneo lo strumento prospettato dal ricorrente. E ciò per un triplice ordine di ragioni: anzitutto per motivi di carattere storico, che vedono lo strumento del reclamo giurisdizionalizzato quale rimedio introdotto a seguito delle

²⁶⁷ Ad esempio PRESUTTI A., *La tutela della salute dell'imputato detenuto tra normativa penitenziaria e misure alternative al carcere*, cit., p. 1455.

²⁶⁸ BERNASCONI A., *Sub art. 11*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 131.

²⁶⁹ Cass. pen. Sez. I, 23 luglio 2015, n. 32470 in *www.italgiure.it*.

condanne della Corte EDU in materia di sovraffollamento, che secondo la Cassazione costituisce un “tema specifico, [...]che, pur potendo eventualmente involgere profili afferenti alla tutela della salute, non coincide, tuttavia, con tale diverso tema, avendo, invece, riguardo a quelli contenuti nell'art. 3 della Convenzione EDU (“Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti”).

In secondo luogo per ragioni di carattere sistematico, essendo il diritto alla tutela psicofisica tutelato, a detta dei giudici, in via primaria attraverso i rimedi del differimento (obbligatorio o facoltativo) dell'esecuzione della pena previsti dagli artt. 146 e 147 c.p., “sicché quello previsto dall'art. 35-bis O.P. assumerebbe carattere residuale.”

Ed infine per motivi di natura letterale “in quanto il reclamo de quo è azionabile in caso di inottemperanza “dell'amministrazione” e non per impugnare un provvedimento del Magistrato”.

Aldilà del fatto che le motivazioni della Corte appaiono se non altro poco convincenti²⁷⁰, è da sottolineare in generale che la centralità del bene salute parrebbe

²⁷⁰ La ragione di carattere storico non sembra tenere in debita considerazione che la necessità di prevedere rimedi effettivi avverso gli atti lesivi dei diritti dei detenuti se di certo è stata rafforzata a seguito della sentenza Torreggiani è comunque a questa antecedente ed era già stata rilevata da decenni non solo dalla dottrina e dalla giurisprudenza di merito bensì anche dalle più alte magistrature nazionali (Cfr. Cap. III). Ricondurre la genesi del rimedio di cui al 35 bis al solo problema del sovraffollamento ed alle connesse condanne della Corte EDU appare riduttivo, stante che quest'ultime hanno solamente rilevato un grave problema del sistema nazionale, peraltro fortemente sentito e sottolineato per decenni anche dalla dottrina e dalla giurisprudenza. In secondo luogo, poi, quanto all'argomento secondo cui la tutela della salute non atterrebbe ai contenuti dell'art. 3 CEDU appare impossibile non rilevare che come si è visto in precedenza (Cfr. Cap. I) la giurisprudenza della Corte EDU è giunta a delineare il diritto alla salute del detenuto, *sub specie* diritto sociale, proprio sulla base di detto articolo della Convenzione. Seppur la salute del soggetto *in vinculis* sia da considerarsi tutelata solamente in via indiretta dalla Convenzione, emerge comunque chiaramente dalla giurisprudenza consolidata della Corte europea che un inadempimento dello Stato degli obblighi positivi di garanzia di cure e assistenza medica al detenuto (come lo si potrebbe avere qualora il diniego sia ingiustificato) ben potrebbe integrare la fattispecie di trattamenti disumani e degradanti e dunque non si vede per quale ragione non dovrebbe essere possibile esperire il reclamo ex 35 bis a motivo della lesione del diritto soggettivo così subita. Nemmeno la seconda ragione sembra poi particolarmente convincente stante che gli strumenti citati dalla Corte più che posti dal legislatore secondo una scala di primarietà-residualità sembrano essere predisposti al fine di fronteggiare situazioni diversificate tra loro per cui in situazioni ove non paia giustificato il differimento ben potrebbe richiedersi il ricovero esterno e, ove questo sia negato, l'impossibilità di ricorrere allo strumento di cui al 35 bis avrebbe come effetto, di fatto, quello di privare il detenuto di uno strumento giurisdizionale per far valere il proprio diritto soggettivo alla salute. A ben vedere, se si guarda alla giurisprudenza della stessa Cassazione in materia di differimento sembra emergere, al contrario di quanto affermato nella sentenza ora in esame, che siano gli strumenti del rinvio ad essere interpretati quali rimedi residuali; in virtù della cd. concezione relativistica, infatti, la condizione di “grave infermità fisica” richiesta ai sensi dell'art. 147 c.p. è stata non di rado considerata come quella non fronteggiabile in *status detentionis*, nemmeno mediante i ricoveri extramurari disposti ex art. 11 co. 2 (sul punto cfr. §4.3). Infine, l'ultima considerazione della Corte potrebbe essere superata proprio in virtù della stessa posizione dei giudici in merito la natura amministrativa del provvedimento in esame, che seppur posto in essere dal Magistrato di Sorveglianza

richiedere, in assenza di un dovuto intervento legislativo in materia²⁷¹, un'interpretazione costituzionalmente conforme al fine di evitare che si realizzi “l'ennesimo divario tra il riconoscimento, sul piano sostanziale, di una precisa posizione soggettiva e il mancato riconoscimento, sul piano processuale, di un diritto di azione”²⁷².

2.6.5 La visita da parte del medico di fiducia

Come si diceva poco sopra, il diritto all'autodeterminazione sanitaria attiva (scelta del medico, della terapia e del luogo di cura) risulta essere fortemente limitato dalla condizione di detenzione, che implica la necessità di bilanciamento dell'interesse del singolo con le basilari esigenze organizzative e finanziarie dell'amministrazione penitenziaria²⁷³. Se queste prevalgono in molti casi, soprattutto con riferimento alla scelta delle terapie e del luogo di cura, dall'altra parte, l'ordinamento penitenziario riconosce altresì precise facoltà positive al detenuto al quale, talvolta, è rimessa la possibilità di disporre della propria salute in maniera attiva. In particolare, oltre alla previsione secondo la quale il detenuto può richiedere la visita del medico presente in istituto, che ha l'obbligo ex art. 11 co.6 ord. penit. di “visitare ogni giorno gli ammalati e coloro che ne fanno richiesta”, rilevante è il disposto dell'art. 11 co.7 che prevede la possibilità di visita da parte del medico di fiducia, subordinando tale opportunità al fatto che il detenuto sopporti personalmente le spese necessarie alla prestazione. La possibilità del detenuto di avvalersi delle cd. prestazioni mediche fiduciarie è poi completata dall'art. 17 co. 7 reg. esec. che estende la facoltà del detenuto dalla sola

potrebbe essere considerato atto dell'amministrazione proprio in ragione della sua natura. Delle due l'una: o si considera il provvedimento di diniego come atto amministrativo e quindi lo si fa rientrare per via interpretativa negli atti dell'amministrazione che ledono diritti soggettivi con la conseguente possibilità di reclamo ex 35 bis ovvero lo si considera come atto non amministrativo. In quest'ultimo caso potrebbe nuovamente prospettarsi la possibilità di considerarlo quale provvedimento incidente sulla libertà personale, in quanto ove vada a ledere il diritto costituzionalmente garantito alla salute si traduce necessariamente in una compressione ulteriore della libertà personale (a sostegno di quest'ultimo punto già L. CESARIS, *Diritto alla salute dei detenuti e limiti delle garanzie giurisdizionali (a proposito di «compatibilità» delle condizioni di salute dell'imputato con il ricovero extracarcerario in stato detentivo)*, in *Cass pen.*, 1984, II, p. 2345 e ss.

²⁷¹ FIORIO C., *Sub art 11 ord. penit.*, in (a cura di) GIARDA A., SPANGHER G., *Codice di procedura penale commentato*, IV ed. Milano, 2010, p.10221.

²⁷² PENNISI A., *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., p. 95.

²⁷³ PENNISI A., *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., p. 102.

possibilità di richiedere la visita medica alla possibilità di richiedere l'autorizzazione alla fruizione di trattamenti medici, chirurgici e terapeutici da parte di sanitari e medici di fiducia, che, sempre a spese del detenuto, qualora autorizzati sono effettuati nelle infermerie o nei reparti clinici degli istituti.

Come è stato notato, la previsione della scelta del medico di fiducia per le visite e per altre prestazioni sanitarie deriva dal riconoscimento del valore costituzionale della salute come diritto fondamentale dell'individuo, d'altra parte *“poiché si tratta di una facoltà non imposta dalle circostanze e che implica la rinuncia a quanto offre l'Amministrazione, opportunamente è stato stabilito che l'interessato provveda a proprie spese”*²⁷⁴.

La competenza a disporre dell'autorizzazione a questa tipologie di prestazioni mediche è rimessa, per ciò che concerne gli imputati, al magistrato che procede, fino alla sentenza di primo grado (art. 11 co.2, seconda parte), mentre per i detenuti, in assenza di una disposizione dell'ordinamento penitenziario, dispone l'art. 17 co. 6 reg. esec. che pone la competenza a capo del direttore dell'istituto, il quale autorizza altresì i trattamenti con riferimento agli imputati successivamente alla sentenza del giudice di prime cure.

La previsione dell'autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria si spiega anche in questo caso con la necessità di salvaguardia degli interessi processuali in gioco²⁷⁵, con la conseguenza che solo le esigenze cautelari possono legittimamente giustificare il diniego dell'autorizzazione, non rilevando valutazioni di carattere disciplinare o comunque sul comportamento non meritorio del detenuto²⁷⁶ (ed infatti non è richiesto

²⁷⁴ DI GENNARO G., BREDA R., LA GRECA G., *Ordinamento penitenziario e misure alternative*, cit., p.83.

²⁷⁵ TERRANOVA A., *La tutela della salute in carcere*, cit., p. 41 che precisa che la ragione per cui è previsto l'intervento dell'autorità giudiziaria solamente fino alla sentenza di primo grado a differenza di quanto previsto in materia di autorizzazione al ricovero esterno (per la quale si è visto essere competente a seguito della sentenza di primo grado il Magistrato di Sorveglianza) si spiega proprio a motivo della sussistenza nel caso delle prestazioni fiduciarie del solo interesse processuale. Lo stesso non può invece dirsi con riguardo al provvedimento di ricovero esterno che implicando la fuoriuscita del detenuto dal circuito penitenziario pone altresì la necessità di bilanciamento con le esigenze di sicurezza collettiva, bilanciamento che tranne in ipotesi eccezionali non può essere affidato al direttore dell'istituto.

²⁷⁶ E dunque la legittimità del provvedimento di diniego andrebbe valutata non secondo il parametro della sussistenza di *“ragionevoli motivi”* bensì secondo quello, più stringente, della sussistenza di *“specifiche ed eccezionali ragioni di cautela”*. Cfr. PENNISI A., *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., p. 95.

alcun parere del direttore²⁷⁷). Sempre dal bilanciamento di interessi che emerge dal dato normativo, che pone evidentemente come unico limite alla facoltà di prestazioni fiduciarie le esigenze processuali, derivano precisi limiti anche con riguardo al potere autorizzatorio concesso al direttore, che proprio in quanto introdotto e disciplinato dalla sola fonte regolamentare deve essere esercitato con particolare attenzione e tenendo conto esclusivamente dei fattori organizzativi interni alla struttura. Infatti, la legittimità della previsione regolamentare risulta essere subordinata ad un'interpretazione tale da escludere che l'autorizzazione del direttore esprima una discrezionalità sull'accoglimento della richiesta, dovendo *“riguard[are] solo le modalità della di tali prestazioni, al fine di evitare abusi e situazioni contrastanti con l'ordine dell'istituto”*²⁷⁸.

Infine, è da evidenziare che anche per ciò che concerne il diniego dell'autorizzazione alla visita ed ai trattamenti da parte del medico di fiducia si pongono i medesimi problemi evidenziati a proposito del diniego dell'autorizzazione al ricovero esterno in merito alla mancanza di mezzi di impugnazione. Anche nell'ipotesi in esame, infatti, la Cassazione ha ritenuto l'atto inoppugnabile²⁷⁹, sulla base della constatazione dell'impossibilità di considerare la facoltà di cui all' art. 11 co.11 come un diritto soggettivo²⁸⁰. Anche in questo caso, quindi, sono da rilevarsi i problemi che una simile interpretazione pone con riguardo all'art. 32 Cost., del quale la facoltà in esame pare essere un diretto corollario.

Diversamente, però, dai problemi che emergono in materia di ricovero -essendo il diniego di autorizzazione all'avvalersi di prestazioni fiduciarie disposto, tranne per gli imputati in primo grado, dal direttore dell'istituto -potrebbe forse trovare più facilmente applicazione lo strumento di cui al 35 bis ord. penit. in quanto il diniego potrebbe integrare un'ipotesi di atto dell'amministrazione che lede diritti soggettivi, senza necessità di forzatura del dato legislativo²⁸¹.

²⁷⁷In questo senso BERNASCONI A., *Sub art. 11*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 136.

²⁷⁸ TERRANOVA A., *La tutela della salute in carcere*, cit., p. 41.

²⁷⁹ Cass. pen., Sez. I, 14 marzo 1986, Bernardi, in *Cass. pen.*, 1987, p. 1240 e ss.

²⁸⁰ CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, cit. p. 137.

²⁸¹ Anche in questo caso si tratterebbe non tanto di considerare il 35 bis quale strumento di impugnazione del diniego, quanto piuttosto di rilevare come il contenuto sostanziale di detto diniego possa di fatto comportare una lesione del diritto soggettivo alla salute e dunque, indipendentemente dalle caratteristiche dell'atto che implica la lesione, richiedere l'esperimento del reclamo giurisdizionalizzato.

2.7 Il diritto all'integrità psicofisica di fronte a condotte lesive di terzi

La tutela della salute *sub specie* diritto all'integrità psicofisica del detenuto, che abbiamo visto essere garantita attraverso la predisposizione di norme atte ad evitare che gli elementi ambientali incidano negativamente sul soggetto (artt. 5-10 ord. penit. che realizzano la cd. tutela della salute preventiva²⁸²), è chiaramente perseguita anche attraverso la difesa del soggetto detenuto di fronte alle aggressioni ed altre condotte lesive da parte di terzi.

Come già detto, il diritto alla conservazione dell'integrità psicofisica, definito dalla Corte Costituzionale come "*diritto erga omnes immediatamente garantito dalla Costituzione e, come tale, direttamente azionabile*²⁸³" comporta il dovere della generalità dei consociati di astenersi da comportamenti lesivi dell'altrui salute. Da ciò ne discende che, in caso di lesione, il soggetto legittimato può trovare tutela immediata dinnanzi alla Magistratura Ordinaria, sulla base della sola garanzia costituzionale e proprio in virtù della *Drittwirkung*²⁸⁴ del diritto in questione; ciò a prescindere che l'autore dell'illecito sia un soggetto privato ovvero una pubblica amministrazione.

Quanto detto vale chiaramente anche per il soggetto detenuto, per il quale, non essendo prevista nell'ordinamento penitenziario una tutela specifica nei confronti degli atti lesivi di terzi, si configura la possibilità di avvalersi dell'ordinaria tutela penalistica (in particolare, artt. 575- 593 c.p.²⁸⁵) e di quella civilistica (art. 5 e art. 2043 c.c.)²⁸⁶.

Per ciò che concerne invece i comportamenti della pubblica amministrazione, la posizione di particolare vulnerabilità del soggetto detenuto richiede una tutela rafforzata, volta in particolare a delimitare la legittimità dell'intervento fisico del personale penitenziario nei confronti dei soggetti sottoposti alla loro custodia²⁸⁷. La legittimità di detto intervento, che si rivela talvolta essere inevitabile al fine di fronteggiare situazioni di emergenza non altrimenti superabili²⁸⁸, è subordinata al

²⁸² Oltre che, come detto (ed in particolare per ciò che riguarda gli artt. 5-8 ord. penit.), il diritto alla salubrità ambientale.

²⁸³ Corte cost. sent. n. 455 del 1990, *cit.*

²⁸⁴ Vedi nota 15 Cap. II.

²⁸⁵ Ossia i reati contenuti nel Libro secondo, Titolo XII, Capo I (Dei delitti contro la vita e l'incolumità individuale).

²⁸⁶ PENNISI A., *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, *cit.*, p. 86.

²⁸⁷ PENNISI A., *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, *cit.*, p. 86.

²⁸⁸ COPPETTA M.G., *Sub art. 41*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, *cit.*, p. 440.

rispetto delle disposizioni di cui all'art. 41 ord. penit., la cui *ratio* è chiaramente quella di circondare di cautele l'utilizzo di strumenti coercitivi, i quali possono avere un impatto anche molto forte sull'integrità psicofisica del detenuto.

In particolare, l'art. 41, rubricato "*Impiego della forza fisica e uso dei mezzi di coercizione*" sancisce il divieto di utilizzo della forza fisica da parte, deve ritenersi, del personale del Corpo di polizia penitenziaria²⁸⁹, tranne in casi eccezionali. L'eccezionalità, espressa dalla norma mediante il ricorso al requisito dell'indispensabilità, richiede da un lato che la coazione si riveli essere l'unico strumento idoneo a superare la situazione straordinaria in atto e dall'altro che la coazione sia giustificata da un pericolo serio ed attuale per la sicurezza²⁹⁰. Al fine di delimitare maggiormente le ipotesi di discrezionalità nell'uso della forza fisica, il legislatore del 1975 ha altresì tipizzato le condotte che giustificano l'utilizzo dei mezzi eccezionali in questione, che vengono considerati indispensabili solo ove necessari "*per prevenire o impedire atti di violenza, per impedire tentativi di evasione o per vincere la resistenza, anche passiva, all'esecuzione degli ordini impartiti*". Quest'ultima ipotesi, come è stato notato²⁹¹, implica a ben vedere un margine eccessivo di discrezionalità che deve essere necessariamente limitato in via interpretativa facendo ancora una volta leva sul carattere eccezionale dello strumento in questione.

La maggiore criticità dalla norma in esame è però un'altra, ossia la mancata previsione del requisito di proporzionalità²⁹², criterio che subordina la legittimità dell'intervento al fatto che la forza impiegata coincida con quella minima necessaria a

²⁸⁹ In assenza di esplicita previsione normativa circa i soggetti legittimati all'uso di strumenti coercitivi, l'interpretazione che riferisce la disposizione in esame al solo Corpo di polizia penitenziaria e non anche agli altri operatori penitenziari (PENNISI A., *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., p. 86, nota 45) è da preferirsi, soprattutto in ottica di tutela della salute, in quanto delimita il campo di applicazione della *lex specialis*, che altrimenti legittimerebbe un novero di soggetti potenzialmente indeterminato all'uso degli strumenti in questione, ampliando così il pericolo di *vulnus* all'integrità psicofisica del detenuto. Nel senso estensivo: PENNISI A., *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., p. 86, nota 45. Nel senso limitativo: COPPETTA M.G., *Sub art. 41*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 440; NAPOLI G.M. *Il regime penitenziario*, Milano, 2012.

²⁹⁰ COPPETTA M.G., *Sub art. 41*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 440

²⁹¹ LOI E., MAZZACUVA N., *Il sistema disciplinare nel nuovo ordinamento penitenziario*, in (a cura di) BRICOLA F. *Il carcere riformato*, 1977, p. 91.

²⁹² Come rilevato da CARNEVALE S., *Morire in carcere e morire di carcere. Alcune riflessioni attorno agli abusi sulle persone private della libertà personale*, in (a cura di) CORLEONE F., PUGIOTTO A., *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Roma, 2012, p. 219. Alla pagina precedente l'autrice sottolinea altresì la criticità del 41 ord. penit. per via del ricorso a formule che, nonostante l'apparenza, sono piuttosto indeterminate e flessibili.

ripristinare l'ordine e la sicurezza interna allo stabilimento²⁹³. Il requisito della proporzionalità, pur in assenza di una presa di posizione esplicita del legislatore, deve in ogni caso considerarsi imprescindibile, essendo, assieme con la necessità, parametro fondamentale che sorregge l'uso della forza tanto secondo la giurisprudenza consolidata della Corte EDU²⁹⁴, quanto secondo le Regole penitenziarie europee²⁹⁵.

In ipotesi di illegittimità dell'uso della forza da parte del personale penitenziario il detenuto può invocare l'ordinaria tutela civilistica ed altresì la tutela penalistica, potendo ricorrere a tal proposito, oltre altre ai reati comuni di cui agli artt. 575-593 c.p., altresì il reato proprio di cui all'art. 608 c.p. che prevede la fattispecie di abuso di autorità contro arrestati o detenuti²⁹⁶. Inoltre, a seguito della tanto tormentata introduzione, ad opera della L. n. 110/2017²⁹⁷, del reato di tortura, l'uso illegittimo della forza da parte del personale di polizia penitenziaria lesivo dell'integrità psicofisica del detenuto potrebbe rilevare ai fini della configurazione del reato di cui al 613 *bis*, che prevede espressamente tra i soggetti passivi del reato la "*persona privata della libertà personale*"²⁹⁸.

Vista anche in questo caso la posizione di debolezza del detenuto è previsto che la tutela penale contro gli abusi del personale penitenziario, oltre che dal soggetto leso possa, *rectius* debba, essere promossa dal direttore dell'istituto che, in quanto pubblico ufficiale, ha, ai sensi del 331 co.1 c.p.p, l'obbligo di denuncia dei reati perseguibili d'ufficio di cui ha avuto notizia nell'esercizio o a causa delle sue funzioni. Proprio al fine di permettere al direttore di venire a conoscenza dei fatti delittuosi avvenuti ad opera del personale, permettendogli così di adempiere al proprio dovere²⁹⁹, il co. 2 dell'art. 41 ord. penit. prevede l'obbligo per il personale che abbia fatto uso della forza fisica di darne immediatamente notizia al direttore dell'istituto. L'ulteriore fine

²⁹³ COPPETTA M.G., *Sub art. 41*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 440.

²⁹⁴ Come si sottolineava al Cap. 1 § 6.2 *sub a*).

²⁹⁵ Cfr. art. 64 che precisa che la forza deve essere "*l'ultima risorsa*" nonché che "*la quantità di forza usata deve essere quella minima necessaria*" ed "*applicata per il tempo strettamente necessario*".

²⁹⁶ PENNISI A., *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., p. 87.

²⁹⁷ Denominata "*Introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*".

²⁹⁸ Il particolare, il co. 2 dell'art. 613 *bis* prevede un'aggravante qualora la condotta descritta al co.1 sia posta in essere "*da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio*". Per alcune critiche su questo profilo e più in generale sulla norma neointrodotta si veda *inter multis* MARCHI I., *Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis c.p.*, in www.penalecontemporaneo.it, 31 luglio 2017.

²⁹⁹ Cfr. PENNISI A., *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., p. 87 che rileva altresì l'importanza della notizia ai fini dell'attivazione del procedimento disciplinare.

dell'obbligo di darne notizia immediata è quello di garantire al detenuto una pronta assistenza sanitaria, come emerge sempre dal co. 2 che prevede che il direttore, ricevuta la notizia, debba disporre, senza indugio, gli accertamenti sanitari necessari.

Oltre a prevedere dei requisiti di legittimità per le ipotesi di uso della forza, l'art. 41 regola, al co. 3, le modalità di utilizzo di altri mezzi di coercizione, rimandando al regolamento per il profilo della concreta determinazione degli strumenti utilizzabili. Giova rilevare come non sono mancate critiche alla scelta legislativa dell'utilizzo della fonte regolamentare come strumento esclusivo di previsione tassativa dei mezzi di coercizione, che pare porsi, inopinatamente ed incomprensibilmente³⁰⁰, come eccezione al principio di stretta legalità³⁰¹. Il regolamento del 2000, all'art. 82, a sua volta rinvia ai *“mezzi di coercizione impiegati per le medesime finalità presso le istituzioni ospedaliere pubbliche”* prevedendo altresì che l'uso di questi sia effettuato esclusivamente sotto il controllo del sanitario. L'uso degli strumenti coercitivi, sempre alla stregua del co. 3 art. 41, deve essere limitato al tempo strettamente necessario (che solitamente coincide con il tempo necessario all'intervento trattamento farmacologico) e si ritiene debba avvenire nei luoghi destinati alle cure sanitarie³⁰².

Di assoluto rilievo è infine la precisazione secondo cui i mezzi coercitivi non possono in alcun caso essere utilizzati a fini disciplinari ma solo per *“evitare danni a persone o cose o di garantire la incolumità dello stesso soggetto”*. Nonostante paia infatti implicito che le tra le finalità degli strumenti coercitivi nelle istituzioni ospedaliere pubbliche non possano di certo comparire i fini disciplinari, la chiarificazione in questione da un lato rafforza il dato regolamentare implicito attribuendogli forza di legge e dall'altro segna una precisa volontà di rottura con il modello precedente alla legge di riforma penitenziari

³⁰⁰ COPPETTA M.G., *Sub art. 41*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 441.

³⁰¹ In questo senso DI GENNARO G., BREDA R., LA GRECA G., *Ordinamento penitenziario e misure alternative, cit.*, p. 230.

³⁰² COPPETTA M.G., *Sub art. 41*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 441.

CAPITOLO III

GLI STRUMENTI DI TUTELA DEL DIRITTO ALLA SALUTE DEL DETENUTO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

SOMMARIO: 3.1 La tutela dei diritti del detenuto in generale e della salute in particolare. – 3.2 Il primo passo della cd. giurisdizionalizzazione: le sentt. 212/1997 e 26/1999. – 3.3 Il secondo passo della cd. giurisdizionalizzazione: dalla sentt. “Gianni” alle sentt. 266/2009 e 135/2013. – 3.4 Il terzo passo della cd. giurisdizionalizzazione: dalla sentenza Torreggiani all’introduzione degli artt. 35 *bis* e 35 *ter* ord. penit. – 3.5 Il 35 *bis* e la tutela del diritto alla salute. – 3.5.1 La disciplina statica. – 3.5.2 La disciplina dinamica. – 3.6 Il 35 *ter* e la tutela del diritto alla salute. – 3.6.1 Il dibattito sul requisito dell’attualità del pregiudizio. – 3.6.2 Il rinvio mobile ad una giurisprudenza ondivaga. – 3.6.3 Il dibattito sull’entità del ristoro garantito a titolo di riparazione e la controversa natura del rimedio.

3.1 La tutela dei diritti del detenuto in generale e della salute in particolare

Come si è evidenziato nel capitolo precedente, diverse sono le norme dell’ordinamento penitenziario e del regolamento esecutivo che sono volte a garantire che lo *status detentionis* non comporti un’eccessiva compressione del fondamentale diritto alla salute, solennemente riconosciuto dall’art. 32 Cost. Attraverso queste disposizioni, la legge di riforma penitenziaria, nell’ottica generale di superamento del modello previgente¹ ha inteso riconoscere al detenuto delle posizioni giuridiche soggettive specifiche afferenti la salute, soprattutto per ciò che concerne la salute preventiva e l’assistenza sanitaria (artt. 5-11 ord. penit.).

Oltre all’ordinaria tutela civilistica e penalistica, infatti, la peculiarità dalla posizione giuridica del detenuto, derivante dalla mancanza di libertà e dalle condizioni ambientali, per loro natura sfavorevoli², comporta la necessità di una tutela rafforzata che tenga conto, in particolare, della condizione di assoggettamento del detenuto

¹ Cfr. §2.3.

² BORTOLATO M., *Sub art. 35 bis*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 395.

all'amministrazione penitenziaria³. Ciò vale per tutta una serie di diritti sui quali la pena detentiva inevitabilmente incide, ma vale in particolar modo per il diritto alla salute che, tanto nella sua accezione di diritto di libertà (e specialmente se inteso anche come diritto alla salubrità ambientale), quanto in quella di diritto sociale (e quindi di diritto a prestazioni), dipende fortemente, per la sua attuazione dall'amministrazione e dall'adempimento di questa alle prescrizioni dettate dalla legge.

Una delle principali innovazioni della L. 354/75, come si diceva, è stata proprio quella di far derivare dalla constatazione della posizione di vulnerabilità del soggetto *in vinculis* il fondamentale corollario del riconoscimento in capo a questo della titolarità di posizioni giuridiche soggettive volte, se non a riequilibrare la sua posizione, quantomeno a garantire, a prescindere dallo *status detentionis*, il godimento di quel nucleo inviolabile di diritti che costituiscono il bagaglio di ogni essere umano⁴.

Nonostante l'inevitabile svolta che questa nuova visione ha comportato per la concezione del trattamento penitenziario, però, il riconoscimento di posizioni giuridiche soggettive, in forma esplicita, nell'art. 4 ord. penit. (*"I detenuti e gli internati esercitano personalmente i diritti loro derivanti dalla presente legge anche se si trovano in stato di interdizione legale"*) ed implicita (nelle disposizioni che, regolamentando aspetti particolari e di momenti della vita penitenziaria, prevedono obblighi dell'amministrazione e facoltà, poteri, diritti del detenuto) non è stato che il primo passo di un percorso lungo e complesso verso la tutela effettiva dei diritti del detenuto.

Aldilà delle affermazioni di principio, infatti, all'enucleazione di specifici diritti spettanti al detenuto in quanto detenuto, la legge di riforma non ha, però, affiancato una tutela effettiva⁵, che permettesse di trasformare le posizioni sostanziali così riconosciute in pretese azionabili in sede giudiziale. L'unico strumento predisposto dal legislatore del 1975 che poteva in qualche modo assumere rilevanza in caso di

³ Nel senso che la tutela della sfera personale del detenuto avviene *"sia conservando posizioni sostanziali che appartengono al patrimonio comune dei cittadini, non incompatibili con lo status detentivo; sia alimentandosi di nuove componenti, originate proprio dal suddetto stato, in grado di resistere a modalità non ortodosse, di attuazione concreta della pretesa punitiva"*. D'AGNOLO M., *Diritti del detenuto e intervento giurisdizionale: note sui provvedimenti punitivi*, in *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, cit., p.110.

⁴ Per riprendere nuovamente le celebri parole del giudice delle leggi (Corte cost., sent. 26/1999, cit.) su cui si veda anche la nota 40 Cap. II.

⁵ Nelle parole di Padovani *"i diritti dei detenuti - vero e proprio nodo cruciale dell'esecuzione carceraria (...) - continuano ad essere oggetto di proclamazioni, ma senza garanzia di effettiva attuazione"* PADOVANI T., *Promemoria sulla questione della giustizia*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4023.

lesione di una posizione giuridica era, infatti, il reclamo generico *ex art. 35 ord. penit.*⁶, norma che permette al detenuto di rivolgere doglianze, con oggetto non prefissato, ad un novero eterogeneo di autorità, tra le quali anche il Magistrato di Sorveglianza⁷.

Se in un primo tempo non sono mancate opinioni entusiaste per la predisposizione dello strumento del reclamo *ex art. 35* che pareva integrativo del “*sistema di garanzie ai detenuti e agli internati, affinché sia assicurato un pieno rispetto dei loro diritti ed interessi*”⁸, ben presto, però, l'emersione dei profondi limiti di questo strumento ha portato alla conclusione dell'inidoneità del rimedio in esame quale strumento atto a contrastare le violazioni perpetrate dall'amministrazione penitenziaria nei confronti dei soggetti detenuti⁹. Anche qualora il reclamo fosse indirizzato all'organo giurisdizionale, infatti, l'assenza, nello scarno art. 35, di qualsivoglia indicazione procedurale, comportava l'adozione del procedimento *de plano*, privo cioè delle garanzie della giurisdizione dettate dalla Costituzione (il contraddittorio, la stabilità della decisione e il ricorso per Cassazione).

La legge di riforma, dunque, non prevedendo alcuna regola in merito alle formalità, ai modi e ai tempi della decisione del Magistrato di Sorveglianza sul reclamo generico, decisione peraltro non configurata come avente natura giurisdizionale ha, in sostanza, tenuto ferma la natura spiccatamente amministrativistica dello strumento del reclamo¹⁰, che quale rimedio caratterizzato dall'assoluta informalità mal si prestava a tutelare i diritti del detenuto.

Ciò ha avuto come diretta conseguenza, come è stato notato, che l'ordinamento penitenziario, definito da taluno come “*carta dei diritti*” dei detenuti¹¹ si rivelasse

⁶ Che nell'originaria formulazione così recitava “*I detenuti e gli internati possono rivolgere istanze o reclami orali o scritti, anche in busta chiusa: 1) al direttore dell'istituto, nonché agli ispettori, al direttore generale per gli istituti di prevenzione e di pena e al Ministro per la grazia e giustizia; 2) al magistrato di sorveglianza; 3) alle autorità giudiziarie e sanitarie in visita all'istituto; 4) al presidente della giunta regionale; 5) al capo dello stato.*”

⁷ La necessità di consentire al detenuto di avvalersi dello strumento del reclamo era (ed è) prevista anche dalle Regole penitenziarie europee e dalle Regole dell'ONU che, come si diceva, hanno profondamente influenzato il testo della L. 354/75. Per le disposizioni attuali a questo proposito si vedano l'art. 70 R.P.E. e le Rules 56 e 57 del documento ONU.

⁸ DI GENNARO G., BREDA R., LA GRECA G., *Ordinamento penitenziario e misure alternative*, cit., p. 194.

⁹ COPPETTA M.G., *Sub art. 41*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 441.

¹⁰ Su cui *amplius* MARAFIOTI L., *Il procedimento per reclamo*, in (a cura di) CORSO P., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, cit., p. 341.

¹¹ GREVI V., *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, cit., p. 8.

piuttosto come una lista di “*diritti di carta*”¹², o meglio di diritti riconosciuti solo “sulla carta” in quanto comunque consegnati “*alla discrezionalità e all’arbitrio dell’amministrazione penitenziaria*”¹³.

In questo quadro, il diritto alla salute del detenuto, insieme con gli altri diritti a questo riconosciuti, sono, per lunghissimo tempo, “*rimasti dispersi nel limbo di un’ineffettiva tutela giurisdizionale*”¹⁴, con la conseguenza di essere garantiti in maniera maggiore o minore a seconda delle volontà e delle possibilità dell’amministrazione.

La tutela giurisdizionale del diritto alla salute è stata così per molto tempo sostanzialmente inesistente, vista da un lato dalla mancanza di un rimedio atto a tutelare in maniera specifica il diritto alla salute del detenuto e, dall’altro, l’assenza di un rimedio generale a tutela delle posizioni giuridiche soggettive. D’altra parte, lo stesso legislatore della riforma non aveva previsto procedure particolarmente garantiste nemmeno per i provvedimenti e gli atti che attengono alla salute del detenuto, che al contrario si caratterizzano anch’esse per la più totale informalità¹⁵.

Se a ciò si aggiunge che, come ampiamente visto, il diritto alla salute si configura come un diritto complesso e per molti aspetti finanziariamente condizionato¹⁶ e si tiene altresì conto delle obiettive difficoltà riscontrate dall’amministrazione penitenziaria nella predisposizione di apparati sanitari efficienti e in grado di rispondere integralmente alla grandissima “domanda di salute” del contesto carcerario¹⁷, ben si comprende come parlare di diritto alla salute del detenuto fosse possibile solo con riferimento ad un piano teorico, totalmente avulso dalla realtà degli stabilimenti penitenziari.

A partire dagli anni Novanta, però, un’accresciuta sensibilità al tema dei diritti dei detenuti, proveniente non solo dalla dottrina, per vero sempre attenta a questa problematica, bensì e soprattutto delle maggiori autorità giurisdizionali nazionali, ha portato all’emersione delle limitazioni dell’impianto della L. 354/75 e alla ricerca di

¹² FADDA M. L., *La tutela del diritto alla salute dei detenuti*, in www.rivistadignitas.it, 11 gennaio 2013.

¹³ GARGANI A., *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell’esecuzione penale*, in *Cass. pen.*, 2011, fasc. n.3, p. 1272.

¹⁴ BORTOLATO M., *Sub art. 35 bis*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 395

¹⁵ FIORIO C., *Libertà personale e diritto alla salute*, cit., p. 45. Il riferimento è qui, ad esempio, ai provvedimenti di natura autorizzatoria, come per esempio quello ex art. 11 co. 2 per il ricovero esterno, su cui ampiamente § 2.6.4.

¹⁶ Cfr. § 2.1.

¹⁷ Come si sottolineava parlando della legge di riordino della medicina penitenziaria (vedi § 2.6.1).

possibili soluzioni in grado di garantire realmente il godimento dei diritti inviolabili anche al detenuto.

Per comprendere quale sia lo stato attuale della tutela offerta al diritto salute e quali strumenti siano stati all'uopo individuati e predisposti è necessario ripercorrere le tappe principali del percorso cd. di giurisdizionalizzazione dei diritti del detenuto. Da un lato, vista la già rilevata assenza di strumenti specifici per la tutela del diritto alla salute, l'analisi dell'evoluzione del reclamo cd. generico *ex* 35 ord. penit. permetterà di comprendere quale sia stata la tutela assicurata nel tempo ai diritti del detenuto in generale e dunque anche al diritto alla salute nello specifico. Dall'altro lato, i punti fermi sviluppati in materia di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti dalla Corte Costituzionale e dalla Suprema Corte potranno fornire indicazioni utili per verificare la compatibilità degli strumenti individuati con i consolidati principi di matrice giurisprudenziale.

3.2 Il primo passo della cd. giurisdizionalizzazione: le sentt. 212/1997 e 26/1999

Come si è anticipato, il percorso verso la giurisdizionalizzazione dei diritti del detenuto è avvenuto lentamente e grazie a degli arresti fondamentali del giudice delle leggi da un lato, e della Cassazione dall'altro. In un primo tempo, il ruolo di apripista è stato svolto dalla Corte costituzionale che, con alcune fondamentali sentenze degli anni Novanta, ha chiarito l'esigenza di estendere anche ai procedimenti davanti alla Magistratura di Sorveglianza i principi costituzionali in tema di giurisdizione, e ciò in contrasto con quanto sostenuto dagli stessi giudici nel primo periodo successivo all'entrata in vigore della legge di riforma del sistema penitenziario.

In una prima fase, infatti, gli stessi giudici delle leggi, aderendo alla tradizionale concezione della fase esecutiva della pena come fase di natura principalmente amministrativa, si erano pronunciati nel senso di escludere che i procedimenti per reclamo innanzi al Magistrato di Sorveglianza potessero avere natura giurisdizionale¹⁸.

¹⁸ In questo senso si vedano ad esempio: Corte cost., ord. n. 87 del 1978, in *Giur. cost.* 1978, I, p. 1180 con nota di BARTOLE S.; Corte cost., sent. n.103 del 1984 in *Giur. cost.*, 1984, I, p. 1071; Corte cost., ord. n.77 del 1986 in *Giur. cost.*, 1986, I, p. 462. Nella prima ordinanza citata la Corte aveva negato il carattere della giurisdizionalità ai procedimenti per reclamo in materia di lavoro e mercede, concludendo per l'impossibilità per il Magistrato di Sorveglianza di sollevare conflitto di attribuzioni a motivo

Successivamente, il progressivo inserimento nell'ordinamento penitenziario di strumenti di reclamo dotati (di un livello minimo) di giurisdizionalità¹⁹ da un lato, e la previsione nel nuovo codice di procedura penale di garanzie di giurisdizionalità anche nella fase di esecuzione della pena dall'altro²⁰, hanno fornito alla Corte costituzionale la base per il superamento della concezione tradizionale.

Dunque, in una seconda fase, per così dire intermedia, i giudici delle leggi, accogliendo la distinzione elaborata dalla giurisprudenza di legittimità tra provvedimenti riguardanti la misura e la qualità della pena e provvedimenti relativi alle modalità di esecuzione, hanno riconosciuto il carattere giurisdizionale dei primi per via della loro incidenza sul grado di libertà personale del detenuto, ferma restando la natura amministrativa dei secondi, quand'anche affidati alla Magistratura di Sorveglianza²¹.

Detta sostanziale *summa divisio* tra le posizioni del soggetto *in vinculis* a seconda della loro riconducibilità all'una o all'altra categoria è infine stata superata con due

dell'assenza del requisito soggettivo, non potendosi considerare in questo caso il Magistrato di Sorveglianza quale "*organo giurisdizionale*". Con i due provvedimenti successivi, sempre in materia di lavoro, i giudici delle leggi avevano invece negato al Magistrato di Sorveglianza la possibilità, sempre per l'assenza del requisito soggettivo, di sollevare la questione di legittimità costituzionale, in virtù dell'impossibilità di considerare il procedimento per reclamo quale "*giudizio*". Ciò che più rileva, però, è che la Corte in tutte e tre i provvedimenti ha sottolineato che l'assenza dei connotati della giurisdizione si giustificava "*in quanto il procedimento instaurato dal reclamo del detenuto in materia di lavoro "non sostituiva" la tutela giurisdizionale che è riservata al giudice dei diritti*", lasciando così intravedere la possibilità di salvaguardia dei diritti dei detenuti attraverso l'usuale tutela ordinaria. In questo senso D'AGNOLO M., *Diritti del detenuto e intervento giurisdizionale: note sui provvedimenti punitivi*, cit., p. 127.

¹⁹ Il riferimento è in particolar modo al reclamo (cd. atipico) ex 14 *ter* ord. penit. che, introdotto con la legge Gozzini (L. 633/1986), prevede il reclamo al Tribunale di sorveglianza avverso il provvedimento che dispone o proroga il regime di sorveglianza particolare ex 14 *bis*. Pur prevedendo un contraddittorio limitato, il reclamo ex 14 *ter*, come è stato notato, ha segnato il primo passo verso l'abbandono della veste amministrativa del reclamo che ha così iniziato a delinearci come "*mezzo preordinato ad assicurare un completo esame nel merito di alcuni provvedimenti emessi inaudita altera parte e ritenuti dal detenuto lesivi dei propri diritti*". Cfr MARAFIOTI L., *Il procedimento per reclamo*, in (a cura di) CORSO P., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, cit., p. 342.

²⁰ In adempimento all'obbligo in tal senso previsto dalla legge delega (art. 2 n. 96, L.81/1987) il nuovo c.p.p. ha inoltre "unificato" i procedimenti di esecuzione e di sorveglianza, abrogando la disciplina originaria del procedimento di sorveglianza contenuta nella L. 354/75 (capo II *bis* titolo II) e collocando anche quest'ultimo nel codice di rito (artt. 677 e ss; rilevante è in particolare il 678 c.p.p. che rimanda, per le decisioni del Magistrato di Sorveglianza e del Tribunale di Sorveglianza alle procedure previste dall'art. 666 c.p.p. in materia di procedimento di esecuzione). Nonostante questa importante modifica, però, l'art. 236 comma 2 disp. att. c.p.p. (secondo cui "*Nelle materie di competenza del tribunale di sorveglianza continuano a osservarsi le disposizioni processuali della legge 26 luglio 1975 n. 354 diverse da quelle contenute nel capo II-bis del titolo II della stessa legge*") ha determinato la sopravvivenza delle diverse e meno garantiste procedure di reclamo (tra cui *in primis* quello ex 14 *ter*) alla riforma processuale del 1988.

²¹ La Corte si era espressa in questo senso in particolar modo con riguardo ai controlli sul regime ex art. 41 *bis* ord. penit. A titolo esemplificativo si vedano Corte cost., sent. 349 del 1993, cit.; Corte cost., sent. 410 del 1993 in *Giur. cost.*, 1993, p. 3406; Corte cost., sent. n. 351 del 1996, in *Giur. cost.*, 1996, p. 3044.

sentenze cruciali della fine degli anni Novanta: la sentenza 212 del 1997²² e la già citata pronuncia n. 26 del 1999²³.

Nella prima, partendo dalla già precedentemente affermata esistenza in capo ai detenuti di diritti incompressibili, la Corte Costituzionale ha precisato che l'esercizio di questi non può essere rimesso alla semplice discrezionalità dell'autorità amministrativa preposta all'esecuzione della pena detentiva, bensì deve essere garantito attraverso la "tutela del giudice dei diritti". In particolare, la Corte, analizzando l'assetto predisposto dal legislatore, ha concluso che la funzione di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti fosse posta a capo della Magistratura di Sorveglianza, la quale è da ritenersi che assuma e veste e carattere diversi a seconda dell'oggetto e del contenuto delle determinazioni da adottare. Mentre in alcuni casi, ha spiegato la Corte, le decisioni del Magistrato di Sorveglianza non fuoriescono verosimilmente dall'ambito amministrativo, in altri casi, invece, le determinazioni di questo devono essere adottate attraverso un procedimento di natura giurisdizionale, come avviene nelle ipotesi di reclamo ex 35 ord. penit. avente ad oggetto la concreta tutela di un diritto del detenuto non altrimenti azionabile.

Riconoscendo che per molte posizioni soggettive l'ordinamento penitenziario non apprestava forme di tutela ulteriori rispetto all'art. 35 ord. penit., il giudice delle leggi è dunque arrivato a concludere che *"poiché nell'ordinamento, secondo il principio di assolutezza, inviolabilità e universalità del diritto alla tutela giurisdizionale (artt. 24 e 113 Cost.), non v'è posizione giuridica tutelata di diritto sostanziale, senza che vi sia un giudice davanti al quale essa possa essere fatta valere, è inevitabile riconoscere carattere giurisdizionale al reclamo al magistrato di sorveglianza, che l'ordinamento appresta a tale scopo"*²⁴.

²² Corte cost., sent. n. 212 del 1997 in *Giur. cost.*, 1997, p. 3281.

²³ Come noto, la questione era stata sollevata nell'ambito di un procedimento per reclamo con cui alcuni detenuti si lamentavano di una determinazione dell'amministrazione penitenziaria che vietava la ricezione di riviste pornografiche sottolineando come detto provvedimento integrasse una violazione del diritto all'informazione (art. 21 Cost.).

²⁴ Giova precisare che il riconoscimento della natura giurisdizionale del procedimento per reclamo, come chiarirà la Corte nella sentenza 26 del 1999, lungi dal significare che la tutela effettiva garantita da questo strumento fosse dotata dei requisiti minimi di giurisdizionalità, era semplicemente funzionale al riconoscimento della possibilità per il Magistrato di Sorveglianza adito ex 35 di sollevare la questione di costituzionalità (fino ad allora sempre negata, cfr. nota 18). Così la Corte è giunta a dichiarare l'incostituzionalità, per contrasto con l'art. 24 comma 2 Cost., dell'art. 18 ord. penit nella parte in cui non prevede che il detenuto condannato in via definitiva ha diritto di conferire con il difensore fin dall'inizio dell'esecuzione della pena.

Nella nota sentenza 26/1999 poi, la Corte, ha sottolineato che la presa di posizione circa l'esigenza di riconoscere carattere giurisdizionale ai procedimenti così instaurati portava con sé la necessità di prevedere all'interno di questi le garanzie di giurisdizionalità previste dalla Costituzione.

Grazie a questa premessa e alla constatazione che l'art. 35 ord. penit. "è all'evidenza, privo dei requisiti minimi necessari perché lo si possa considerare un mezzo qualificabile come giurisdizionale", i giudici sono dunque arrivati a dichiarare l'incostituzionalità dell'art. dell'art. 35 in combinato disposto con l'art. 69 ord. penit.²⁵. E ciò proprio nella parte in cui detti articoli non prevedevano una effettiva tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi dei diritti dei detenuti²⁶.

Anzitutto, la Corte ha chiarito che l'art. 27 co. 3 Cost., prevedendo che la pena non possa consistere in trattamenti disumani e degradanti, comporta che le previsioni dell'ordinamento penitenziario, lungi dall'essere delle semplici direttive obbligatorie rivolte all'amministrazione penitenziaria, attribuiscono veri e propri diritti al soggetto ristretto. Da ciò ne deriva, secondo la Corte, che debba essere operata una distinzione tra i diritti che sorgono nell'ambito di rapporti estranei all'esecuzione penale e posizioni soggettive che derivano invece da rapporti attinenti all'esecuzione della pena detentiva.

Mentre i primi continuano, nonostante lo *status detentionis*, a trovare protezione secondo le regole generali dell'ordinamento, le posizioni riconosciute proprio in virtù dello *status detentionis* necessitano di una tutela *ad hoc*, affidata alla Magistratura di Sorveglianza, come già affermato nella sentenza n. 212/97. In particolare, quest'ultima viene individuata quale garante dei "diritti la cui violazione sia potenziale conseguenza del regime di sottoposizione a restrizione della libertà personale e dipenda da atti dell'amministrazione a esso preposta."

²⁵ L'art. 69, che disciplina le funzioni e i provvedimenti del Magistrato di Sorveglianza (come modificato dalla L. 1/1977 e successivamente dalla legge Gozzini), prevedeva al co. 5 la possibilità per il Magistrato di Sorveglianza di impartire all'amministrazione disposizioni dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati. Tale disposizione, non prevedeva però alcun mezzo per garantire che le disposizioni del Magistrato di Sorveglianza così impartite fossero poi nei fatti seguite dall'amministrazione penitenziaria. Su questo punto per *amplius* si veda §§ 3.2-3.3.

²⁶ Ciò, in particolare sulla base delle seguenti constatazioni: "(a) che la decisione del magistrato è presa "de plano", al di fuori cioè di ogni formalità processuale e di ogni contraddittorio; (b) che la decisione che accoglie il reclamo si risolve in una segnalazione o in una sollecitazione all'amministrazione penitenziaria, senza forza giuridica cogente e senza alcuna specifica stabilità, e (c) che avverso la decisione del magistrato di sorveglianza non sono ammessi né ulteriori reclami al tribunale di sorveglianza né, soprattutto, il ricorso per cassazione."

Così la Corte è arrivata a sottolineare che la piena giurisdizione deve essere garantita a prescindere che il diritto leso attenga a beni inviolabili della persona ed altresì a prescindere che il diritto leso trovi o meno copertura costituzionale, purché la lesione del diritto in questione sia effetto “(a) del potere dell'amministrazione di disporre, in presenza di particolari presupposti indicati dalla legge, misure speciali che modificano le modalità concrete del "trattamento" di ciascun detenuto; o (b) di determinazioni amministrative prese nell'ambito della gestione ordinaria della vita del carcere.”

L'esigenza di giurisdizionalità, derivante dall'imprescindibile necessità di estendere anche alla vita negli istituti penitenziari le regole dello stato di diritto, comporta dunque, per esplicita affermazione della Corte, tanto l'abbandono della visione amministrativistica dell'esecuzione della pena detentiva, quanto anche la necessità di superamento della distinzione tra provvedimenti riguardanti le modalità esecutive della pena e provvedimenti riguardanti la qualità e la modalità della pena, stante la necessità di “riconoscimento di un diritto d'azione in un procedimento avente caratteri giurisdizionali [...] indipendentemente dalla natura dell'atto produttivo della lesione”. Infine, i giudici hanno chiarito che la garanzia di giurisdizionalità implica “il vaglio di legittimità pieno non solo del rispetto dei presupposti legislativi dettati all'amministrazione per l'adozione delle misure, ma anche dei loro contenuti, con particolare riferimento all'incidenza su non comprimibili diritti dei detenuti e degli internati, la cui garanzia rientra perciò, nel sistema attuale, nella giurisdizione del giudice ordinario”.

Da questo complesso ed innovativo ragionamento ne deriva, come già anticipato, la constatazione dell'inadeguatezza delle tutele predisposte a favore del soggetto *in vinculis* dall'ordinamento penitenziario, da considerarsi quindi incompatibile con il diritto alla tutela giurisdizionale garantito dall'art. 24 Cost.

Messe completamente a nudo le carenze normative in materia di diritti dei detenuti²⁷; i giudici non hanno però considerato praticabile l'intervento normativo auspicato dal giudice *a quo*, che aveva suggerito di estendere al reclamo *ex* 35 le

²⁷ BORTOLATO M., *Sub art. 35 bis*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 396.

garanzie previste dal procedimento *ex 14 ter* in materia di reclamo avverso il provvedimento che dispone il regime di sorveglianza particolare²⁸.

Secondo la Corte, infatti, la molteplicità dei procedimenti per reclamo previsti all'interno dell'ordinamento penitenziario²⁹ e la profonda diversità di questi non permetteva di individuare “*una norma e una procedura*” che, alla stregua del canone delle “rime obbligate”, potesse essere estesa e generalizzata all'ipotesi di reclamo *ex 35* avverso l'atto dell'amministrazione lesivo dei diritti del detenuto. Limitandosi dunque alla dichiarazione di incostituzionalità per omissione, la Corte ha dunque espresso un monito al legislatore a provvedere in questo delicato ambito della materia processuale penitenziaria al fine di individuare delle procedure che garantissero una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti dei detenuti.

Nonostante il *self restraint* della Corte³⁰, però, la pronuncia *de qua* è stata considerata dalla dottrina maggioritaria quale sentenza appartenente al *genus* delle cd. additive di principio³¹, con la conseguenza di considerare imposto il principio enunciato (e consistente, giova ripetere, nell'esigenza di assicurare ai detenuti una adeguata tutela giurisdizionale avverso le determinazioni dell'amministrazione lesive dei loro diritti) non solo al legislatore ma altresì agli organi giurisdizionali³². A quest'ultimi, nell'attesa dell'intervento del legislatore, si è dunque dedotto che spettasse, quale obbligo derivante dal principio suddetto, di individuare caso per caso la disciplina provvisoriamente applicabile nelle ipotesi di reclamo *ex 35*.

²⁸ Vedi nota 19.

²⁹ Ed in particolare la Corte fa riferimento, oltre al *14 ter*, ai procedimenti previsti dagli artt. *30 bis* ord. penit. (in materia di permessi premio), *53 bis*, co.2 ord. penit. (in materia di mancato computo del periodo trascorso in permesso premio e licenze) e, infine, al procedimento per le materie assegnate al Magistrato di Sorveglianza che, ai sensi del 236 disp. att. c.p.p (su cui si veda la nota 20), e per interpretazione giurisprudenziale, è rimasto intoccato dalla riforma attuata dal nuovo c.p.p..

³⁰ Da parte della dottrina salutato con favore (così DELLA CASA, *Un importante passo verso la tutela giurisdizionale del detenuto*, in *Dir. pen. e proc.* 1999, p. 858), da altra parte visto in prospettiva maggiormente critica (*inter alia* MARAFIOTI L., *Il procedimento per reclamo*, in (a cura di) CORSO P., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, cit., p. 360).

³¹ Profilo peraltro già rilevato sin dai primi commenti a proposito. Cfr. BARTOLE S., *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 190; FAZZIOLI E., *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 199; RUOTOLO M., *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 203.

³² Come ben spiega Ruotolo “[...]lo stesso principio individuato dalla Corte esplica una funzione *integrativa* – nella fase “giurisdizionale” transitoria – quindi *direttiva* – rispetto all'intervento legislativo che ad esso deve dare sviluppo –, e infine *limitatrice* – rispetto alla legge che venga attualmente approvata – potendo costituire il parametro alla luce del quale sindacare le scelte legislative operate “in seguito” alla sentenza additiva di principio”. RUOTOLO M., *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità*, cit., p. 221.

3.3 Il secondo passo verso la giurisdizionalizzazione: dalla sent. “Gianni” alle sentt. 266/2009 e 135/2013

Nonostante la fondamentale denuncia dell’assenza di tutela dei diritti dei detenuti effettuata dal giudice delle leggi attraverso la sentenza 26/1999, come detto, permaneva quindi la problematica relativa agli sviluppi processualistici in senso stretto della pronuncia anzidetta.

In particolare, se non molti dubbi sollevava la questione circa la competenza per materia - da attribuirsi al giudice monocratico in ragione di una maggiore adeguatezza nonché economicità della scelta - molto più complessa fu la questione dei meccanismi procedurali adottabili³³, che vide soluzioni diversificate tanto in dottrina quanto in giurisprudenza. A chi proponeva l’applicazione delle procedure previste dal 14 *ter* ord. penit. in ragione della maggior speditezza³⁴, si contrapponevano voci che, in ottica maggiormente garantista, suggerivano l’applicazione della normale procedura prevista per il procedimento di sorveglianza (artt. 678 e 666 c.p.p.³⁵) ed infine posizioni che proponevano “*procedure parzialmente distinte in funzione dell’intensità del diritto fatto valere*”³⁶. Ma se in dottrina perlomeno la natura di additiva di principio (con tutte le conseguenze che da ciò derivano) sembrava mettere d’accordo le varie posizioni, lo stesso non si può dire per la giurisprudenza di legittimità che, nella perdurante inerzia del legislatore, arrivò financo a negare qualsiasi ricaduta applicativa alla sentenza n. 26, continuando talvolta a legittimare la procedura *de plano ex 35*³⁷. D’altra parte, però, non mancavano nemmeno pronunce che, in linea con l’adesione della stessa Corte

³³ MARAFIOTI L., *Il procedimento per reclamo*, in (a cura di) CORSO P., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, cit., p. 360.

³⁴ In questo senso CESARIS L., *Commento a MdS Agrigento, ord. 8 novembre 2001*, in *Rass. penit. e crimin.* 2002, fasc. 1-2, p. 238; RUOTOLO M., *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità*, cit., p. 221 che propone in via alternativa altresì l’integrazione del 14 *ter* con gli artt. 678 e 666 c.p.p.. Di visione diametralmente opposta è invece Marafioti, che sostiene che il mancato accoglimento della proposta del giudice remittente fosse da intendersi come “*implicita valutazione delle insufficienze delle garanzie offerte dal procedimento ex 14 ter*” MARAFIOTI L., *Il procedimento per reclamo*, in (a cura di) CORSO P., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, cit., p. 359.

³⁵ Vedi nota 20.

³⁶ D'AGNOLO M., *Diritti del detenuto e intervento giurisdizionale: note sui provvedimenti punitivi*, cit., p. 145.

³⁷ *Inter multis*: Cass. pen., Sez. I, 16 febbraio 2000, Camerino in *Cass. pen.*, 2001, p. 1017; Cass. pen., Sez. I, 7 marzo 2001, Paoletto in *Cass. pen.*, 2002, p. 1799; Cass. pen., Sez. I, 18 aprile 2002, Balsamo, in *Guida dir.*, 2002, n. 28, p. 84;

costituzionale alla teoria della natura di additiva di principio della sentenza della 1999³⁸, sostenevano, all'estremo apposto, l'applicabilità degli artt. 678 e 666 c.p.p.³⁹.

Il totale disorientamento derivante da dette contrastanti pronunce ha infine richiesto l'intervento delle Sezioni Unite che, con la nota sentenza Gianni⁴⁰, hanno espresso preferenza per la via intermedia e dunque per l'applicazione degli schemi previsti dal 14 *ter*, meglio rispondente, a detta della Cassazione, alle esigenze di celerità e semplificazione del procedimento.

Oltre a questa importante direttiva, la Suprema Corte, in detta sentenza, ha altresì precisato che lo strumento così individuato era da applicarsi ad ogni ipotesi di lesioni di posizioni giuridiche soggettive derivanti da atti dell'amministrazione penitenziaria, e ciò a prescindere dalla natura della posizione giuridica lesa. La Corte, infatti, ha sottolineato la necessità di superamento, nell'ambito dell'esecuzione della pena detentiva, della storica distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, entrambi attribuiti *ratione materiae* al Magistrato di sorveglianza in forza di un nucleo comune consistente nello scaturire direttamente dal trattamento penitenziario. Compiendo dunque un notevole passo in avanti rispetto alla posizione del giudice delle leggi, che si era limitato ad affermare l'esistenza di diritti originati dal trattamento penitenziario, la Cassazione ha quindi individuato una categoria ulteriore, quella delle "*situazioni giuridicamente rilevanti*" che comprendendo in sé diritti e interessi poneva entrambi sullo stesso piano al fine di sottolineare la comune necessità di tutela attraverso un procedimento giurisdizionale⁴¹. Nonostante il grado di innovazione della sentenza è però da notare che, come peraltro affermato dalla stessa Corte⁴², la riserva di giurisdizione era considerata operante solo nel caso in cui la lesione della posizione giuridica derivasse da un atto specifico dell'amministrazione penitenziaria. In assenza di un atto, dunque, la Corte aveva implicitamente lasciato intendere che continuasse ad applicarsi il procedimento per reclamo generico ex 35 ord. penit., con la conseguenza di giungere

³⁸ L'obbligo per i giudici di sorveglianza di applicare il principio espresso nella sentenza 26/1999 è stato confermato *expressis verbis* dalla Corte con la sent. 15 novembre 2000 n. 526, in *Foro it.*, 2001, I, p.1464 con nota di LA GRECA G.

³⁹ Cass. pen., Sez. I, 27 febbraio 2002, Panarisi, in *Giur. it.*, 2002, p. 2122; Cass. pen., Sez. I, 15 maggio 2002, Valenti, in *Guida dir.*, 2002, n.38, p.74.

⁴⁰ Cass., Sez. un., 26 febbraio 2003, Gianni, in *Cass. pen.*, 2004, fasc. 4, p. 1362 con nota di MURA R., *Le sezioni unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi legittimi, ma mantengono in vita il procedimento de plano.*

⁴¹ MURA R., *Le sezioni unite assicurano la garanzia giurisdizionale, cit.*, § 4.

⁴² E, sembra, in linea con quanto affermato dalla Consulta. Cfr. *supra*.

“all’assurdo di avere diritti soggettivi meno tutelati di interessi legittimi” e ciò solo in base alla presenza o meno di un atto, “elemento esterno, casuale, che niente ha a che vedere con la natura delle situazioni tutelate”⁴³.

Nella continua inerzia del legislatore non poche critiche furono mosse alla scelta del meccanismo ex 14 *ter*, che oltre al non secondario profilo del ridotto contraddittorio⁴⁴, sollevava dubbi soprattutto con riferimento all’effettività della tutela giurisdizionale così garantita. L’assenza di esecutività della decisione, e la conseguente impossibilità di applicazione di qualsivoglia modello di esecuzione forzata⁴⁵, rendeva di fatto nuovamente rimessa alla discrezionalità dell’amministrazione penitenziaria la scelta circa l’adeguamento o meno a quanto stabilito dal Magistrato di sorveglianza. Così, pur in presenza del riconoscimento della lesione di una posizione soggettiva del detenuto, non vi era ancora alcuno strumento per obbligare l’amministrazione ad adempiere a quanto stabilito dall’organo giurisdizionale.

La problematica venne dunque nuovamente portata innanzi la Corte costituzionale, che con la sentenza 266/2009⁴⁶, pur dichiarando l’inammissibilità della questione per l’assenza di un *petitum* specifico, ha in ogni caso affrontato alcuni dei profili sollevati dalle tre censure del giudice *a quo*⁴⁷, esprimendo, in *obiter dictum*, un

⁴³ MURA R., *Le sezioni unite assicurano la garanzia giurisdizionale, cit.*, § 6. L’autrice, definendo il reclamo ex 35 “*residuo fossile, testimone di un’epoca senza garanzie che si preferirebbe dimenticare*” rileva in particolar modo il *vulnus* che in questo modo si crea a discapito del principio del contraddittorio, a seguito della l. cost. 2/1999, non più semplicemente desumibile bensì espressamente imposto dall’art. 111 Cost.

⁴⁴ L’art. 14 *ter* co.3 prevede infatti che l’udienza si svolga in camera di consiglio con la presenza del difensore e del p.m., non prevedendo la partecipazione né del detenuto né dell’amministrazione, i quali possono semplicemente presentare memorie. L’insufficienza del contraddittorio cartolare è stata sostenuta da molti autori che hanno sottolineato l’esigenza di considerare la procedura ex 678 e 666 c.p.p. quale unica procedura conforme ai canoni costituzionali. Così *inter alia* PENNISI A., *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale, cit.*, p. 258.

⁴⁵ BORTOLATO M., *Sub art. 35 bis*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 397.

⁴⁶ Corte cost. sent. n. 266 del 2009 in *Giur. cost.*, 2009, p. 3766 con nota di RENOLDI C., *Una nuova tappa nella «lunga marcia» verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti*.

⁴⁷ La prima riguardava il già rilevato problema del limitato contraddittorio ed in particolare la mancata previsione della partecipazione dell’amministrazione all’udienza camerale. (La questione era peraltro di rilevanza, stante il riconoscimento da parte della Consulta dell’assenza nel procedimento ex 14 *ter* del nucleo minimo del contraddittorio stabilita con riferimento al reclamo in materia di lavoro. Cfr. Corte cost., sent. 341/2006 in *Giur. cost.*, 2006, 6, p. 4663 con nota di: DELLA CASA F.). Con una posizione difficilmente comprensibile la Corte ha rilevato che le ragioni dell’amministrazione potessero essere rappresentate in quella sede dal p.m. (e ciò in netto contrasto con la posizione di neutralità di detto soggetto, per un’ampia critica si veda FIORENTIN F., *I diritti delle persone detenute tra vecchie norme e nuove prospettive*, in *www.personaedanno.it*, 1 ottobre 2011). Con la seconda censura invece il giudice remittente rilevava la possibilità di assenza del requisito della terzietà in capo al Magistrato di Sorveglianza, questione che la Consulta ha ritenuto superabile attraverso i meccanismi dell’astensione e

fondamentale principio interpretativo, volto anche questa volta a garantire l'effettività della tutela del detenuto. In particolare, secondo la Consulta il problema della non vincolatività delle pronunce del magistrato di sorveglianza poteva essere superato grazie ad un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 69 co.5 ord. penit. Quest'ultimo, disponendo della possibilità per il Magistrato di sorveglianza di impartire all'amministrazione "*disposizioni dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati*", doveva, infatti, essere letto nel senso di attribuire al termine "*disposizioni*" il significato non di "*segnalazioni*" bensì di "*prescrizioni od ordini il cui carattere vincolante per l'amministrazione penitenziaria è intrinseco alle finalità di tutela che la norma stessa persegue*".

Infine, il carattere vincolante del *dictum* del Magistrato di Sorveglianza è stato nuovamente ripetuto dai giudici delle leggi che, in sede di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato⁴⁸, hanno affermato, con la nota sentenza n. 135 del 2013⁴⁹ che l'amministrazione penitenziaria non può rifiutarsi di ottemperare ad una decisione dell'organo giurisdizionale che, in sede di reclamo ex 35 ord. penit., abbia rilevato, in via definitiva, la lesione di un diritto del detenuto.

Ribandendo di fatto quanto già espresso nella sentenza 266/2009 e calandolo in maniera più esplicita all'interno dello specifico tema del reclamo ex 35 in ipotesi di violazione di diritti del detenuto, la Corte ha riconosciuto come all'amministrazione sia di fatto preclusa l'inottemperanza ai provvedimenti del giudice espressi in questa sede, pena lo sconfinamento nella sfera delle attribuzioni dell'organo giurisdizionale. L'inottemperanza, infatti, avrebbe, infatti, avuto come conseguenza quella di vanificare l'intervento del magistrato di sorveglianza in materia, rendendo in ultima istanza

della ricusazione. Infine, la terza questione come si chiarirà tra breve riguardava specificamente il profilo della vincolatività delle decisioni del Magistrato di Sorveglianza.

⁴⁸ Il conflitto di attribuzione era stato promosso dal Magistrato di Sorveglianza di Roma nei confronti del Ministro della giustizia in ragione del rifiuto di quest'ultimo di ottemperare alla decisione presa a seguito di un reclamo ex 35 e 69 ord. penit. con il quale l'organo giurisdizionale aveva accertato la lesione di un diritto soggettivo. In particolare, a seguito di un reclamo ex 35 avverso il provvedimento del capo del DAP con il quale era stata preclusa la visione di alcuni canali (Rai Sport e Rai Storia) ai detenuti in regime di 41 *bis* ristretti nel carcere di Rebibbia, il Magistrato di Sorveglianza, sottolineando l'assenza di giustificazioni a detta preclusione, aveva rilevato la violazione del diritto all'informazione riconosciuto dall'art. 21 Cost. Il giudice aveva quindi ordinato all'amministrazione penitenziaria di ripristinare la ricezione di detti canali ma l'amministrazione anziché adempiere aveva proposto un diniego esplicito di ottemperanza al Ministro della giustizia che aveva infine, tramite decreto, ingiunto espressamente al Direttore del carcere di Rebibbia di non dare esecuzione al provvedimento giudiziale.

⁴⁹ Corte cost., sent. 135 del 2013 in *Giur. cost.*, 2013, 3, p. 2073 con note di FIORIO C., RUOTOLO M.

ineffettiva la tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto, così come sviluppata dalla giurisprudenza costituzionale.

Come è stato notato, con la sentenza in esame, la Consulta ha nuovamente sottolineato il “*ruolo del magistrato di sorveglianza, quale baluardo della legalità nell'esecuzione delle misure detentive, contro gli abusi dell'autorità amministrativa*”⁵⁰. In questo modo, consolidando l'ultima tappa di un percorso giurisprudenziale durato oltre un decennio, la Corte costituzionale ha rafforzato il principio secondo cui al detenuto deve essere garantito l'esercizio dei diritti fondamentali nella misura più ampia possibile con il solo limite della compatibilità con le esigenze di ordine e sicurezza⁵¹.

Anche a seguito della sentenza n. 135, e nonostante gli innegabili passi avanti compiuti dalla giurisprudenza nel processo di giurisdizionalizzazione dei diritti dei detenuti, permanevano però due profili problematici di difficile risoluzione⁵²: il primo riguardante gli strumenti da esperire nel caso di inottemperanza dell'amministrazione, il secondo attinente alla questione dell'individuazione delle posizioni giuridiche soggettive tutelate⁵³.

Quanto al primo profilo, la constatazione che nella prassi continuavano a verificarsi episodi di inottemperanza nonostante le forti prese di posizione del giudice delle leggi aveva portato la dottrina ad elaborare, *de iure condendo*, molteplici soluzioni che consentissero la risoluzione in via interpretativa della problematica *de qua*⁵⁴. Pareva in ogni caso comunque imprescindibile un intervento legislativo, soprattutto per evitare che l'assenza di uno strumento per opporsi all'inottemperanza avesse come effetto, nei fatti, quello di far crollare l'intera impalcatura costruita pronuncia dopo pronuncia dalla Consulta.

⁵⁰ DELLA BELLA A., *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 www.penalecontemporaneo.it, 13 giugno 2013, § 3.

⁵¹ RUOTOLO M., *The domestic remedies must be effective: sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Giur. cost.*, 2013,3, p. 2090.

⁵² Un ulteriore e non meno importante problema, vale ripeterlo, concerneva la subordinazione della tutela giurisdizionale alla presenza di un atto dell'amministrazione.

⁵³ DELLA BELLA A., *La Corte costituzionale stabilisce che l'Amministrazione*, *cit.*, § 6.

⁵⁴ Ed in particolare era stata suggerita la possibilità di esperire l'azione di ottemperanza *ex art. 112, comma 2, lett. d) c.p.a.* Per *amplius* su questa ed altre soluzioni dottrinali si veda BOLDI G., *La tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti: un problema di effettività (Con postilla di Marco Ruotolo)*, in www.federalismi.it, 2013, fasc. n. 6, 20 marzo 2013, pp. 8-9.

Quanto al secondo profilo, la problematica, già rilevata da tempo dalla più attenta dottrina⁵⁵, consisteva (e consiste) nella difficile distinzione, in assenza di previsioni legislative sul punto, tra situazioni soggettive considerate meritevoli di tutela giurisdizionale e aspettative di mero fatto, in quanto tali non azionabili in sede giudiziale. Ora, come chiarito dalla Corte anche nella sentenza sopra analizzata, la riserva di giurisdizione prevista dalla Costituzione deve essere esclusa in ipotesi di *“semplice doglianza su aspetti generali o particolari dell’organizzazione e del funzionamento dell’istituto penitenziario”*. Aspetti quest’ultimi che rimangono attratti nella sfera amministrativa e per i quali dunque permane come unico strumento azionabile il reclamo ex 35 ord. penit. nella sua originaria formulazione e configurazione di rimedio di natura amministrativa. Di conseguenza, la distinzione anzidetta assumeva (ed assume) un valore di primaria importanza, costituendo il *discrimen* fondamentale che segna l’applicazione o meno di tutti i principi sviluppati dalle sentenze finora riprese.

Questa problematica, come si chiarirà a breve, è di fondamentale importanza per ciò che concerne il diritto alla salute del detenuto. La complessità del diritto in questione che risulta essere in stretta connessione con svariati profili attinenti all’organizzazione degli stabilimenti penitenziari richiede un’attenzione particolare e non solo per via della copertura costituzionale (che abbiamo visto non essere peraltro un requisito richiesto dalla Consulta ai fini della tutela giurisdizionale) ma soprattutto per l’esigenza di garantire rispetto alle varie posizioni giuridiche ricollegabili al bene salute una piena applicabilità dei principi espressi dalla Corte costituzionale nella materia generale dei diritti dei detenuti.

3.4 Il terzo passo della cd. giurisdizionalizzazione: dalla sentenza Torreggiani all’introduzione degli artt. 35 bis e 35 ter ord. penit.

Come sopra si anticipava, l’inerzia legislativa, protrattasi per oltre tre lustri nonostante il chiaro monito della Corte costituzionale contenuto nella sentenza n. 26/1999, portava con sé, tra l’altro, il problema fondamentale dell’assenza di

⁵⁵ MARCHESELLI A., *La tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca dell’effettività*, in www.ristretti.it, 2005.

meccanismi di esecuzione forzata delle pronunce dei magistrati di sorveglianza che accertavano la lesione di diritti soggettivi dei detenuti.

Nonostante le pronunce della Consulta in merito all'obbligo per l'amministrazione penitenziaria di dare seguito alle disposizioni dettate dal giudice, infatti, l'assenza di detti meccanismi determinava nella pratica la possibilità che le disposizioni pur essendo nella teoria vincolanti fossero comunque sconfessate dall'amministrazione. L'ineffettività della tutela che ne derivava è stata infine denunciata dalla Corte EDU, che nella nota sentenza *Torreggiani*⁵⁶ ha esplicitamente affrontato l'analisi dei rimedi predisposti nel nostro ordinamento a tutela del diritto del detenuto a non essere sottoposto a trattamenti disumani e degradanti⁵⁷, con il *focus* particolare dell'ipotesi in cui detti trattamenti siano integrati da situazioni di sovraffollamento.

Nel celebre arresto pilota⁵⁸, oltre al noto rilievo della condizione di endemico e strutturale sovraffollamento delle nostre carceri, la Corte ha infatti valutato come insufficiente la tutela predisposta dall'ordinamento per le ipotesi di violazioni dell'art. 3 CEDU, sia con riferimento ai cd. rimedi preventivi, e dunque i rimedi volti all'interruzione immediata della violazione in atto, sia con riguardo ai cd. rimedi compensativi, intesi quali strumenti che mirano all'adeguata riparazione del danno subito a causa della violazione.

Pare opportuno partire dal profilo concernente i cd. rimedi preventivi, che sono analizzati dalla Corte EDU al fine di rigettare l'eccezione del Governo in merito all'irricevibilità della questione per il mancato esaurimento dei rimedi interni⁵⁹. In

⁵⁶ Corte EDU, 09 gennaio 2013, *Torreggiani and Others v. Italy, cit.* Per *amplius* si vedano §1.6.3 e § 2.5.1.

⁵⁷ La questione dell'effettività dei rimedi interni era già stata affrontata dalla Corte EDU prima degli interventi della Corte costituzionale nei casi Calogero Diana e Dominichini (Corte EDU, 15 novembre 1996, *Calogero Diana v. Italy*, ric. n. 15211/89; Corte EDU, 15 novembre 1996, *Dominichini v. Italy* ric. n. 15943/90) e, come è stato notato, la Corte EDU aveva in quella sede anticipato le conclusioni alle quali poi è arrivato il giudice delle leggi con la sent. 26/1999. Così BORTOLATO M., *Sub art. 35 bis*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 399. Per un'analisi delle sentenze EDU citate: MINNELLA C., *Il prezioso contributo della Corte Europea dei Diritti dell'uomo in tema di diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, in *Rass. pen. e crimin.*, 2003, fasc. 3, p. 137, §§ 2-4. Un'altra ipotesi in cui indirettamente si può ravvisare un precedente in questa materia è la sentenza *Sulejmanovic*, (Corte EDU, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic v. Italy, cit.*), anche in questo caso infatti il ricorso è stato dichiarato ricevibile nonostante il ricorrente non avesse previamente esperito il ricorso ex 35 ord. penit. Per *amplius* sulla sentenza da ultimo citata si veda §1.6.3 ed in particolare la nota 91 per i riferimenti bibliografici.

⁵⁸ Si veda la nota 102 Cap I.

⁵⁹ Ai sensi dell'art. 35.1 CEDU.

particolare, il Governo italiano aveva osservato che pur in presenza di un rimedio interno accessibile ed effettivo, ossia il reclamo generico ex 35 e 69 ord. penit., solo uno tra i ricorrenti, il sig. Ghisoni, aveva usufruito di detta possibilità, ottenendo peraltro una decisione favorevole del magistrato di sorveglianza. Sottolineando che il reclamo nascente dal combinato disposto degli artt. 35 e 69 costituiva *“un rimedio pienamente giudiziario, all’esito del quale l’autorità adita può prescrivere all’amministrazione penitenziaria misure obbligatorie volte a migliorare le condizioni detentive della persona interessata”*⁶⁰ il Governo aveva quindi sostenuto l’accessibilità ma soprattutto l’effettività di tale rimedio. Requisito quest’ultimo che, a detta del Governo, era da considerarsi assicurato nonostante la decisione favorevole al sig. Ghisoni non fosse mai stata di fatto eseguita, e ciò in quanto il ricorrente in questione aveva *“omesso di chiedere alle “autorità giudiziarie interne” la messa in esecuzione di tale decisione”*. I ricorrenti, d’altra parte, sostenendo l’assenza di rimedi interni atti a contrastare le situazioni di sovraffollamento, avevano sottolineato l’assenza del carattere della vincolatività delle decisioni del magistrato di sorveglianza, di cui la vicenda del sig. Ghisoni costituiva l’ennesima riprova.

La Corte, dopo aver ripreso i punti fondamentali della sua giurisprudenza in materia di effettività dei ricorsi, ha aderito alla posizione prospettata dai ricorrenti e, sottolineando il contrasto tra l’asserita effettività e la vicenda del sig. Ghisoni, ha concluso che *“anche ammesso che esista una via di ricorso riguardante l’esecuzione delle ordinanze dei Magistrati di Sorveglianza, il che non è stato affatto dimostrato dal Governo, non si può pretendere che un detenuto che ha ottenuto una decisione favorevole proponga ripetutamente ricorsi al fine di ottenere il riconoscimento dei suoi diritti fondamentali a livello dell’amministrazione penitenziaria.”*

Quanto invece ai rimedi cd. compensativi, la Corte ha notato che, in assenza di qualsivoglia disposizione a proposito, la tutela risarcitoria del danno derivante dalle condizioni di detenzione contrarie ad umanità poteva dirsi nel nostro ordinamento sostanzialmente inesistente. Isolata era infatti rimasta l’unica pronuncia di un magistrato di sorveglianza che aveva condannato l’amministrazione penitenziaria al risarcimento

⁶⁰ Questo profilo è stato peraltro ripreso dalla Corte costituzionale nella sopracitata sent. 135/2013 che ha fatto espresso riferimento alla sentenza Torreggiani (di pochi mesi antecedente) per sottolineare l’incoerenza del Governo che aveva sottolineato in sede europea il carattere vincolante delle pronunce del Magistrato di Sorveglianza mentre in sede nazionale (nella veste del Ministro di giustizia) aveva ordinato l’inottemperanza al provvedimento del giudice.

del danno esistenziale derivante dalle condizioni di detenzione⁶¹, alla quale peraltro si contrapponevano alcune ordinanze con cui altri magistrati di sorveglianza evidenziavano invece la mancanza di competenza a pronunciarsi sul risarcimento in questione⁶².

Dunque, in ossequio al principio “*the domestic remedies must be effective*”, ricavato nella giurisprudenza europea dagli artt. 6 e 13 CEDU, la Corte ha censurato la prassi italiana di non rendere “*effettivo nella pratica*” il, pur accessibile, reclamo generico⁶³ nonché l’assenza di strumenti specifici di natura risarcitoria, mettendo in mora lo Stato italiano non solo con riferimento al dovere di porre in essere misure generali per risolvere il problema del sovraffollamento, bensì anche con riguardo al dovere, diverso e più circoscritto⁶⁴, di predisporre “*un ricorso o una combinazione di ricorsi*” con effetti preventivi e compensativi al fine di garantire realmente una riparazione effettiva delle violazioni della Convenzione.

Così, il legislatore italiano, “*sotto la spada di Damocle della messa in mora*”⁶⁵ della Corte EDU è finalmente intervenuto sul lacunoso sistema di tutela dei diritti del detenuto, prima con il D.L. n. 146 del 23 dicembre 2013, conv. in L. 21 febbraio 2014, n. 10 che ha introdotto il cd. reclamo giurisdizionale (art. 35 *bis* ord. penit)⁶⁶ e poi con il D.L. 26 giugno 2014, n. 92⁶⁷ conv. in L. 11 agosto 2014, n. 117, che ha introdotto il rimedio risarcitorio per il danno da violazione dell’art. 3 CEDU (35 *ter* ord. penit.).

⁶¹ Ordinanza 9 giugno 2011, Mag. Sorv. Lecce, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di INGRASSIA A., *Sovraffollamento dei luoghi di detenzione, danno non patrimoniale per i reclusi e diritto di reclamo al Magistrato di Sorveglianza*, 16 settembre 2011.

⁶² Sulla questione si è peraltro pronunciata a meno di una settimana di distanza dalla sent. Torreggiani la Cassazione che ha anch’essa escluso la competenza del Magistrato di Sorveglianza in materia risarcitoria, sottolineando che *de iure condito* la competenza fosse attribuita al giudice civile secondo le regole ordinarie. Cfr. Cass. pen., 15 gennaio 2013, n. 4772, Vizzari, in *Cass. pen.*, 2013, fasc. 6, p. 2260 con nota di DELLA CASA F., *Il risarcimento del danno da sovraffollamento carcerario: la competenza appartiene al giudice civile (e non al magistrato di sorveglianza)* e in www.penalecontemporaneo.it con nota di VIGANÒ F., *Alla ricerca di un rimedio risarcitorio per il danno da sovraffollamento carcerario: la Cassazione esclude la competenza del magistrato di sorveglianza*, 20 febbraio 2013.

⁶³ RUOTOLO M., *The domestic remedies must be effective*, cit. p. 2090.

⁶⁴ DELLA BELLA, A., *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014, p. 8.

⁶⁵ FIORENTIN F., *Il reclamo giurisdizionale per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, cit., p. 236.

⁶⁶ Intitolato “*Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria*”.

⁶⁷ Intitolato “*Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell’articolo 3 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, nonché di modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all’ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e all’ordinamento penitenziario, anche minorile*”.

Proprio in virtù dell'introduzione dei rimedi appena citati la Corte EDU, con le sentenze *Stella e Rexhepi*⁶⁸, entrambe del 25 settembre 2014, ha dichiarato l'irricevibilità dei diciannove ricorsi con cui altrettanti detenuti lamentavano la violazione dell'art. 3 CEDU per essere stati ristretti in celle sovraffollate e prive di adeguata areazione, illuminazione e riscaldamento. La Corte, infatti, valutando positivamente i due strumenti predisposti dal legislatore a seguito della condanna nel caso Torreggiani ha considerato non soddisfatta la condizione di ricevibilità del previo esperimento dei rimedi interni ed ha invitato i ricorrenti ad avvalersi di detti rimedi interni di recente introduzione⁶⁹. È comunque da sottolineare che la stessa Corte nell'analisi degli strumenti in questione ha precisato l'esigenza di sospendere in giudizio in merito alla loro effettività, valutazione possibile solo a seguito dello svilupparsi di una concreta prassi applicativa. Infine vale rammentare che un giudizio positivo sui rimedi così introdotti è stato espresso anche dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa in sede di archiviazione definitiva dell'affare Torreggiani, avvenuto in data 8 ottobre 2016.

Nonostante le valutazioni positive provenienti dalle autorità europee, però, come si vedrà ampiamente tra breve, è impossibile non rilevare sin da ora l'esistenza di molteplici profili critici con riguardo ad entrambi i rimedi di recente introduzione, profili che potrebbero incidere negativamente sulle future valutazioni della Corte EDU, in particolare in punto di effettività della tutela così predisposta.

Come si chiarirà, entrambi gli strumenti hanno un campo di applicazione che va ad intersecarsi con il diritto alla salute, fornendo una tutela specifica per le posizioni del detenuto afferenti al bene in questione. Appare quindi necessario analizzare detti strumenti e rilevarne le criticità generali e le criticità che riguardano specificatamente la tutela del diritto alla salute. In questo modo sarà così possibile tentare di effettuare alcune riflessioni sul grado di tutela assicurato e su quello ancora da assicurare.

⁶⁸ Corte EDU, *Stella and Others v. Italy*, 25 settembre 2014, ric. n. 49169/09; Corte EDU, 25 settembre 2014, *Rexhepi and Others v. Italy*, ric. n. 47180/10. Per un'analisi e un commento delle due sentenze citate si veda MARTUFI A., *La Corte EDU dichiara irricevibili i ricorsi presentati dai detenuti italiani per violazione dell'art. 3 CEDU senza il previo esperimento dei rimedi ad hoc introdotti dal legislatore italiano per fronteggiare il sovraffollamento*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 novembre 2014.

⁶⁹ Trattasi per altro di una inusuale ipotesi di "irricevibilità postuma", stante che al momento della proposizione dei ricorsi in questione innanzi al giudice di Strasburgo i rimedi preventivi e compensativi non erano ancora stati introdotti nel nostro ordinamento e non risultavano dunque previamente esperibili. Per *amplius* si veda FIORENTIN, *Strasburgo approva le riforme attuate dall'Italia sul piano organizzativo e ordinamentale*, in *Guida dir.*, 2014, n. 42,97 ss.

3.5 Il 35 bis e la tutela del diritto alla salute

Come si anticipava, con il D.L. n. 146/2013 (conv. in L. 10/2014) il legislatore ha finalmente introdotto nel nostro ordinamento lo strumento del reclamo giurisdizionale (35 bis ord. penit), ottemperando, prima ancora che ai moniti della Corte EDU, ai moniti della Corte costituzionale che con la sentenza 26/1999 aveva, come ampiamente visto *supra*, denunciato la necessità di uno strumento di natura giurisdizionale a tutela dei diritti del detenuto.

Oltre all'inserimento *ex novo* dell'articolo 35 bis, che prevede la disciplina dinamica e dunque regola i passaggi fondamentali del giudizio di cognizione e del giudizio di ottemperanza nell'ipotesi di violazione dei diritti dei detenuti, l'altra modifica fondamentale operata dal legislatore è quella riguardante l'art. 69 co. 6 ord. penit. che dispone invece la disciplina statica, prevedendo i possibili oggetti del reclamo *ex 35 bis*⁷⁰. Vista la complessità del rimedio in esame, e stante che la tutela concretamente garantita alla salute da questo rimedio pare subordinata alla corretta interpretazione del dato normativo, sembra necessaria un'analisi di entrambi i profili sopracitati.

⁷⁰ L'utile distinzione tra disciplina statica e disciplina dinamica è ripresa da VALENTINI E., *Il reclamo: casi e forme*, in (a cura di) CAPRIOLI F., SCOMPARIN, L., *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Torino, 2015, p. 263.

3.5.1 La disciplina statica

In particolare, alla lettera b) dell'articolo 69 co. 6 è stata introdotta la previsione circa la possibilità del magistrato di sorveglianza di provvedere, per l'appunto ai sensi del 35 *bis*, sui reclami di detenuti ed internati concernenti *“l'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti”*.

Riprendendo alla lettera la proposta di modifica redatta dalla Commissione di studio in tema di ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione (cd. Commissione Giostra⁷¹) il legislatore ha così delimitato l'ambito di applicazione del 35 *bis*, prevedendo la necessaria sussistenza di alcuni requisiti di non facilissima interpretazione e che richiedono un approfondimento.

a) l'inosservanza

In primo luogo è da evidenziare che la scelta legislativa di richiedere quale fonte del pregiudizio una generica “inosservanza” estende la possibilità di reclamo non solo alle ipotesi in cui la lesione derivi da un provvedimento dell'amministrazione bensì anche ai casi in cui la lesione derivi da omissioni o comportamenti di fatto della stessa⁷². In contrapposizione alla giurisprudenza antecedente in materia, che come visto, richiedeva la sussistenza di un provvedimento, la disposizione in esame è dunque da questo punto di vista maggiormente adeguata ad assicurare una tutela completa al detenuto che in questo modo è garantita anche nelle ipotesi di *“comportamenti compressivi dei diritti dei detenuti pur in assenza di provvedimenti formali”*⁷³.

Inoltre, per ciò che concerne il diritto alla salute del detenuto, è da rilevare sin da ora che, oltre alle condotte dell'amministrazione penitenziaria, possono venire in rilievo anche le inosservanze da parte dell'amministrazione sanitaria⁷⁴. Mentre per ciò che

⁷¹ Istituita con d.m. 2 luglio 2013 del Ministero della Giustizia e presieduta, di qui il nome, dal Prof. Glauco Giostra. Il Documento Conclusivo dei lavori della Commissione è disponibile su www.penalecontemporaneo.it.

⁷² DELLA BELLA, A., *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 130.

⁷³ VITTOZZI L., *Processo di sorveglianza e relative garanzie fra disciplina, normativa e prassi*, in *Quaderni CSM*, 15, 1987, p. 146, citato in VALENTINI E., *Il reclamo: casi e forme*, cit., p. 272.

⁷⁴ In questo senso si veda il Documento conclusivo della Commissione Giostra, p. 16 ove chiarisce in materia di 35 *bis* che la dizione amministrazione interessata è da riferirsi tanto all'amministrazione

riguarda le disposizioni in materia di salute preventiva (in particolare artt. 5-10 ord. penit.) il referente istituzionale sembra essere come di consueto l'amministrazione penitenziaria, nelle ipotesi di violazioni del diritto alla salute derivante dall'inosservanza delle norme relative alle prestazioni di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione, visto il passaggio di competenze in materia di medicina penitenziaria al SSN⁷⁵, rilevano altresì gli atti e i comportamenti attivi od omissivi dell'A.S.L., dell'U.L.S.S. o dell'Azienda ospedaliera.

b) le disposizioni di riferimento e la selezione delle posizioni soggettive

Il dato legislativo delimita poi l'oggetto dell'inosservanza, richiedendo che questa abbia riguardo alle disposizioni della normativa penitenziaria (dunque *in primis* la legge 354/1975 ed *in secundis* in regolamento esecutivo del 2000). La *ratio* di tale norma pare essere quella di evitare il sovraccarico della Magistratura di Sorveglianza, nonché di evitare l'invasione degli spazi della giurisdizione ordinaria⁷⁶.

Nonostante queste esigenze, che sembrano certamente meritevoli di attenzione, la dottrina ha altresì sottolineato le criticità della delimitazione in esame che, come è stato notato, pare far riferimento ad un parametro non sufficientemente adeguato. In particolare, è stato sottolineato che nel dibattito sulle posizioni soggettive tutelabili la normativa penitenziaria non è mai stata considerata come valido punto di riferimento per l'individuazione di dette posizioni. Ciò per via dell'ambiguità delle disposizioni in materia penitenziaria, che rendono incerto il confine tra "*graziosa concessione e diritto inteso come garanzia*"⁷⁷ ed il cui *focus* è molto spesso quello delle prerogative dell'amministrazione più che dei diritti dei detenuti⁷⁸.

penitenziaria quanto all'amministrazione sanitaria. La stessa precisazione si ritrova anche all'interno della Relazione al d.d.l. di conversione D.L. 146/2013, in *www.camera.it* (cfr. p. 13). Nello stesso senso anche FIORENTIN F., *Il reclamo giurisdizionale per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, in *Rass. penit. e crimin.*, 2013, fasc. n. 3, p. 249; BORTOLATO M., *Torreggiani e rimedi preventivi: il nuovo reclamo giurisdizionale*, in *Arch. pen.*, /2014, fasc. 2, p. 563; ROMICE S., *L'effettività della tutela preventiva dei diritti dei detenuti e degli internati. A proposito del reclamo giurisdizionale ex art. 35-bis o.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14 aprile 2016.

⁷⁵ Su cui si veda § 2.6.1.

⁷⁶ VALENTINI E., *Il reclamo: casi e forme*, cit., p. 272.

⁷⁷ PENNISI A., *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., p. 10 in DELLA CASA F., *Sub. Art. 69*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 822.

⁷⁸ DELLA CASA F., *Sub. Art. 69*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 822. L'Autore, particolarmente critico nei confronti della disposizione *de qua*, rileva la possibilità, qualora la disposizione non sia correttamente interpretata, di sollevare una questione di legittimità costituzionale.

Per queste ragioni si è quindi proposta una lettura della disposizione in esame che, tenendo conto dell'irragionevolezza dell'escludere dai diritti tutelabili quelli previsti ad esempio dalla Carta costituzionale o dalla CEDU⁷⁹, faccia leva sulla "portata generalissima dei principi introduttivi della legge di ordinamento penitenziario"⁸⁰, così da garantire tutela a tutte quelle posizioni giuridiche contemplate in una molteplicità di fonti normative⁸¹ che per dottrina unanime e giurisprudenza consolidata sono da riferirsi al detenuto. La tesi estensiva pare peraltro corroborata dagli esiti della riflessione antecedente alla modifica legislativa che si sta analizzando, che tanto in dottrina⁸² quanto in giurisprudenza⁸³ aveva portato alla derivazione delle posizioni azionabili dalla normativa penitenziaria ma altresì dall'ordinamento in generale.

L'esigenza di estendere il parametro di riferimento riveste importanza fondamentale anche con riferimento al diritto alla salute che, come si è ampiamente visto, è molto spesso riconosciuto tra le pieghe della normativa penitenziaria e attraverso norme che regolano aspetti fortemente organizzativi, attribuendo solo di riflesso posizioni soggettive ai detenuti. Risulta, quindi, in quest'ambito necessaria un'integrazione delle disposizioni penitenziarie con i principi derivanti dalla Costituzione, ed in particolare dall'art. 32.

Ma aldilà dell'adesione alla tesi restrittiva o alla preferibile interpretazione estensiva del dato normativo, in ogni caso, il problema di fondo è il medesimo ed attiene alla concreta selezione delle posizioni giuridiche tutelabili. La *vexata quaestio*, che ha interrogato dottrina e giurisprudenza sin dalla sentenza 26/1999, non è di facile

⁷⁹ BORTOLATO M., *Torreggiani e rimedi preventivi: il nuovo reclamo giurisdizionale*, cit., p. 578.

⁸⁰ DELLA BELLA, A., *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 130.

⁸¹ FIORENTIN F., *Decreto svuotacarceri (d.l.146 del 23 dicembre 2013)*, Milano, 2014, p. 48.

⁸² *Inter multis* MARCHESELLI A., *La tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca dell'effettività*, cit., p. 4, in cui si legge che la tutela giurisdizionale deve essere assicurata alle posizioni "a) espressamente riconosciute dalle norme penitenziarie; b) riconoscibili a un soggetto libero, non importa di quale natura."

⁸³ La fondamentale esigenza di attingere alle norme dell'ordinamento è ben sottolineata in Cass. pen. 30 gennaio 2008 n. 7791 in *Foro it.*, 2008, 5, II, p.272 di cui, vista l'importanza, se ne si riporta la massima "In tema di ordinamento penitenziario, il detenuto può proporre reclamo all'autorità giudiziaria avverso le decisioni dell'amministrazione penitenziaria che ne limitano le situazioni giuridiche soggettive, sia quelle riconosciute dalle norme penitenziarie che quelle riconoscibili ad un soggetto libero, in relazione alle quali occorre sempre applicare il criterio della proporzione tra le esigenze di sicurezza sociale e penitenziaria e l'interesse della singola persona, pur se detenuta". La pronuncia in questione è poi di duplice rilevanza, vista la questione sottostante che interseca temi strettamente connessi con il diritto alla salute. Nella specie, infatti, la Cassazione ha riconosciuto la competenza del Magistrato di Sorveglianza a pronunciarsi sul diritto del detenuto in regime di 41 bis ad accedere alle pratiche di procreazione assistita in presenza dei requisiti previsti dalla normativa di riferimento.

soluzione e richiede particolare attenzione, determinando di fatto l'oggetto del reclamo giurisdizionale.

Con riguardo al diritto alla salute non sembrano potersi porre particolari dubbi circa la necessità di tutela⁸⁴, vista da un lato la copertura costituzionale, dall'altro la giurisprudenza consolidata che ha sottolineato la primarietà di tale bene anche nella fase esecutiva della pena detentiva⁸⁵. Il problema però attiene alla riconduzione delle singole ipotesi di "inosservanza di disposizioni" alla fattispecie di violazione del diritto alla salute, che abbiamo visto essere un diritto complesso, che genera una serie di posizioni giuridiche anche molto diverse tra loro. L'esigenza è quindi quella di garantire che il diritto alla salute venga inteso in tutte le sue sfaccettature ed in particolare che venga in ogni caso tenuto sempre a mente l'insegnamento della Consulta che ha chiarito che le disposizioni dell'ordinamento penitenziario non forniscono solo delle direttive obbligatorie all'amministrazione bensì attribuiscono al detenuto veri e propri diritti⁸⁶.

In particolare, il rilievo è fondamentale per le norme che abbiamo visto essere riferite alla cd. salute preventiva e dunque alle norme che dettano la disciplina concernente, in senso lato, le condizioni di detenzione (art. 5-10 ord. penit.). Dette disposizioni infatti, come già si rilevava, presentano molto spesso un grado di genericità assai elevato che non deve però indurre l'interprete a considerarle quali meri criteri direttivi privi di forza cogente, ma devono essere correttamente intese quali previsioni che stabiliscono, tra l'altro, il diritto alla salubrità ambientale in carcere quale corollario necessario del diritto alla salute ex art. 32 Cost.⁸⁷. Con ciò non si intende dire che qualsiasi irregolarità rispetto alle norme in questione determina necessariamente una violazione del diritto alla salute ma più semplicemente che in caso di contestazioni di inosservanza di dette norme sembra esservi la necessità di tenere in debita

⁸⁴ In dottrina si riscontra una pressoché unanime condivisione, nella selezione delle posizioni (perlomeno quelle "di base"), delle categorie di diritti individuati da CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 132 in cui, come già si evidenziava (cfr. § 2.3), figurano al primo posto i diritti alla cd. integrità psico-fisica. Per altri autori che individuano il bene salute quale oggetto certo di tutela si vedano *inter multis* VALENTINI E., *Il reclamo: casi e forme*, cit., p. 275; ROMICE S., *L'effettività della tutela preventiva dei diritti dei detenuti e degli internati- A proposito del reclamo giurisdizionale ex art. 35-bis o.p.*, cit., p. 26.

⁸⁵ Si vedano *inter multis* Corte cost., sent. 134 del 1984, in *Foro it.*, 1/1985, p. 364; Corte cost., sent. 164 del 1996 in *Cass. pen.*, 1996, p. 3238; Corte cost., sent. 173 del 1997 in *Dir. pen. e proc.*, 1998, p.448

⁸⁶ Corte cost. sent. n. 26 del 1999, cit., vedi *supra*.

⁸⁷ Nel senso di ricondurre alla salute il diritto alla salubrità ambientale anche VALENTINI E., *Il reclamo: casi e forme*, cit., p. 275.

considerazione le conseguenze sulla salute fisica e psichica che detta inosservanza ha determinato.

Quanto detto vale ovviamente anche con riguardo alle norme in materia di assistenza sanitaria in carcere che, qualora prevedano limiti rispetto al diritto alla salute, devono essere intese in senso restrittivo e, dunque, la compressione che ne deriva deve essere considerata legittima solo ove effettivamente rispondente alle esigenze di ordine e sicurezza, interna ed esterna all'istituto penitenziario⁸⁸.

Per tornare al discorso generale, un ulteriore profilo di interesse attiene all'esplicita scelta legislativa del termine "diritti", quali posizioni tutelabili mediante il reclamo giurisdizionale, scelta che ha riportato l'attenzione sull'annosa questione circa la configurabilità di interessi legittimi con riferimento alla posizione del soggetto *in vinculis*.

Come si notava, già la giurisprudenza di legittimità aveva evidenziato la difficoltà di utilizzare le tradizionali categorie del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo rispetto alle posizioni scaturenti dal trattamento penitenziario⁸⁹, così, la dottrina prevalente ha sostenuto che il termine diritti utilizzato nell'articolo in esame sia stato utilizzato non in senso tecnico, bensì al fine di riferirsi alla "*globalità delle situazioni giuridiche dei detenuti vantate nei confronti dell'Amministrazione preposta all'esercizio del potere punitivo*"⁹⁰. E tale tesi appare preferibile, vista la difficoltà di individuare in concreto situazioni di interesse legittimo nonché il rischio di restringere eccessivamente l'ambito di applicazione del 35 bis⁹¹.

⁸⁸ Sul punto anche § 2.6.1

⁸⁹ Cass., Sez. un., 26 febbraio 2003, Gianni, *cit.*

⁹⁰ ROMICE S., *L'effettività della tutela preventiva dei diritti dei detenuti e degli internati- A proposito del reclamo giurisdizionale ex art. 35-bis o.p., cit.*, p. 27 e ss. L'Autore, partendo dalla definizione di interesse legittimo quale "*posizione di vantaggio fatta a un soggetto dell'ordinamento in ordine ad un'utilità oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri in grado di influire sul corretto esercizio del potere in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità*", nota come in ambito penitenziario per l'ottenimento di "utilità" non siano configurati dei procedimenti amministrativi ed arriva quindi a concludere che "*sebbene teoricamente ipotizzabili, gli interessi legittimi non sembrano configurabili in una situazione di privata libertà personale; in ambito penitenziario non vi sono posizioni di interesse legittimo che dialogano con il potere, vi sono, invece, posizioni giuridiche che subiscono il potere*".

⁹¹ Per una distinzione tra i diritti soggettivi e gli interessi legittimi che si avrebbero con riguardo al bene salute si veda PENNISI A., *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale, cit.*, p. 108 e ss. In particolare, l'Autore rinviene degli interessi legittimi nelle norme che non sono idonee a delineare rigidi criteri di comportamento a carico dell'amministrazione, essendo ancorate a parametri normativi generici. È da ritenersi che a seguito della sentenza Gianni e delle successive tappe del percorso di giurisdizionalizzazione dei diritti (successive a questa ricostruzione) che, come abbiamo, visto hanno individuato il Magistrato di Sorveglianza come garante delle posizioni nascenti *in executivis*, quale

Esclusa la necessità di distinguere tra diritti soggettivi e interessi legittimi, dunque, la linea di demarcazione fondamentale è quella tra diritti, intesi “in senso ampio”, e mere aspettative di fatto⁹², non azionabili in sede giudiziale ma rientranti nella sfera amministrativistica e dunque tutt’oggi riconducibili all’art. 35 ord. penit⁹³.

Come già si diceva l’operazione di “classificazione” è di particolare importanza e difficoltà in quanto implica la necessità di “*individuare le incisioni che non trovino valida giustificazione di ordine e di sicurezza pubblica e in generale nell’esigenza di assicurare la regolare esecuzione della pena*”⁹⁴. Come punti di riferimento, oltre al diritto pretorio sviluppatosi nell’inerzia del legislatore a seguito della sentenza 26/1999, periodo in cui le corti hanno individuato singole ipotesi di diritti del detenuto grazie ad un approccio casistico⁹⁵, è stata rilevata la possibilità di rifarsi alla giurisprudenza costituzionale, a quella delle corti straniere nonché al *case law* della Corte EDU. Rilevo quest’ultimo che assume particolare importanza con riguardo al diritto alla salute, vista la tutela assicurata in via indiretta al bene in questione per il tramite dell’art. 3 CEDU, che, come visto, è stato interpretato, oltre che nel senso di richiedere standard peculiari in materia di condizioni detentive, anche nel senso di imporre la predisposizione di cure ed assistenza sanitaria adeguata e tempestiva ai soggetti *in vinculis*⁹⁶.

giudice di “prossimità”, sia difficile immaginare una competenza del giudice amministrativo in materia e sia dunque preferibile aderire alla tesi che riconduce le posizioni nascenti dallo *status detentionis* ad unica macrocategoria che trova tutela interamente innanzi al Magistrato di Sorveglianza.

⁹² Evidenziava la necessità di questa distinzione all’indomani della sentenza Gianni: MARCHESELLI A., *La tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca dell’effettività*, cit., che notava altresì che distinguere le posizioni tutelabili passando per le categorie del diritto soggettivo o dell’interesse legittimo è un’operazione destinata ad un “*sicuro fallimento*”. Per altri autori che in riferimento alla disciplina in esame hanno sottolineato la centralità della distinzione tra diritti ed aspettative di mero fatto si vedano *inter multis* VALENTINI E., *Il reclamo: casi e forme*, cit., p. 273; FIORENTIN F., *Il reclamo giurisdizionale per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, cit., 243; ROMICE S., *L’effettività della tutela preventiva dei diritti dei detenuti e degli internati*, cit., p.32. DELLA BELLA, A., *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 138.

⁹³ Come previsto anche nella bozza della Commissione Giostra si è optato per mantenere in vita il reclamo cd. generico al Magistrato di Sorveglianza che va a coprire, per riprendere le parole della Corte costituzionale (sent. 135 del 2013, su cui si veda *supra*) “*le doglianze su aspetti generali o particolari dell’organizzazione e del funzionamento dell’istituto penitenziario*”.

⁹⁴ FIORENTIN F., *Decreto svuotacarceri*, cit., p. 43. La stessa esigenza è così sottolineata in MARCHESELLI A., *La tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca dell’effettività*, cit., p. 3 “*Il giudizio da compiere è sempre quello della proporzione tra le esigenze di sicurezza (sociale e penitenziaria) e interesse del singolo. Siamo nell’ambito della valutazione della proporzionalità dell’azione amministrativa, nell’attuazione dei suoi scopi, rispetto ai diritti individuali. Il sacrificio imposto al singolo non deve eccedere quello minimo necessario, oltre a non ledere posizioni non sacrificabili in assoluto.*”

⁹⁵ Così FIORENTIN F., *Il reclamo giurisdizionale per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, cit., p. 244.

⁹⁶ Per *amplius* si veda § 1.6.

c) I requisiti dell'attualità e della gravità

L'ultimo profilo della norma che richiede alcune considerazioni è il requisito dell'attualità e della gravità del pregiudizio. Partendo dall'analisi del profilo dell'attualità, che desta meno problemi, è da notare che il requisito in questione è volto ad escludere dalla tutela giurisdizionale sostanzialmente due categorie di pregiudizio ed in particolare quello non più in atto da un lato e il possibile pregiudizio futuro dall'altro⁹⁷.

Il requisito dell'attualità, come precisato dalla Relazione al d.d.l. di conversione⁹⁸, deve sussistere sia al momento della presentazione del reclamo che al momento della decisione *“poiché si tratta di tutela preventiva e immediata, che inerisce alla natura stessa della tutela affidata al magistrato di sorveglianza (che è giudice « di prossimità »)”*. E ciò appare in linea con il carattere inibitorio dello strumento in esame⁹⁹ che fornisce la cd. tutela preventiva richiesta dalla Corte EDU per porre rimedio alle violazioni in corso, a cui si può aggiungere, se del caso, la tutela compensatoria garantita dall'art. 35 *ter* ord. penit.

Il requisito della gravità del pregiudizio è invece con tutta probabilità il profilo di maggiore criticità della disposizione in esame, in quanto come è stato notato *“la violazione del diritto del detenuto, qualora accertata, deve essere rimossa, senza valutazioni della sua maggiore o minore gravità, dal momento che l'ordinamento non può tollerare alcuna deviazione dalla legalità nell'esecuzione della pena detentiva”*¹⁰⁰.

Il filtro della gravità, volto anche in questo in caso ad evitare il sovraccarico della Magistratura di Sorveglianza, se da un lato è rispondente a logiche di economia processuale, dall'altro sembra assegnare un margine di discrezionalità eccessivo al giudice¹⁰¹.

È quindi da sottolineare la necessità di interpretare il requisito della gravità quale filtro volto ad escludere pregiudizi così lievi da degradare a mero disagio o fastidio¹⁰²,

⁹⁷ DELLA BELLA, A., *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 139.

⁹⁸ Relazione al d.d.l di conversione D.L. 146/2013, cit., p. 14.

⁹⁹ DELLA CASA F., *Sub. Art. 69*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 822.

¹⁰⁰ DELLA BELLA, A., *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 130.

¹⁰¹ VALENTINI E., *Il reclamo: casi e forme*, cit., p. 273; DELLA BELLA, A., *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 129.

¹⁰² DELLA CASA F., *Sub. Art. 69*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 824.

estromettendo dalla tutela giurisdizionale le questioni di natura bagatellare¹⁰³. Dall'altro lato, sembra altresì necessario ancorare la discrezionalità del Magistrato di Sorveglianza a dei parametri oggettivi - dunque riferiti al grado del pregiudizio ed al rango del diritto inciso, nonché all'intensità e alla durata della lesione - ma anche a dei parametri soggettivi, che abbiano quindi riguardo all'età, al genere, alle condizioni di salute fisica e psichica del soggetto reclamante¹⁰⁴.

Ciò pare fondamentale per quanto riguarda il diritto alla salute, per cui in caso di contestazioni di violazione del diritto in questione si dovrà tenere conto anzitutto che si tratta di un diritto incompressibile, *“assicurato all'uomo in forma garantistica, ed incondizionatamente – come uno ed anzi come il primo dei diritti fondamentali”*¹⁰⁵ ed inoltre una particolare attenzione dovrà essere rivolta alle caratteristiche soggettive del reclamante e alle sue condizioni psico-fisiche.

3.5.2 La disciplina dinamica

Mentre come visto l'art. 69 co. 6 lettera b) delimita l'oggetto del nuovo reclamo giurisdizionale in materia di diritti del detenuto, l'art. 35 *bis*, come anticipato, regola le scansioni procedurali, dettando in particolare la disciplina del giudizio di cognizione e del giudizio di ottemperanza.

Un primo aspetto fondamentale attiene al procedimento scelto dal legislatore, che ha optato per lo schema del procedimento di sorveglianza (666 c.p.p. e 678 c.p.p.¹⁰⁶), allontanandosi così dal modello procedurale individuato dalla giurisprudenza di legittimità a seguito della sentenza 26 del 1999 che, come visto, aveva ritenuto applicabile lo schema previsto dal 14 *ter* ord. penit. La scelta, dettata dalle esigenze di garanzia di un livello maggiore di giurisdizionalità, è poi completata dall'esplicita

¹⁰³ FIORIO C., *Cronache dal terzo millennio: politiche legislative e libertà personale*, in *Arch. pen.*, 2014, 2, p. 526.

¹⁰⁴ Così FIORENTIN F., *Il reclamo giurisdizionale per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, cit., p. 256. Nei parametri evidenziati dall'Autore evidente è l'eco della giurisprudenza EDU in materia di soglia minima di gravità richiesta ai fini della configurazione di violazioni dell'art. 3 CEDU (su cui § 1.6.1).

¹⁰⁵ Cass., Sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Foro it.*, 1979, I, p. 2302

¹⁰⁶ Ponendosi così in linea con quanti avevano sottolineato che il procedimento ex 666 e 678 c.p.p. si configurava come unica procedura esecutiva conforme ai precetti costituzionali.

previsione della partecipazione dell'amministrazione interessata¹⁰⁷, che, come anticipato, nell'ambito del diritto alla salute può essere sia l'amministrazione penitenziaria sia l'amministrazione sanitaria¹⁰⁸⁻¹⁰⁹, a seconda delle rispettive competenze¹¹⁰. Grazie poi al rinvio alle disposizioni di cui al 666 e 678 c.p.p., è altresì garantita la partecipazione personale all'udienza del detenuto, scelta che, come nel caso della previsione di partecipazione dell'amministrazione, si pone in rottura con il modello precedente e in ottica di garanzia del principio del contraddittorio¹¹¹.

¹⁰⁷ La previsione esplicita della partecipazione dell'amministrazione si pone in rottura con il modello precedentemente applicato. La giurisprudenza di merito era talvolta arrivata a soluzioni "fantasiose" come considerare l'amministrazione legittimata a partecipare all'udienza grazie ad un'interpretazione "correttiva" del termine difensore contenuto nel 14 *ter* che era stato ritenuto riferibile anche all'amministrazione penitenziaria (Mag. Sorv. Lecce, 11 giugno 2011, Slimani, in www.penalecontemporaneo.it, 16 settembre 2011).

¹⁰⁸ Come si rilevava sopra detta possibilità è espressamente presa in considerazione all'interno della bozza della Commissione Giostra (cfr. p. 16 del Documento conclusivo) nonché nella Relazione al d.d.l di conversione D.L. 146/2013, (cfr. p. 13).

¹⁰⁹ In particolare, anche in questo caso si risolve un problema emerso in sede di utilizzo della procedura prevista dal 14 *ter*, che era stata ritenuta applicabile anche nelle ipotesi di violazione da parte dell'amministrazione sanitaria rispetto all'erogazione delle prestazioni sanitarie. Nella specie, oltre al problema della partecipazione dell'amministrazione sanitaria all'udienza, che si poneva negli stessi termini di quanto si diceva *supra* per l'amministrazione penitenziaria, un ulteriore problema nasceva dal fatto che all'amministrazione in questione era generalmente negata la possibilità di ricorrere in Cassazione avverso al provvedimento a questa sfavorevole. A questo proposito vi è un caso in particolare che presenta molteplici profili di interesse anche per via dell'innovatività della decisione del Magistrato di Sorveglianza. In particolare ci si riferisce alla decisione con cui il Magistrato di Sorveglianza di Spoleto aveva riconosciuto a carico della USL territorialmente competente l'obbligo di erogare a proprie spese le cure ormonali necessarie alla tutela della salute del detenuto transessuale. Attesa la lesione dell'integrità psico-fisica del reclamante per via dell'interruzione delle cure in questione, il Magistrato aveva ritenuto esservi l'obbligo, derivante dall'art. 32 della Costituzione, di fornire le predette cure e ciò pur nell'assenza di una normativa regionale che disciplinasse l'erogazione della terapia ormonale e pur in assenza di una espressa previsione nei livelli essenziali di assistenza (LEA) di tale terapia (Mag. Sorv. Spoleto, ord. 13 luglio 2011 in www.personaedanno.it). Contro detta ordinanza aveva ricorso in Cassazione l'Azienda USL di Terni contestando l'introduzione nel LEA di una prestazione non prevista, con conseguente impossibilità di copertura finanziaria della stessa. La Suprema Corte ha dichiarato il ricorso inammissibile in virtù della mancanza di legittimazione all'impugnazione dell'USL, richiamando l'art. 568 co. 3 c.p.p. alla stregua del quale "*Il diritto di impugnazione spetta soltanto a colui al quale la legge espressamente lo conferisce*".

¹¹⁰ Rileva Fiorentin che in materia di diritto alla salute è invalsa la prassi della doppia notifica degli avvisi di udienza che sono generalmente notificati sia all'ASL territorialmente competente, in persona del direttore responsabile del trattamento sanitario presso l'istituto penitenziario in carcere, che all'amministrazione penitenziaria. L'A. nota altresì che detto *modus procedendi* si pone bene in linea con le osservazioni contenute nella relazione della Commissione "Palma", ove è stato precisato che, anche in seguito al passaggio delle competenze in materia di sanità penitenziaria alle regioni, l'amministrazione penitenziaria resta pur sempre tenuta alla tutela del diritto alla salute delle persone ad essa affidate per l'esecuzione della pena detentiva (sul punto anche § 2.6.1). FIORENTIN F., *Il reclamo giurisdizionale per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, cit., p. 249.

¹¹¹ Nonostante questa previsione, vi è chi ha notato che il 666 co.4 c.p.p. subordina la partecipazione del detenuto alla circostanza che questo sia ristretto in un luogo posto nella circoscrizione del giudice, con evidente menomazione del diritto alla difesa dello stesso in assenza di detto requisito. Nel caso del procedimento ex 35 *bis* la previsione, in generale problematica, sarebbe poi doppiamente criticabile in quanto prevedendo esplicitamente la partecipazione dell'amministrazione e solo in via eventuale quella

Quanto al termine di proposizione del reclamo, l'art. 35 *bis* nulla dispone con riferimento alle ipotesi di reclamo per "violazione di diritti", nemmeno nell'ipotesi in cui la lesione derivi da un atto dell'amministrazione. L'assenza di previsioni, come è stato notato, è volta a rendere lo strumento in esame maggiormente accessibile al detenuto, soggetto debole che potrebbe facilmente ignorare la possibilità del reclamo ex 35 *bis* e dunque risultare eccessivamente sfavorito dalla previsione di un termine perentorio¹¹².

Particolarmente problematica è invece la scelta di subordinare l'instaurazione del procedimento al requisito della manifesta inammissibilità ai sensi del 666 co. 2 (art. 35 *bis*, co.1) che fa riferimento ad una categoria invero non prevista dall'articolo a cui rinvia, che tratta invece della categoria dell'inammissibilità, prevista da un lato per l'ipotesi di manifesta infondatezza per carenza delle condizioni di legge e dall'altro per l'ipotesi di riproposizione della medesima istanza. Ma aldilà del *lapsus* in cui è incorso il legislatore (che non permette di comprendere agevolmente se il rinvio sia operato alla sola categoria della manifesta infondatezza ovvero a quella generale dell'inammissibilità) il problema, come è stato notato in dottrina, attiene all'inadeguatezza del riferimento alla manifesta infondatezza in materia di diritti, che presenta il rischio di una valutazione del merito e dunque di provvedimenti di rigetto in assenza di regolare e previo contraddittorio¹¹³. Per ovviare al problema, la giurisprudenza di legittimità ha sottolineato l'esigenza di limitare le pronunce di inammissibilità del reclamo ex 35 *bis* alle ipotesi in cui la carenza delle condizioni di legge sia rilevabile *icto oculi* e dunque senza accertamenti di tipo conoscitivo o valutazioni discrezionali, in fatto o in diritto¹¹⁴.

Superata la fase introduttiva, il co. 2 prevede che, accertate la sussistenza e l'attualità del pregiudizio, il giudice "*ordina all'amministrazione di porre rimedio entro il termine indicato*" alla violazione del diritto in questione.

del detenuto determinerebbe una disparità tra le parti. BORTOLATO M., *Sub art. 35 bis*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 402.

¹¹² VALENTINI E., *Il reclamo: casi e forme, cit.*, p. 277.

¹¹³ BORTOLATO M., *Sub art. 35 bis*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 400.

¹¹⁴ Cass. pen., sent. 29 ottobre 2015, n. 43722 in *Dir. pen. e proc.*, 2017, n. 4, p. 504 con nota di PIGNATARO N., *Procedimento per reclamo giurisdizionale ex art. 35 bis o.p. e decreto di inammissibilità: rischio di sconfinamento nel merito?*

Riconosciuta così in via esplicita la possibilità del giudice di obbligare l'amministrazione ad un *facere*, quest'ultimo è genericamente individuato con l'espressione atecnica e di chiara ispirazione "europea" del "porre rimedio" così da poter essere adeguata all'ampia gamma di situazioni che potrebbero fondare il reclamo¹¹⁵. Nell'ambito del diritto alla salute la rimozione della violazione consisterà da un lato nel garantire il rispetto del dettato degli artt. 5-11 ord. penit. (quindi ponendo in essere tutti gli accorgimenti organizzativi che dovessero rivelarsi necessari¹¹⁶) e dall'altro nell'assicurare al detenuto la possibilità di fruire di cure ed assistenza sanitaria come previsto dalla disciplina di riferimento¹¹⁷.

¹¹⁵ VALENTINI E., *Il reclamo: casi e forme, cit.*, p. 283.

¹¹⁶ A questo proposito si vedano Mag. Sorv. Venezia, ord. 6 febbraio 2014, *inedita* in cui, accertato che la disponibilità di spazio nella cella in cui era ristretto il reclamante era inferiore ai 3 mq, ha ordinato all'amministrazione l'allocazione del detenuto in una stanza di pernottamento con superficie calpestabile non inferiore a 3mq *pro capite*. Nello stesso senso anche Mag. Sorv. Padova, 25 settembre 2014, in *www.conams.it*. Nella specie, l'ordinanza pare di particolare interesse anzitutto per l'accertamento della violazione dell'art. 3 CEDU, in quanto il reclamante era ristretto in uno spazio pari a 2,75 mq e dunque inferiore ai 3 mq, soglia al di sotto della quale, antecedentemente alla sent. Muršić (Corte EDU (Grande Camera), Muršić v. Poland, 20 ottobre 2016, cit., su cui si veda anche § 1.6.3 e § 3.6.2) sembrava esservi, in virtù della giurisprudenza della Corte di Strasburgo una presunzione assoluta di violazione dell'articolo in questione ed in secondo luogo in quanto il giudice analizza ulteriori elementi rilevanti. In particolare, il Magistrato di Sorveglianza sottolinea come la determinazione dello spazio concretamente a disposizione del detenuto sia d'importanza fondamentale nel caso di specie (e in generale per i casi di reclamanti ristretti nella Casa di Reclusione di Padova) nonostante il cd. regime delle celle aperte, stante che nell'istituto in questione la previsione regolamentare concernente l'istituzione dei refettori non è mai stata attuata. Nota quindi il Magistrato che è fatto notorio da un lato che i detenuti sono costretti a consumare i pasti nei locali di pernottamento, in spregio alla previsione di cui al comma 3 dell'art. 13 reg. esec. , secondo cui "il vitto è consumato di regola in locali all'uopo destinati", (su cui § 2.5.3) e dall'altro che "in certe celle particolarmente sovraffollate l'assunzione dei pasti debba avvenire 'a turno', non potendo gli occupanti della cella stare contemporaneamente seduti attorno al tavolo per la consumazione dei pasti o, per la mancanza di un numero sufficiente di sgabelli, dovendosi uno degli occupanti sedere sul letto per consumare il proprio pasto." Il Magistrato conclude dunque per ordinare all'amministrazione l'allocazione del reclamante in altro locale di pernottamento ove sia garantito uno spazio minimo individuale pari o superiore a 3 mq e precisa altresì i criteri di computo, ovvero sottolinea che la metratura debba essere calcolata al netto del mobilio fisso (con computo, però, dello spazio occupato dal letto) ed altresì con scomputo dei locali destinati ai servizi igienici (che alla stregua dell'art. 7 reg. esec. "sono collocati in un vano annesso alla camera"). Per *amplius* sui criteri di computo della metratura minima si veda § 3.6.1.

¹¹⁷ A questo proposito è invece interessante l'analisi dell'ord. Mag. Sorv. Spoleto, 24 febbraio 2015 in *www.conams.it* , che, nella sua complessità, presenta vari profili di rilievo. Nel caso di specie, il reclamante di doleva di due distinte condotte: una dell'amministrazione sanitaria, che consisteva nella mancata fornitura di tutti i farmaci di cui aveva bisogno per le plurime patologie di cui soffriva, e l'altra dell'amministrazione penitenziaria, che nella legittima determinazione di limiti al cd. sopravvito aveva però escluso dal tetto massimo così previsto solo i farmaci cd. salvavita, contenuti all'interno dei livelli essenziali di assistenza (LEA) e non aveva invece previsto la possibilità di "sforamento" del tetto massimo per tutte le spese riferite a farmaci. Quanto alla prima questione il giudice ha stabilito che pur trattandosi parzialmente di farmaci cd. salvavita, questi non fossero da considerarsi a carico della ASL in quanto il detenuto non rientrava nelle categorie previste dalla normativa regionale e nelle c.d. note AIFA per poter usufruire degli stessi gratuitamente (peraltro il detenuto, vista la disponibilità economica, si era detto pronto all'acquisto a proprie spese dei farmaci in questione e risultava che gli stessi gli fossero sempre stati forniti). Il Magistrato ha quindi rigettato la questione *de qua*. Quanto al secondo profilo,

Quanto al regime delle impugnazioni, i commi 4 e 5 dell'articolo in esame prevedono il reclamo al Tribunale di Sorveglianza avverso la decisione del giudice monocratico e il ricorso per Cassazione per violazione di legge avverso la decisione del Tribunale. La previsione del reclamo all'organo collegiale, aggiunta in sede di conversione¹¹⁸, è stata oggetto di forti critiche che, a ragione, hanno sostenuto l'irragionevolezza della scelta del doppio grado di merito¹¹⁹, che rischia di vanificare l'efficacia complessiva della tutela preventiva¹²⁰. Nonostante il provvedimento del Magistrato di Sorveglianza sia immediatamente esecutivo e dunque sia sin da subito vincolante per l'amministrazione, infatti, nel caso in cui questo rimanga comunque ineseguito, il reclamante vittorioso dovrà attendere la definizione di tutti i gradi di giudizio per poter esperire il giudizio di ottemperanza, che richiede che il provvedimento non sia più soggetto ad impugnazione (art. 35 *bis* co.5)¹²¹. La complessità del procedimento e i tempi lunghi che ne derivano potrebbero dunque

invece, il giudice ha analizzato la legittimità della limitazione posta al cd. sopravvitto, concludendo in generale in senso positivo, ma contestando, d'altra parte, l'inserimento all'interno del tetto massimo delle spese per medicinali pur se queste non fossero ricomprese all'interno della categoria dei cd. farmaci salvavita. Partendo da un'analisi generale di alcune disposizioni dell'ordinamento penitenziario ed in particolare l'art. 11 co. 6 e del regolamento esecutivo (art. 17 co. 7) che prevedono rispettivamente le visite mediche cd. fiduciarie e i trattamenti medici cd. fiduciarî (su cui per *amplius* si veda § 2.5.6) che sono consentiti qualora il costo degli stessi sia sopportato dal detenuto, il giudice è giunto a dichiarare inadeguato il bilanciamento operato dall'amministrazione e consistente nell'escludere dal tetto massimo solo i farmaci cd. salvavita. A parere del giudice, infatti, la tutela costituzionale del bene salute, nonché l'interpretazione data all'art. 3 CEDU dalla Corte di Strasburgo, portano a concludere che i limiti di spesa siano da considerarsi legittimi solo ove previsti con riferimento a spese di carattere voluttuario mentre si rilevano essere illegittimi ove posti con riguardo a spese per motivi di salute. Il Magistrato di Sorveglianza ha, di conseguenza, ordinato all'amministrazione penitenziaria di consentire al detenuto di *"acquistare i farmaci di cui ha bisogno, tali considerati tutti i prodotti farmaceutici che siano ritenuti necessari alla cura di una patologia da cui sia affetto, senza che tali spese siano computate tra quelle per oggetti personali soggette a limiti settimanali e mensili nell'ammontare massimo consentito."*

¹¹⁸ Non presente nemmeno nella bozza della Commissione Giostra. Per una sentenza in materia di regime delle impugnazioni applicabile antecedentemente all'entrata in vigore della legge di conversione si veda Cass. pen. 12 dicembre 2014, n. 5697 che ha affermato la propria competenza a pronunciarsi sui ricorsi presentati avverso le decisioni dei Magistrati di Sorveglianza prima dell'inserimento del doppio grado di merito.

¹¹⁹ Secondo Fiorentin il secondo grado di merito potrebbe essere stato pensato al fine di assecondare le esigenze pratiche dell'amministrazione, che potrebbe concentrare il suo intervento solamente nel secondo grado di giudizio e solo qualora la stessa sia risultata soccombente in primo grado. FIORENTIN F., *Decreto svuotacarceri*, cit., p. 52. Lo stesso rilievo potrebbe valere anche con riferimento all'amministrazione sanitaria.

¹²⁰ BORTOLATO M., *Sub art. 35 bis*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 409. L'A. rileva altresì che il secondo grado di merito appare in generale anomalo nell'ambito dell'ordinamento penitenziario, essendo il reclamo innanzi al Tribunale solo nei procedimenti cd. a "contraddittorio differito".

¹²¹ Ciò a differenza del giudizio di ottemperanza previsto nel codice del processo amministrativo, che è accessibile nei confronti delle sentenze del T.A.R. anche in assenza del passaggio in giudicato del provvedimento, purché questo non sia stato sospeso dal Consiglio di Stato (cfr. 114 co. 4 lett. c) c.p.a.).

comportare di fatto l'ineffettività della tutela e di conseguenza essere censurati dalla Corte EDU, la quale, si rammenta, ha sottolineato l'esigenza di una tutela preventiva volta alla rimozione immediata della violazione del diritto.

Infine, di particolare rilevanza ed innovatività è la previsione del giudizio di ottemperanza, disciplinato ai commi 5-8 dell'art. 35 bis. Lo strumento dell'ottemperanza, chiaramente ispirato all'omonimo giudizio previsto nel processo amministrativo, è volto ad arginare il fenomeno dei provvedimenti del Magistrato di Sorveglianza rimasti totalmente ineseguiti dall'amministrazione¹²², ipotesi purtroppo molto frequente nel periodo antecedente l'intervento legislativo del 2013 e sanzionata dalle sopracitate sentenze della Corte costituzionale¹²³. Distanziandosi dal progetto della Commissione Giostra, che aveva optato per assegnare la competenza al T.A.R., il legislatore del 2013 ha invece previsto che l'ottemperanza debba essere richiesta al Magistrato di Sorveglianza che ha emesso il provvedimento¹²⁴, introducendo così nell'ordinamento un istituto del tutto inedito¹²⁵.

Il presupposto per l'instaurazione del giudizio in esame, come già si diceva, è la mancata esecuzione della sentenza passata in giudicato¹²⁶. A questo proposito ci si è dunque chiesti se in caso di esecuzione inesatta la procedura in esame sia comunque esperibile¹²⁷ e la cosa non è di poco conto in quanto qualora si aderisse ad un'interpretazione restrittiva, l'amministrazione potrebbe facilmente evitare il giudizio di ottemperanza limitandosi a rimuovere solo parzialmente la violazione contestata¹²⁸.

Tornando all'analisi della disposizione in esame, è da notare che nel caso di accoglimento della richiesta, il Magistrato di Sorveglianza può avvalersi di tre tipologie

¹²² E che consistevano per riprendere le parole di BORTOLATO “[nel]la negazione del concetto stesso di giurisdizione” BORTOLATO M., *Sub art. 35 bis*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 410.

¹²³ Corte cost. sent. n. 266 del 2009; Corte cost., sent. 135 del 2013, *cit.*

¹²⁴ Critico nei confronti della previsione di un giudizio di ottemperanza *ad hoc* che finisce istituire un “foro particolare” per il detenuto è FIORENTIN F., *Decreto svuotacarceri, cit.*, p. 53.

¹²⁵ VALENTINI E., *Il reclamo: casi e forme, cit.*, p. 291.

¹²⁶ Vale precisare nuovamente che si può trattare di inottemperanza dell'amministrazione penitenziaria o di quella sanitaria.

¹²⁷ Anche in questo caso più favorevole è la disciplina prevista dal c.p.a che parla genericamente di “attuazione delle sentenze” (art. 112 co. 2 c.p.a).

¹²⁸ Come rileva Marafioti, un esempio potrebbe essere quello del detenuto che a seguito del reclamo venga trasferito in cella parimenti inadatta ma per fattori diversi da quelli oggetto del reclamo (ad esempio non tanto per insufficienza di spazio quanto per mancanza di servizi igienici). MARAFIOTI L., *Il procedimento per reclamo*, in (a cura di) CORSO P., *Manuale della esecuzione penitenziaria, cit.*, p. 359. Esempi analoghi si possono pensare anche per ipotesi in materia di assistenza sanitaria, come nel caso in cui a seguito della condanna alla somministrazione di determinati medicinali questi vengano somministrati in quantità ridotta rispetto a quanto ordinato.

di intervento, graduate in base al grado di ingerenza nella sfera dell'amministrazione¹²⁹, ossia:

- a. può ordinare l'ottemperanza, indicando modalità e tempi di adempimento, tenuto conto del programma attuativo predisposto dall'amministrazione al fine di dare esecuzione al provvedimento, sempre che detto programma sia compatibile con il soddisfacimento del diritto;
- b. può dichiarare nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del provvedimento rimasto ineseguito;
- c. può nominare, ove occorra, un commissario *ad acta*¹³⁰.

Un ultimo rilievo riguarda l'eliminazione in sede di conversione della previsione per il Magistrato di Sorveglianza di determinare, su istanza di parte, "*la somma di denaro dovuta dall'amministrazione per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento*" misura coercitiva indiretta che è invece prevista nel giudizio di inottemperanza del processo amministrativo¹³¹. Pare innegabile che la disposizione in esame avrebbe potuto indurre l'amministrazione ad adempiere all'ordine del Magistrato di Sorveglianza in tempi maggiormente ristretti, garantendo maggiori possibilità di rimozione immediata della violazione contestata, sono quindi da esprimersi alcune riserve in merito alla opportunità della scelta operata in sede di conversione.

3.6 Il 35 *ter* e la tutela del diritto alla salute

Come già si anticipava, nell'ambito della cd. fase post Torreggiani, il legislatore ha provveduto altresì all'inserimento nel nostro ordinamento di un cd. rimedio compensativo volto, per l'appunto, a riparare i danni subiti dal detenuto per la violazione

¹²⁹ DELLA BELLA, A., *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 133.

¹³⁰ Quanto all'individuazione del soggetto in questione è stato ritenuto, in analogia a quanto accade nel giudizio di ottemperanza nell'ambito delle pubbliche amministrazioni, che la scelta debba avvenire tra i funzionari dell'amministrazione penitenziaria di grado superiore rispetto a coloro ai quali è rivolto l'ordine. Rileva invece i rischi per la terzietà e l'imparzialità di una simile ipotesi MARAFIOTI L., *Il procedimento per reclamo*, cit., p. 366.

¹³¹ Cfr. art. 114 co.4 lett. c). La cd. *astreinte* è altresì prevista per l'esecuzione del giudicato civile in materia di attuazione di obblighi di fare infungibile o di non fare (614 bis c.p.c.).

dell'art. 3 CEDU e dunque per l'ipotesi di restrizione della libertà in condizioni tali da violare il solenne divieto di tortura e trattamenti disumani o degradanti.

A seguito del *pilot judgment*, stabilita da un lato l'impossibilità di ravvisare *de iure condito* la competenza del Magistrato di Sorveglianza al risarcimento del danno¹³² e dall'altra l'insufficienza del rimedio risarcitorio generale innanzi al giudice civile, il legislatore ha quindi introdotto con D.L. 92/2014 (conv. in L. 117/2014) l'art. 35 ter, rubricato "*Rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nei confronti di soggetti detenuti o internati*".

La norma, che come si dirà è di non agevole interpretazione, dispone due tipologie di rimedi, specificamente diretti a riparare il pregiudizio subito dal detenuto¹³³.

In particolare, il primo rimedio (co. 1 e 2 art. 35 ter) è destinato ai soggetti ancora in *status detentionis* che abbiano subito un pregiudizio derivante dalle condizioni detentive contrarie all'art. 3 CEDU, i quali possono rivolgersi al Magistrato di Sorveglianza per ottenere una riduzione della pena ancora da espiare nella misura di un giorno per ogni dieci giorni di pregiudizio subito¹³⁴. In alternativa, qualora il pregiudizio subito sia stato inferiore a 15 giorni, ovvero per la parte eccedente rispetto al residuo di pena qualora questo risulti inferiore alla riduzione da operarsi, è previsto un ristoro in forma monetaria, pari a 8 euro per ogni giorno di pregiudizio subito¹³⁵.

Il secondo rimedio (previsto dal co. 3) è invece destinato a coloro che abbiano finito di scontare la pena ovvero abbiano subito il pregiudizio durante un periodo di custodia cautelare non computabile nella pena da espiare¹³⁶. Anche in questi ultimi casi è previsto un ristoro in forma monetaria nella misura di 8 euro *pro die* da richiedersi,

¹³² Cass. pen. , 15 gennaio 2013, n. 4772, Vizzari, *cit.*

¹³³ DELLA BELLA A., *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 ottobre 2014, §10.

¹³⁴ La spiegazione riportata si basa sulla ormai consolidata tesi secondo la quale non è da considerare necessario il requisito dell'attualità ai fini del riconoscimento della competenza del Magistrato di Sorveglianza. Il punto sarà trattato nello specifico al § 3.6.1.

¹³⁵ Si ritiene poi in via interpretativa che il ristoro economico vada assicurato anche per la parte eccedente il multiplo di dieci fino al quale è invece concessa la riduzione (esemplificando: se il soggetto è stato sottoposto a 27 giorni di detenzione disumana o degradante saranno detratti 2 giorni dal residuo di pena mentre saranno assicurati 56 (7x8) euro di ristoro).

¹³⁶ Caso questo che si presenta nelle ipotesi dei soggetti che hanno terminato il periodo di espiazione nonché dei soggetti sottoposti a custodia cautelare poi assolti per il fatto ascritto. Infine, secondo l'opinione maggioritaria rientrerebbero in tale categoria anche i soggetti ammessi alle misure alternative alla detenzione. Così in MENGHINI A., *Quale rimedio compensativo per gli ergastolani?* Nota a Corte cost., 21 luglio 2016, n. 204, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, 11, p. 1434

però, al Tribunale civile ed entro sei mesi dalla cessazione della pena detentiva o della custodia cautelare.

Come è stato notato, in linea di principio, la soluzione così adottata pare essere in linea con la giurisprudenza della Corte EDU e pare rispondere ad un'esigenza di giustizia condivisibile sotto il profilo culturale e politico¹³⁷. Ciò in quanto la *ratio* sottesa all'istituto di nuovo conio risponde alla necessità di garantire una congrua riduzione di pena al soggetto che ha dovuto patire un *surplus* di afflittività, avendo dovuto scontare la pena in condizioni non degne di un uomo, così che la minor durata possa "compensare" l'illegittima maggior sofferenza con il risultato finale di garantire in questo modo un riallineamento della risposta sanzionatoria rispetto a quella imposta dal giudice con la sentenza di condanna¹³⁸. Va da sé che ove non possibile ottenere il riallineamento per questo tramite, non essendo più il soggetto sottoposto a restrizione della libertà, all'ordinamento non resta che la possibilità di riparare il danno in forma monetaria.

La norma, che da questo punto di vista, come detto, non presenta particolari problemi, ha però in sé alcune non trascurabili opacità ed importanti lacune¹³⁹ che hanno portato dottrina e giurisprudenza a sottolinearne le gravi criticità sul piano ermeneutico, divenendo quest'ultimo terreno di scontro tra teorie ed applicazioni incoerenti e contrapposte¹⁴⁰.

Una prima precisazione, che pare, a ben vedere, non fonte di particolari dubbi, perlomeno in dottrina, concerne la fonte che giustifica l'azionabilità del rimedio in esame, che viene delineato dalla norma richiedendo quale presupposto della riparazione le "*condizioni di detenzione tali da violare l'art. 3 CEDU, così come interpretata dalla Corte EDU*".

Con tale rinvio mobile devono quindi in primo luogo ritenersi rilevanti le situazioni di sovraffollamento carcerario, censurate nella sentenza Torreggiani, "madre"

¹³⁷ GIOSTRA G., *Sub art. 35 ter*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 415.

¹³⁸ GIOSTRA G., *Sub art. 35 ter*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 416.

¹³⁹ Il rilievo circa la problematicità del testo normativo è pressoché unanime sia in dottrina che in giurisprudenza. Per un resoconto delle posizioni espresse in merito alla criticità del testo di legge si veda SANTORO E., *Contra CSM: parlare a nuora perché suocera intenda. Pedanti osservazioni sulla competenza dei magistrati di sorveglianza a riconoscere l'indennizzo ex art. 35-ter per la detenzione inumana e degradante*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 gennaio 2015, p.1-2 nota 2.

¹⁴⁰ FIORENTIN F., *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 CEDU: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 novembre 2014 p.2.

in un certo senso dello strumento in esame. D'altra parte, sembrano altresì rilevare tutte le ipotesi in cui i giudici europei hanno sanzionato situazioni ulteriori di detenzione cd. disumana o degradante. Infatti, la genericità del presupposto così come declinato dal legislatore nonché la molteplicità di situazioni sanzionate dalla Corte EDU attraverso l'art. 3 in riferimento alle condizioni detentive, permettono di ritenere esperibile lo strumento del 35 *ter* ogni qualvolta vi sia una detenzione considerata dalla Corte EDU come in contrasto con l'art. 3, indipendentemente dalla causa che abbia generato la violazione ed a prescindere dalla condizione di sovraffollamento¹⁴¹.

L'accertamento delle condizioni di detenzione, anche in ipotesi di mancato superamento della capienza regolamentare dell'istituto di riferimento, dovrà quindi considerare tutti quei fattori che da giurisprudenza consolidata incidono negativamente sulla qualità della vita all'interno dell'ambiente carcerario, quali per esempio il mancato rispetto delle esigenze igieniche di base, la limitata aerazione, l'inadeguato accesso alla luce e all'aria naturali, la mancanza di riscaldamento e tutti gli elementi che da soli o tra loro combinati hanno portato nei casi concreti a condanne per violazione dell'art. 3 CEDU¹⁴².

Ma vi è di più. Come si detto ampiamente, infatti, grazie ad un'interpretazione evolutiva dell'art. 3 CEDU la Corte europea è giunta ad individuare obblighi positivi ulteriori rispetto a quelli concernenti la garanzia di un ambiente carcerario adeguato¹⁴³. Il rispetto della norma convenzionale richiede dunque di considerare fonte dei rimedi compensativi anche le situazioni di mancata o non tempestiva garanzia di cure e assistenza sanitaria in carcere, nonché le ipotesi di mantenimento in carcere di soggetti in condizioni di salute incompatibili con la detenzione¹⁴⁴.

Pare dunque che lo strumento in esame possa essere inteso, tra l'altro, come strumento che prevede un ristoro per tutti quei casi in cui si ha, nella giurisprudenza di Strasburgo, una tutela indiretta del bene salute, sia nelle ipotesi a cui ci si è spesso riferiti come salute cd. preventiva, sia nelle ipotesi di tutela della salute nel suo aspetto di diritto sociale e dunque di garanzia di cure ed assistenza sanitaria. Questo, beninteso,

¹⁴¹ DELLA BELLA A., *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento*, cit., §10.

¹⁴² Per *amplius* si veda § 1.6.

¹⁴³ Per un approfondimento sugli obblighi positivi discendenti dall'art. 3 e la loro evoluzione si veda §1.6.2 lett. b)

¹⁴⁴ Su cui §§ 1.6.5-1.6.8. Sottolineano la rilevanza di questi profili *inter alia* DELLA BELLA A., *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento*, cit., §10, GIOSTRA G., *Sub art. 35 ter*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 418.

purché si interpreti correttamente la norma in esame e si sia in grado di estrapolare dal *case-law* della Corte EDU dei principi applicabili al di fuori dei casi concreti e ciò implica necessariamente un costante ed attento monitoraggio e studio della giurisprudenza della Corte europea.

Aldilà di questo profilo, le criticità della norma in esame, come si anticipava, sono molte e stante che, di fatto, il funzionamento dello strumento è subordinato alla risoluzione delle problematiche che si sono nel tempo rilevate, pare opportuno riprendere alcuni dei profili maggiormente dibattuti e che sembrano di maggior interesse per la tematica in esame.

3.6.1 Il dibattito sul requisito dell'attualità del pregiudizio

Un primo problema che si è posto con riguardo all'art. 35 ter è quello concernente la necessità o meno del requisito dell'attualità del pregiudizio per riconoscere la competenza del Magistrato di Sorveglianza a disporre del rimedio compensativo.

Questa problematica, derivante dall'ambiguo dato letterale del co. 1 dell'art. 35 ter, è stata probabilmente il maggior terreno di scontro nel primo periodo di applicazione della norma, periodo in cui sia dottrina che giurisprudenza hanno preso posizione su tema, spaccandosi tra due tesi tra loro contrapposte ma di pari plausibilità ermeneutica¹⁴⁵.

La prima tesi, cd. attualista, partendo dal dato letterale del co.1 che richiama espressamente il pregiudizio di cui all'art. 69 co.6 lett. b) ord. penit. alla stregua del quale detto pregiudizio deve essere grave ed attuale, sosteneva che la competenza del Magistrato di Sorveglianza dovesse considerarsi radicata solo ove fosse soddisfatto il requisito dell'attualità. Pertanto in assenza di una previsione espressa e in virtù dell'impossibilità di discostarsi dal dato letterale, si sosteneva che fosse da riconoscersi la competenza del giudice civile in tutti casi in cui il pregiudizio non fosse più attuale, anche qualora il soggetto richiedente fosse ancora in *status detentionis*¹⁴⁶.

¹⁴⁵ GIOSTRA G., *Sub art. 35 ter*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 418.

¹⁴⁶ Per un'illustrazione della tesi cd. attualista si veda FIORENTIN F., *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 CEDU, cit.*

La posizione in questione, sostenuta anche nel parere tecnico del CSM sul d.d.l. di conversione del decreto 92/2014¹⁴⁷, oltre al solido fondamento testuale, vantava poi un ulteriore argomento, fondato sulla necessità di considerare la competenza del Magistrato di Sorveglianza come subordinata al requisito dell'attualità. Ciò in quanto solo il perdurare del pregiudizio avrebbe giustificato la possibilità di adire un giudice di prossimità, non avendo altrimenti ragion d'essere una previsione eccezionale rispetto alla competenza risarcitoria generale riconosciuta in capo al giudice civile¹⁴⁸.

Senonché la teoria in questione presentava dei gravi scompensi sistematici ed applicativi¹⁴⁹, primo fra tutti poneva la questione del destino dei ricorsi aventi ad oggetto pregiudizi ormai trascorsi. Dal dato letterale del 35 *ter*, infatti, la competenza del giudice civile sembra essere subordinata all'avvenuta scarcerazione, con la conseguenza che i ricorsi sarebbero stati sottoposti ad un "congelamento" fino al termine dell'espiazione della pena¹⁵⁰. Inoltre, una simile interpretazione avrebbe necessariamente portato ad un drastico ridimensionamento del rimedio compensativo della riduzione della pena, pensato anche in ottica deflattiva, finendo dunque per danneggiare sia lo Stato che il detenuto¹⁵¹.

Vi erano inoltre delle "spie lessicali" che portavano l'interprete a propendere per la tesi cd. non attualista: anzitutto il riferimento al pregiudizio *ex co.* 69 co.6 lett. b) nella sua interezza avrebbe richiesto oltre al requisito dell'attualità anche quello della gravità, portando al risultato impensabile di differenziare tra violazioni dell'art. 3 CEDU gravi e violazioni non gravi¹⁵². In secondo luogo, la previsione del ristoro economico per violazioni inferiori ai quindici giorni lasciava presagire, visti i necessari tempi processuali, che si trattasse di un pregiudizio ormai trascorso. Infine, il 3 co. dell'art. 35 *ter* che si riferisce espressamente al "pregiudizio di cui al co. 1", essendo subordinato alla scarcerazione, certamente era da riferirsi ad una situazione di

¹⁴⁷Parere tecnico (Odg. 1095 – Aggiunto del 30 luglio 2014) in www.csm.it.

¹⁴⁸ GIOSTRA G., *Sub art. 35 ter*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 422.

¹⁴⁹ Per una completa rassegna delle ragioni circa l'insostenibilità dal punto di vista sistematico della tesi attualista si veda SANTORO E., *Contra CSM: parlare a nuora perché suocera intenda*, cit.

¹⁵⁰ GIOSTRA G., *Un pregiudizio 'grave e attuale'? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35-ter ord. penit.*, Editoriale del 24 gennaio 2015, in www.penalecontemporaneo.it, p. 3.

¹⁵¹ GIOSTRA G., *Sub art. 35 ter*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 423.

¹⁵² GIOSTRA G., *Un pregiudizio 'grave e attuale'?*, cit., p. 5.

pregiudizio pregresso, ma non vi era alcuna precisazione circa la mancanza di necessità, in questo caso, del requisito di attualità¹⁵³.

Così, dopo un periodo di totale disorientamento, con una giurisprudenza di merito spaccata a metà, una dottrina in profondo conflitto, e vari appelli al legislatore affinché intervenisse con una norma di interpretazione autentica¹⁵⁴, l'appello di intervento, non colto dall'organo legislativo, è stato colto dalla Cassazione, che, nella sua funzione nomofilattica, ha finalmente indicato la via preferibile, accogliendo la tesi cd. non attualista.

A partire dalla sentenza Koleci del 16 luglio 2015¹⁵⁵, nonché con una serie di sentenze successive¹⁵⁶, la Cassazione ha infatti sottolineato, aderendo a quanto osservato in dottrina e da taluni giudici di merito, l'esigenza di valorizzare la competenza riconosciuta al Magistrato di Sorveglianza nonché la necessità di ricorrere in via prioritaria al rimedio della riduzione della pena residua, e ciò anche al fine garantire le esigenze di effettività e di speditezza del rimedio in questione, come richiesto in sede di Consiglio d'Europa¹⁵⁷.

¹⁵³ GIOSTRA G., *Sub art. 35 ter*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 424 che sottolinea come queste tre ragioni facessero propendere per una volontà legislativa mal espressa, portando alla conclusione che il rinvio all'art. 69 co. 6 lett b) intendesse significare semplicemente che la fattispecie di cui al 35 *ter* fosse da considerarsi come *species* del *genus* "pregiudizio all'esercizio di diritti" prevista dall'art. 69 co.6 lett. b).

¹⁵⁴ Appello peraltro proveniente non solo dalla dottrina bensì anche dal CONAMS (Coordinamento nazionale Magistrati di Sorveglianza) che, in una lettera indirizzata al Ministro della Giustizia datata 13 novembre 2014, ha chiesto, tra l'altro, un intervento volto a stabilire "*l'interpretazione autentica del dettato normativo o una sua modifica, con particolare riguardo al rinvio dell'art. 35 ter all'art.69 dell'Ordinamento Penitenziario in ordine al requisito del pregiudizio attuale e grave[...]*" notando altresì che "*a causa delle incertezze e lacune del testo normativo, dei gravi contrasti giurisprudenziali, della complessità delle istruttorie e della assoluta inadeguatezza delle risorse e dei mezzi di cui dispongono gli Uffici di sorveglianza, è facile prevedere che sarà molto esiguo il numero dei casi decisi e risolti secondo gli standard prescritti dalla Giustizia europea in termini di effettività, rapidità ed efficacia dei rimedi accordati*", in www.conams.it. A ciò è seguito l'invito del Ministro, che nell'intervento alla Camera del 19 gennaio 2015 ha affermato che "*competere alla responsabilità della magistratura di sorveglianza assicurare l'effettività dei rimedi, orientando l'interpretazione della nuova disciplina in conformità ai principi costituzionali e sovranazionali*" riportato in FIORENTIN F., *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 CEDU, cit.*, p. 7.

¹⁵⁵ Cfr. Cass. pen., 16 luglio 2015, n. 46966, Koleci.

¹⁵⁶ *Inter multis*; Cass. pen., 16 luglio 2015, n. 876; Ruffolo; Cass. pen., 21 giugno 2016, n. 40229, Russo; Cass. Pen., 21 giugno 2016, n. 40228, Desi; Cass. Pen., 8 settembre 2016, n. 40898, Bruzzise; Cass. Pen., Sez. I, 8 settembre 2016, n. 40901, Mema; Cass. Pen., Sez. I, 8 settembre 2016, n. 40900, Hassani.

¹⁵⁷ Peraltro una lettura del rimedio compensativo quale operante nella forma della riduzione della pena ove il soggetto fosse in *status detentionis* e in forma di ristoro economico a seguito della scarcerazione era stata data dalla Corte EDU nella sentenza Stella sopracitata (Corte EDU, Stella and others v. Italy, 25 settembre 2014, *cit.*) in cui la Corte afferma "*il ricorso in questione prevede due tipi di risarcimento per le persone che sono state detenute in condizioni contrarie all'articolo 3 della Convenzione. Alle persone detenute che devono ancora finire di scontare la pena può essere riconosciuta una riduzione di pena pari a un giorno per ciascun periodo di dieci giorni di detenzione incompatibile con la Convenzione. Peraltro,*

Nonostante la questione possa quindi dirsi risolta, essendosi i giudici di merito adeguati all'interpretazione data dalla Suprema, è però da sottolineare che quella che qualcuno ha definito “*faglia giurisprudenziale*” derivante da un disattento “*drafting legislativo*”¹⁵⁸ non sia però rimasta, nei fatti, priva di conseguenze, avendo determinato un grandissimo numero di declaratorie di inammissibilità ed in un'ultima istanza delle gravi ed inaccettabili ingiustizie comparative¹⁵⁹.

3.6.2 Il rinvio mobile ad una giurisprudenza ondivaga

Un secondo non trascurabile problema deriva dal rinvio “*mobile e mutevole*”¹⁶⁰ alla giurisprudenza della Corte EDU, non solo e non tanto in quanto, come già detto, ciò implica la necessità di un costante monitoraggio e studio del *case-law* della Corte, quanto piuttosto in quanto la Corte, oltre ad essere giudice del caso concreto, pare aver assunto soprattutto negli ultimi tempi, un approccio particolarmente ondivago nell'interpretazione dell'art. 3 CEDU¹⁶¹.

Emblematica a questo proposito è la posizione dei giudici sulla questione dello spazio minimo e del connesso profilo dei criteri di computo della superficie a disposizione del detenuto¹⁶².

le persone che hanno terminato di scontare la pena o la cui pena residua non permette l'applicazione completa della riduzione hanno il diritto di ottenere una indennità di 8 euro per ciascun giorno passato in condizioni dichiarate contrarie alla Convenzione [...] La competenza decisionale appartiene ai magistrati di sorveglianza per quanto riguarda i reclami delle persone detenute, e ai giudici ordinari per quanto riguarda le persone già liberate”. Detto rilievo è sottolineato, tra l'altro, in SANTORO E., *Contra CSM: parlare a nuora perché suocera intenda*, cit., p.21 e in GIOSTRA G., *Sub art. 35 ter*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 424.

¹⁵⁸ Entrambi i virgolettati sono di GIOSTRA G., *Un pregiudizio 'grave e attuale'?*, cit., p.1.

¹⁵⁹ GIOSTRA G., *Sub art. 35 ter*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 422, che definisce la situazione come “*Ennesima dimostrazione di come una tecnica legislativa poco vigilata è spesso foriera, oltre che di affanni e di sbandamenti giurisprudenziali, di “ingiustizie comparative, tanto più gravi in un settore come quello dell'esecuzione penale che la Costituzione vuole attraversato da una tensione rieducativa: non c'è niente di più diseducativo, infatti, della percezione di un'ingiustizia dello Stato, mentre si sta espiando una pena per fini di giustizia”.* Nello stesso senso anche MENGHINI A., *Quale rimedio compensativo per gli ergastolani?*, cit., p. 1437 che parla, a tal proposito, di una delle ipotesi più chiare di “*giustizia negata*” degli ultimi tempi.

¹⁶⁰ GIOSTRA G., *Sub art. 35 ter*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 418.

¹⁶¹ Per una critica al rinvio mobile si veda FIORENTIN F., *Rimedi risarcitori per l'inumana detenzione: il giudice ordinario come l'asino di Buridano*, in *Cass. pen.*, 2017, 3, p.1185.

¹⁶² Ma il medesimo discorso sembra valere per quanto concerne ad esempio la questione della compatibilità dello stato di salute con la detenzione o, ancora, la questione degli standard di assistenza sanitaria richiesti al fine di evitare la violazione dell'art. 3. A maggior ragione in contesti in cui non è nemmeno astrattamente possibile ancorare la valutazione a dei parametri numerici, infatti, il rischio di incertezze applicative derivanti dalla giurisprudenza della Corte è evidente. Nonostante sia possibile

La questione, che può forse sembrare a primo acchito di secondaria importanza, traducendosi nei fatti nel dibattito sul computo o sullo scomputo ad esempio del letto o dell'armadio presente nella cella, è invece di importanza centrale, in quanto, in assenza di disposizioni normative nazionali volte a fissare uno standard spaziale minimo o dei criteri univoci di computo della superficie¹⁶³, è proprio dallo standard prescelto e dal criterio di misurazione adottato che dipende l'esito, in concreto, non solo del rimedio ex art. 35 *ter* ma anche del rimedio ex 35 *bis*, qualora detti rimedi siano esperiti con riguardo ad una situazione di sovraffollamento¹⁶⁴. Dunque, tanto il funzionamento del rimedio inibitorio, volto ad ottenere la cessazione della violazione della lesione del diritto del detenuto, quanto il funzionamento del rimedio compensativo, risultano essere nei fatti fortemente condizionati dalla capacità di individuare criteri univoci su questi due profili. Queste le ragioni per cui la questione dello spazio minimo e dei criteri di computo è stata (ed è) un ulteriore e centrale terreno di scontro tra teorie contrapposte e applicazioni contrastanti.

Sul punto, come si diceva, la Corte EDU ha assunto posizioni, talvolta incerte, talaltra più sicure poi però revocate in dubbio in sentenze successive.

Un primo profilo è connesso al noto parametro dei 3 mq *pro capite*, che in talune sentenze, come ad esempio nel caso Sulejmanovic¹⁶⁵ e successivamente nell'arresto Torreggiani¹⁶⁶, è stato considerato quale soglia minima al di sotto della quale si sosteneva esservi una presunzione assoluta di violazione dell'art. 3 CEDU. Il criterio spaziale certo è poi stato messo in discussione con le sentenze rese nel recente caso Muršić¹⁶⁷, in cui si è invece sottolineato come la presunzione di violazione dell'art. 3 CEDU nascente dal mancato rispetto del criterio dei 3 mq sia da considerarsi alla stregua di una *strong presumption*, come tale non assoluta e dunque suscettibile di

enucleare alcuni principi sviluppati dai giudici europei in queste materie, infatti, qualsiasi tentativo di previsione della possibilità che una determinata situazione ove portata innanzi alla Corte sarebbe da questa sanzionata appare fortemente ipotetico.

¹⁶³ Come già si diceva, non sono infatti presenti nel nostro ordinamento norme che fissino la metratura minima richiesta per le celle di detenzione. L'unico cenno alla superficie della cella è contenuto nell'art. 6 ord. penit., che però fa genericamente riferimento all'esigenza che le celle siano di "ampiezza sufficiente". Per *amplius* § 2.5.1

¹⁶⁴ MENGHINI A., *Spazio detentivo minimo e violazione dell'art. 3 Cedu: per una lettura conforme ai canoni di dignità e umanità della pena, cit.*, p. 126-128.

¹⁶⁵ Corte EDU, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic v. Italy, cit.*, su cui anche § 1.6.3.

¹⁶⁶ Corte EDU, 09 gennaio 2013, *Torreggiani and Others v. Italy, cit.*

¹⁶⁷ Corte EDU, 12 marzo 2015, *Muršić c. Croazia, cit.*, e Corte EDU (Grande Camera), *Muršić c. Croazia*, 20 ottobre 2016, *cit.*, per entrambe si veda § 1.6.3.

prova contraria. L'adesione della Corte, peraltro anche in *Grande Chambre*, al criterio multifattoriale¹⁶⁸ che permette in sostanza di considerare la detenzione non disumana o degradante qualora lo spazio inferiore ai 3 mq sia però compensato da ulteriori elementi, non è priva di conseguenze sul piano nazionale.

Infatti, a seguito di un consolidamento del criterio dei 3 mq, che dopo la sentenza Torreggiani sembrava far da padrone nella giurisprudenza di merito, dopo le ultime decisioni della Corte sul punto, sono divenute assai più frequenti quelle decisioni - per vero già presenti, ma in minoranza - che facendo leva sulla possibilità di trascorrere fuori dalla cella di detenzione un numero rilevante di ore, non ravvisano la violazione dell'art. 3 CEDU per la sola esiguità dello spazio detentivo individuale¹⁶⁹.

Impossibile quindi non rilevare che le incertezze interpretative derivanti dall'ondivaga giurisprudenza della Corte EDU si riflettono a cascata sull'ordinamento nazionale ed in ultima istanza sulla capacità dello Stato di garantire il corretto funzionamento dei rimedi preventivi e compensativi. E ciò soprattutto se si considera che l'adesione della Corte EDU al criterio multifattoriale implica, nei fatti, che la valutazione rimessa al singolo Magistrato di Sorveglianza sia assolutamente discrezionale, basandosi genericamente sulle complessive condizioni di detenzione¹⁷⁰.

Un secondo profilo attiene alle modalità di computo dello spazio a disposizione del detenuto, ulteriore punto sul quale non può certo dirsi che la giurisprudenza della Corte EDU brilli di cristallina chiarezza.

In alcune pronunce è stata indicata la necessità di computare nello spazio disponibile quello occupato dai servizi igienici, in altre invece se n'è indicata la necessità di scomputo¹⁷¹. Ancora, talvolta la Corte ha sottolineato la necessità di misurazione al lordo degli arredi fissi, come nella sentenza Sulejmanovic, talaltra invece ha assunto una posizione opposta, considerando l'esigenza di computare lo spazio al netto degli arredi, come nella sentenza Torreggiani. Infine la Corte, da ultimo nelle sentenze Muršić, è ritornata sulla sua posizione, evidenziando che non debba essere

¹⁶⁸ Per gli ulteriori fattori generalmente valutati dalla Corte si veda §1.6.3.

¹⁶⁹ MENGHINI A., *Spazio detentivo minimo e violazione dell'art. 3 Cedu, cit.*, p. 129.

¹⁷⁰ MENGHINI A., *Spazio detentivo minimo e violazione dell'art. 3 Cedu, cit.*, p. 129.

¹⁷¹ Per la prima Corte EDU, 5 marzo 2013, *Tellissi v. Italy*, ric. n. 15434/11; per la seconda ancora Corte EDU, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic v. Italy, cit.* Per ulteriori rilievi circa le varie posizioni assunte dalla Corte anche con riferimento a casi non riguardanti l'Italia: MARIOTTI M., *Ancora sul sovraffollamento carcerario: nel calcolo della superficie della cella è compreso lo spazio del letto?, cit.*, § 4 che analizza altresì l'ondivaga giurisprudenza nazionale di merito e di legittimità (§ 5).

calcolato lo spazio occupato dai servizi igienici, ma al contempo che “*calculation of the available surface area in the cell should include space occupied by furniture. What is important in this assessment is whether detainees had a possibility to move around within the cell normally*”¹⁷²”.

Anche sotto questo profilo, sembra dunque che l’ultimo approdo dei giudici europei si muova nel senso di aprire alla discrezionalità del giudice, al quale è di volta in volta richiesto l’accertamento dell’effettiva possibilità di movimento del detenuto nella cella.

Ad una giurisprudenza non univoca in sede internazionale, si è accompagnata, anche in questo caso, una altrettanto oscillante giurisprudenza di merito e di legittimità. A seguito della sentenza Sulejmanovic, la misurazione al lordo dei mobili sembrava prevalere, mentre successivamente alla sentenza Torreggiani il criterio dello scomputo del mobilio si è affermato in maniera significativa¹⁷³. Aldilà dell’accordo sulla scomputabilità dello spazio destinato ai servizi igienici¹⁷⁴, e delle divergenze sulla computabilità del mobilio - distinto tra fisso, mobile, pensile (valutato a seconda dell’altezza da terra) - si è poi sviluppato un dibattito sulla computabilità del letto, che ha visto contrapporsi pronunce in cui si affermava la scomputabilità del letto dei compagni di cella ma la computabilità di quello del detenuto in questione (essendo in questo caso il letto utilizzato dallo stesso detenuto “per le attività quotidiane”) ad altre che affermavano la computabilità o all’opposto la scomputabilità di tutti i letti presenti nella cella *de qua*.

A questo proposito, un ruolo fondamentale sembra essere svolto dalla Cassazione che, a seguito di alcune pronunce non sempre coerenti¹⁷⁵, ha finito per dettare alcune regole di base, che ove accolte dalla Magistratura di Sorveglianza,

¹⁷² Cfr. Corte EDU (Grande Camera), *Muršić c. Croazia*, § 114, ove la Corte richiama, a tal proposito, il precedente *Ananyev* (Corte EDU, 10 Gennaio 2012, *Ananyev and Others v. Russia*, *cit.*, su cui § 1.6.3). Rileva la contraddittorietà delle due affermazioni consecutive della Corte MARIOTTI M., *Ancora sul sovraffollamento carcerario: nel calcolo della superficie della cella è compreso lo spazio del letto?* *cit.*, § 4.

¹⁷³ MENGHINI A., *Spazio detentivo minimo e violazione dell’art. 3 Cedu*, *cit.*, p. 129.

¹⁷⁴ Ciò principalmente per la constatazione che la previsione di cui all’art. 7 co.1 reg. esec. (“*I servizi igienici sono collocati in un vano annesso alla camera*”) implica la necessità di considerare i servizi igienici come locale differente rispetto alla camera di pernottamento.

¹⁷⁵ Per la misurazione al lordo degli arredi si veda per esempio Cass. pen., sez. I, 18 ottobre 2013, n. 42901; per un caso invece in cui la Suprema Corte rileva la necessaria scomputabilità del mobilio: Cass. pen., sez. I, n. 5728 del 5 febbraio 2014, Berni, in *www.italgiure.it*.

sembrerebbero poter realizzare un ritorno all'ordine nella complessa materia di cui si sta trattando.

In particolare, sembra anzitutto potersi sottolineare che il giudice della nomofiliachia abbia, nelle recenti pronunce, definitivamente abbandonato la tesi circa la possibilità di computo al lordo degli arredi, sottolineando al contempo la necessità di scomputo di tutti i letti¹⁷⁶. Ciò partendo da un'interpretazione della stessa sentenza Muršić, ed in particolare della parte in cui viene fatto riferimento alla necessità di valutazione dello spazio destinato al movimento all'interno della cella.

Questa posizione emerge bene dalle parole della Suprema Corte che nella sentenza che ha inaugurato questo filone esegetico, la pronuncia *Sciuto* del 9 settembre 2016¹⁷⁷, ha chiarito che “*Per spazio minimo individuale in cella collettiva va intesa la superficie della camera detentiva fruibile dal singolo detenuto ed idonea al movimento, il che comporta la necessità di detrarre dalla complessiva superficie non solo lo spazio destinato ai servizi igienici e quello occupato dagli arredi fissi, ma anche quello occupato dal letto*”¹⁷⁸. Prendendo poi espressa posizione sulla sentenza della *Grande Chambre*, che aveva ingenerato la più totale confusione nella giurisprudenza di merito, ha poi precisato che “*In effetti, quanto alle modalità di computo dello spazio minimo in cella collettiva, la decisione emessa dalla Grande Camera non esprime una posizione specifica sul tema del letto, ma al contempo afferma con chiarezza che per tale va inteso lo spazio in cui soggetto detenuto abbia la possibilità di muoversi all'interno della cella*”, di conseguenza “*la indicazione funzionale dello spazio minimo individuale come spazio destinato al movimento è tale da comportare, ad avviso del Collegio, la necessità di escludere dal computo quelle superfici occupate da strutture tendenzialmente fisse - tra cui il letto - mentre non rilevano gli altri arredi facilmente amovibili*”¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Da rilevare che mentre la redazione di questo elaborato volgeva al termine è però stata depositata una sentenza (Cass., sez. I, 6 settembre 2017, n. 40519 in www.italgiure.it) in cui la Corte di Cassazione torna invece sui suoi passi, sostenendo nuovamente l'esigenza di computo dei letti, tranne nelle ipotesi di letto a castello.

¹⁷⁷ Cass. pen. 9 settembre 2016, n. 52819, *Sciuto* in *Cass. pen.* 2017, 3, p. 1180 con nota di FIORENTIN F., *Rimedi risarcitori per l'inumana detenzione: il giudice ordinario come l'asino di Buridano*, e in www.penale contemporaneo.it con nota di MARIOTTI M., *Ancora sul sovraffollamento carcerario: nel calcolo della superficie della cella è compreso lo spazio del letto? La Cassazione interpreta la giurisprudenza di Strasburgo in modo particolarmente favorevole ai detenuti*, 29 marzo 2017.

¹⁷⁸ Cass. pen. 9 settembre 2016, n. 52819, *Sciuto*, *cit.*, punto 3.8.

¹⁷⁹ Cass. pen. 9 settembre 2016, n. 52819, *Sciuto*, *cit.*, punto 4.4.

Detta posizione è stata poi ribadita in varie sentenze successive¹⁸⁰, che non solo hanno rafforzato l'interpretazione precedentemente data, ma hanno altresì nuovamente esplicito in maniera chiara come non si possa considerare la superficie del letto (e dunque a maggior ragione quella degli altri arredi fissi) quale spazio destinato al libero movimento e ciò proprio perché il riposo e l'attività sedentaria sono da considerarsi funzioni differenti ed opposte rispetto al movimento.

La Suprema Corte, sempre affermando la propria linea, ha inoltre rifiutato la richiesta del Procuratore Generale di remissione della questione circa i criteri di calcolo alle Sezioni Unite, sostenendo non vi fossero profili di contrasto con altre pronunce nonché sottolineando la mancanza di particolari “*scogli interpretativi di particolare impegno*”¹⁸¹. Infine, la Cassazione ha sottolineato la necessità di diversificare la questione dello spazio minimo (che deve riguardare unicamente la dimensione della cella e la possibilità di movimento all'interno di questa) da quella riguardante la possibilità di usufruire del cd. regime delle aperte (che implica invece il movimento fuori dalla cella e dunque interviene, come potenziale elemento di equilibrio dello spazio inferiore ai 3mq, in un momento successivo e diverso rispetto a quello preliminare concernente invece le modalità di calcolo della superficie della cella), così completando il quadro di un'interpretazione particolarmente favorevole al detenuto della giurisprudenza europea.

L'interpretazione data da ultimo dalla Cassazione, nonostante sia una delle possibili interpretazioni della giurisprudenza della Corte EDU e non la sola, sembra comunque essere la preferibile, anzitutto in quanto pone dei criteri univoci, a differenza invece dei criteri tra loro contrastanti espressi a varie riprese dai giudici europei. Inoltre, e ciò pare assumere un valore preponderante, sembra più adeguata in quanto si presenta come maggiormente garantista e dunque più in linea con la posizione espressa dalla Corte costituzionale in merito alla necessità di riconoscimento dei diritti dei detenuti,

¹⁸⁰ Cass. pen., sez. I, 16 maggio 2017, n. 39245, in www.italgiure.it (riferita però all'ipotesi del letto a castello); Cass. pen., sez. I, 9 settembre 2016, n. 2690 (dep. 21 aprile 2017); Cass. pen., sez. I, 19 gennaio 2017, n. 175 (dep. il 12 maggio 2017); Cass. pen., sez. I, 21 aprile 2017, n. 1476 (dep. 10 maggio 2017). Le tre sentenze da ultimo citate sono citate (anche per stralci) in Trib. Sorv. Venezia, 27 giugno 2017, in www.conams.it.

¹⁸¹ Cass. pen., sez. I, 17 novembre 2016, n. 13124, Morello, in www.italgiure.it (anche in questo caso riferita al letto a castello).

risultando dunque in un'ultima istanza come maggiormente rispettosa della Costituzione ed in particolare degli artt. 27 co. 3 e 32¹⁸².

3.6.3 Il dibattito sull'entità del ristoro garantito a titolo di riparazione e la controversa natura del rimedio

Tornando all'analisi generale del rimedio ex 35 ter, è da notare un ultimo profilo di criticità. Ci si riferisce in particolare all'entità del ristoro previsto dal legislatore, tanto con riferimento alla riparazione "in forma specifica" e quindi alla riduzione di pena, quanto con riguardo alla riparazione "per equivalente" e quindi al ristoro in forma monetaria¹⁸³.

Come è stato notato in dottrina, infatti, i criteri di misurazione del rimedio - che come detto prevedono la riduzione della pena nella misura di un giorno per ogni dieci giorni di pregiudizio sofferto, e la somma di denaro pari a 8 euro per giorno di pregiudizio - sembrano ragguagli particolarmente insoddisfacenti¹⁸⁴.

Quanto al primo profilo e dunque alla riduzione di pena, questa appare quantomai sproporzionata se comparata ad esempio allo "sconto di pena" derivante dalla liberazione anticipata speciale (introdotta con il già citato e quasi contestuale D.L. 146/2013, conv. L.10/2014) che prevedendo una detrazione di 75 giorni per ogni semestre in cui il condannato a dato prova di meritevole partecipazione all'opera rieducativa, implica un criterio di commisurazione per i "meriti" del detenuto che è quasi nel rapporto di 1 (riduzione) a 2 (pena) mentre quello dei "demeriti" dello Stato secondo i criteri imposti dal 35 ter è in misura di 1 a 10¹⁸⁵. Come peraltro suggerito dalla Commissione Giostra, sarebbe stato forse più opportuno parametrare la riduzione sui coefficienti previsti per la liberazione anticipata ordinaria (art. 54 ord. penit., che

¹⁸² In questo senso anche MARIOTTI M., *Ancora sul sovraffollamento carcerario*, cit. § 6. Per una posizione critica circa la posizione assunta dalla Corte e l'auspicio che i giudici nazionali si adeguino piuttosto al dettato della Corte di Strasburgo FIORENTIN F., *Rimedi risarcitori per l'inumana detenzione*, cit.

¹⁸³ Così anche in DELLA BELLA A., *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento*, cit. § 21. A scanso di equivoci si precisa che la terminologia utilizzata non è da essere intesa facendo riferimento alle corrispondenti categorie civilistiche strettamente intese ma semplicemente quale equiparazione atecnica.

¹⁸⁴ GIOSTRA G., *Sub art. 35 ter*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 416. Nello stesso senso *inter multis* DELLA BELLA A., *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento*, cit., § 21.

¹⁸⁵ GIOSTRA G., *Sub art. 35 ter*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 416.

prevede quattro giorni di “sconto” per giorno di partecipazione all’opera rieducativa)¹⁸⁶, così da garantire lo “*stesso rapporto per premiare il merito del detenuto e per riparare al demerito dello Stato*”¹⁸⁷.

Rilievi analoghi possono essere mossi con riguardo all’adeguatezza del ristoro economico, che risulta particolarmente esiguo soprattutto se messo a confronto con i coefficienti di equivalenza tra pena detentiva e pena pecuniaria previsti dall’art. 135 c.p. che prevede il criterio di ragguglio di “euro 250, o frazione di euro 250 di pena pecuniaria per ogni giorno di pena detentiva”. Infine, come è stato notato, le perplessità sul criterio di commisurazione aumentano ove si consideri che il procedimento ex 737 c.p.c. ha un costo di 98 euro e dunque potrebbe indurre il detenuto a desistere dall’azionare il proprio diritto per la modesta entità del ristoro che potrebbe ottenere¹⁸⁸.

L’inadeguatezza della commisurazione, oltre a porre problemi di compatibilità costituzionale¹⁸⁹, potrebbe poi sollevare dubbi in sede di Consiglio d’Europa, considerato che l’equa soddisfazione liquidata dalla Corte per casi analoghi è spesso molto più cospicua, come emerge ad esempio nel caso Torreggiani¹⁹⁰.

Sul punto è da notare che la Corte EDU, con le già citate sentenze Stella e Rexepi¹⁹¹, non ha evidenziato particolari problemi circa l’entità della riparazione, sottolineando la necessità di lasciare allo Stato un ampio margine di discrezionalità con riguardo al rimedio, di modo che questo possa “*predisporre tale ricorso interno in maniera coerente con il proprio sistema giuridico e le sue tradizioni, conformemente al livello di vita del paese*”¹⁹². Essa ha inoltre sottolineato, con riferimento specifico all’entità del ristoro, che questo ben può essere inferiore alle somme fissate dalla Corte, purché si tratti comunque di importi ragionevoli, concludendo che “*Nella fattispecie,*

¹⁸⁶ DELLA BELLA A., *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento*, cit., §21.

¹⁸⁷ GIOSTRA G., *Sub art. 35 ter*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 416.

¹⁸⁸ DELLA BELLA A., *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento*, cit., §21

¹⁸⁹ I problemi di compatibilità costituzionale sono stati rilevati, oltre che da molta parte della dottrina, altresì dal CSM, che nel sopracitato parere tecnico al d.d.l. di conversione del D.L. 92/2014 ha evidenziato che l’esiguità del ristoro potrebbe rilevare ai fini dell’effettività della tutela in relazione al combinato disposto dell’art. 117 co. 1 Cost. e dell’art. 3 CEDU.

¹⁹⁰ Nel quale sono stati garantiti ai ricorrenti importi giornalieri pari a circa il triplo. Così in GIOSTRA G., *Sub art. 35 ter*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 416.

¹⁹¹ Corte EDU, 25 settembre 2014, *Stella and Others v. Italy*, cit.; Corte EDU, 25 settembre 2014, *Rexhepi and Others v. Italy*, cit.

¹⁹² Corte EDU, 25 settembre 2014, *Stella and Others v. Italy*, cit., § 60.

*l'importo del risarcimento previsto dal diritto interno non può essere considerato irragionevole, anche se è inferiore a quello fissato dalla Corte*¹⁹³.

Nonostante questo parere positivo, che deve essere letto nel contesto del generale riconoscimento da parte della Corte degli sforzi posti in essere dal legislatore per affrontare il problema del sovraffollamento, è comunque da sottolineare, come si evidenziava sopra, che l'entità del ristoro sembra non essere particolarmente coerente con il sistema giuridico interno e nemmeno particolarmente ragionevole. Oltre a ciò, è da rilevare che i giudici europei hanno talvolta sottolineato come l'invariabilità del *quantum*, possa essere considerato un ostacolo al riconoscimento dell'adeguatezza dei rimedi previsti negli ordinamenti interni¹⁹⁴, con ciò ponendosi non perfettamente in linea con la valutazione effettuata con riguardo al rimedio *ex 35 ter*.

Ed infatti l'invariabilità dell'entità è stata ugualmente oggetto di forti critiche in dottrina, ove si è sottolineato l'impossibilità di non considerare la predeterminazione fissa del ristoro come un grave limite della disciplina, che impone di trattare in modo uniforme situazioni fortemente diverse sia sotto il profilo oggettivo, sia sotto il profilo soggettivo, impedendo la *cd.* personalizzazione del risarcimento, e dunque la parametrizzazione del ristoro all'effettivo pregiudizio soggettivamente sofferto dalla vittima¹⁹⁵.

Proprio il profilo della predeterminazione fissa ha portato gli interpreti ad evidenziare che, nonostante la nomenclatura utilizzata dal legislatore, che fa espressamente riferimento alla categoria civilistica del risarcimento, questo termine sia da considerare utilizzato in senso atecnico, configurandosi piuttosto come indennizzo forfettario derivante da una sorta di danno presunto quantificato *ope legis*¹⁹⁶.

A questa conclusione è giunta anche la Suprema Corte che ha di recente sottolineato la natura "*compensativa più che risarcitoria in senso stretto*" del rimedio in questione, invitando a superare il rigido schematismo delle categorie tradizionali per

¹⁹³ Corte EDU, 25 settembre 2014, *Stella and Others v. Italy*, *cit.*, § 61.

¹⁹⁴ A tal proposito si veda ad esempio la sentenza *Ananyev* (Corte EDU, 10 gennaio 2012, *Ananyev and Others v. Russia*, *cit.*) §§. 225, 226, 230 ove si sottolinea l'esigenza che il rimedio compensativo sia flessibile, in modo da permettere l'individualizzazione del ristoro.

¹⁹⁵ GIOSTRA G., *Sub art. 35 ter*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, pp.416-417.

¹⁹⁶ GIOSTRA G., *Sub art. 35 ter*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 417.

considerarlo piuttosto un rimedio *sui generis*, atipico “*con carattere prevalentemente indennitario e di matrice solidaristica*”¹⁹⁷.

Il profilo attinente la natura del rimedio previsto, oltre ad essere fondamentale per le conseguenze di carattere processualistico, ed in particolare per i profili attinenti alla disciplina dell'*onus probandi* e della prescrizione, pare, per quanto qui maggiormente interessa, di rilievo pregnante, per via della sua incidenza sulla possibilità di esercizio di una azione risarcitoria ordinaria *ex art. 2043 c.c.* per ottenere l'integrale risarcimento dei danni derivati dalle medesime condizioni detentive.

L'esclusione della possibilità di ricorrere *ex art. 2043 c.c.*, affermata da coloro che riconoscono la natura risarcitoria negavano la possibilità di cumulo delle due azioni¹⁹⁸, si rivela essere particolarmente problematica proprio ove si consideri l'irrisorietà del ristoro garantito *ex art. 35 ter ord. penit.*, con la conseguenza che pare, come affermato da autorevole dottrina, che i rilievi circa l'incompatibilità costituzionale possano essere superati solo riconoscendo all'azione *ex art. 35 ter* una natura “addittiva” rispetto ai rimedi tradizionali¹⁹⁹. E ciò parrebbe peraltro riconfermato proprio dalla stessa fissità del ristoro, che non prevedendo la possibilità di individualizzazione, sembra deporre a favore della configurazione dello strumento in esame quale rimedio indennitario *sui generis*.

Ciò assume un'importanza fondamentale con riguardo al diritto alla salute del detenuto, la cui tutela *strictu sensu* risarcitoria non pare poter essere esclusa dallo strumento in esame, così che, in presenza di danni ulteriori derivanti dalle condizioni ambientali della detenzione o dalla mancanza di cure e assistenza sanitaria (chiaramente

¹⁹⁷ Cass. pen., sez. I, 12 gennaio 2016, n. 873, Alvaro, in *www.italgiure.it*, in cui la Corte, richiamando l'istituto della riparazione per ingiusta detenzione, sottolinea l'analogia tra i due istituti e riprende una sentenza delle Sezioni Unite (la n. 34535 del 27 giugno 2001 resa nel caso Petrantoni) per evidenziare l'inapplicabilità anche al procedimento *ex art. 35 ter* delle ordinarie regole processualciviltistiche. In particolare, per quanto qui rileva è da evidenziare che la Corte afferma che anche nel caso in questione ci si trovi dinanzi ad un istituto caratterizzato dalla “*ispirazione solidaristica e nella indubbia connotazione pubblicistica dell'istituto, per la prima volta introdotto nell'ordinamento statale con finalità non risarcitorie, sebbene riparatorie e di riequilibrio, ed in parte compensatrici, della lesione della libertà, rivelatasi ingiusta anche a prescindere da un fatto illecito ascrivibile ad alcuno a titolo di dolo o colpa*”. Tale tesi è ripetuta anche nelle sentenze 874,875,876 dello stesso giorno e nelle sentt. 3807, 38801, 38599 del 16 settembre 2016 (tutte in *www.italgiure.it*). Sempre in questo senso Cass. pen., sez. I, 16 gennaio 2017, n. 3117, in *www.filodiritto.it*.

¹⁹⁸ MASIERI C., *La natura dei rimedi di cui all'art. 35-ter ord. pen. Possibili interpretazioni nel dialogo con alcune recenti decisioni di merito*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 luglio 2015, p. 14.

¹⁹⁹ GIOSTRA G., *Sub art. 35 ter*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 417.

da provare in questo caso secondo gli standard civilistici), sarà esperibile l'ordinaria azione risarcitoria ex 2043 c.c.²⁰⁰.

²⁰⁰ In questo senso anche GIOSTRA G., *Sub art. 35 ter*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 426.

CAPITOLO IV

L'INCOMPATIBILITÀ DELLE CONDIZIONI DI SALUTE CON LO STATUS DETENTIONIS

SOMMARIO: 4.1 Considerazioni introduttive. – 4.2 Il rinvio obbligatorio. – 4.3 Il rinvio facoltativo e la grave infermità fisica. – 4.4 Detenzione domiciliare e tutela della salute. – 4.5 Il rinvio facoltativo tra discrezionalità e onere motivazionale: la recente sentenza della Cassazione sul caso Riina.

4.1. Considerazioni introduttive

Come abbiamo ampiamente visto finora, la salute come fondamentale diritto dell'uomo richiede una tutela che prescinde dallo stato personale del soggetto, imponendosi come valore fondamentale che deve essere garantito anche a coloro i quali si trovino in *status detentionis*. L'esigenza di salvaguardare i valori inviolabili della salute e della dignità umana, derivanti da una tradizione giuridica radicata, da obblighi di natura costituzionale e da direttive di rango internazionale dettano la priorità della tutela dell'integrità psico-fisica anche nei confronti dell'individuo destinatario del provvedimento di condanna a pena detentiva che riveste, sempre e comunque, la qualità di "persona" cui dette fonti fanno riferimento¹.

Da ciò deriva che in talune situazioni, tassativamente predeterminate, l'esecutività della sentenza incontra un limite, dovendo retrocedere nel bilanciamento tra il principio dell'obbligatorietà dell'esecuzione penale ed il principio di umanità della pena (art. 27 co.3 Cost.) e di tutela della salute (32 Cost.).

Il rispetto della dignità umana e della salute di ciascun individuo si pone, prima ancora che nella fase esecutiva della sanzione penale, anche con riguardo alla fase inerente il processo di cognizione, fungendo da limite anche per l'applicazione della

¹ FIORIO C., *Libertà personale e diritto alla salute, cit.*, p. 134-135.

custodia cautelare in carcere, nelle ipotesi di esigenze cautelari di estrema rilevanza che richiedono l'uso di questa misura di *extrema ratio*.

Proprio al fine di vincolare il bilanciamento tra insusfragabilità della pena e esigenze cautelari da un lato e tutela del diritto alla salute dall'altro in situazioni considerate meritevoli di tutela, il legislatore ha dettato delle norme in materia di incompatibilità del regime detentivo con le condizioni di salute, espressione con la quale si fa solitamente riferimento alle situazioni previste per il rinvio della pena (146 c.p. e 147 c.p.) ed agli articoli del codice di procedura penale relativi al divieto di custodia cautelare².

Oltre agli strumenti del rinvio-differimento e di sospensione della pena, per ciò concerne la fase esecutiva, vi è poi un articolato sistema di misure alternative alla detenzione le quali consentono, tra l'altro, l'espiazione della pena in forma non detentiva nelle ipotesi in cui la situazione soggettiva richieda particolare tutela proprio per via delle condizioni di salute. In questo ambito, per vero molto esteso e complesso, assume rilevanza, per quanto qui più interessa, la detenzione domiciliare (art.47 ter ord. penit.), il cui ambito applicativo, come si vedrà, va talvolta a sovrapporsi a quello previsto per le ipotesi di rinvio obbligatorio e facoltativo della pena.

Vista l'importanza di questi istituti con riferimento alla tutela della salute, si procederà ad un'analisi separata delle ipotesi di rinvio, per comprendere poi il rapporto tra queste e la detenzione domiciliare, ed infine si analizzerà la recente sentenza della S.C. sul caso Riina, al fine di comprendere il delicato bilanciamento sotteso alle ipotesi in questione.

4.2 Il rinvio obbligatorio

Prima di addentrarsi nell'analisi dell'istituto del rinvio obbligatorio, paiono opportune alcune considerazioni di carattere generale sull'istituto del rinvio, riferibili tanto al rinvio obbligatorio quanto a quello facoltativo.

² CARNEVALE A., DI TILLIO A., *Medicina e carcere. Gli aspetti giuridici, criminologici, sanitari e medico-legali della pena*, Milano, 2006, p. 328.

Aldilà del rilievo circa l'inadeguatezza della previsione di detto istituto all'interno del codice penale³, è infatti da precisare che solitamente si fa riferimento all'istituto del rinvio dell'esecuzione della pena, con riferimento a due ipotesi diversificate, a seconda che l'incompatibilità venga accertata nel momento anteriore alla carcerazione ovvero nel corso di questa. Nella prima ipotesi si ha una vera e propria traslazione nel tempo del momento iniziale del rapporto sanzionatorio, nella seconda, invece, il differimento della pena crea una vera e propria parentesi nel corso cronologico della sanzione, con la conseguenza che in quest'ultima eventualità la dottrina parla più propriamente di sospensione della pena⁴.

Le disposizioni in materia di rinvio, come si è detto artt. 146 e 147 c.p., devono inoltre essere considerate in combinato disposto con l'art. 684 c.p.p che prevede la competenza del Tribunale di Sorveglianza a provvedere in ordine al differimento dell'esecuzione delle pene detentive nei casi previsti dagli articoli 146 e 147 del codice penale, e dispone altresì che il Tribunale possa ordinare, quando occorre, la liberazione del detenuto ed adottare gli altri provvedimenti conseguenti⁵.

Venendo ora alla disposizione codicistica è anzitutto da sottolineare che l'art. 146 prevede che il differimento obbligatorio della pena debba essere disposto in tre ipotesi tassative:

- 1) nel caso di donna incinta
- 2) nel caso di madre di infante di età inferiore ad anni uno⁶
- 3) nel caso di soggetto affetto da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria accertate ai sensi dell'articolo 286-bis, comma 2, del codice di procedura penale, ovvero da altra malattia particolarmente grave per effetto della quale le sue condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di

³ Rilevano la collocazione sistematica inappropriata dell'istituto con riferimento alla sua vera natura e sembianza: FIORENTIN F., SANDRELLI G.G., *L'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali. Disciplina dell'esecuzione penale e penitenziaria*, Padova, 2006, p.408. Per il dibattito in sede di redazione del codice Rocco si veda FIORIO C., *Libertà personale e diritto alla salute*, cit., p. 139, nota 16.

⁴ CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 214.

⁵ Ai sensi del co. 2 del medesimo articolo è poi prevista la competenza del Magistrato di Sorveglianza che, quando vi sia fondato motivo per ritenere che sussistano i presupposti perché il Tribunale disponga il rinvio, può ordinare il differimento dell'esecuzione o, se la protrazione della detenzione può cagionare grave pregiudizio al condannato, la liberazione del detenuto.

⁶ Per quanto concerne queste due ipotesi è inoltre previsto che il differimento non opera o, se concesso, è revocato se la gravidanza si interrompe, se la madre è dichiarata decaduta dalla potestà sul figlio ai sensi dell'articolo 330 del codice civile, il figlio muore, viene abbandonato ovvero affidato ad altri, sempreché l'interruzione di gravidanza o il parto siano avvenuti da oltre due mesi (co. 2 art. 146).

detenzione, quando la persona si trova in una fase della malattia così avanzata da non rispondere più, secondo le certificazioni del servizio sanitario penitenziario o esterno, ai trattamenti disponibili e alle terapie curative.

Mentre le ipotesi *sub 1)* e *sub 2)* sono volte primariamente alla tutela della maternità ed in generale della famiglia (art. 31 Cost.) e riguardano solo indirettamente il bene salute⁷ è necessario soffermarsi sulla disposizione *sub 3)*, che risulta essere l'approdo di una tormentata vicenda legislativa e giurisprudenziale.

L'ipotesi ora prevista è quella risultante dalla novella operata con L. 12 luglio 1999 n. 231 che è andata a modificare il testo originariamente introdotto dal D.L. 14 maggio 1993 n. 139 (conv. L. 14 luglio 1993n. 222) che aveva previsto il differimento obbligatorio della pena detentiva per i soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria. Contestualmente a detta ipotesi il legislatore aveva altresì introdotto l'art. 286 bis a cui il 146 co.1 n.3 faceva (e fa riferimento) che, oltre a prevedere il divieto di custodia cautelare per i medesimi soggetti, rinvia per la definizione dei casi di AIDS conclamata e di grave deficienza immunitaria nonché per le modalità di accertamento di dette patologie ai decreti emanati dal Ministero della Sanità⁸.

La novella del 1993, dettata dalla innegabile necessità di fronteggiare le situazioni di estrema drammaticità scaturenti dalla gravissima problematica dell'infezione da HIV all'interno degli istituti penitenziari, determinò però un ampio dibattito sull'opportunità e la legittimità della scelta legislativa operata in concreto, in particolare con riferimento al rigido automatismo⁹, che tanto in materia di pena quanto in materia custodia cautelare, precludeva qualsiasi bilanciamento della situazione tutelata dalla norma con le esigenze di tutela sia della salute che della sicurezza collettiva.

⁷ Come è stato notato il fondamento di dette previsioni è ravvisabile nell'assistenza dovuta dalla gestante o puerpera al nascituro o al neonato in considerazione del fatto che attraverso la tutela della salute di questa si tutela indirettamente la salute del concepito e dell'infante. La salvaguardia della condizione della donna e quella della prole nascita o neonata pare inoltre dettata da un lato da ragioni di ordine igienico dall'altro da motivi di carattere umanitario. Cfr. FIORIO C., *Libertà personale e diritto alla salute, cit.*, p. 141.

⁸ Il riferimento è oggi al d.m. Sanità 21 ottobre 1999, n. 299.

⁹ CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario, cit.*, p. 217.

Successivamente a varie declaratorie di inammissibilità della questione¹⁰ si era infine pronunciata la Corte costituzionale che, con due sentenze depositate lo stesso giorno, la n. 438 e la n. 439 del 1995¹¹, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale rispettivamente dell'art. 146 c.p. e dell' art. 286 bis c.p.p. nella parte in cui prevedevano come obbligatorio il differimento dell'esecuzione della pena e della misura cautelare anche quando tali misure potevano eseguirsi senza nessun pregiudizio per la salute del soggetto e degli altri detenuti¹².

Come si diceva, l'adesione ai *dicta* della Corte costituzionale è avvenuta mediante la L. 139/1999 che ha inserito un criterio soggettivo ed individualizzato di valutazione delle condizioni di salute del detenuto e della eventuale incompatibilità con lo stato di detenzione¹³, equiparando alle ipotesi di soggetti affetti di AIDS conclamata e grave deficienza immunitaria le ipotesi di altre gravi patologie¹⁴.

¹⁰ Su cui per *amplius* si veda FIORIO C., *Libertà personale e diritto alla salute*, cit., p. 141 e ss.

¹¹ Corte cost., sent. 438 del 1995 in *Dir. pen. e proc.*, 1996, 3, p. 315 con nota di VITELLO F.; Corte cost., 439 del 1995 in *Dir. pen. e proc.*, 1996, 3, p. 319 con nota di VITELLO F.

¹² In particolare la Corte, individuati nella salute collettiva carceraria e nella salute del singolo i beni che le norme miravano a tutelare, ha ritenuto non conforme al canone della ragionevolezza il rigoroso automatismo e che non consentiva al giudice di verificare, caso per caso ed a fronte della estrema variabilità della casistica dell'affezione da A.I.D.S., se, da un lato, le effettive condizioni di salute del soggetto fossero o meno compatibili con lo stato detentivo e se, dall'altro, l'esecuzione della misura cautelare o della pena, in relazione alle strutture sanitarie disponibili (appositi presidi di diagnosi e cura esistenti all'interno degli istituti penitenziari o utilizzo dei provvedimenti di ricovero in luoghi esterni a norma dell'art. 11 dell'ord. penit.), potesse avvenire senza pregiudizio per la salute della restante popolazione carceraria. Con specifico riguardo alla sentenza 438/1995 poi, è da notare che la Corte ha aderito alle censure mosse dal giudice *a quo* che aveva ravvisato il contrasto con gli artt. 2,3, 27 e 32 della Costituzione sottolineando come la libera circolazione del soggetto affetto da HIV in stato di incompatibilità ponesse a rischio i fondamentali valori della collettività e del singolo, quali la vita, la sicurezza, la salute e l'incolumità fisica, in quanto la sostanziale impunità così garantita a tale soggetto poteva di fatto spingerlo a delinquere. Inoltre, il giudice remittente aveva sottolineato che la norma si poneva in contrasto con la funzione "retributivo-afflittiva" della pena, con quella di general prevenzione e di rieducazione, in quanto così come formulata, la disposizione faceva perdere alla pena qualsiasi capacità dissuasiva ed intimidativa, lasciando come detto il reato impunito ed infine, scollegando la liberazione (mancata incarcerazione) dal comportamento del beneficiario, vanificava totalmente la possibilità di verifica dell'adesione del soggetto ai controvalori del delitto. Anche nella sentenza 439/95 il rilievo circa la necessità della tutela della salute e della sicurezza extra-carceraria è stata pregnante, d'altra parte la Corte ha sottolineato in particolar modo l'irragionevolezza del divieto assoluto di custodia cautelare in carcere stabilito per i soli ammalati di AIDS, evidenziando come dovesse operare anche nei confronti di questi soggetti, pur con i temperamenti resi necessari dalla peculiarità del morbo, la generale regola che consente, anche nel caso di malattie altrettanto gravi, l'adozione della misura carceraria, allorché esigenze cautelari di eccezionale rilevanza facessero ritenere inadeguata qualsiasi altra misura.

¹³ CALLAIOLI A., BRANCACCIO M., *Sub art. 146*, in (a cura di) PADOVANI T., *Codice penale*, Milano, 2011, p. 956.

¹⁴ In particolare, come è stato scritto da autorevole dottrina, rientrano in quest'ipotesi quelle forme di gravissime alterazioni degenerative – come ad esempio quelle rappresentate dalle patologie tumorali terminali o dalle alterazioni distrofiche irreversibili – in presenza delle quali non è più attivabile un percorso di recupero terapeutico del detenuto. CENTONZE A., *L'esecuzione della pena detentiva e la*

Attraverso la subordinazione del differimento al requisito che la patologia si trovi in una “*fase della malattia così avanzata da non rispondere più, secondo le certificazioni del servizio sanitario penitenziario o esterno, ai trattamenti disponibili e alle terapie curative*” il legislatore ha quindi limitato le ipotesi di differimento obbligatorio ai soli casi di malattia giunta in fase terminale, sia nei casi di AIDS conclamata o grave deficienza immunitaria sia nei casi di altra grave patologia. Nonostante la non cristallina chiarezza della norma, che potrebbe essere letta nel senso di richiedere la fase terminale solo con riguardo alle altri gravi patologie, la giurisprudenza di legittimità ha infatti sottolineato come l’ulteriore condizione che la malattia sia giunta ad una fase così avanzata è da riferirsi a tutte le ipotesi precedentemente indicate dalla norma¹⁵ ed ad alla medesima conclusione è giunta la Corte costituzionale¹⁶.

Così formulata la *ratio* della norma appare quindi quella di riservare una particolare attenzione a soggetti colpiti da una patologia di particolare gravità, per la quale lo stadio di degenerazione delle condizioni di salute ha raggiunto un livello tale da considerare il l’incarcerazione ovvero la prosecuzione dell’esecuzione come in contrasto con il valore costituzionale della salute e del principio di umanità del trattamento sanzionatorio, cristallizzato all’art. 27 co.3 Cost.

In questo contesto assume dunque importanza pregnante l’indagine circa lo stadio effettivo della patologia del soggetto che richiede il rinvio o la sospensione e dunque l’espletamento di perizia medico-legale per l’accertamento delle condizioni di salute dello stesso¹⁷. Accertata, sulla base delle certificazioni del servizio sanitario penitenziario o di quello esterno, l’incompatibilità della condizione del soggetto rispetto al regime penitenziario, il Tribunale di Sorveglianza dovrà senz’altro disporre il rinvio dell’esecuzione della pena detentiva¹⁸, senza che residui nessun margine di

ricostruzione sistematica della nozione di gravità delle condizione di salute del detenuto, in *Rass. pen. e crimin.* 2006, 3, p. 7.

¹⁵ Cass. pen., sez. I, 17 giugno 2004 in *Riv. pen.*, 2005, p. 620; Cass. pen., sez. I, 21 novembre 2007, n. 43001; Cass. pen., sez. I, 27 ottobre 2010, n. 42276, da ultimo Cass. pen., sez. I, 30 gennaio 2013, n.4752, in *www.italgiure.it*; Cass. pen., sez. I, 7 agosto 2014, n. 34742 in *www.italgiure.it*.

¹⁶ Corte cost., sent. 264/2009 in *www.federalismi.it*

¹⁷ CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 219.

¹⁸ Rileva il “*ruolo quasi notarile*” del giudice in questa ipotesi MARCHESELLI A., *Sub art. 146 c.p.*, in (a cura di) RONCO M., ARDIZZONE S., *Codice penale ipertestuale*, Torino, 2003, p. 671.

discrezionalità in merito all'effettiva incompatibilità ovvero alla pericolosità sociale del condannato¹⁹.

4.3 Il rinvio facoltativo e la grave infermità fisica

Molto più complesso, rispetto all'istituto del rinvio obbligatorio è il rinvio facoltativo, previsto all'art. 147 c.p., che si differenzia dall'istituto gemello del 146 c.p. anzitutto per la discrezionalità rimessa all'autorità giudiziaria, alla quale, ai fini della concessione del differimento ovvero della sospensione della pena, è richiesto un attento bilanciamento tra interessi pubblici e privati di centrale importanza²⁰.

In particolare, tralasciando l'ipotesi di differimento facoltativo in caso di domanda di grazia, l'art. 147 dispone che il rinvio possa essere concesso in due casi, da un lato nell'ipotesi della madre di prole di età inferiore a tre anni (art. 147 co. 1 n. 3)²¹, dall'altro nel caso di soggetto che si trova in condizioni di grave infermità fisica (art. 147, co 1 n.2)

Valendo per il primo caso citato le considerazioni sopra svolte con riguardo alla *ratio* di tutela della maternità e della famiglia, è necessario concentrare l'attenzione sull'ipotesi di differimento per grave infermità fisica, "*nozione di particolare indeterminatezza etimologica e clinica*"²², che ha provocato un annoso dibattito dottrinario e giurisprudenziale con riguardo alla definizione e all'accertamento dei casi riconducibili all'ipotesi in esame. Se infatti non sembrano esserci particolari difficoltà nell'affermare da un lato che al termine infermità possa essere attribuito il significato di qualsiasi stato patologico²³ e dall'altro che la norma richiede una malattia non grave al punto di giustificare il rinvio obbligatorio ma, comunque, tale da ritenere non conforme

¹⁹ Anche se, come si dirà nel prosieguo, con l'introduzione dell'ipotesi della cd. detenzione domiciliare surrogatoria (art. 47 ter, co. 1 ter), il caso di residua pericolosità del soggetto, in assenza di criteri legislativi predeterminati, sembra essere in giurisprudenza uno dei criteri atti a stabilire la preferenza della detenzione domiciliare rispetto all'ipotesi di rinvio/sospensione della pena.

²⁰ FIORENTIN F., MARCHESELLI A., *Il giudice di sorveglianza; la giurisprudenza dei tribunali e dei magistrati di sorveglianza*, cit., p.19.

²¹ Anche in questo caso è previsto che il provvedimento sia revocato qualora la madre sia dichiarata decaduta dalla responsabilità genitoriale sul figlio ai sensi dell'articolo 330 del codice civile, il figlio muoia, venga abbandonato ovvero affidato ad altri che alla madre (art. 147 co.3).

²² CENTONZE A., *L'esecuzione della pena detentiva e la ricostruzione sistematica della nozione di gravità delle condizioni di salute del detenuto*, cit., p.30.

²³ CALLAIOLI A., BRANCACCIO M., *Sub art. 146*, in (a cura di) PADOVANI T., *Codice penale*, cit., p. 956.

al senso di umanità la carcerazione²⁴, molto più complessa è la questione circa i parametri sulla base dei quali definire il concetto di gravità.

Già nelle ricostruzioni più datate della scienza medico legale la nozione di grave infermità fisica era stata ancorata all'inattuabilità degli interventi terapeutici per mezzo dei servizi sanitari penitenziari, facendo leva altresì sulla non dilazionabilità dell'intervento se non con grave danno alla persona, ovvero riferendosi alle malattie inguaribili, con prognosi infausta *quoad vitam*, o costringenti a degenza ed immobilità²⁵. E, nonostante i rilievi di chi sottolineava l'inadeguatezza di detto parametro di valutazione, che renderebbe il disposto penale variabile da città a città e da carcere a carcere²⁶, è proprio verso questo criterio che sembra essersi orientata la giurisprudenza di legittimità, che, in maniera più decisa a partire dagli anni 90²⁷, ha aderito all'orientamento "relativista", seppur con posizioni all'interno di questo non sempre totalmente univoche e coerenti.

In particolare, la valutazione comparata tra le condizioni di salute del soggetto e le possibilità di apprestamento di cure all'interno del carcere ha portato ad una giurisprudenza che prescinde da modelli astratti, privilegiando le specificità e le caratteristiche del caso concreto²⁸, portando in ogni caso alla configurazione dello strumento del rinvio quale rimedio residuale, al quale ricorrere nei casi in cui il diritto alla salute e all'integrità personale del detenuto non possa essere tutelato attraverso le forme di assistenza carceraria ed extracarceraria previste dalla legge²⁹. Di recente poi, è stato posto molto spesso l'accento sull'esigenza di verificare in generale che lo *status detentionis* non comporti per il soggetto affetto da patologie gravi un trattamento contrario ad umanità e perciò vietato dall'art. 27 co.3. Per comprendere meglio l'orientamento in questione è necessario riprendere i principi fondamentali in materia

²⁴ CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario, cit.*, p.221.

²⁵ Così CATTABENI C.M., *Sul concetto di grave infermità fisica ai sensi del 147 c.p.*, in *Archivio di antropologia criminale, psichiatrica, medica e legale*, 1943, 63, p.198 e CAVALLAZZI D., *Il concetto di stato di salute nell'ambito del potere discrezionale del giudice*, in *Giust. pen.*, 1951, I, c.79-80 entrambi citati in FIORIO C., *Libertà personale e diritto alla salute, cit.*, p. 152 che si veda in generale per *amplius*.

²⁶ BARBATO R., MAGLIONA B., *Il rinvio dell'esecuzione della pena nei confronti del soggetto affetto da HIV/AIDS*, in *Delitti e pene*, 1994, fasc. 3, p.171.

²⁷ CENTONZE A., *L'esecuzione della pena detentiva e la ricostruzione sistematica della nozione di gravità delle condizioni di salute del detenuto, cit.*, p.31.

²⁸ BIALLO S., *Sospensione della esecuzione per infermità*, in *Dir. Pen. e proc.*, 2017, 1, p.47.

²⁹ BELLINI S., *Il difficile rapporto tra diritto alla salute e restrizione carceraria*, in *Dir. Pen. e proc.*, 2016, 5, p.668.

espressi dalla giurisprudenza di legittimità, che come si noterà non sono sempre totalmente coerenti tra loro.

Anzitutto la Suprema Corte ha molto spesso sottolineato come l'istituto del differimento facoltativo richieda un corretto bilanciamento tra i principi costituzionali in materia di esecuzione della pena ed in particolare quello di uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge senza distinzioni di condizioni personali (art. 3), il principio di umanità della pena (art.27 co.3) ed infine il principio per cui la salute costituisce un diritto fondamentale dell'individuo (art. 32 Cost.), evidenziando altresì l'esigenza di tener conto dell'interesse alla tutela della sicurezza collettiva e del principio di certezza dell'esecuzione della pena³⁰. Quanto alla *ratio* dell'istituto, i giudici di legittimità hanno spesso chiarito che questa deve essere ravvisata nell'esigenza di evitare al condannato trattamenti inumani e di sottrarlo ad una pena di fatto più grave di quella irrogatagli, in quanto espiata in uno stato di menomazione fisica di tale rilevanza da implicare necessariamente, oltre alla preoccupazione legata ad un eventuale giudizio di inadeguatezza dell'assistenza sanitaria, istituzionalmente garantita, anche il profondo disagio morale prodotto dal particolare tipo di vita imposto dal carcere a chi non solo non può approfittare delle opportunità offertegli per la sua rieducazione, ma vede amplificarsi senza rimedio gli aspetti negativi³¹. Pur rilevando che una sofferenza aggiuntiva è inevitabile ogni qual volta che la pena debba essere eseguita nei confronti di un soggetto non in perfetta salute, la Corte ha altresì precisato che detta sofferenza aggiuntiva assume rilievo quando si appalesa, presumibilmente, di entità tale – in rapporto alla particolare gravità di dette condizioni – da superare i limiti dell'umana tollerabilità³².

Su questo punto è chiaro l'eco della giurisprudenza della Corte EDU che, come si è visto, interpretando l'art. 3 CEDU come fonte di obblighi positivi a carico dello Stato, ha precisato l'esigenza di garantire la verifica della compatibilità dello stato di

³⁰ *Inter multis* Cass. pen., sez. I, 6 luglio 1992, n. 2819, Piromalli, Cass. pen., sez. I, 26 aprile 1994, n. 1138, Tana, in *Cass. pen.*, 1995, p. 941;

³¹ Cass. pen., sez. I, 27 novembre 1996, Calzolaio, in *Cass. pen.*, 1998, p. 117. Nello stesso senso anche Cass. pen., sez. I, 19 febbraio 2001, n. 17208, Mangino, in cui la Corte ha sottolineato la necessità di leggere la norma nel senso di strumento volto ad evitare che l'espiazione della pena in uno stato di menomazione fisica tale da comportare un abnorme disagio prodotto dal regime carcerario a chi non è in grado di condurre una vita funzionalmente normale e di fruire delle possibilità riabilitative offertegli, con conseguente venir meno della finalità rieducativa della pena e il rischio di sanzione contraria al senso di umanità.

³² *Inter plurimis* Cass. pen., sez. I., 4 febbraio 2010, n. 8100, Brusciano.

salute del soggetto rispetto al regime carcerario, ravvisando la violazione del divieto di trattamenti disumani o degradanti in presenza di situazioni in cui il soggetto sia stato sottoposto ad una sofferenza ed un'afflizione tale da eccedere il livello che deriva inevitabilmente da una pena legittima³³.

Poste queste premesse, per quanto concerne più specificamente la concezione relativa della gravità, i giudici di legittimità hanno di sovente rimarcato che anche in presenza di una patologia sicuramente grave il rinvio per ragioni di salute non opera automaticamente, essendo necessaria una verifica in merito alla possibilità di fronteggiare la situazione patologica in ambiente carcerario, senza che ciò possa essere considerato in contrasto con il senso di umanità³⁴.

Altre volte, dichiarando espressamente il concetto di gravità come relativo, in quanto fondato sul rapporto tra condizione individuale del soggetto e condizione dell'ambiente carcerario³⁵, la Cassazione ha altresì specificato che l'infermità causa del differimento non è solo quella "grave" ma quella potenzialmente aggravata dal contesto penitenziario, ritenendo irrilevanti ai fini dell'applicazione dell'istituto in esame i

³³ Su cui per *amplius* si veda §1.6.6. La giurisprudenza della Corte EDU in materia è stata peraltro spesso ripresa espressamente dalla Corte. *Inter multis* si veda Cass. pen., sez. I, 8 maggio 2009, n. 22373, che ha rilevato, in linea con la giurisprudenza del giudice di Strasburgo, che la mancanza di cure mediche appropriate ed in generale la detenzione in condizioni inadeguate in rapporto alla gravità di una malattia che potrebbe avere altrove assistenza idonea può costituire un trattamento contrario al senso di umanità e come tale vietato dal 27 co.3 Cost.

³⁴ Cass. pen., sez. I., 24 giugno 2008 n. 27313, Commisso.

³⁵ In realtà la Corte altre volte ha assunto una posizione contrastante, affermando che "Ai fini del differimento dell'esecuzione della pena nei confronti di persona che versi in condizioni di grave infermità fisica, si deve fare riferimento soltanto all'oggettiva gravità di questa per stabilire se essa sia tale da dar luogo, cumulata all'ordinaria afflittività della restrizione della libertà, a un trattamento contrario al senso di umanità e a una sostanziale elusione del diritto individuale costituzionalmente garantito alla tutela della salute da parte dell'ordinamento, a nulla rilevando l'eventuale incompatibilità dello stato patologico con la permanenza in carcere sotto il profilo della possibilità di apprestamento delle opportune terapie"(Corsivi miei). Cfr. Cass., Sez. I, 14 gennaio 1999, Nirta, in *Cass. Pen.*, 2000, p.910; nello stesso senso anche Cass., Sez. I, 29 aprile 1997, n. 3046, Martini, in *Riv. pen.*, 1997, 7, p. 723. Posizione che si pone in contrasto con quelle sentenze in cui la Corte aveva invece al contrario sostenuto che "Per legittimare il rinvio dell'esecuzione della pena per "grave infermità fisica" ai sensi dell'art. 147, 1° comma, n. 2, c. p. devono ricorrere *due autonomi requisiti; il primo di essi è costituito dalla gravità oggettiva* della malattia, implicante un serio pericolo per la vita del condannato o la probabilità di altre rilevanti conseguenze dannose; gravità da intendere in modo particolarmente rigoroso, tenuto conto sia del principio di indefettibilità della pena, sia del principio di uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge senza distinzione di condizioni personali: principi che implicano appunto, al di fuori di situazioni assolutamente eccezionali, la necessità di pronta esecuzione delle pene legittimamente inflitte; *il secondo requisito consiste nella possibilità di fruire, in stato di libertà, di cure e trattamenti sostanzialmente diversi e più efficaci* rispetto a quelli che possono essere prestati in regime di detenzione, eventualmente anche mediante ricovero in luoghi esterni di cura ai sensi dell'art. 11 ord. pen." (Corsivi miei). Cass. pen., sez. I, 25 luglio 1991 n. 2800, Scarpetti, in *Mass. Cass. pen.*, 1991, fasc. 8, p. 61; Da ultimo, *inter plurimis*, Cass. pen., sez. I, 12 luglio 2016, n. 29347 in *www.italgiure.it*; Cass. pen., sez. I, 2 settembre 2016, n. 36634, in *www.italgiure.it*.

concetti di guaribilità e reversibilità, non richiesti dalla norma e in contrasto con il principio di umanità³⁶.

I giudici di legittimità sono poi arrivati a sottolineare che non è sufficiente che la malattia sia tale da menomare la salute del soggetto in maniera rilevante ma che sia altresì necessaria una gravità dell'infermità tale da escludere – in quanto preponderante sugli altri aspetti della vita intramuraria del detenuto – sia la pericolosità del soggetto, che la sua capacità di avvertire l'effetto rieducativo del trattamento penitenziario³⁷.

Più di recente poi, ed in virtù di un'interpretazione maggiormente garantistica, il concetto di gravità della malattia è poi stato inteso non solo come stato patologico che pone in pericolo la vita del detenuto ma anche come infermità che provoca altre rilevanti conseguenze dannose sul soggetto³⁸, arrivando la Corte financo a dare rilievo 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”*³⁹.

Così pur nella complessità della giurisprudenza in esame, non di meno caratterizzata talvolta da oscillazioni, come è stato notato, è possibile sottolineare che i requisiti fondamentali del rinvio facoltativo della pena ex 147 risultano essere un *numerus clausus*⁴⁰, ovvero per riprendere le parole della Corte, che l'infermità possa definirsi grave *“in quanto la prognosi sia infausta quoad vitam, oppure il soggetto possa giovare, in libertà di cure e trattamenti indispensabili che non sia possibile praticare in stato di detenzione, neppure mediante ricovero in ospedali civili o in altri luoghi esterni di cura ai sensi dell'art. 11, co. 2, ord. penit., oppure ancora, a causa della gravità delle condizioni, l'espiazione della pena si appalesi in contrasto con il senso d'umanità”*⁴¹.

A ben vedere però, il punto su cui si riscontrano le maggiori oscillazioni risulta essere quello riferito al livello di cure inframurarie (o fruibili mediante ricovero ex art.

³⁶ Cass. pen., sez. I, 20 marzo 1991, n. 1368, Maesano, Cass. pen., sez. I, 6 maggio 1994, n. 2080, Conti.

³⁷ Cass. pen., sez. I, 27 gennaio 1995, n. 507 in *Riv. pen.*, 1996, 2, p. 200 ; Cass. pen., sez. I, 15 ottobre 1996, Ciancimino, in *Giust. pen.*, 1997, II, p. 523; Cass. pen., sez. I, 9 maggio 2006, n. 20035, Rea.

³⁸ *Ex multis* Cass. pen. Sez. I, 6 dicembre 2007, n. 45758; Cass. pen. Sez. I, 1 aprile 2016, n. 13211, in www.italgiure.it.

³⁹ Cass. pen., sez. I, 8 maggio 2009, n. 22373, cit., Cass. pen., sez. I, 24 gennaio 2011 n. 16681.

⁴⁰ BELLINI S., *Il difficile rapporto tra diritto alla salute e restrizione carceraria*, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, 5, p.671.

⁴¹ Cass. pen., sez. I, 16 gennaio 1991, n. 4384, Barbaro, *inter multis* Cass. pen. sez. I, 10 gennaio 2014, n. 789, in www.italgiure.it; Cass. pen., sez. I, 05 aprile 2016, n. 38680, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 1, 46.

11 ord. penit.) richiesto ai fini dell'esclusione dell'incompatibilità: mentre talvolta si è richiesta l'oggettiva impossibilità di praticare le cure in *status detentionis*⁴², talaltra all'impossibilità si è accostata al contempo l'eccessiva difficoltà di queste⁴³, arrivando talvolta a sottolineare l'esigenza che le cure accessibili all'esterno siano diverse e più efficaci⁴⁴, mentre altre volte ancora richiamando l'impossibilità di giustificare il differimento sulla base della possibilità di fruire di cure migliori all'esterno⁴⁵. Nonostante questa diversità di posizioni pare in ogni caso che il principio di umanità della pena possa fungere da criterio interpretativo anche per la risoluzione circa il livello di cure richiesto, nel senso di imporre quel livello di cure necessario al fine di garantire al detenuto un'esistenza dignitosa e tale da garantire che la sofferenza imposta a questo non superi il livello di afflittività connaturato alla stessa pena detentiva.

Un punto invece sul quale non paiono esservi eccessivi contrasti interpretativi pare essere quello circa l'impossibilità di applicare l'istituto del differimento facoltativo ai casi di infermità psichica⁴⁶. La Corte ha infatti molto spesso notato come i casi di malattie psichiche non possano essere fatte rientrare nell'ambito applicativo del 147 c.p. se non nel caso in cui la malattia psichiatrica si risolva al contempo in una malattia fisica, potendo in caso contrario il giudice fare riferimento solamente all'istituto di cui al 148 c.p.⁴⁷ che disciplina espressamente il caso di infermità psichica sopravvenuta⁴⁸ e che si pone rispetto all'art. 147 c.p. in rapporto di reciproca esclusione.

⁴² *Inter plurimis* Cass. pen., sez. I., 6 marzo 2000, n.727, Carriero.

⁴³ Cass. pen., sez. I, 9 febbraio 1994, n. 5508, Veneziano; Cass. pen., sez. I, 9 maggio 2006, n. 20035, *cit.*;

⁴⁴ Cass. pen. Sez. I, 25 febbraio 1991 Gangemi in *Mass. Cass. pen.*, 1991, fasc.4, p. 90; Cass. pen. Sez. I, 12 ottobre 2012, n. 40253; Da ultimo Cass. pen. Sez. I, 23 novembre 2016, n. 49825, in *www.italgiure.it*; Cass. pen. Sez. I, 21 luglio 2017, n. 31040; in *www.italgiure.it*.

⁴⁵ Cass. pen., Sez. I, 23 ottobre 1989, n.2607, Mondino; Cass. pen., 11 ottobre 1996, n. 4690, Camerlingo; più recentemente Cass. pen., sez. I, 11 novembre 2011, n. 41171; e da ultimo anche Cass. pen., sez. I, 12 luglio 2016, n. 29347 in *www.italgiure.it*.

⁴⁶ Il problema, come è stato notato, si pone in maniera molto forte con le sindromi ansioso-depressive, purtroppo frequentissime. Cfr. FIORENTIN F., MARCHESELLI A., *Il giudice di sorveglianza; la giurisprudenza dei tribunali e dei magistrati di sorveglianza, cit.*, p. 32. Invece per quanto riguarda il problema dell'anoressia si veda Cass. pen., sez. I, 21 agosto 1997, n. 4574, Particò, rv. 208423 e Cass. pen., sez. I, 4 ottobre 2005, n. 41968, Veneruso.

⁴⁷ Il 148 c.p. dispone che nel caso in cui al detenuto sopravvenga dopo la condanna un'infermità psichica tale da impedire l'esecuzione della pena questa sia differita o sospesa e il condannato sia ricoverato, ove la pena sia inferiore ai tre anni in un manicomio comune (ora una struttura del Dipartimento di Salute Mentale), mentre qualora sia superiore a tre anni in un manicomio giudiziario o in una casa di cura e custodia (successivamente il primo OPG, ora entrambi convertiti in REMS in seguito al cd. processo di superamento degli OPG, che aveva escluso la possibilità di ricovero in REMS dei cd. art. 148, esclusione su cui però potrebbe incidere la delega disposta con la L. 23 giugno 2017, n. 103 (cd. riforma Orlando) per *amplius* si vedano *inter multis* BALBI G., *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS*, in *www.penalecontemporane.it*, 20 luglio 2015; SCHIAFFO F., *Psicopatologia della legislazione per il superamento degli OPG: un raccapricciante acting out nella c.d. "riforma Orlando"*, in

Dall'analisi emerge dunque la delicatezza del bilanciamento rimesso al Tribunale di Sorveglianza, che seppur facilitato dalle direttive della giurisprudenza di legittimità, deve effettuare un'adeguata e complessa comparazione tra le imprescindibili istanze umanitarie e le esigenze retributive, specialpreventive e di rieducazione del condannato. All'interno di questa valutazione assumono inoltre particolare rilievo, come ampiamente sottolineato, da un lato l'esigenza di tutela incompressibile della salute, dall'altro la prognosi di pericolosità del soggetto, che già richiesta in via interpretativa, ha trovato esplicito riscontro nel dato normativo attraverso l'inserimento, con L. 08 marzo 2001, del co. 4, che esclude il differimento nell'ipotesi di sussistenza di pericolo di commissione di nuovi delitti.

Anche in questo caso, infine, è di centrale importanza il ruolo del medico penitenziario, o di altro medico al quale è demandata la perizia medico legale, ai quali è richiesto di stabilire la gravità dello stato patologico, ipotizzare se la permanenza in carcere possa aggravare la situazione di salute del soggetto ed esprimere, motivandolo, il giudizio di compatibilità/incompatibilità della detenzione⁴⁹.

www.penalecontemporaneo.it, 21 giugno 2017). Da evidenziare peraltro che a seguito della sent. Corte cost., n. 146 del 1975 con la quale il giudice delle leggi ha dichiarato incostituzionale la norma nella parte in cui prevedeva la sospensione o il differimento senza disporre la possibilità di scomputo dal residuo di pena del tempo trascorso in ricovero forzato in dette strutture, l'ipotesi ora richiamata più che una sospensione vera e propria della pena integra un'ipotesi di "*mutamento obbligatorio del suo regime esecutivo*" Cfr. FIORENTIN F., SANDRELLI G.G., *L'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali. Disciplina dell'esecuzione penale, cit.*, p.437. Aldilà di tutte le considerazioni che potrebbero essere fatte in questa complessa e delicata materia, che meriterebbe una trattazione dettagliata e separata, pare in ogni caso necessario almeno sottolineare la opinabile diversità di trattamento riservato ai soggetti affetti da infermità fisica e quelli affetti da infermità mentale, derivante da "*una presunzione che la malattia fisica, indebolendo la persona la renda meno pericolosa per la sicurezza sociale e che, invece, la malattia mentale rappresenti un elemento di maggior pericolo*"(il virgolettato è di BELLINI S., *Il difficile rapporto tra diritto alla salute e restrizione carceraria, cit.*, p. 668). Sulla questione si è peraltro pronunciata nuovamente la Corte Costituzionale chiamata ad esprimersi sulla costituzionalità dell'art. 148, nella parte in cui prescinde dalla valutazione della pericolosità sociale, nel caso di infermità psichica sopravvenuta, e non prevede la liberazione del condannato, in attesa della eventuale guarigione, come invece dispone l'art. 147, primo comma, n. 2, per il condannato affetto da grave malattia fisica. Nonostante la questione sia stata dichiarata inammissibile per via delle impossibilità di un intervento additivo "a rime obbligate", è comunque da notare che il giudice delle leggi ha espresso adesione alla tesi "*circa il non soddisfacente trattamento riservato all'infermità psichica grave, sopravvenuta, specie quando è incompatibile con l'unico tipo di struttura custodiale oggi prevista*", sottolineando però come "*spetti al legislatore trovare una equilibrata soluzione che garantisca anche a questi condannati la cura della salute mentale - tutelata dall'art. 32 della Costituzione - senza che sia eluso il trattamento penale.*" (Corte cost., sent. 12 aprile 1996 n.111, in *Giust. pen.*, 1996, I, p. 302).

⁴⁸ *Inter multis* Cass. pen., sez. I, 15 maggio 1992, n.1048, Vendola; Cass. pen., sez. I, 28 marzo 1995, Ronzulli in *Giust. pen.*, 1996, III; Cass. pen., sez. I, 15 aprile 2004, n. 25674, Petruolo; Cass. pen., sez. V, 10 agosto 2010, n. 32365, Radulovic.

⁴⁹ BELLINI S., *Il difficile rapporto tra diritto alla salute e restrizione carceraria, cit.*, p. 671.

4.4 Detenzione domiciliare e tutela della salute

La tutela della salute del detenuto che versi in precarie condizioni di salute è garantita, come già si anticipava, anche per il tramite di un ulteriore istituto: la detenzione domiciliare (art.47 ter ord. penit). L'istituto in questione, infatti, caratterizzandosi per un minor contenuto di afflittività rispetto alla pena intramuraria, si presta, tra l'altro, alla protezione di determinate categorie di soggetti per i quali la pena carceraria costituirebbe un'inutile sofferenza aggiuntiva e si porrebbe quindi in contrasto con il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità (27 co.3 Cost.)⁵⁰.

Introdotta dalla legge Gozzini (L. 663/86) la detenzione domiciliare nasce, infatti, proprio come strumento avente finalità eminentemente umanitarie ed assistenziali⁵¹, andando così a colmare una lacuna dell'ordinamento che non prevedeva particolari forme di tutela nella fase esecutiva della pena. Successivamente, l'intervento reiterato del legislatore sull'istituto in esame è andato a modificare profondamente l'impianto originario della detenzione domiciliare, snaturandone le caratteristiche e le finalità, per renderlo anzitutto uno strumento atto ad arginare il sovraffollamento carcerario⁵². Le modifiche della misura in analisi, avvenute principalmente con la L. 27 maggio 1998, n.165, nota come legge Simeone, che ha innalzato il *quantum* di reclusione espiabile in regime domiciliare e poi con la legge ex Cirielli (L. 5 dicembre 2005 n. 251) che ha ampliato il novero di soggetti che possono beneficiarne (seppur con importanti eccezioni), hanno infatti reso la detenzione domiciliare uno strumento ibrido, che continua a perseguire le finalità umanitarie che ne hanno ispirato l'introduzione ma al contempo si configura come strumento principe di una politica di deflazione carceraria poco attenta⁵³, ingenerando non pochi problemi sul piano della coerenza sistematica⁵⁴.

⁵⁰ FIORIO C., *Salute del condannato e strumenti di tutela*, cit., p.90.

⁵¹ CENTONZE A., *L'esecuzione della pena detentiva e la ricostruzione sistematica della nozione di gravità delle condizioni di salute del detenuto*, cit., p.22.

⁵² CESARIS L., *Sub art. 47 ter*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 552.

⁵³ Come è stato notato i continui interventi sull'ambito applicativo della misura in esame sono frutto di una legislazione che, rinunciando a scelte ed interventi più qualificati sotto il profilo qualitativo, ricorre di continuo all'allargamento della detenzione domiciliare denotando "*scarsa fantasia ed una visione miope ed offuscata dei problemi penitenziari*" Cfr. CESARIS L., *Sub art. 47 ter*, in GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 552.

⁵⁴ DOLCINI E., *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?* In *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 3, p. 868.

Aldilà di queste considerazioni generali, è da notare che la detenzione domiciliare pur essendo inserita all'interno delle misure alternative alla detenzione costituisce a ben vedere una semplice modalità alternativa di esecuzione della pena⁵⁵, consistente nella possibilità di espiare la pena detentiva nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza⁵⁶. Come si diceva, questa possibilità è concessa, per quanto qui interessa, a determinate categorie di soggetti la cui situazione personale si caratterizza per una peculiare vulnerabilità, molto spesso riconnessa in vario modo alla problematicità delle condizioni di salute del soggetto⁵⁷.

Anzitutto il co. 1 dell'art. 47 ter prevede che la detenzione domiciliare possa essere concessa a soggetti condannati alla pena della reclusione non superiore a quattro anni anche se residui di maggior pena ovvero alla pena dell'arresto nelle ipotesi di:

- a) donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci, con lei convivente;
- b) padre, esercente la potestà, di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente, quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole;
- c) persona in condizioni di salute particolarmente gravi, che richiedano costanti contatti con i presidi sanitari territoriali;
- d) persona di età superiore a sessanta anni, se inabile anche parzialmente;
- e) persona minore di anni ventuno per comprovate esigenze di salute, di studio, di lavoro e di famiglia.

⁵⁵ CESARIS L., *Sub art. 47 ter*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 583.

⁵⁶ Vale precisare che nelle varie ipotesi di detenzione domiciliare l'applicazione della misura fa venire meno la sottoposizione al regime penitenziario e pertanto, come chiarito dal co. 5, art. 47 ter "nessun onere grava sull'amministrazione penitenziaria per il mantenimento, la cura e l'assistenza medica del condannato".

⁵⁷ Da rilevare preliminarmente che i molteplici profili problematici della detenzione domiciliare incidono in maniera non trascurabile anche sulla possibilità di tutelare per questo tramite il diritto alla salute. Uno fra tutti è il problema dell'individuazione del luogo di domicilio ove scontare la pena. In molti casi, infatti, la mancanza di un domicilio, l'inadeguatezza di questo ovvero l'indisponibilità dei luoghi pubblici di cura rende impossibile l'esecuzione della pena nella forma domiciliare così che, proprio nelle situazioni maggiormente critiche il fine ultimo di tutela della salute risulta essere irrimediabilmente ostacolato. Per ulteriori rilievi critici in materia di incompatibilità e individuazione del domicilio si veda DI MARTINO A., *Rivoltarsi nella feccia di Romolo. Lessico di legge, situazioni di stallo, aporie del "trattamento"* in *Dir. pen. cont.*, 2015, 4, §2.2.

Le prime due ipotesi, anche in questo caso, come si notava a proposito dei casi simili previsti in materia di differimento, realizzano principalmente la tutela della famiglia e del rapporto genitoriale⁵⁸, secondo una lettura combinata degli art. 3, 30 31, e 32 Cost.⁵⁹, mentre le restanti ipotesi ampliano la tutela offerta al diritto alla salute, attuando in vario modo il dettato dell'art. 32 Cost.

Anzitutto è presa in considerazione la situazione la situazione del soggetto in condizioni di salute particolarmente gravi, richiedendo altresì che la patologia abbisogni di costanti contatti con i presidi territoriali, così sottolineando la finalità marcatamente assistenziale della previsione in esame⁶⁰. La situazione di indubbia gravità che legittima il ricorso alla misura è espressa sia attraverso l'avverbio particolarmente, sia attraverso il requisito ulteriore dei contatti costanti, che devono essere tenuti in considerazione soprattutto nel momento di valutazione, da parte del giudice, delle modalità concrete di esecuzione della detenzione domiciliare⁶¹. D'altra parte, come è stato notato, le condizioni di salute non devono necessariamente essere più gravi di quelle legittimanti il rinvio della pena, essendo anzi il presupposto dei contatti con i presidi territoriali volto ad escludere la necessità, ai fini della possibilità di beneficiare dell'ipotesi in esame, di un ricovero protratto nel tempo, facendo piuttosto pensare alla mera necessità di cure mediche prestate con regolarità⁶². Il presupposto dei contatti con i presidi, inoltre, essendo particolarmente vincolante, limita la discrezionalità del Tribunale di Sorveglianza, che in questo caso, al contrario di quanto abbiamo visto avvenire nell'ipotesi del rinvio facoltativo, è fornito di un preciso termine di relazione nell'apprezzamento della condizione patologica⁶³. La giurisprudenza in materia ha quindi da un lato sottolineato l'insufficienza del solo requisito della gravità⁶⁴ e dall'altro

⁵⁸ Sempre a questo scopo è inoltre finalizzato l'istituto di cui al 47 *quinquies* che prevede un'ulteriore ipotesi di detenzione domiciliare cd. speciale che dispone della possibilità di usufruire del beneficio in esame in deroga ai limiti previsti dal 47 ter alle condannate madri di prole di età inferiore ai dieci anni.

⁵⁹ BELLINI S., *Il difficile rapporto tra diritto alla salute e restrizione carceraria*, cit., p.672.

⁶⁰ CENTONZE A., *L'esecuzione della pena detentiva e la ricostruzione sistematica della nozione di gravità delle condizioni di salute del detenuto*, cit., p.27.

⁶¹ CESARIS L., *Sub art. 47 ter*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 556.

⁶² FIORIO C., *Salute del condannato e strumenti di tutela*, cit., p. 92.

⁶³ FIORIO C., *Salute del condannato e strumenti di tutela*, cit., p.92.

⁶⁴ Per esempio in Cass. pen., sez. I, 13 ottobre 1995, n. 5010, Bigari, rv. 202680, in *Rass. pen.*, 1996, p. 646.

ha precisato che l'esclusione della gravità della patologia esclude di per sé l'esigenza di contatti costanti con i presidi territoriali⁶⁵.

Anche in questo caso il problematico concetto di gravità ingenera non pochi dubbi interpretativi con la conseguenza di utilizzo di un metodo fortemente casistico, che in applicazione dei principi sopra esposti (e dunque l'art. 3, l'art. 27 co.3 e l'art. 32) è giunto anche nell'ipotesi ora in esame a considerare rilevante non solo la patologia implicante un pericolo per la vita, bensì qualsiasi stato morboso o scadimento fisico determinante una situazione di esistenza al di sotto della soglia di dignità⁶⁶.

D'altra parte, a differenza di quanto sopra si diceva con riguardo all'impossibilità di ricondurre le infermità psichiche all'interno dell'ambito applicativo del 147 c.p., la genericità della situazione descritta dal 47 ter co. 1 lett. c), che parla semplicemente di "condizioni di salute", permette una tutela della salute anche nelle ipotesi di patologie nella quali sia preponderante la componente psicologica o psicosomatica⁶⁷. In questo modo la detenzione domiciliare viene a costituire, per una gamma molto ampia di soggetti affetti da infermità psichiche, un'alternativa al ricovero ospedaliero previsto dal 148 c.p., consentendo l'espiazione della pena in un luogo di cura o assistenza, ovvero nella propria dimora ma con l'assistenza costante delle strutture a ciò preposte⁶⁸.

Quanto all'ipotesi sub e), dedicata alla particolare tutela del soggetto minore di anni ventuno, perseguendo la *ratio* generale di sottrarre i cd. giovani adulti all'ambiente carcerario, essa ribadisce, nell'ampia formulazione normativa, l'esigenza di tutela della salute⁶⁹. L'assenza di specificazioni particolari a questo proposito ne permette l'interpretazione estensiva, così da garantire il fine umanitario-sanitario anche in assenza di una particolare gravità della patologia e pur ove non vi sia l'esigenza di contatti regolari con i presidi sanitari, assicurando in questo modo la più ampia salvaguardia della gioventù e della salute di questa fascia di popolazione.

Anche con riguardo all'ipotesi *sub d)*, che mira alla tutela dell'ultrasessantenne (anche parzialmente) inabile, è chiara la volontà di tutela della salute, rafforzata in

⁶⁵ Cass. pen., sez. I, 28 ottobre 1992, Annunziata, rv. 192461, in *Rass. pen.*, 1993, p. 1058.

⁶⁶ Cass. pen., sez. I, 5 luglio 2011, n. 30495, Antoniaci.

⁶⁷ CESARIS L., *Sub art. 47 ter*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 557.

⁶⁸ Così anche Cass. pen., sez. I, 27 maggio 2008, n. 26806.

⁶⁹ FIORIO C., *Salute del condannato e strumenti di tutela, cit.*, p. 94.

questo caso per via dell'età avanzata e delle conseguenze che questa può avere sulle condizioni fisiche del soggetto. Oltre al requisito dell'età, è richiesto l'ulteriore requisito della inabilità anche parziale, formulazione questa di non facile interpretazione sulla quale dottrina e giurisprudenza si sono di sovente interrogate. In particolare, esclusa la possibilità di intendere il concetto di inabilità ai sensi della legislazione previdenziale, si ritiene generalmente che il requisito in esame sia soddisfatto nelle situazioni di "non autosufficienza, anche parziale"⁷⁰. A ben vedere, però, a seguito dell'abbassamento della soglia anagrafica dai 65 ai 60 anni (avvenuta con la L. 296/93) il caso in questione pare di non particolare frequenza e dunque sembrano comprensibili le critiche di chi ha ravvisato nella previsione in esame più che la volontà di tutela della salute e della vecchiaia (che permane ma non sembra primaria) la volontà di sfoltire gli istituti penitenziari⁷¹.

Anche la previsione del comma 01⁷² dell'art. 47 ter sembra collocarsi in parte nell'ambito della tutela della salute e della vecchiaia, riconoscendo, sempre in virtù del motto "*senectus ipsa morbus est*"⁷³, la possibilità di accedere al beneficio della detenzione domiciliare al soggetto ultrasettantenne, per il quale non vi sono limiti di pena (al contrario di quanto si è visto per il co. 1) ma esclusioni, non sempre molto ragionevoli, in base al titolo di reato ed alla "carriera criminale". In particolare, il comma in questione, introdotto con la già citata legge ex Cirielli (L. 251/05) prevede la possibilità di detenzione domiciliare per il soggetto che abbia superato i settanta anni di età condannato alla pena della reclusione "*per qualunque reato, ad eccezione di quelli previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, e dagli articoli 609-bis, 609-quater e 609-octies del codice penale, dall'articolo 51, comma 3-bis del codice di procedura penale e dall'art. 4 bis*" dell'ordinamento penitenziario e salvo che "*sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza né sia stato mai condannato con l'aggravante di cui all'articolo 99 del codice penale*".

⁷⁰ Cass. pen., sez. I, 4 aprile 1991, Rava, in *Cass. pen.*, 1991, I, p. 1269; Cass. pen., sez. I, 21 novembre 1991, Bellitto in *Cass. pen.*, 1993, p. 428; Così anche in CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 318 e in FIORIO C., *Salute del condannato e strumenti di tutela*, cit., p. 93.

⁷¹ CESARIS L., *Sub art. 47 ter*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 559.

⁷² Si noti la peculiare numerazione, forse unica nell'ordinamento (cfr. BRESCI L., *I riflessi delle novità introdotte dalla ex Cirielli in materia di esecuzione penale*, in www.altrodiritto.unifi.it, 2005, §6).

⁷³ BELLANTONI G., *Il trattamento dei condannati*, in (a cura di) CORSO P., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, cit., p. 173.

Aldilà della ragionevolezza della scelta dei reati ostativi, che accosta reati certamente gravi a reati meno gravi, richiamando più volte gli stessi delitti, e porta quindi a seri dubbi sulla ponderazione alla base dell'elenco, ciò che pare aggravare il quadro è il riferimento esclusivo alla pena della reclusione, che esclude dalla possibilità di espiazione in regime domiciliare la pena dell'arresto⁷⁴. Come notato da autorevole dottrina, vista l'assoluta irragionevolezza di una simile previsione, parrebbe necessaria un'interpretazione estensiva che renda applicabile la detenzione domiciliare anche nelle ipotesi di ultrasettantenne condannato all'arresto⁷⁵, anche se rimane dubbia l'effettiva possibilità di ricorrere ad una tale interpretazione.

Oltre a ciò è da notare che la previsione in esame se di certo attua una tutela peculiare del condannato ultrasettantenne, per il quale, visto il rilievo attribuito alla sola condizione anagrafica, viene stabilita un'incompatibilità con la detenzione indipendente dalle condizioni di salute, dall'altro lato proprio la subordinazione al solo requisito di età, rende la *ratio* della norma molto più evanescente. Infatti, oltre al rilievo che la condizione coperta dalla disposizione in esame risulterebbe già tutelabile attraverso la misura di cui al co. 1 lett. c), che può forse essere superato notando che l'assenza di limiti di pena amplia effettivamente i potenziali beneficiari, la finalità di tutela della salute del soggetto in età avanzata appare perseguita solo parzialmente e non proprio in maniera coerente, visto il lungo elenco di reati ostativi e di altre preclusioni⁷⁶.

Un ulteriore profilo critico attiene all'assenza di criteri che permettano di comprendere i presupposti alla base dell'accesso al beneficio in esame che anche in questo caso risultano essere rimessi alla discrezionalità all'autorità giurisdizionale⁷⁷, è da notare, però, che la giurisprudenza di legittimità ha escluso l'automaticità dello strumento in analisi, subordinando l'accesso al beneficio da un lato alla verifica della

⁷⁴ CESARIS L., *Sub art. 47 ter*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, pp. 571-572 la quale sottolinea in particolar modo che "la scelta dei reati ostativi appare del tutto casuale e rivela un'insufficiente conoscenza del sistema e scarsa tecnica normativa".

⁷⁵ DELLA CASA F., *Misure alternative alla detenzione, Enc. dir., Ann., III*, p.844.

⁷⁶ La critica riadattata al tema salute si fonda sulle argomentazioni espresse da CESARIS L., *Sub art. 47 ter*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 571. L'Autrice sottolinea anche in questo caso come la norma in esame potrebbe essere stata pensata in ottica deflattiva (nello stesso anche DI VALVASONE E., *Misure semidetentive e detentive non carcerarie: disciplina vigente e prospettive di riforma*, in www.altrodiritto.unifi.it, 2013, §3.2) dubitando però, se così intesa, dell'opportunità stessa della previsione.

⁷⁷ D'AGNOLO M., *Novità su detenzione domiciliare e ordine esecutivo*, in (a cura di) SCALFATI A., *Nuove norme su prescrizione del reato di recidiva*, Padova, 2006, p. 204.

meritevolezza del soggetto e dall'altro all'accertamento dell'idoneità della misura a facilitare il reinserimento sociale⁷⁸.

Come è emerso dall'analisi, l'ambito applicativo della misura della detenzione domiciliare va spesso ad intersecarsi con quello degli artt. 146 e 147 c.p. sopra analizzati, ponendo non pochi problemi di coordinamento tra i due strumenti⁷⁹. Ed infatti, sin dall'introduzione della misura penitenziaria, la dottrina appariva concorde nel considerare l'art. 47 ter come una parziale deroga agli istituti penalistici, assumendo però posizioni contrastanti in merito ai criteri di prevalenza di uno strumento sull'altro⁸⁰. La "vicinanza" tra i due strumenti è stata ulteriormente riconfermata dalla L. 165/1998 che, introducendo nell'art. 47 ter il comma 1 ter ha previsto la possibilità di applicazione della detenzione domiciliare "*Quando potrebbe essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo della esecuzione della pena ai sensi degli articoli 146 e 147 del codice penale, [...] anche se la pena supera il limite di cui al comma 1*".

A questo proposito è da notare che se la previsione di questo strumento ulteriore da un lato ha permesso il superamento dell'alternativa secca tra carcerazione e liberazione senza vincoli - che spesso costituiva un ostacolo non di poco conto

⁷⁸ Così in Cass. pen., sez. I, 2 febbraio 2007, n. n. 10308, *Riv. pen.*, 2008, 2, p. 191; Cass. pen., sez. I, 8 gennaio 2012, Tanzi, rv. 252921.

⁷⁹ In giurisprudenza la Cassazione ha più volte tentato di dettare dei principi in grado di segnare una linea di demarcazione tra i due istituti, e ciò partendo dalla diversità della *ratio* alla base delle disposizioni. In particolare la Corte ha notato che "*La detenzione domiciliare, al pari di altre misure alternative alla detenzione in carcere, ha come finalità il reinserimento sociale del condannato e come presupposto, nel caso previsto dall'art. 47-ter n. 2 l. 26 luglio 1975 n. 354, "condizioni di salute particolarmente gravi che richiedono costanti contatti con i presidi sanitari territoriali"; essa realizza, comunque, una espiazione di pena, pur se individualizzata e meno afflittiva. Il differimento della pena previsto dall'art. 147 c.p. è, invece, istituto anteriore all'ordinamento penitenziario, ha finalità diverse dall'individuazione del trattamento più opportuno nei confronti del condannato, in quanto mira ad evitare che l'esecuzione della pena avvenga in spregio del diritto alla salute e del senso di umanità, e quindi rappresenta una conferma del fatto che l'espiazione della pena in tanto ha un significato, in quanto tende alla rieducazione del condannato.*" (Cass. pen., sez. I, 5 aprile 1995 n. 542, De Vincenzo, in Cass. pen., 1996, p. 308) Da ciò ne deriva, secondo la Corte che "*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, ovvero appaia priva di significato rieducativo in conseguenza dell'impossibilità di proiettare in un futuro gli effetti della sanzione sul condannato, deve trovare applicazione l'istituto del differimento previsto dal cod. pen., mentre nel caso in cui 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, può essere disposta la detenzione domiciliare ai sensi dell'art. 47-ter cit.*"

⁸⁰ CALLAIOLI A., BRANCACCIO M., *Sub art. 146*, in (a cura di) PADOVANI T., *Codice penale, cit.*, pp. 958-959.

all'applicazione del differimento - dall'altro non ha risolto *in toto* i problemi di coordinamento tra le due discipline. Non dettando alcun criterio di valutazione, infatti, la scelta tra gli istituti penalistici e la misura penitenziaria è anche in questo caso rimessa alla totale discrezionalità della Magistratura di Sorveglianza⁸¹. Così i criteri valutativi sono da ricercarsi nella giurisprudenza di legittimità, che, oltre ad aver affermato la possibilità di disporre *ex officio* la cd. detenzione domiciliare surrogatoria nell'ipotesi di istanza di rinvio⁸², ha altresì precisato alcuni principi direttivi di fondamentale importanza.

Sottolineando l'identità di presupposti alla base delle due misure, la S.C. ha anzitutto chiarito che il Tribunale di Sorveglianza è tenuto ad una duplice valutazione consistente dapprima nella verifica della sussistenza dei presupposti legittimanti il differimento e successivamente, vista l'assenza di parametri legislativi, il giudice deve procedere all'accertamento dell'adeguatezza della misura della detenzione domiciliare avendo 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 della durata della pena da scontare”*⁸³.

Rilevando poi come la *ratio* dell'opzione supplementare del co. 1 ter sia quella di contenere, a tutela della collettività, la pericolosità sociale di soggetti responsabili di gravi reati le cui condizioni di salute siano tuttavia incompatibili con la detenzione carceraria, la Corte ha chiarito che la previsione in esame prescinde dal divieto di applicazione del beneficio previsto per i condannati per i reati di cui all'art. 4 *bis* ord. penit.⁸⁴.

⁸¹ CESARIS L., *Sub art. 47 ter*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 565.

⁸² E ciò principalmente in virtù della considerazione che anche la misura della detenzione domiciliare si rivela essere comunque favorevole al condannato, vista la fungibilità di essa con la pena detentiva espianda, al contrario del differimento per il quale la pena si “congela” per poi essere nuovamente scontata nella sua interezza. Per *amplius* FIORIO C., *Salute del condannato e strumenti di tutela, cit.*, p. 94. In giurisprudenza si vedano *ex plurimis* Cass. pen., sez. I, 19 marzo 2001, n. 20480 Gabrielli, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1797; più recentemente: Cass. pen. sez. I, 03 marzo 2015, n. 12565, in *www.italgiure.it*.

⁸³ Cass. pen., sez. I, 17 luglio 1999, n. 4590, Hass; Cass. pen., sez. I, 6 marzo 2000, n. 656, Ranieri, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2493.

⁸⁴ Così come anche dalle altre preclusioni. Cass. pen., sez. I, 19 febbraio 2001, n. 17208, Mangino, *cit.*, anche Cass. pen., sez. I, 13 febbraio 2008, n. 8993, Squeo.

Infine è stato chiarito che oltre alla prognosi di pericolosità, l'opzione della detenzione domiciliare presuppone altresì la verifica circa la possibilità/capacità per il condannato di partecipare consapevolmente al processo rieducativo attuato attraverso gli interventi del servizio sociale⁸⁵.

Per concludere l'analisi delle ipotesi di detenzione domiciliare che attengono alla tutela della salute del condannato è infine da riprendere la disposizione di cui al 47 *quater*, che prevede la possibilità di accedere al beneficio in esame⁸⁶, senza i limiti di pena previsti dal 47 *ter.*, per il condannato affetto da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria accertate ai sensi dell'articolo 286-bis, comma 2 c.p.p. La misura è inoltre subordinata al fatto che il condannato abbia in corso o intenda sottoporsi ad *“un programma di cura e assistenza presso le unità operative di malattie infettive ospedaliere ed universitarie o altre unità operative prevalentemente impegnate secondo i piani regionali nell'assistenza ai casi di AIDS”*. È infine previsto che qualora il giudice non applichi o revochi la misura in esame (o quella prevista dal 47 *ord. penit.*) egli debba ordinare che il soggetto sia detenuto presso un istituto carcerario dotato di reparto attrezzato per la cura e l'assistenza necessaria.

Introdotta con la già citata L. 231/99, il legislatore con questa disposizione, così come con le modifiche apportate al 146 c.p. di cui si è detto sopra, ha voluto nuovamente intervenire nell'ambito della tutela della salute di quella particolare e vulnerabile categoria di soggetti affetti da quella che è stata definita la piaga del nuovo millennio. Anche in questo caso, come si è visto in riferimento all'art. 146 c.p., la volontà del legislatore di predisporre una peculiare tutela nasce da una comprensibile valutazione circa la vulnerabilità della categoria di soggetti in esame, per i quali il carcere costituisce un luogo altamente a rischio per l'eccessiva promiscuità, per il sovraffollamento, per le condizioni igieniche e per le carenze del servizio sanitario penitenziario non ancora in grado di gestire adeguatamente le patologie in esame⁸⁷. Non secondaria è poi la *ratio* di tutela della salute della collettività carceraria dal contagio che, sempre per gli elementi sopra indicati, si presenta molto spesso come difficilmente evitabile. Di significato è poi la previsione della subordinazione della misura alla

⁸⁵ Cass. pen., sez. I, 14 gennaio 2011, n. 4750, Tinelli.

⁸⁶ Oltre che alla misura dell'affidamento in prova al servizio sociale (47 *ord. penit.*) anche in questo caso senza i limiti ivi previsti.

⁸⁷ CESARIS L., *Sub art. 47 quater*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 588.

volontà di sottoporsi al programma terapeutico, che funge da incentivo al trattamento sanitario⁸⁸.

Nonostante ciò, i profili critici della disposizione in esame sono innegabili, andando nuovamente a creare una evidente disparità di trattamento nei confronti dei soggetti affetti da altrettanto gravi patologie, per le quali non sono previste disposizioni specifiche e dunque la misura della detenzione è subordinata ai limiti di pena dettati dall'art. 47 ter⁸⁹. Disparità di trattamento che pare ulteriormente aggravata dalla disposizione di cui al co. 9, art. 47 quater che prevedendo l'inoperatività dell'art. 4 bis va a consolidare una corsia preferenziale per i malati di AIDS rispetto ai malati comuni che pone non pochi dubbi di legittimità costituzionale⁹⁰.

Come è stato notato, sembra che il legislatore abbia nuovamente agito sulla spinta dell'onda emotiva, non considerando da un lato la possibilità anche per i soggetti in questione di avvalersi degli strumenti già previsti dell'ordinamento e dall'altro che la risolutività della problematica dell'infezione da HIV all'interno delle carceri richiede necessariamente di affrontare al contempo ed in maniera razionale tanto il problema della presenza negli istituti di soggetti sieropositivi asintomatici quanto quello dell'efficienza dei servizi sanitari penitenziari⁹¹.

Dunque, anche in questo caso, come nell'ipotesi di rinvio obbligatorio ex 146 c.p. introdotta dalla L. 296/93, la disposizione desta perplessità non sotto il profilo della scelta di tutela della salute dei soggetti affetti da queste patologie, che anzi pare condivisibile per via delle gravissime condizioni di salute che queste patologie comportano⁹², quanto invece per i mezzi attraverso cui il legislatore ha inteso perseguire questo fine, che, vale ripeterlo, richiede uno sforzo anche sul piano dell'adeguamento

⁸⁸ COMUCCI P., *Problemi applicativi della detenzione domiciliare*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, p. 213.

⁸⁹ LEONARDI M., GASPARI M., *La detenzione domiciliare*, Torino, 2017, p. 73.

⁹⁰ FIORIO C., *Salute del condannato e strumenti di tutela*, p. 88.

⁹¹ CESARIS L., *Sub art. 47 quater*, in (a cura di) GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 595. L'A., sottolinea in particolare come l'impressione suscitata dalla disposizione in esame sia quella di una scelta politica operata con la convinzione che dedicare una legge ai soggetti affetti da AIDS e consentire a questi l'accesso incondizionato alle misure alternative potesse di per sé risolvere la loro situazione, sostenendo infine che *“se davvero l'intento era quello di assicurare una tutela effettiva della salute, forse la strada da percorrere sarebbe stata quella di garantire effettivamente la vivibilità all'interno degli istituti penitenziari, assicurando condizioni igienico-sanitarie degne di un Paese che si dice civile e nel contempo quella di ristrutturare il servizio sanitario penitenziario così da offrire possibilità terapeutiche per tutte le malattie e non solo per gli affetti da AIDS”*

⁹² Così anche FIORIO C., *Salute del condannato e strumenti di tutela*, p. 88.

del servizio sanitario penitenziario alle esigenze di salute dei detenuti affetti da HIV (e da altre patologie non ancora facilmente gestibili nel contesto carcerario).

4.5 Il differimento facoltativo tra discrezionalità e onere motivazionale: la recente sentenza della Cassazione sul caso Riina

Come si è ampiamente detto, l'applicazione degli istituti del rinvio e della detenzione domiciliare cd. umanitaria, in assenza di criteri legislativi predeterminati, è rimessa alla discrezionalità dell'autorità giudiziaria alla quale viene richiesto di effettuare un delicato e complesso bilanciamento tra il principio di irrefragabilità della pena, le esigenze di difesa sociale, il principio di uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge senza distinzione di condizioni personali, il principio di umanità della pena e le correlate esigenze di tutela della salute del detenuto.

A questo proposito pare interessante analizzare la recente e nota sentenza della S.C. del 5 giugno 2017 n. 27766, resa sul caso Riina, con la quale il giudice di legittimità ha annullato con rinvio l'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Bologna che aveva rigettato l'istanza di differimento della pena ex art. 147 n. 3 c.p. nonché di detenzione domiciliare ex art. 47 *ter* co.1 *ter* ord. penit. presentata dal noto boss, detenuto in regime di 41 bis nella Casa di reclusione di Parma. La pronuncia, che ha censurato il provvedimento impugnato per i vizi di carente e contraddittoria motivazione sembra, infatti, emblematica della complessità del sotteso bilanciamento tra valori costituzionali fondamentali, che, per loro natura, non solo non assumono peso diverso a seconda del maggiore o minore spessore criminale del soggetto in questione ma soprattutto pongono a carico dell'autorità giudiziaria un onere di motivazione analitico e puntuale, quale contraltare di una discrezionalità altrimenti incontrollata ed incontrollabile.

Aldilà del clamore mediatico suscitato dalla pronuncia e derivante, a parere di chi scrive, da un fraintendimento in punto di diritto della *quaestio* affrontata dalla Corte, la sentenza citata presenta molteplici profili di interesse, prendendo posizione sulla nozione di "grave infermità fisica" ex 147 n. 3 c.p. e consolidando ulteriormente i principi in materia di bilanciamento e di onere motivazionale nell'ambito del complesso tema del differimento facoltativo e della detenzione domiciliare cd. in surroga.

Partendo dal principio della vicenda è opportuno anzitutto riprendere il contenuto dell'ordinanza n. 1391/2016 del Tribunale di Sorveglianza di Bologna che come già anticipato ha respinto integralmente le istanze proposte dal Riina.

Il provvedimento in questione si apre con l'analisi circa la possibilità di applicazione al caso di specie dell'art. 146 c.p. e dunque del differimento obbligatorio, eventualità che viene immediatamente esclusa sulla base delle constatazioni che le relazioni sanitarie, pur rilevando la gravità delle condizioni di salute del soggetto, non evidenziano l'inefficacia delle terapie curative, che anzi si rivelano assolutamente necessarie e suggeriscono dunque l'impossibilità di considerare le malattie di cui è affetto il ricorrente ormai giunte alla fase terminale. Il Tribunale passa poi a considerare l'applicabilità dell'istituto del rinvio facoltativo ed in particolare afferma che il differimento è concesso *“qualora la gravità della malattia determini una situazione di incompatibilità con lo stato di detenzione, e cioè che tale stato renda impossibile o eccessivamente difficoltoso il ricorso ai trattamenti necessari a fronteggiare adeguatamente i danni o i pericoli che la malattia stessa produce [...]”*. Inoltre, aggiunge altresì la necessità di verificare che l'infermità *“raggiunga un livello tale da collidere con il senso di umanità che sempre deve connotare la pena e con il principio di tutela della salute, entrambi valori di rilievo costituzionale”*.

Analizzando dunque le relazioni e la documentazione sanitaria il Tribunale arriva a sostenere la trattabilità delle patologie del Riina nel contesto carcerario, stante che per ciascuna patologia le condizioni apparivano tendenzialmente stazionarie. In particolare, quanto alla patologia cardiaca, i giudici notano che gli episodi di aggravamento erano stati adeguatamente fronteggiati con interventi di ricovero ex art. 11 ord. penit., mentre in merito al rischio di eventi cardiovascolari infausti, sottolineati espressamente dai sanitari dell'istituto, i giudici considerano tale *exitus* connaturale alle patologie e all'età avanzata del detenuto, non ritenendo che detto rischio, pari e comune a quello di ogni cittadino, potesse rendere *ex se* lo *status detentionis* privo del senso di umanità. Quest'ultimo, a detta della corte, non implica infatti l'esistenza di un vero e proprio diritto a spegnersi fuori dal carcere.

Ciò detto il Tribunale passa quindi al giudizio di bilanciamento con le esigenze di sicurezza ed incolumità pubblica in relazione alla pericolosità del soggetto, giungendo alla conclusione di ritenere presenti circostanze eccezionali tali da imporre

l'inderogabilità dell'esecuzione ovvero da contrastare con la possibilità di renderla meno afflittiva mediante la detenzione domiciliare. Secondo i giudici, infatti, la posizione di vertice assoluto all'interno dell'organizzazione criminale Cosa Nostra, la totale assenza di dissociazione del boss dalle sue condotte criminose e dalla sua appartenenza al sodalizio, l'ennesima condanna riportata nel 2013 per minacce al personale della polizia penitenziaria e la recente (e da questi elementi derivante) proroga del regime del 41 *bis* debbono far propendere per l'impossibilità di una prognosi negativa di recidivanza.

In conclusione, la Corte invita la Direzione dell'Istituto penitenziario ad ovviare nel più breve tempo possibile alle deficienze strutturali lamentate dalla difesa, che in particolare sottolineava l'impossibilità di collocare un letto rialzabile all'interno della cella per via delle sue ridotte dimensioni.

Avverso il rigetto così pronunciato ha dunque presentato ricorso per Cassazione il difensore del Riina denunciando in particolare il vizio di violazione di legge con riferimento agli articoli sopra citati e quello di contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione. Nel dettaglio la difesa lamentava la motivazione solo parziale in riferimento al requisito della "grave infermità fisica" richiesta dal 147 n.3 c.p., valutata nel provvedimento censurato con solo riguardo al profilo di adeguatezza delle cure e non anche con l'apprezzamento circa la (im)possibilità di configurare in dette circostanze il mantenimento dello *status detentionis* come trattamento contrario al senso di umanità vietato ai sensi del 27 co.3 Cost. e dell'art. 3 CEDU. Inoltre, si rilevava la contraddittorietà e l'illogicità della motivazione nella parte in cui, da un lato si ammetteva la compatibilità del regime penitenziario con le condizioni di salute dell'istante e dall'altro, nella conclusione, si invitava la Direzione a porre rimedio alle deficienze strutturali, ammettendo dunque in via implicita l'incompatibilità delle condizioni di salute con le risorse strutturali dell'istituto.

Analizzati tutti i profili ora riportati la Cassazione ritiene di accogliere il ricorso, e ciò argomentando in ordine a tre distinti profili fondamentali: l'esigenza di verifica puntuale del mancato superamento della soglia del trattamento contrario a umanità, la rilevanza, ai fini di questa valutazione, delle concrete condizioni di detenzione ed infine la necessità di effettuare la prognosi di recidivanza non in astratto ma in concreto ed

avendo riguardo all'incidenza delle gravi patologie sul rischio effettivo ed attuale di commissione di nuovi delitti.

Quanto al primo profilo la Corte osserva, in adesione al primo motivo proposto dal ricorrente, che il giudice di prime cure aveva motivato la compatibilità delle condizioni di salute con il regime carcerario avendo riguardo unicamente al profilo della trattabilità delle patologie in ambiente carcerario omettendo *“di considerare il complessivo stato morboso del detenuto e le sue generali condizioni di scadimento fisico”*. Riprendendo il filone maggiormente garantistico in materia di grave infermità fisica, gli Ermellini hanno quindi precisato che il concetto di grave infermità legittimante il differimento deve essere interpretato alla luce del principio di umanità della pena (27 co.3 Cost. e 3 CEDU) e dunque deve essere considerata tale non solo la patologia implicante un pericolo per la vita del detenuto, bensì *“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”*. Conseguenziale è quindi la precisazione che la valutazione deve tenere conto del complessivo stato di logoramento fisico dell'istante e motivare la compatibilità anche in ordine a questo profilo, con particolare attenzione alla valutazione dell'incidenza dell'età avanzata sullo stato fisico del soggetto, profilo anche quest'ultimo da motivare puntualmente. In merito all'argomentazione del Tribunale circa il rischio di *exitus* infausto come comune al consesso umano la Corte afferma al contrario l'esistenza, quale corollario del principio di umanità della pena, del diritto a morire dignitosamente, assicurato anche al detenuto ed in relazione al quale il rigetto deve espressamente e puntualmente motivare.

Con riferimento al secondo profilo i giudici di legittimità rilevano la contraddizione denunciata dal ricorrente ed evidente nella conclusione del provvedimento, ove il Tribunale aveva espressamente affermato, oltre all'esigenza di porre rimedio alle deficienze strutturali, altresì l'irrilevanza di queste al fine della valutazione di compatibilità. Precisa su questo punto la S.C. l'obbligo per il giudice di accertamento delle condizioni concrete di detenzione, parametro sulla base del quale deve essere svolta la verifica circa la conformità delle stesse a quel livello di dignità che deve essere assicurato anche in carcere. Non potendo il giudizio di compatibilità avere natura astratta, a detta della Corte, il Tribunale avrebbe dovuto adeguatamente valutare

se e come l'assenza del letto rialzabile si poteva tradurre in uno stato di fatto comportante il superamento della soglia di afflittività connaturata alla pena legale.

Gli Ermellini, infine, censurano la carenza di motivazione in punto di attualizzazione della valutazione sulla pericolosità del soggetto: pur non revocando in dubbio “*l’altissima pericolosità del detenuto Salvatore Riina e del suo indiscusso spessore criminale*”, infatti, la prognosi di recidivanza, a detta della Corte, non può basarsi unicamente su dette innegabili constatazioni ma deve tenere altresì conto dell’incidenza della sopravvenuta precarietà delle sue condizioni di salute sul rischio di commissione di nuovi delitti e dunque motivare in ordine al pericolo di recidivanza nonostante lo stato di decozione del soggetto.

Ripreso il contenuto della sentenza pare ora opportuno analizzare i principi enunciati dalla Corte per verificarne il grado di innovatività rispetto alla giurisprudenza precedente. Come si evidenziava sopra in tema di 147 c.p. il concetto di “grave infermità fisica” richiesto ai fini del differimento facoltativo è una nozione di difficile interpretazione, che ha occupato molto spesso la giurisprudenza di merito e di legittimità. Proprio la difficoltà interpretativa ha portato ad una giurisprudenza complessa, talvolta oscillante che dapprima consolidatasi su una concezione relativa della gravità dell’infermità, da valutarsi quindi in riferimento alla possibilità di cure adeguate in permanenza dello *status detentionis*⁹³, ha poi aggiunto alla necessità di tale valutazione, l’esigenza ulteriore di verifica puntuale della possibilità di configurare la detenzione nelle concrete condizioni di salute dell’istante come rispettosa del principio di umanità della pena⁹⁴. Da ciò ne è derivata l’affermazione, ripresa dalla sentenza in esame e in molte sentenze precedenti, che lo stato patologico legittimante il differimento non è solo quello che pone in pericolo la vita del detenuto ma anche l’infermità che provoca altre rilevanti conseguenze dannose sul soggetto⁹⁵, così come “*ogni stato morboso o scadimento fisico capace di determinare una situazione di*

⁹³ Cass. pen., sez. I, 25 luglio 1991 n. 2800, cit., in Cass. pen., sez. I, 20 marzo 1991, n. 1368, Maesano; cit. Cass. pen., sez. I, 6 maggio 1994, n. 2080, Conti, cit.

⁹⁴ *Inter multis* Cass. pen., sez. I, 27 novembre 1996, Calzolaio, cit.; Cass. pen., sez. I, 19 febbraio 2001, n. 17208, cit.

⁹⁵ *Ex multis* Cass. pen. Sez. I, 6 dicembre 2007, n. 45758 cit.; Cass. pen. Sez. I, 1 aprile 2016, n. 13211, cit.

esistenza al di sotto di una soglia di dignità da rispettarsi pure nella condizione di restrizione carceraria”⁹⁶.

Argomentando in ordine alla *ratio* dell’istituto del rinvio quale norma volta ad evitare al condannato trattamenti inumani e di sottrarlo ad una pena di fatto più grave di quella irrogatagli, in quanto espiata in condizioni di salute particolarmente gravi, la giurisprudenza di legittimità è quindi arrivata, come si evidenziava *supra*, ad enucleare il concetto di gravità come ricorrente qualora ricorrano le seguenti situazioni:” *in quanto la prognosi sia infausta quoad vitam, oppure il soggetto possa giovare, in libertà di cure e trattamenti indispensabili che non sia possibile praticare in stato di detenzione, neppure mediante ricovero in ospedali civili o in altri luoghi esterni di cura ai sensi dell’art. 11, co. 2, ord. penit., oppure ancora, a causa della gravità delle condizioni, l’espiazione della pena si appalesi in contrasto con il senso d’umanità”.*

È proprio in questo contesto che deve essere letta la sentenza in esame, che richiede implicitamente, ai fini del rigetto dell’istanza di differimento, che tutte e tre le situazioni sopra riportate debbano essere escluse dal giudice di prime cure, il quale deve espressamente analizzare e motivare in ordine a ciascun profilo. Così la Cassazione, senza entrare nella valutazione di merito, ha censurato la parziale motivazione sul punto, in sostanza sostenendo, come già effettuato in altre pronunce, che la possibilità di fruire di cure adeguate non implica per ciò solo la possibilità di escludere che la detenzione si riveli, nel caso di specie, come trattamento non conforme ad umanità e dunque in contrasto con l’art. 27 co. 3 Cost. e 3 CEDU⁹⁷. In particolare, la S.C. aveva

⁹⁶ Oltre alle sentenze espressamente citate dalla Corte (Cass. pen., sez. I, 8 maggio 2009, n. 22373, Aquino, *cit.*, Cass. pen., sez. I, 24 gennaio 2011 n. 16681, Buonanno, *cit.*) si vedano anche *inter multis* Cass. pen., sez. I, 03 luglio 2013, n. 23930, in www.italggiure.it; Cass. pen., sez. I, 9 luglio 2014, n. 11865, in www.italggiure.it.

⁹⁷ In proposito si veda ad esempio la sent. Cass. pen., sez. I, 20 maggio 2013, La Quatra, in www.italggiure.it, che in un caso simile (il soggetto era anch’egli affiliato a Cosa Nostra, in particolare al clan di Giuseppe Madonia) ha confermato la decisione del Tribunale di Sorveglianza dell’Aquila che aveva concesso la detenzione domiciliare ex 47 *ter* 1 *ter* ord. penit. rilevando che “*benchè le valutazioni di carattere strettamente sanitario [che rilevavano l’insussistenza di patologie non trattabili in regime carcerario n.d.A.] avrebbero potuto essere confermate, le patologie, nel loro complesso, implicavano una sofferenza aggiuntiva a quella derivante dalle restrizioni tipiche dell’esecuzione della pena, di entità tale da rendere l’espiazione intramuraria contraria al senso di umanità”* e ciò anche in considerazione dell’assenza del pericolo di commissione di delitti proprio per via delle condizioni di salute del soggetto istante. Nello stesso senso anche Cass. pen., sez. I, 20 novembre 2014, n. 48328, in www.italggiure.it; o ancora in Cass. pen., sez. I, 20 novembre 2014, 28 settembre 2015, n. 39140 in cui la Corte censura il provvedimento del Tribunale dell’Aquila “*che nella sintesi conclusiva della decisione ha ritenuto che l’esecuzione della pena dovesse proseguire in regime carcerario per non essere integrate le caratteristiche volute dalle norme di riferimento dalla sola sussistenza di plurime e gravi patologie”* sottolineando in particolare come occorresse “*anche l’accertamento che il regime di detenzione*

già rilevato l'esigenza, in ipotesi di quadro patologico particolarmente grave, di motivare con specifico riguardo alle necessità di tutela del diritto alla salute e al divieto di trattamenti contrari al senso di umanità⁹⁸. Nel caso di specie, poi, oltre al quadro patologico complesso la situazione era altresì aggravata dall'avanzata età del ricorrente, che, come chiarito dalla Corte nella sentenza in esame e in altre pronunce⁹⁹, deve, essendo tale elemento potenzialmente in grado di aumentare il grado di afflittività della pena, essere oggetto di specifica analisi e motivazione. In sostanza, la Corte con la sentenza in esame si pone in linea con la sua precedente giurisprudenza dalla quale emerge, per semplificare, che tanto più le patologie si rivelano essere gravi, quanto più il giudice ha un onere di motivazione puntuale qualora ritenga di non ravvisare nella detenzione del soggetto malato una sofferenza aggiuntiva legittimante il differimento. Sempre nel solco di questa giurisprudenza particolarmente garantista si colloca poi la precisazione circa la necessità di valutare le concrete condizioni di detenzione, essendo il giudizio di compatibilità strettamente connesso con la situazione fattuale e dunque subordinato all'idoneità della struttura penitenziaria a garantire l'effettivo rispetto della dignità del soggetto detenuto¹⁰⁰.

Infine, è da notare che anche il profilo riguardante la necessità di attualizzazione della valutazione della pericolosità sociale è affrontata in numerose ulteriori pronunce, che hanno ugualmente sottolineato la necessità di valutare la stessa tenendo in

intramuraria non possa assicurare l'apprestamento di adeguate cure e trattamenti, invece nella specie assicurati, neppure ha svolto alcuna riflessione critica in relazione al principio consolidato -derivante dalla necessità (ex art. 27, comma 3, Cost., e art. 3 Convenzione EDU) che la pena on si risolva in un trattamento inumano o degradante."

⁹⁸ A proposito si veda per esempio Cass. pen., sez. I, 14 ottobre 2016, n. 43576, in www.italgiure.it, in con cui la Corte ha annullato con rinvio la decisione di rigetto del Tribunale di Sorveglianza di Palermo sostenendo che *"pur soffermandosi sulle patologie da cui è affetto il M.,[...] il Collegio a quo non approfondisce l'incidenza di dette condizioni di salute sul trattamento penitenziario. Mentre, alla luce dei principi costituzionali sopra evidenziati a fondamento dell'espiazione della pena detentiva, sarebbe stata necessaria un'adeguata, puntuale e congrua motivazione da parte di detto Giudice [...]"*

⁹⁹ Oltre alle sentenze citate dalla Corte (Cass. pen. sez. I, 13 luglio 2016, n. 52979; Cass. pen. sez. I, 01 dicembre 2015, n. 3262) si vedano anche Cass. pen., sez. I, 14 ottobre 2016, n. 43576, *cit.*, Cass. pen., sez. I, 20 novembre 2014, n. 48328, *cit.*, con cui la Cassazione ha annullato l'ordinanza del Tribunale di Perugia che aveva *"ritenuto di escludere che le condizioni di salute del detenuto siano «al di sotto della soglia minima di dignità umana» senza valutare l'età del detenuto e, con essa, la compatibilità delle condizioni anzidette con la finalità rieducativa del trattamento in carcere in rapporto alla attuale pericolosità del condannato."*

¹⁰⁰ Nello stesso anche Cass. pen., sez. I, 3 giugno 2013, n. 23930 in www.italgiure.it.

considerazione le possibili limitazioni del pericolo di commissione di nuovi delitti per via delle precarie condizioni di salute del soggetto¹⁰¹.

Ciò detto con riguardo alla possibilità di inserire la pronuncia in esame nell'ora riportato filone giurisprudenziale, pare comunque impossibile non rilevare al contempo la sussistenza di ulteriore orientamento che, pur partendo dalla medesima concezione ampia di grave infermità sopra richiamata, sembra non richiedere il medesimo livello di puntualità della motivazione sul profilo specifico del rispetto del principio di umanità della pena e di esigenze di tutela della salute. In altre parole, in alcune pronunce viene ritenuta sufficiente una motivazione anche succinta in ordine a questo profilo, limitandosi la Corte in concreto a verificare che il Tribunale di Sorveglianza abbia esaminato il quadro clinico e la possibilità di cure adeguate pur permanendo lo *status detentionis*¹⁰².

In ogni caso l'orientamento al quale la Corte ha aderito nel caso di specie pare essere quello che permette una migliore valorizzazione del diritto alla salute del detenuto e dunque sembra porsi maggiormente in linea con i principi costituzionali e con quelli enunciati dalla Corte EDU in relazione all'art. 3 CEDU. In particolare, le sentenze del filone maggiormente garantistico sembrano recepire la posizione consolidata del giudice di Strasburgo in materia di compatibilità delle condizioni di salute con il regime detentivo, enunciate da ultimo nei confronti del nostro Stato con la pronuncia Contrada (n.2)¹⁰³. In detta sentenza, peraltro citata espressamente da alcune pronunce della Cassazione¹⁰⁴, la Corte EDU oltre a ripetere il principio fondamentale secondo cui la mancanza di cure mediche adeguate e, più in generale, la detenzione di una persona malata in condizioni non adeguate, può in linea di principio costituire un trattamento contrario all'articolo 3 CEDU, ha altresì chiarito gli elementi alla base del giudizio di compatibilità ovvero: a) la condizione del detenuto, b) la qualità delle cure

¹⁰¹ Così ad esempio in Cass. pen., sez. I, 9 luglio 2014, n. 11865, *cit.*; Cass. pen., Sez. I, 21 dicembre 2016, n. 54448 in www.italgiure.it.

¹⁰² Così ad esempio *inter multis*: Cass. pen. Sez. I, 3 giugno 2013, n. 23908 in www.italgiure.it, in cui in particolare la Corte rileva altresì l'irrelevanza della drammatica situazione logistica ed ambientale dell'Istituto in questione (drammaticità peraltro sottolineata dal P.G. ricorrente). Nello stesso senso pare poi anche la precedente sentenza resa sul caso Riina (Cass. pen., sez. I, 12 luglio 2016, n. 29304 in www.italgiure.it).

¹⁰³ Corte EDU, 11 febbraio 2014, Contrada c. Italia (n. 2), *cit.*, su cui si veda §1.6.7 in particolare per il profilo inerente la questione della prevalenza, nel caso di specie, delle esigenze di tutela della salute sulle contrapposte esigenze di tutela della collettività derivanti dalla pericolosità sociale del soggetto.

¹⁰⁴ *Inter multis* si veda la recente Cass. pen., sez. I, 25 maggio 2017, n. 26380 in www.italgiure.it, che riprende le principali sentenze EDU in tema rese nel corso del 2016.

dispensate e c) l'opportunità di mantenere lo stato detentivo alla luce delle condizioni di salute del ricorrente¹⁰⁵. Alla luce di questi elementi ha quindi rilevato che, nonostante la possibilità per il Contrada di fruire di cure nel contesto carcerario, la gravità delle patologie da cui era affetto faceva propendere per una valutazione negativa della compatibilità delle sue condizioni di salute con il regime penitenziario.

Dunque l'onere motivazionale specifico in punto di rispetto del principio di umanità enunciato dalla S.C. nella sentenza Riina pare far riferimento implicitamente al terzo requisito richiesto dalla Corte di Strasburgo ai fini della compatibilità, che prescinde dalla possibilità e dal livello di cure (requisito n.2), richiedendo quindi una valutazione aggiuntiva e non alternativa rispetto a quella concernente le terapie attuabili nel contesto penitenziario.

¹⁰⁵ Elementi peraltro già rilevati in altre sentenze con cui i giudici di Strasburgo hanno condannato l'Italia per via dell'incompatibilità delle condizioni di salute con il regime detentivo, come nelle sentenze Scoppola e nella sentenza resa nel caso Cara-Damiani (Corte EDU, 10 giugno 2008, *Scoppola v. Italy (n.1)*, cit., Corte EDU, 7 febbraio 2012, *Cara-Damiani v. Italy*, cit., Corte EDU, 17 luglio 2012, *Scoppola v. Italy (n. 4)* cit.),

CONCLUSIONE

Persistenti criticità e prospettive di riforma

Il presente lavoro ha consentito di mettere in luce come il diritto alla salute in generale e dunque anche il diritto alla salute del detenuto sia tutelato tanto nel diritto internazionale quanto in quello nazionale secondo una duplice accezione: come diritto alla conservazione dell'integrità psico-fisica da un lato e come diritto a prestazioni sanitarie dall'altro. Per quanto concerne il primo profilo, la tutela di detto diritto implica, come visto, la necessità del divieto di atti lesivi della altrui integrità fisica da parte di terzi, divieto questo che assume un ruolo centrale nel contesto penitenziario, storicamente caratterizzato da dinamiche di violenza sui detenuti. Nonostante i grandi passi avanti compiuti nel percorso verso la riconduzione dell'ambiente penitenziario alla legalità, le ipotesi di maltrattamenti sui soggetti ristretti costituiscono ancora oggi una grave problematica degli istituti penitenziari. Questo, sia in generale negli Stati facenti parte del Consiglio d'Europa, sia in Italia, come emerge dalla giurisprudenza EDU, da quella nazionale ed, infine, con riferimento specifico al nostro Paese, anche dal recentissimo rapporto del CPT¹. Altro aspetto fondamentale, non sempre posto nella giusta evidenza è l'esigenza, sempre per la tutela del diritto alla conservazione dell'integrità psico-fisica, del rispetto di standard in materia di condizioni detentive, stante il fortissimo impatto delle condizioni ambientali sulla salute psico-fisica del soggetto detenuto. In questo ambito si è visto che rilievo centrale assumono le norme in materia spazio minimo della cella detentiva, di igiene degli istituti, di adeguatezza del vestiario e dell'alimentazione, di permanenza all'aperto. Queste norme, volte alla cd. tutela della salute preventiva del detenuto, risultano ancora oggi di difficile attuazione, e ciò negli istituti penitenziari nazionali come in quelli europei in generale. La ragione di ciò è spesso da ravvisare nei ridotti investimenti finanziari in quest'ambito, che rendono la realtà penitenziaria molto spesso lontanissima rispetto al dato normativo e non di rado non conforme al paradigma di umanità della pena.

Quanto al profilo attinente al diritto alla salute *sub specie* diritto sociale e quindi all'assistenza sanitaria in carcere, si sono messe in luce le esigenze, dettate anche in

¹ CPT/Inf (2017) 23, pubblicato in data 8 settembre 2017.

questo caso tanto da norme internazionali quanto da norme nazionali, di garanzia al detenuto di assistenza medica adeguata, che in virtù del principio di equivalenza delle cure, deve essere assicurata al detenuto in maniera non difforme rispetto a quella garantita alla popolazione generale. Anche in questo caso però il distacco tra le previsioni normative e la realtà fattuale dell'ambiente carcere è fatto notorio e pertanto l'equivalenza delle cure risulta essere un obiettivo di centrale priorità al fine di garantire l'umanità della pena e la dignità della persona, la quale non può subire compressioni per via dello *status detentionis*.

Come si è visto, nel nostro ordinamento il riconoscimento della titolarità del detenuto di posizioni giuridiche soggettive, previste espressamente a livello internazionale dalle Regole ONU sul trattamento penitenziario e dalle Regole penitenziarie europee (le cui prime versioni risalgono rispettivamente al 1955 e al 1973), è avvenuto mediante la cd. legge di riforma penitenziaria (L. 354/75) che ha superato il modello pre-costituzionale e che ha allineato, almeno sul piano normativo, la sanzione detentiva al dettato costituzionale ed in particolare all'art. 27 co. 3. D'altra parte, la legge di riforma non prevede un espresso catalogo di diritti che devono essere riconosciuti al soggetto *in vinculis*, regolando invece aspetti particolari e momenti della vita penitenziaria dai quali emergono obblighi dell'amministrazione penitenziaria e di converso ed indirettamente diritti del detenuto. Ciò ha provocato e ancora provoca notevoli difficoltà nell'individuazione delle concrete posizioni soggettive del detenuto che sono così individuate dalla dottrina e dalla giurisprudenza. In particolare si è visto che la dottrina usualmente riconduce al diritto alla salute riconosciuto all'art. 32 Cost. le norme riguardanti la prevenzione sanitaria, volte ad assicurare condizioni ambientali ed igieniche compatibili con il mantenimento dell'integrità fisica (art. 5-10 ord. penit), e la norma centrale in materia di servizio sanitario penitenziario, ossia l'art. 11 ord. penit.

Attraverso l'analisi delle disposizioni 5-10 dell'ordinamento penitenziario, si sono evidenziate le maggiori criticità del sistema, sia per quanto riguarda la problematicità di alcune previsioni normative quanto e soprattutto per via della mancata attuazione nella pratica di molte delle direttive legislative e regolamentari. In particolare, vale sottolineare nuovamente l'estrema urgenza di un intervento in materia di edilizia penitenziaria, essendo che in molti casi gli edifici risalgono a tempi remoti e dunque si caratterizzano per spazi in cui sono difficilmente perseguibili attività

concretizzanti le funzioni rieducative della pena, oltre ad essere luoghi che, in generale, aggravano la deprivazione sensoriale derivante dalla detenzione².

Sempre in questo ambito, come si diceva, problematica risulta essere la mancata attuazione in molti istituti della disposizione in materia di organizzazione del refettorio, con la conseguenza che la regola secondo cui i pasti sono consumati in locali all'uopo adibiti (art. 9 co. 2 ord. penit.) risulta essere inosservata nella maggior parte degli istituti nazionali. Giova ripetere che, oltre a privare i detenuti di un fondamentale momento di socialità, la prassi attuale di consumazione dei pasti all'interno delle celle pone problemi di natura igienica e soprattutto pare poco rispettosa della dignità del detenuto, vista l'assenza in molti casi di superfici di appoggio idonee e la conseguente necessità di consumazione dei pasti sul letto ovvero con turnazioni per l'occupazione dei tavoli e degli sgabelli.

Altra disposizione di cui si è rilevata la mancata attuazione in molti istituti è quella concernente la separazione tra stanze di pernottamento e servizi igienici, i quali altre volte sono condivisi da un numero eccessivo di detenuti, risultando anche in questo caso necessarie dinamiche di turnazione ed a volte vere e proprie limitazioni quanto alla disponibilità di acqua (fredda o calda), in spregio oltre che delle disposizioni nazionali anche delle Regole Penitenziarie europee e delle cd. Mandela Rules.

Per ciò che concerne il profilo normativo, poi, si è evidenziata l'esigenza di un intervento legislativo in grado di declinare il concetto di "ampiezza sufficiente" delle celle di detenzione, anzitutto per porre fine alla tendenza dell'Amministrazione penitenziaria di aumentare la capienza degli istituti "ad elastico", a seconda delle esigenze e facendo leva sulla non vincolatività del criterio dei 9 mq stabiliti dalle circolari ministeriali. Come si è visto, poi, l'introduzione di una norma sullo spazio minimo (peraltro presente in molti Stati facenti parte del Consiglio d'Europa) potrebbe fungere da standard minimo di tutela della salute preventiva del detenuto e fornire un'indicazione univoca ai Magistrati di Sorveglianza per le vertenze ex 35 *bis* e per orientare l'interpretazione della giurisprudenza della Corte EDU per le vertenze ex 35

² A questo proposito si vedano le proposte di intervento avanzate dal Tavolo 1 (Spazio della pena: architettura e carcere) degli Stati Generali che hanno effettuato delle interessanti ricerche in questo ambito, anche in chiave comparatistica, partendo dalla premessa che "dove non c'è attenzione agli spazi della pena generalmente non c'è neppure attenzione alla dignità del detenuto, alla sua riabilitazione e alla creazione di opportunità per un suo reinserimento sociale". Cfr. Relazione finale del Tavolo 1, in www.giustizia.it, p. 13.

ter, evitando orientamenti giurisprudenziali opposti e ingeneranti giocoforza ingiustizie comparative. Su questo profilo auspicabile sarebbe altresì la previsione di regole fisse in materia di computo dello spazio individuale, sempre per il motivo appena precisato.

Con riguardo all'assistenza sanitaria in carcere, si sono viste le ragioni per cui, nonostante l'introduzione del diritto a prestazioni sanitarie del detenuto, avvenuto attraverso la previsione di cui all'art. 11 ord. penit., nemmeno la riforma penitenziaria del 1975 abbia segnato una vera e propria attuazione del diritto alla salute *sub specie* diritto sociale. L'autonomia del servizio sanitario penitenziario rispetto al SSN, sostenuta da rilievi circa la peculiarità dell'assistenza sanitaria nel contesto carcerario, ha di fatto comportato la presenza di un apparato sanitario parallelo a quello esterno e che garantiva prestazioni più limitate e di livello inferiore rispetto a quelle assicurate alla generalità della popolazione.

Così, si sono sottolineati i motivi per cui la riforma della medicina penitenziaria sia da salutare con favore, visto l'intento di superamento di un modello fortemente anacronistico che portava con sé il rischio di porre la medicina penitenziaria a servizio delle esigenze "custodialistiche" proprie dell'ambiente carcerario. D'altra parte, si è altresì evidenziato che in quest'ambito la legge di riforma non è che un primo passo verso un'assistenza sanitaria non deteriore per il *soggetto in vinculis*. Per un cambiamento effettivo risultano anzitutto fondamentali gli sforzi a livello regionale al fine di omogeneizzare l'accesso del detenuto alle prestazioni sanitarie, ancora fortemente diversificate a seconda della Regione di ubicazione dell'istituto.

Sul piano generale, invece, si è rilevata l'esigenza di investimenti maggiori in quest'ambito, vista la necessità di proporzione tra i fondi investiti e il "rischio di salute", che si è visto essere di molto maggiore nei contesti detentivi. Anche a seguito della riforma si è constatata esservi un'insufficienza di risorse che si riverbera sulla quantità e sulla qualità delle prestazioni sanitarie offerte al soggetto detenuto e si è quindi sottolineato che, nonostante il diritto a prestazioni sanitarie sia pacificamente ricondotto alla categoria dei diritti finanziariamente condizionati, dall'altro lato vi è comunque da tenere in considerazione l'esigenza fondamentale di rispetto del cd. nucleo irriducibile del diritto alla salute, che è per sua natura incompressibile e dunque non subordinabile o variabile a seconda dello *status* del soggetto.

Di primaria importanza ai fini della presa di coscienza dell'esigenza di una maggiore attenzione all'assistenza sanitaria in carcere risulta quindi essere, come rilevato, l'implementazione di sistemi di monitoraggio delle condizioni di salute della popolazione detenuta, stante che un corretto funzionamento dei meccanismi di rilevazione epidemiologica risulta essere il presupposto fondamentale per l'adeguata programmazione della spesa sanitaria, che abbisogna di dati completi ed aggiornati sui "bisogni di salute" dei soggetti privati della libertà personale.

Quanto al personale medico operante all'interno degli istituti si è rilevata l'esigenza di una traslazione da un approccio meramente prestazionale ad un approccio "di presa in carico" dei soggetti in *status detentionis*, in grado di fronteggiare nel complesso ed in maniera maggiormente adeguata le alterazioni dello stato di salute derivanti dalla carcerazione. Per questo motivo, così come più in generale per l'esigenza di tendere ad un modello in cui non vi siano forti criticità nel rapporto fiduciario tra medico e paziente, di fondamentale importanza è il rilievo circa l'esigenza di riallineare il numero dei medici (così come in generale del personale sanitario) al numero dei soggetti detenuti, in modo da non subordinare l'adeguatezza delle cure al numero di soggetti presenti nell'istituto.

Al fine di aumentare il livello di prestazioni offerte ai detenuti e in ottica di modernizzazione, sembra poi opportuno implementare, come notato dal Tavolo 10 (Salute e disagio psichico) degli Stati Generali, le possibilità offerte dallo sviluppo tecnologico, tanto sul fronte della telemedicina, già sperimentata in alcuni istituti nazionali e che consente di ridurre il numero delle traduzioni ed i relativi costi nonché di assicurare prestazioni sanitarie in tempi più rapidi, quanto su quello della cartella clinica digitale, che pur prevista espressamente dal d.p.c.m. del 2008 è funzionante solo in alcune Regioni, e di cui dunque deve prevedersi l'operatività sull'intero territorio nazionale, al fine di assicurare sia il diritto alla continuità terapeutica sia una maggiore efficienza del sistema³.

Ancora, si è sottolineata l'esigenza di intendere correttamente il principio di uguaglianza delle cure, volto alla parificazione delle prestazioni offerte *intra* ed *extra* moenia ma che al contempo non vieta che siano altresì tenute in conto le peculiarità dell'assistenza sanitaria in carcere e gli specifici "bisogni di salute" connessi allo *status*

³Cfr. Relazione finale del Tavolo 10 (Salute e disagio psichico) degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, *passim*.

detentionis. Solo in questo modo, garantendo trattamenti diversi per situazioni diverse - come il principio di uguaglianza ex art. 3 Cost. in generale richiede - sembra possibile raggiungere un'effettiva equiparabilità della situazione interna ed esterna al carcere per ciò che concerne il diritto alla salute *sub specie* diritto sociale.

Sempre in prospettiva generale si è sottolineata ampiamente l'esigenza di restringere al minimo le compressioni del diritto alla salute derivanti da esigenze processuali e di sicurezza, interessi che, pur meritevoli di centrale attenzione, devono nondimeno essere valutati nella loro effettività, e non aprioristicamente e sulla base di mere prassi interne. Quanto detto assume, come si è visto, una rilevanza centrale nelle ipotesi di limitazione dell'autodeterminazione sanitaria, sia attiva che passiva, limitazione che, pur essendo nei contesti detentivi in alcune situazioni necessaria, è in ogni caso da considerarsi eccezionale e dunque giustificata solo ove ve ne sia l'effettiva esigenza.

Anche sul piano dell'assistenza sanitaria per ciò che concerne il livello normativo sarebbero auspicabili delle modifiche all'art. 11 ord. penit., per adattare la disciplina del servizio sanitario penitenziario al nuovo modello di sanità intra ed extramuraria promosso attraverso la legge di riordino della medicina penitenziaria.

In questo senso si muove anche la delega in materia di riforma dell'ordinamento penitenziario, delega che, come si diceva in apertura di questo lavoro, a seguito di un *iter* legislativo particolarmente lungo, è stata inglobata all'interno della cd. riforma Orlando (L. 103/2017). In particolare, il co. 85 dell'articolo unico della legge appena citata prevede espressamente alla lettera l) un intervento in materia di "revisione delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario alla luce del riordino della medicina penitenziaria disposto dal decreto legislativo 22 giugno 1999, n. 230, tenendo conto della necessità di potenziare l'assistenza psichiatrica negli istituti di pena". Di rilievo è poi il criterio di cui alla lettera m) che indica l'esigenza di esclusione del sanitario dal consiglio di disciplina istituito presso l'istituto penitenziario.

Come noto, al fine dell'esercizio della delega in questione, il 19 luglio 2017 il Ministro della Giustizia Andrea Orlando ha istituito presso l'Ufficio Legislativo tre Commissioni di studio per l'elaborazione degli schemi di decreto legislativo per la riforma dell'ordinamento penitenziario ed alla prima di queste Commissioni è stato affidato il compito di occuparsi, oltre che delle modifiche in materia di disciplina delle

misure di sicurezza, anche degli interventi in materia di riforma dell'assistenza sanitaria in carcere⁴. Vi è quindi da sperare che possano essere recepite le proposte di modifica da tempo auspiccate in dottrina e la cui necessità è stata costantemente ripetuta dai maggiori esperti in materia.

Già la Commissione Giostra aveva a suo tempo elaborato una serie di soluzioni atte ad intervenire sulle maggiori criticità della disposizione di cui all'art. 11 ord. penit.⁵, soluzioni che chiaramente non sono state accolte dal legislatore del periodo post-Torreggiani, limitatosi agli interventi più urgenti e finalizzati da un lato all'obiettivo di deflazione carceraria e dall'altro all'introduzione dei rimedi richiesti in sede di Consiglio d'Europa.

Alcuni interventi suggeriti dalla Commissione Giostra sono ora ripresi all'interno delle "*Proposte di attuazione della legge delega di riforma dell'ordinamento penitenziario*", documento contenente molteplici proposte avanzate dai maggiori esperti di esecuzione penale per la modifica della normativa attuale su ciascuno dei criteri della delega e costituente un prezioso punto di riferimento per il legislatore delegato e per il dibattito politico e culturale sulla riforma in atto⁶.

In materia di art. 11, interessanti sono le proposte enucleate in tema di modifica delle competenze a disporre dei trasferimenti *extra moenia*, trasferimenti che, come si è ampiamente visto, risultano essere di centrale importanza ai fini della tutela della salute del detenuto nelle ipotesi in cui la situazione non sia fronteggiabile attraverso le risorse interne agli istituti ovvero ai centri clinici dell'amministrazione penitenziaria.

Auspicabile è anzitutto il recepimento della proposta di Fiorentin di inserimento di un co. 2 *ter* che preveda espressamente il potere del Direttore dell'istituto di disporre del trasferimento in caso di urgenza⁷ in quanto, come si è visto, attualmente detto potere risulta essere previsto solo in via incidentale dall'art. 11 mentre è previsto in maniera

⁴ Alle altre due commissioni è stato affidato il compito di occuparsi rispettivamente della riforma in materia di ordinamento penitenziario minorile e della riforma dell'ordinamento penitenziario nel suo complesso. È inoltre espressamente previsto che le tre commissioni si avvalgano delle elaborazioni degli Stati Generali. Per maggiori informazioni si veda il comunicato stampa del 19 luglio 2017 "Giustizia: Orlando istituisce commissioni elaborazione decreti riforma O.P." in www.giustizia.it.

⁵ Cfr. Documento conclusivo della Commissione Giostra, *cit.*, p. 1 e ss.

⁶ Nell'interessantissimo documento curato da Glauco Giostra e Pasquale Bronzo, continuazione ideale del *working paper* "Carceri: materiali per la riforma" è prevista, come nel paper, una scheda per ogni criterio di delega, con anche molteplici differenti proposte. Entrambi i documenti ora citati sono consultabili in www.penalecontemporaneo.it.

⁷ FIORENTIN F., *Modifiche in tema di assistenza sanitaria*, in (a cura di) GIOSTRA G., BRONZO P., *Proposte di attuazione della legge delega di riforma dell'ordinamento penitenziario*, *cit.*, p. 226 e ss.

espressa solo nella fonte regolamentare (art. 17 co. 8). Sempre al fine di allargare la competenza del Direttore è inoltre suggerita l'eliminazione del riferimento all' "estrema urgenza" contenuto all'art. 17 co.8, per riconoscere a questo la competenza diretta in tutti i casi di urgenza, senza riguardo al grado di questa.

Altra proposta interessante è poi quella di Bortolato, il quale propone, a ragione, di prevedere la possibilità di delega del potere autorizzatorio da parte del Magistrato di Sorveglianza al Direttore, secondo prassi già attuate in alcuni Uffici di Sorveglianza⁸. Detta modifica, ispirata al criterio di semplificazione previsto nella delega alla lettera a), è volta ad estendere la competenza del vertice amministrativo anche nei casi ordinari, al condivisibile fine di "deflazionare il carico dei procedimenti di natura monocratica presso gli uffici di sorveglianza" visti i complessi adempimenti richiesti attualmente per l'autorizzazione di cui all'art. 11 co. 2, che risultano essere sproporzionati rispetto alla ridotta attività valutativa da parte del Magistrato di Sorveglianza.

Nell'ottica di razionalizzazione delle procedure e di maggiore efficienza della risposta del sistema alle esigenze di salute della popolazione detenuta, si colloca poi anche la proposta di rivisitazione del riparto di competenze tra Magistrato di Sorveglianza e giudice precedente la cui disciplina, che si è vista essere attualmente contenuta in parte nella legge di ordinamento penitenziario ed in parte nel codice di rito, è stata spesso fonte di dubbi interpretativi ingeneranti non di rado disservizi e ritardi applicativi.

Così la proposta di Fiorentin è quella di valorizzare il principio per cui la competenza è distribuita con riferimento alla posizione giuridica del detenuto, riconoscendo a capo del giudice precedente il potere autorizzatorio non solo fino alla pronuncia in primo grado, bensì fino alla condanna definitiva. Oltre a prevedere la competenza a disporre attraverso "ordinanza", in linea con quanto ora previsto dall'art. 240 disp. att. c.p.p. e vista la natura dei valori costituzionali implicati, la proposta è quindi quella di modificare il co. 2 dell'art. 11 nel senso di prevedere che "Se procede un giudice collegiale, il provvedimento è adottato dal presidente del tribunale o della corte di assise. Prima dell'esercizio dell'azione penale, provvede il giudice per le indagini preliminari. Se è proposto ricorso per cassazione, provvede il giudice che ha

⁸ BORTOLATO M., *Trasferimenti in luoghi di cura: delega al direttore*, in *Proposte di attuazione*, cit., p. 225.

emesso il provvedimento impugnato. Dopo la sentenza definitiva di condanna, provvede il Magistrato di Sorveglianza”⁹.

In linea con le competenze così ridisegnate, si propone altresì di estendere la competenza del giudice procedente per tutti i soggetti imputati anche con riferimento al potere di autorizzazione in materia di visite mediche (o altre prestazioni) cd. fiduciarie, per le quali rimarrebbe ferma la competenza del Direttore a seguito della condanna definitiva, mentre antecedentemente a questa la competenza sarebbe sempre incardinata in capo al giudice procedente¹⁰.

Infine, oltre alla proposta di contestuale abrogazione dell’art. 240 disp. att. c.p.p. il cui contenuto verrebbe come si è visto inglobato nell’art. 11 co. 2, un ultimo intervento suggerito riguarderebbe l’obbligo di piantonamento nel corso del ricovero in luogo esterno di cura che si suggerisce di limitare alle sole ipotesi in cui ricorrano pericoli di fuga ovvero esigenze di tutela dell’incolumità personale del detenuto ovvero ancora esigenze afferenti la sicurezza¹¹.

Per ciò che concerne poi il criterio di cui alla lettera m) e dunque l’esclusione del sanitario dal consiglio di disciplina, aldilà della semplice modifica richiesta, ovvero l’eliminazione all’interno dell’art. 40 ord. penit. di detto soggetto dal novero dei componenti del consiglio, giova rilevare l’importanza di detto intervento che pone fine ad un’anomala funzione del sanitario, stante che, come notato, *“un conto è la certificazione scritta, rilasciata dal sanitario, attestante che il soggetto può sopportare la sanzione disciplinare della esclusione dalle attività in comune, di cui all’art. 39, comma 2, ord. penit., altro è conferire al medico impropri ruoli disciplinari, come tali ultronei rispetto al suo mandato e tali da inquinare la relazione con il paziente e l’equidistanza da altri operatori [...]”*¹².

Con dette modifiche pare siano superabili molte delle criticità del sistema attuale, visto l’allargamento della competenza del giudice procedente che si muove nell’ottica di una maggiore giurisdizionalizzazione e di un più attento bilanciamento tra diritto alla

⁹ FIORENTIN F., *Modifiche in tema di assistenza sanitaria*, in *Proposte di attuazione*, cit., p. 226.

¹⁰ Ciò attraverso la riformulazione dell’art. 17 co. 6 reg. esec. che potrebbe dunque così recitare *“L’autorizzazione per le visite a proprie spese di un sanitario di fiducia per gli imputati è data dal giudice indicato nel secondo comma dell’art. 11 della legge e per i condannati e gli internati è data dal direttore.”* (Corsivi miei) Cfr. FIORENTIN F., *Modifiche in tema di assistenza sanitaria*, in *Proposte di attuazione*, cit., p. 227.

¹¹ Cfr. FIORENTIN F., *Modifiche in tema di assistenza sanitaria*, in *Proposte di attuazione*, cit., p. 229.

¹² PASSIONE M., *Modifica all’art. 40 comma 2 ord. penit.*, in *Proposte di attuazione*, cit., p. 233.

salute ed esigenze processuali. D'altra parte, a parere di chi scrive, sembrerebbe ugualmente necessaria la previsione espressa di una forma di impugnazione dell'eventuale provvedimento di diniego del trasferimento *extra moenia* disposto dal Magistrato di Sorveglianza. Come si è visto, infatti, anche a seguito dell'inserimento di strumenti di giurisdizionalizzazione a tutela dei diritti dei detenuti, per giurisprudenza costante detto provvedimento è considerato non impugnabile, in virtù della sua presunta natura amministrativistica e dunque per via dell'impossibilità di considerarlo come provvedimento incidente sulla libertà personale del soggetto interessato.

In generale, è da notare come la distinzione tra provvedimenti riguardanti la misura e la qualità della pena e provvedimenti relativi alle modalità di esecuzione, nata nella giurisprudenza di legittimità ed accolta in un primo tempo anche dalla giurisprudenza costituzionale, sia stata poi superata, come visto, dalla Corte Costituzionale con le sentenze 212 del 1997 e 26 del 1999. In quest'ultima, in particolare, il giudice delle leggi ha espressamente respinto la *summa divisio* in questione sottolineando l'esigenza di “*riconoscimento di un diritto d'azione in un procedimento avente caratteri giurisdizionali [...] indipendentemente dalla natura dell'atto produttivo della lesione*”.

Per queste ragioni, vista la riformulazione delle competenze sulla falsa riga di quanto previsto all'art. 18 *ter* ord.penit. in materia limitazioni e controlli della corrispondenza, parrebbe ugualmente auspicabile prevedere, anche con riferimento al provvedimento *de qua*, una procedura di reclamo disegnata sulla procedura prevista dal 18 *ter* co.6, e dunque presentabile innanzi al Tribunale di Sorveglianza nel caso di competenza del Magistrato di Sorveglianza ovvero, negli altri casi, innanzi al tribunale nel cui circondario ha sede il giudice che ha emesso il provvedimento.

In alternativa non vi è che da auspicare un *revirement* della Cassazione sul punto e ciò in virtù dell'obbligo di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti derivante dalla sentenza 26 del 1999 che, quale pronuncia additiva di principio, sembrerebbe poter svolgere ancora attualmente ed in assenza di un intervento legislativo, il ruolo di direttiva fondamentale in questa materia. In particolare, come già si diceva, un'interpretazione particolarmente garantista potrebbe aprire la strada all'impugnazione del provvedimento attraverso lo strumento del 35 *bis*, visto che di fatto il diniego può tradursi in una violazione del diritto alla salute del detenuto.

L'una o l'altra soluzione sembrano comunque necessitate e ciò al fine di raggiungere finalmente un maggiore grado di giurisdizionalizzazione delle procedure in materia di diritto alla salute, richiesto, oltre che dal rispetto dell'art. 32 Cost., anche dalla connessa esigenza di riallineare il "grado di giurisdizionalizzazione", storicamente molto basso, del diritto alla salute rispetto ad altri diritti riconosciuti all'interno della legge di ordinamento penitenziario.

In generale, oltre alla natura fortemente amministrativistica delle procedure in materia di diritto alla salute, si è visto che la L. 354/75 pur riconoscendo in capo al detenuto la titolarità di posizioni soggettive, in ciò innovando profondamente il modo di concepire il trattamento penitenziario, non aveva però previsto degli strumenti generici di tutela atti a tradurre le posizioni soggettive in pretese azionabili in sede giudiziale. Si sono dunque osservate le tappe del cd. percorso di giurisdizionalizzazione della tutela dei diritti dei detenuti che ha portato al riconoscimento dell'esigenza di garantire che l'unico strumento di tutela previsto dalla legge di riforma, ovvero il reclamo cd. generico al Magistrato di Sorveglianza ex 35 ord. penit., assumesse i caratteri di un procedimento giurisdizionale e dunque fossero assicurati il contraddittorio, la stabilità della decisione e il ricorso per Cassazione.

L'allontanamento della procedura di reclamo dal ceppo dei procedimenti amministrativistici da cui ha tratto origine è avvenuto *in primis* grazie agli interventi della Corte Costituzionale che ha chiarito l'esigenza di far corrispondere ad ogni diritto una procedura giurisdizionalizzata per far valere l'eventuale violazione, e ciò in quanto, giova ripeterlo "*poiché nell'ordinamento, secondo il principio di absolutezza, inviolabilità e universalità del diritto alla tutela giurisdizionale (artt. 24 e 113 Cost.), non v'è posizione giuridica tutelata di diritto sostanziale, senza che vi sia un giudice davanti al quale essa possa essere fatta valere*"¹³.

Così, al fine di assicurare la tutela dei diritti dei detenuti, la Cassazione aveva indicato la possibilità di estendere le procedure previste dal 14 *ter* ord. penit. alle ipotesi di violazione delle posizioni giuridiche soggettive derivanti dagli atti dell'amministrazione penitenziaria. L'intervento legislativo in materia, già auspicato dal giudice delle leggi nella sentenza 26 del 1999, era però comunque necessario al fine fondamentale di assicurare la vincolatività delle decisioni del Magistrato di

¹³ Corte cost., sent. n. 212 del 1997, *cit.*

Sorveglianza che avessero accertato la violazione, stante che non di rado gli ordini del giudice di interruzione delle violazioni erano disattesi dall'Amministrazione penitenziaria, la quale beneficiava dell'assenza di strumenti in grado di imporre l'ottemperanza alle decisioni dell'autorità giudiziaria.

Si è visto, però, che il legislatore non è intervenuto in materia se non a seguito della condanna in sede di Consiglio d'Europa, contenuta nella nota sentenza Torreggiani. La Corte di Strasburgo, in particolare, oltre al sistemico sovraccollamento degli istituti, in detta sentenza ha notato come il sistema di tutela dei diritti dei detenuti non fosse idoneo a prevenire le violazioni del divieto di trattamenti disumani o degradanti e ciò, proprio per via della possibilità per l'amministrazione di disattendere le decisioni del Magistrato di Sorveglianza, rendendo di fatto ineffettiva la tutela di matrice giurisprudenziale elaborata nel tempo dal giudice delle leggi e dal giudice di legittimità.

Si è quindi chiarita la necessità di salutare con favore i cd. interventi post-Torreggiani, che hanno portato all'introduzione dei rimedi di cui agli artt. 35 *bis* e 35 *ter*, colmando così una lacuna dell'ordinamento ignorata dal legislatore per più di cinque lustri. D'altra parte, però, oltre al ritardo nell'intervento, si è rilevata l'infelice tecnica normativa, attribuibile ad un legislatore disattento e spinto dalla mera esigenza di evitare un'ulteriore condanna in sede di Consiglio d'Europa. Le problematiche derivanti dall'introduzione affrettata e "*sotto la spada di Damocle della messa in mora*"¹⁴ da parte del giudice di Strasburgo, come si è evidenziato, sono molteplici. Per limitarsi all'art. 35 *bis* basti riprendere la subordinazione del reclamo giurisdizionalizzato al requisito della gravità della violazione del diritto nonché la previsione del doppio grado di merito, aggravata dalla possibilità di esperimento del giudizio di inottemperanza solo in presenza di provvedimento definitivo.

Anche in questo caso risulta quindi auspicabile un pronto intervento in materia, che potrebbe anche in quest'ambito ispirarsi alle "*Proposte di attuazione della legge delega di riforma dell'ordinamento penitenziario*".

In particolare, Bortolato e Gianfilippi in detto documento propongono di assicurare l'ottemperanza immediata per il provvedimento ex art. 35 *bis* ord. penit., e ciò al fine di semplificare le procedure di competenza del Magistrato di Sorveglianza

¹⁴ FIORENTIN F., *Il reclamo giurisdizionale per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, cit., p. 236.

(criterio di cui alla lettera a) della delega)¹⁵ nonché di assicurare una maggiore effettività del rimedio giurisdizionale con conseguente più rapida tutela dei diritti del detenuto ed in ultima istanza maggior rispetto della loro dignità (criterio di cui alla lettera r))¹⁶.

Sembrano quindi condivisibili ed auspicabili le proposte di esplicitare l'immediata esecutività dell'ordinanza emessa dal Magistrato di Sorveglianza, con la precisazione che l'eventuale reclamo non ne sospende l'esecuzione e prevedendo altresì, in caso di impugnazione, la possibilità di richiedere la sospensione dell'esecuzione al magistrato che ha emesso il provvedimento. Come si diceva sopra, però, la proposta che assume maggiore importanza è quella relativa all'eliminazione del requisito della definitività del provvedimento ai fini dell'esperimento del giudizio di ottemperanza, così che questo possa essere attivato immediatamente e senza attendere l'esaurimento delle impugnazioni. Come notato nella Relazione Illustrativa alla proposta ora ripresa, si tratterebbe di un semplice riallineamento della disciplina in questione al giudizio di ottemperanza previsto nel codice del processo amministrativo, il quale prevede la possibilità di esecuzione coattiva anche delle sentenze del T.A.R. non passate in giudicato. Solo in questo modo pare possibile garantire una reale funzione inibitoria allo strumento in esame, eliminando l'esigenza di reclami ripetitivi che il detenuto è ora costretto ad esperire al fine vedere la decisione del Magistrato di Sorveglianza concretamente eseguita.

In materia di art. 35 *ter*, invece, come si è visto le maggiori criticità riguardano l'ambiguo riferimento al "pregiudizio di cui all'art. 69 co.6 lett. b)", oltre che l'esiguità del *quantum* previsto a titolo di ristoro, sia nel caso di ristoro "in forma specifica" sia nell'ipotesi di ristoro "per equivalente". Anche se pare lontanamente probabile un'attenzione del legislatore a questo proposito, sarebbe quindi utile un intervento su questi due profili o perlomeno sul profilo concernente la tassa fissa che non permette l'importantissima individualizzazione del ristoro.

¹⁵ In questo senso si muove anche la proposta di Adorno di sostituire l'attuale doppio *step* procedurale, a contraddittorio necessario, previsto dal 35 *bis* ove richiama il 666 c.p.p., con il più snello modulo bifasico, a contraddittorio eventuale e differito, richiamato dall'art. 678, comma 1, c.p.p. (sia pure ibridato dalla prevista interlocuzione con l'amministrazione interessata) Cfr. ADORNO R., *Semplificazione, diritto alla presenza dell'interessato e pubblicità*, in *Proposte di attuazione, cit.*, pp. 6 e 11.

¹⁶ BORTOLATO M., GIANFILIPPI F., *Ottemperanza immediata per il provvedimento ex art. 35-bis ord. penit.*, in *Proposte di attuazione, cit.*, pp. 16-17.

A ben vedere, però, attualmente il problema di maggiore rilevanza derivante dall'art. 35 *ter* riguarda il complesso “rinvio mobile e mutevole” alla giurisprudenza della Corte EDU, che, come si è ampiamente visto, è particolarmente ondivaga in merito all'interpretazione dell'art. 3 CEDU.

Una prima problematica si è visto che concerne l'emblematica questione dello spazio minimo e dei criteri di computo. Quanto allo spazio minimo, come si diceva, la Corte EDU dopo aver affermato, ad esempio nelle sentenze Sulejmanovic e Torreggiani, che in presenza di spazio individuale inferiore a 3 mq vi fosse una presunzione assoluta di violazione dell'art. 3, successivamente con le sentenze Muršić ha invece sottolineato come in queste ipotesi vi sia una *strong presumption* di violazione, rovesciabile dallo Stato attraverso la prova di elementi “compensativi”. In materia di criteri di computo, invece, in alcuni casi la Corte EDU ha suggerito il computo dei servizi igienici in altri l'esatto opposto, e il medesimo discorso vale per il computo degli arredi fissi: mentre in alcuni casi si è suggerita la misurazione al lordo (Sulejmanovic), in altri si è preferita quella al netto (Torreggiani) ed infine con le sentenze Muršić si è ritornati al calcolo al lordo ma con l'aggiunta della necessità di valutazione dello spazio destinato al movimento.

Come si è visto, queste pronunce non sempre coerenti hanno ingenerato una profonda confusione anche nella giurisprudenza nazionale, tanto in quella di merito quanto in quella di legittimità, che sembrava di recente essere giunta verso indicazioni univoche mentre da ultimo pare nuovamente profondamente divisa. Se con la sentenza Sciuto¹⁷ e con le sentenze successive, come si è visto, la Corte sembrava essere giunta ad un'interpretazione particolarmente favorevole al detenuto della sentenza Muršić, facendo coincidere lo spazio minimo con lo spazio funzionale destinato al movimento e detraendo di conseguenza lo spazio occupato dal letto in quanto per l'appunto d'ingombro rispetto al movimento, le ultimissime sentenze sembrano invece introdurre l'ulteriore opinabile *distinguo* della scomputabilità dello spazio occupato dal letto a castello e della computabilità, invece, dello spazio occupato dal letto singolo.

Il medesimo problema si ha anche con riguardo alle pronunce dei giudici di Strasburgo in materia di assistenza sanitaria, stante che si è osservato che in alcuni casi condotte negligenti dello Stato sono state ricondotte alle fattispecie di trattamenti

¹⁷ Cass. pen. 9 settembre 2016, n. 52819, Sciuto, *cit.*

disumani degradanti (come ad esempio nella sentenza Scoppola o nella sentenza Cirillo) mentre in altri casi i giudici hanno sottolineato la rimproverabilità delle condotte senza però considerare raggiunta la soglia di gravità richiesta in via interpretativa per la violazione dell'art. 3 CEDU (come nelle sentenze Prestieri e Tellisi).

Più in generale, come si è detto, molte delle problematiche della giurisprudenza EDU in materia derivano dal fatto che la tutela della salute del detenuto è assicurata in questa sede solo in via indiretta e dunque solo ove la situazione censurata sia riconducibile alla violazione delle previsioni convenzionali. Questa la ragione per cui è sempre richiesto il raggiungimento della soglia minima di gravità, la cui valutazione è di necessità prettamente casistica e dunque non sempre coerente. L'auspicio è quindi in questo caso quello che, in virtù della visione della Convenzione come strumento vivente che deve essere interpretato alla luce delle condizioni e delle circostanze attuali, si raggiungano standard sempre più elevati in materia di diritto alla salute del detenuto, al fine di realizzare davvero l'affermazione della Corte, secondo cui "*Prisons should not be like the gates of Hell, where the words of Dante come true: 'Lasciate ogni speranza, voi ch'entrate'*"¹⁸.

Infine si sono analizzate le disposizioni in materia di compatibilità delle condizioni di salute con lo *status detentionis*, norme volte a limitare il dispiegarsi della potestà punitiva dello Stato nelle situazioni in cui, per la precarietà delle condizioni di salute del soggetto, la pena assumerebbe un grado di afflittività eccessivo e si porrebbe dunque in contrasto con il principio di umanità di cui all'art. 27 co. 3 Cost.

Oltre agli istituti del differimento obbligatorio e di quello facoltativo, si è sottolineata altresì l'importanza dell'istituto della detenzione domiciliare, che, soprattutto a seguito dell'introduzione nell'art. 47 *ter* ord. penit. del co.1 *ter* (L.165/1998) assume un'importanza centrale nei casi in cui il differimento non sia considerabile misura adeguata stante la residua pericolosità sociale in capo al soggetto.

Come si è visto ampiamente, il giudizio di compatibilità, essendo molto spesso ancorato a parametri incerti, risulta essere, nella pratica, rimesso alla totale discrezionalità della Magistratura di Sorveglianza, la quale ha però un obbligo di motivazione puntuale, come ripetuto da ultimo dalla Cassazione nella sentenza resa sul caso Riina.

¹⁸ Corte EDU, Grande Camera, 12 maggio 2005, *Öcalan v. Turkey*, *cit.*

A ben vedere, se si guarda al tema dei diritti dei detenuti si può notare in generale una tendenza a riconoscere a capo della Magistratura di Sorveglianza un'ampissima discrezionalità, che se da un lato pare poter aprire alla possibilità di una tutela sempre maggiore dei diritti dei detenuti, dall'altro richiede di necessità che i Magistrati di Sorveglianza si facciano attivamente ed in prima persona promotori di quella "nuova cultura della pena" auspicata dagli Stati Generali¹⁹. A questo proposito fondamentale risulta quindi essere il superamento di quella "*visione deformante di un ceto di giuristi che, restando nel metafisico distacco dalla immane concretezza, non riesce a vedere il dinamismo di un Ordinamento che consente l'affermazione di diritti non più e non solo attraverso la qualificazione sostanziale, ma anche attraverso il diritto processuale e il diritto dell'esecuzione penale*"²⁰.

Sempre in tema di incompatibilità sembrerebbe poi necessaria la ridefinizione di alcuni criteri che risultano essere eccessivamente incerti, in modo da fornire direttive più salde alla discrezionalità della Magistratura di Sorveglianza²¹, discrezionalità che, seppur in alcuni necessaria, rischia di sconfinare nell'arbitrio, soprattutto in presenza di orientamenti anche di legittimità tra loro opposti. Caso emblematico è quello del differimento facoltativo per grave infermità fisica, nozione, come si è visto, molto complessa e che ha portato nel tempo ad interpretazioni incoerenti.

Altro problema, come si rilevava, è quello riguardante la limitazione del differimento in esame alla sola ipotesi di infermità fisica e non anche a quella psichica, che dà luogo ad una opinabile diversità di trattamento, il cui fondamento è stato messo in dubbio financo dalla Corte costituzionale, la quale ha evidenziato l'esigenza di un intervento legislativo in materia²².

A questo proposito sembrerebbe dunque opportuno procedere, come suggerito dal Tavolo 10 degli Stati Generali, ad una equiparazione dei rimedi di cura previsti per chi è affetto da grave patologia fisica e chi è affetto da grave patologia psichiatrica. In particolare, si potrebbe pensare di inserire al numero 2 dell'art. 147 c.p. dopo l'ipotesi della grave infermità fisica l'ipotesi "di grave infermità psichica tale da comportare una

¹⁹ Si veda il Documento finale degli Stati Generali, *cit.*, Parte ottava: Una nuova cultura della pena, p. 98.

²⁰ MAISTO F., *Afflittività e affettività*, in (a cura di) ANASTASIA S., CORLEONE F., ZEVI L., *Il corpo e lo spazio della pena. Architettura, urbanistica e politiche penitenziarie*, Roma, 2011, p. 171.

²¹ MARTUFI A., *Il differimento facoltativo della pena per grave infermità fisica: tra "orizzonte di scopo" della pena carceraria e dignità del detenuto*, in www.giurisprudenzapenale.it, 5 luglio 2017.

²² Corte cost., sent. 12 aprile 1996 n.111, *cit.*

compromissione del funzionamento psichico e dell'adattamento” e contestualmente di abrogare l’art. 148 c.p.²³.

Altresì auspicabile sarebbe l’inserimento nell’ordinamento penitenziario di una specifica misura alternativa a finalità terapeutica in ottica di sostegno e cura della persona affetta da patologie psichiatriche. Anche in questo caso pare condivisibile la proposta del Tavolo 10 che ha suggerito di intervenire sull’art. 47 *quater*, inserendo accanto all’ipotesi di detenzione domiciliare o affidamento in prova senza limiti di residuo di pena per i soggetti affetti da AIDS conclamata o grave deficienza immunitaria, un comma 1 *bis* ed un comma 2 *bis* che prevedano le medesime misure per i soggetti con problemi psichiatrici. In particolare, si è suggerito di prevedere al co. 1 *bis* che “*Le misure previste dagli articoli 47 e 47-ter poss[a]no essere applicate, anche oltre i limiti di pena ivi previsti, su istanza dell'interessato o del suo difensore, nei confronti di coloro che sono affetti da disturbi psichiatrici con compromissione del funzionamento psichico e dell'adattamento che hanno in corso o intendono intraprendere un programma terapeutico riabilitativo*” ed al comma 2 *bis* che “*Le istanze di cui al comma 1 bis de[bba]no essere corredate da certificazione del servizio sanitario pubblico competente o del servizio sanitario penitenziario che attesti la sussistenza della patologia psichiatrica e devono essere accompagnate da idoneo programma terapeutico riabilitativo individuale redatto dai servizi sanitari del territorio*”²⁴.

Sempre basato sulla possibilità di estensione della disposizione di cui al 47 *quater* è l’ulteriore suggerimento del Tavolo 10, che pare dovrebbe essere perlomeno analizzato e tenuto in considerazione nell’ambito della riforma in atto, di prevedere la medesima disciplina anche per i soggetti affetti da epatopatia HCV-correlata, stante la constatazione che la prevalenza dell’infezione da HCV risulta essere in carcere 19 volte superiore a quella della popolazione generale e che grazie a nuovi farmaci è stata provata la possibilità di aumento delle guarigioni²⁵.

Anche in questo caso, come si diceva in materia di 47 *quater* e AIDS l’estensione in questione non dovrebbe in ogni caso essere considerata quale unica tutela offerta ai

²³ Relazione finale del Tavolo 10 (Salute e disagio psichico) degli Stati Generali dell’Esecuzione Penale, *cit.*, p. 8.

²⁴ Relazione finale del Tavolo 10 (Salute e disagio psichico), *cit.*, p. 8.

²⁵ Relazione finale del Tavolo 10 (Salute e disagio psichico), *cit.*, pp. 10 e ss.

detenuti affetti da tale infezione, e dunque anche con riguardo a detta patologia è comunque da auspicare l'adeguamento del servizio sanitario penitenziario alle esigenze di salute dei detenuti affetti in generale da HCV.

Qualora il legislatore delegato cogliesse i suggerimenti ora ripresi il sistema potrebbe finalmente porsi in linea, almeno a livello normativo, con una visione della pena detentiva rispettosa del diritto alla salute del detenuto. Per riprendere ciò che si diceva in apertura del presente lavoro, però, il difficile allineamento del piano dell'essere con il piano del dover essere sembra essere, in quest'ambito come in generale nell'ambito della tutela dei diritti dei detenuti, subordinato al recepimento nella società della "nuova cultura della pena" a cui si faceva riferimento *supra*, ed un primo passo verso detto recepimento non sembra poter essere mosso se non attraverso il definitivo superamento a livello legislativo del sistema sanzionatorio carcerocentrico.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV. in (a cura di) GREVI V., *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981.

AA. VV., in (a cura di), SCALFATI A. *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Padova, 2004.

AA. VV., in (a cura di) GREVI V., GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, IV edizione, Padova, 2011.

AA. VV., in (a cura di), GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, V edizione, Padova, 2015.

AA. VV. in (a cura di) RUOTOLO M., *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della corte EDU*, Napoli, 2014.

AA.VV., in (a cura di) CORSO P., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Milano, 2015.

AA.VV., in (a cura di) CORLEONE, F., *Alessandro Margara. La giustizia e il senso di umanità. Antologia di scritti su carcere, opg, droghe e magistratura di sorveglianza*, Firenze, 2015.

AA.VV., in (a cura di) MASSARO A., *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, Roma, 2017.

AA.VV., in (a cura di) GIOSTRA G., BRONZO P., *Proposte di attuazione della legge delega di riforma dell'ordinamento penitenziario*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 luglio 2017.

AICARDI N., *La sanità*, in (a cura di) S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, I, Milano, 2000, p. 625 e ss.

ALTAVISTA G., DI GENNARO G., *Il trattamento dei detenuti di fronte alla normazione internazionale e nazionale*, in *Rass. studi penit.*, 1975, 728 e ss.

BACCARO L., *Carcere e salute*, Padova, 2003.

- BALDASARRE A., *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989
- BALBI G., *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 luglio 2015.
- BARBATO R., MAGLIONA B., *Il rinvio dell'esecuzione della pena nei confronti del soggetto affetto da HIV/AIDS*, in *Delitti e pene*, 1994, fasc. 3, p.171 e ss.
- BARTOLE S., *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 190 e ss.
- BERTOTTI G., *Riflessioni e analisi in tema di tutela della salute mentale in carcere: la sentenza Murray c. Olanda*, in *www.giurisprudenzapenale.it*, 4 marzo 2017.
- BELLINO S., *Il difficile rapporto tra diritto alla salute e restrizione carceraria*, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, 5, p. 668 e ss.
- BIALLO S., *Sospensione della esecuzione per infermità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 1, p. 47 e ss.
- BORTOLATO M., *Sovraffollamento carcerario e trattamenti disumani o degradanti. La CEDU condanna l'Italia per le condizioni dei detenuti*, in *Quest. Giust.*, 2009, fasc. 5, p. 111 e ss;
- BORTOLATO M., *Torreggiani e rimedi preventivi: il nuovo reclamo giurisdizionale*, in *Arch. pen.*, 2014, fasc.2 , p. 563 e ss.
- BRUNETTI B., *La tutela della salute in carcere. Organizzazione del servizio sanitario penitenziario. Evoluzione normativa*, in *www.ristretti.it*.
- BUZZELLI S., *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo (Parte I)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 389 e ss.
- CALLAIOLI A., BRANCACCIO M., *Sub art. 146*, in (a cura di) PADOVANI T., *Codice penale*, Milano, 2011, p. 951 e ss.
- CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2004.
- CAPPELLETTI F., *Penelope disfa la tela: ma è, davvero, il caso di farne una tragedia? I fattori qualificanti i trattamenti inumani e degradanti nel sovraffollamento carcerario*

(ri)visti con approccio cumulativo da Strasburgo e le, evitabili, ricadute interne, in www.giurisprudenzapenale.it, 13 aprile 2017.

CAPPELLETTI F., *Spazio vitale minimo in cella collettiva al netto dell'ingombro del letto: il consolidamento della giurisprudenza di legittimità*, in www.giurisprudenzapenale.it, 4 giugno 2017.

CAREDDA M., *La salute e il carcere. Alcune riflessioni sulle risposte ai bisogni di salute della popolazione detenuta*, in www.costituzionalismo.it, 8 luglio 2015.

CARNEVALE A., DI TILLIO A., *Medicina e carcere. Gli aspetti giuridici, criminologici, sanitari e medico-legali della pena*, Milano, 2006.

CARNEVALE S., *Morire in carcere e morire di carcere. Alcune riflessioni attorno agli abusi sulle persone private della libertà personale*, in (a cura di), CORLEONE F., PUGIOTTO A., *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Roma, 2012, p. 207 e ss.

CESARIS L., *Primi effetti della decisione della corte europea dei diritti dell'uomo, Sulejmanovic contro Italia*, *Rass. pen. e crimin.*, 2011, fasc. 2, p. 97 e ss.

CESARIS L., *Nuovi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo a tutela della salute delle persone detenute*, in *Rass. penit. e crimin.*, 2012, p. 215 e ss.

CECCHINI F., *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 gennaio 2017.

CENTONZE A., *L'esecuzione della pena detentiva e la ricostruzione sistematica della nozione di gravità delle condizioni di salute del detenuto*, in *Rass. pen. e crimin.* 2006, 3., p. 7 e ss.

CERAUDO F., *Principi fondamentali di medicina penitenziaria*, Pisa, 1988.

CERAUDO F., *L'organizzazione sanitaria penitenziaria in Italia*, in (a cura di) FERRACUTI F., *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, Vol. XI, 1989, p. 175 e ss.

CERAUDO F., *Tabagismo e fumo passivo in carcere*, in www.ristretti.it, 26 settembre 2013.

COLELLA A., *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Dir. Pen. Cont.-Riv. trim.*, 2011, fasc. 1, p. 221 e ss.

COLELLA A., *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1801 e ss.

COLELLA A., CASSIBA F., *Art. 3*, in (a cura di) UBERTIS G., VIGANÒ F., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, p. 84 e ss.

COMUCCI P., PRESUTTI A., *Le regole penitenziarie europee*, Milano, 1989.

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

CONTI R., *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul sovraffollamento carcerario e i diritti del detenuto*, in *Pol. dir.*, 2013, fasc. 4, p. 441 e ss.

D'AGNOLO M., *Novità su detenzione domiciliare e ordine esecutivo*, in (a cura di), SCALFATI A., *Nuove norme su prescrizione del reato di recidiva*, Padova, 2006, p. 218 e ss.

DELLA CASA F., *Un importante passo verso la tutela giurisdizionale del detenuto*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, p. 858 e ss.

DELLA CASA F., *Il risarcimento del danno da sovraffollamento carcerario: la competenza appartiene al giudice civile (e non al magistrato di sorveglianza)*, in *Cass. pen.*, 2013, fasc. 6, p. 2060 e ss.

DELLA BELLA A., *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 www.penalecontemporaneo.it, 13 giugno 2013.

- DELLA BELLA, A., *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014.
- DELLA BELLA A., *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 ottobre 2014.
- DELLA BELLA A., *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis O.P.*, Milano, 2016.
- DI GENNARO G., VETERE E., *I diritti dei detenuti e la loro tutela*, in *Rass. studi penit.*, 1975, p. 16 e ss.
- DI GENNARO G., BREDI R., LA GRECA G., *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997.
- DI PERNA A., *Situazione carceraria e divieto di tortura: il caso Sulejmanovic dinanzi alla Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009 fasc. n. 3, p. 640 e ss.
- DI VALVASONE E., *Misure semidetentive e detentive non carcerarie: disciplina vigente e prospettive di riforma*, in www.altrodiritto.unifi.it, 2013.
- DE FERRARI F., ROMANO C. A., *Sistema penale e tutela della salute*, Milano, 2003.
- ESPOSITO A., *Il diritto penale “flessibile”. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008.
- ESPOSITO A., *Le pene vietate nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rass. pen. e crimin.*, 2012, 3, p. 157 e ss.
- FADDA M. L., *La tutela del diritto alla salute dei detenuti*, in www.rivistadignitas.it, 11 gennaio 2013.
- FAZZIOLI E., *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 199 e ss.
- FIorentin F., SANDRELLI G.G., *L'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali. Disciplina dell'esecuzione penale e penitenziaria*, Padova, 2006.

FIorentin F., MARCHESELLI A., *Il giudice di sorveglianza; la giurisprudenza dei tribunali e dei magistrati di sorveglianza*, Milano, 2008.

FIorentin F., *I diritti delle persone detenute tra vecchie norme e nuove prospettive*, in www.personaedanno.it, 1 ottobre 2011.

FIorentin F., *Il reclamo giurisdizionale per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, in *Rass. penit. e crimin.*, 2013, fasc. 3, p. 249 e ss.

FIorentin, *Strasburgo approva le riforme attuate dall'Italia sul piano organizzativo e ordinamentale*, in *Guida dir.*, 2014, n. 42, p. 97 ss.

FIorentin F., *Decreto svuotacarceri (d.l.146 del 23 dicembre 2013)*, Milano, 2014.

FIorentin F., *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 CEDU: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 novembre 2014.

FIorentin F., *Il vaso di Pandora scoperto: la violazione dell'art. 3 CEDU per (mal)trattamenti detentivi tra accertamento "multifattoriale" e giurisprudenza europea. Appunti a margine della sentenza Corte EDU, 12 marzo 2015, Muršić c. Croazia*, in *Arch. pen.*, 2015, fasc. 3, p. 3 e ss.

FIorentin F., *Rimedi risarcitori per l'inumana detenzione: il giudice ordinario come l'asino di Buridano*, in *Cass. pen.*, 2017, 3, p.1185 e ss.

FIorio C., *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, 2002.

FIorio C., *Sub art. 11 ord. penit.*, in (a cura di) GIARDA A., SPANGHER G., *Codice di procedura penale commentato*, IV ed., Milano, 2010, p. 10221 e ss.

FORNARI M., *L'art. 3 della Convenzione europea sui diritti umani*, in (a cura di) PINESCHI L., *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2006, p. 360 e ss.

GARGANI A., *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell'esecuzione penale*, in *Cass. pen.*, 2011, fasc.3, p. 1259 e ss.

GALLI G., *La politica criminale in Italia negli anni 1974-1977*, Milano, 1978.

GIOSTRA G., *Un pregiudizio 'grave e attuale'? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35-ter ord. penit.*, Editoriale del 24 gennaio 2015, in www.penalecontemporaneo.it.

GIOSTRA G., *Si schiude un nuovo orizzonte per l'esecuzione penale? Delega penitenziaria e Stati generali: brevi considerazioni a margine*, in *Quest. Giust.*, 2015, p. 61 e ss.

GORI A., *Trattamenti inumani e degradanti, la giurisprudenza della Corte e il suo impatto sul diritto dei detenuti*, in www.altrodiritto.unifi.it, 2015.

GRIPPO R., *Il libro verde dell'UE sulla detenzione in Europa: un banco di prova anche per l'Italia*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 ottobre 2011.

INGRASSIA A., *Sovraffollamento dei luoghi di detenzione, danno non patrimoniale per i reclusi e diritto di reclamo al Magistrato di Sorveglianza*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 settembre 2011.

IOVINO P.C.I., *Sul ricovero del detenuto in luogo esterno di cura. (Art. 11 comma 2 l. 26 luglio 1975, n. 354)* in *Cass. pen.*, 1997, fasc. 5, p. 1550 e ss.,

LA GRECA G., *Commento al d.lgs. 230 del 1999*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, fasc. 10, p. 15 e ss.

LA GRECA G., *La salute del detenuto*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, fasc. 3, p. 384 e ss.

LEONARDI M., GASPARI M., *La detenzione domiciliare*, Torino, 2017.

LOI E., MAZZACUVA N., *Il sistema disciplinare nel nuovo ordinamento penitenziario*, in (a cura di) BRICOLA F., *Il carcere riformato*, 1977, p. 63 e ss.

LUCIANI M., *Salute- I) Diritto alla salute- dir. cost.* in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1991.

MAGLIONA B., PASTORE M., *La cartella clinica penitenziaria. Aspetti giuridici e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1991, p. 453 e ss.

MAISTO F., *Profili processuali dei rimedi risarcitori ai sensi dell'art. 35 ter ord. pen. e casistica*, in www.questionegiustizia.it, 19 febbraio 2015.

MANCA V., *La corte dei diritti dell'uomo torna a pronunciarsi sul divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti: l'inadeguatezza degli standard di tutela delle condizioni di salute del detenuto integrano una violazione dell'art. 3 CEDU*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 novembre 2014.

MANNOZZI G., *Diritti dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale al cospetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in (a cura di), MANES V., ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 299 e ss.

MARCHI I., *Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis c.p.*, in www.penalecontemporaneo.it, 31 luglio 2017.

MARCHESELLI A., *Sub art. 146 c.p.*, in (a cura di) RONCO M., ARDIZZONE S., *Codice penale ipertestuale*, Torino, 2003,

MARCHESELLI A., *La tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca dell'effettività*, in www.ristretti.it, 2005.

MARIOTTI M., *Ancora sul sovraffollamento carcerario: nel calcolo della superficie della cella è compreso lo spazio del letto? La Cassazione interpreta la giurisprudenza di Strasburgo in modo particolarmente favorevole ai detenuti*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 marzo 2017.

MAROTTA GIGLI G., *L'assistenza sanitaria negli Istituti penitenziari*, in *Rass. penit. e crimin.*, 1984, p. 64 e ss.

MARTUFI A., *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, Napoli, 2015.

MARTUFI A., *La Corte EDU dichiara irricevibili i ricorsi presentati dai detenuti italiani per violazione dell'art. 3 CEDU senza il previo esperimento dei rimedi ad hoc introdotti dal legislatore italiano per fronteggiare il sovraffollamento*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 novembre 2014.

MARTUFI A., *Il differimento facoltativo della pena per grave infermità fisica: tra "orizzonte di scopo" della pena carceraria e dignità del detenuto*, in www.giurisprudenzapenale.it, 5 luglio 2017.

MASIERI C., *La natura dei rimedi di cui all'art. 35-ter ord. pen. Possibili interpretazioni nel dialogo con alcune recenti decisioni di merito*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 luglio 2015.

MENGHINI A., *Quale rimedio compensativo per gli ergastolani?* Nota a Corte cost., 21 luglio 2016, n. 204, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, 11, p. 1434 e ss.

MENGHINI A., *Spazio detentivo minimo e violazione dell'art. 3 Cedu: per una lettura conforme ai canoni di dignità e umanità della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1, p. 122 e ss.

MENGHINI A., *Caso Riina: il diniego al rinvio facoltativo dell'esecuzione è da motivare adeguatamente*, in www.quotidianogiuridico.it, 20 giugno 2017.

MINNELLA C., *Il prezioso contributo della Corte Europea dei Diritti dell'uomo in tema di diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, in *Rass. pen. e crimin.*, 2003, fasc. 3, p. 137 e ss.

MINNI F., MORRONE A., *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in www.rivistaaic.it, 2013, fasc. 3.

MONTALDO Claudio, *Emergenza carceri: a tre anni dalla sentenza Torreggiani, gli esiti e l'effettività delle riforme*, in www.forumcostituzionale.it, 3 febbraio 2016.

MOSCONI G., *Il carcere come salubre fabbrica della malattia*, in *Rass. pen. e crimin.*, 2005, fasc. 1, p. 59 e ss..

MURA R., *Le sezioni unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi legittimi, ma mantengono in vita il procedimento de plano*, in *Cass. pen.*, fasc. 4, 2004, p. 1362 e ss.

NESTOLA M., *L'articolo 41-bis O.P.: fino a che punto il bisogno di sicurezza può legittimare il regime detentivo speciale?* in www.giurisprudenzapenale.it, 16 luglio 2017.

NEPPI MODONA G., *Formazione sociale carceraria e democrazia partecipativa*, in *Pol. dir.*, 1976, 173 e ss.

- NEPPI MODONA G., *Ordinamento penitenziario*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, p. 43 e ss.
- NICOSIA E., *Il cd. 41 bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1240 e ss.
- NICOSIA E., *Trattamento penitenziario e diritti fondamentali alla luce del diritto sovranazionale*, in GABOARDI A., GARGANI A., MORGANTE G., PRESOTTO A., SERRAINO M., *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013, p. 13 e ss.
- PADOVANI T., *Promemoria sulla questione della giustizia*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4023 e ss.
- PASSIONE M., *35 ter O.P.: effettivamente, c'è un problema*, www.giurisprudenzapenale.it, 26 marzo 2017.
- PENNISI A., *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002.
- PIGNATARO N., *Procedimento per reclamo giurisdizionale ex art. 35 bis o.p. e decreto di inammissibilità: rischio di sconfinamento nel merito? Dir. pen. e proc.*, 2017, 4, p. 508 e ss.
- PRESUTTI A., *La tutela della salute dell'imputato detenuto tra normativa penitenziaria e misure alternative al carcere*, in *Cass. pen.*, 1983, II, p. 1455 e ss.
- PRINCIPATO L., *Il diritto costituzionale alla salute: molteplici facoltà più o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive?*, in *Giur. cost.*, 1999, fasc. 4, p. 2508 e ss.
- PUGIOTTO A., *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, fasc. 3, p. 1209 e ss.
- PUGIOTTO, A. *L'urlo di Munch della Magistratura di sorveglianza*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2014, 1, p.129 e ss.
- RANALLI D., *Nuovi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di trattamento carcerario*, in *Rass. penit. crim.*, 2013, 2, p. 157 e ss.

RENOLDI C., *Una nuova tappa nella «lunga marcia» verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti*. *Giur. cost.*, 2009, p. 3779.e ss

ROMICE S., *L'effettività della tutela preventiva dei diritti dei detenuti e degli internati. A proposito del reclamo giurisdizionale ex art. 35-bis o.p.*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 aprile 2016.

RUOTOLO M., *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 203 e ss.

RUOTOLO M., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002.

RUOTOLO M., *The domestic remedies must be effective: sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Giur. cost.*, 2013, 3, p. 2090 ss.

SALVATI A., *Il passaggio dell'assistenza sanitaria in carcere al sistema sanitario nazionale*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 20 maggio 2010.

SANTORO E., *Contra CSM: parlare a nuora perché suocera intenda. Pedanti osservazioni sulla competenza dei magistrati di sorveglianza a riconoscere l'indennizzo ex art. 35-ter per la detenzione inumana e degradante*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 gennaio 2015.

SCHIAFFO F., *Psicopatologia della legislazione per il superamento degli OPG: un raccapricciante acting out nella c.d. "riforma Orlando"*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 giugno 2017.

TERRANOVA A., *La tutela della salute in carcere*, in *Quaderni del CSM*, 1983, p. 43 e ss.

TORRENTE G., *La popolazione detenuta in Italia tra sforzi riduzionisti e nuove tentazioni populiste*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 ottobre 2016.

VALENTINI E., *Il reclamo: casi e forme*, in (a cura di) CAPRIOLI F., SCOMPARIN, L., *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Torino, 2015.

VIGANÒ, F. *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 gennaio 2013.

VIGANÒ, F. *Alla ricerca di un rimedio giurisdizionale preventivo contro il sovraffollamento delle carceri: una questione di legittimità costituzionale della vigente disciplina in materia di rinvio dell'esecuzione della pena detentiva*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 febbraio 2013.

VIGANÒ F., *Alla ricerca di un rimedio risarcitorio per il danno da sovraffollamento carcerario: la Cassazione esclude la competenza del magistrato di sorveglianza*, 20 febbraio 2013.

VIGNUDELLI A., *Il rapporto di consumo*, Rimini, 1984.

VIOLA F., *Dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo ai Patti Internazionali. Riflessioni sulla pratica giuridica dei diritti*, in *Ragion pratica*, 2011, p. 41 e ss.

VITTOZZI L., *Processo di sorveglianza e relative garanzie fra disciplina, normativa e prassi*, in *Quaderni CSM*, 15, 1987, p. 140 e ss.

ZIRULIA S., *Da Strasburgo due nuove condanne all'Italia per l'impunità delle forze dell'ordine*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 luglio 2014.

SITOGRAFIA

www.altrodiritto.unifi.it

www.amministrazioneincammino.luiss.it

www.archiviopenale.it

www.associazioneantigone.it

www.coe.int

www.conams.it

www.costituzionalismo.it

www.csm.it

www.federalismi.it

www.filodiritto.it

www.forumcostituzionale.it

www.giurisprudenzapenale.com

www.giustizia.it,

www.osservatoriopenale.it

www.penalecontemporaneo.it

www.personaedanno.it

www.quotidianolegale.it

www.rassegnapenitenziaria.it

www.ristretti.it.

www.rivistadignitas.it

www.sanitapenitenziaria.it