

La salute nel (e nonostante il) 41-bis: quando la tutela della collettività incontra il primario diritto del singolo

di *Lucilla Amerio**

*La salute non è tutto,
ma senza salute tutto è niente.*
[A. Schopenhauer]

ABSTRACT: La realtà carceraria incide, inevitabilmente, sulle garanzie predisposte a tutela del diritto alla salute. Come spesso accade, la soluzione corre sul filo del bilanciamento tra gli interessi in gioco: la salute del detenuto, da un lato, e l'esigenza di garantire la sicurezza penitenziaria e collettiva, dall'altro lato. Il presente contributo si propone di analizzare il rapporto (o il contrasto?) tra il diritto di salute ed il carcere; problematica ancora più complessa se calata nella realtà del c.d. "carcere duro". In tal senso, ci si concentrerà sulle criticità e sulle eventuali incompatibilità (anche a livello costituzionale) di tale regime, sull'attuale "stato dell'arte" e sui relativi risvolti applicativi (nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale), soffermandosi, da ultimo, sui più recenti interventi normativi e sulle possibili prospettive di riforma.

Health in (and despite) 41-bis: when the protection of the community meets the primary right of the individual

ABSTRACT: *Prison reality inevitably impacts on guarantees provided for the protection of the right to health. As often happens, the solution runs on a balance between the interests at stake: the health of the prisoner, on the one hand, and the need to guarantee penitentiary and collective security, on the other hand. This paper aims to analyze the relationship (or contrast?) between the right to health and the prison; issue even more complex if immersed in reality of "hard prison". In this regard, this paper will focus on critical issues and incompatibilities (also at constitutional level) of the scheme, on its applications (in national and supranational jurisprudence), finally focusing on the latest regulatory actions and on the possible prospects for reform.*

SOMMARIO: 1. Salute e carcere: possibile trovare un punto di equilibrio? Premesse e (primi) interrogativi. – 2. L'insostenibile leggerezza del diritto alla salute: tra "dover essere normativo" ed "essere applicativo". – 2.1. La salute nel diritto nazionale. – 2.2. La salute nel panorama sovranazionale. In particolare: la

Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo. – 3. La salute nel carcere duro. – 3.1. 41 bis OP: l’evoluzione della differenziazione trattamentale (cenni). – 3.2. Carcere duro e salute: violazioni “ammissibili” o compressioni inconciliabili? La ricerca del (labile) confine tra compatibilità ed illegittimità. – 3.3. I risvolti applicativi nella giurisprudenza italiana. – 3.4. Segue: la giurisprudenza della Corte Edu. – 4. Il rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex art. 41 bis OP del Garante nazionale dei diritti dei detenuti. – 5. Uno sguardo d’insieme: le prospettive possibili. – 6. Sintesi di conclusione.

1. Salute e carcere: possibile trovare un punto di equilibrio?

Premesse e (primi) interrogativi

Rimasta, per lungo tempo, a margine del dibattito scientifico avente ad oggetto la realtà carceraria¹, la tutela della salute del detenuto (ancor più se in regime di “carcere duro”) costituisce, oggi, una tematica fortemente discussa, connotata da un intenso rilievo mediatico ed istituzionale, e non di rado contaminata dai più vari interessi politici².

* Avvocato del Foro di Torino; Responsabile della sezione Diritto Penitenziario della rivista *Giurisprudenza Penale*; Componente della Commissione Legittimità Costituzionale della Camera Penale Vittorio Chiusano del Piemonte Occidentale e della Valle d’Aosta.

¹ Tale dibattito si collocava, originariamente, nel settore della medicina legale ed interessava solo incidentalmente la tematica della salute in carcere. Sul punto, ad esempio, v. F. CERAUDO, *Principi fondamentali di medicina penitenziaria*, Edizioni Archimedia, 1988.

² Si pensi alla “fibrillazione” dottrinale, giurisprudenziale ed istituzionale degli ultimi tre anni.

In questo senso, a titolo meramente esemplificativo: F. CAPPELLETTI, *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 *Giurisprudenza penale web*, 2017, 4 (consultabile al seguente link <http://www.giurisprudenzapenale.com/2017/04/13/penelope-disfa-la-tela-ma-e-davvero-il-caso-di-farne-una-tragedia/>); M. CAREDDA, *La salute e il carcere. Alcune riflessioni sulle risposte ai bisogni di salute della popolazione detenuta*, in www.costituzionalismo.it, 2015, 2; F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Dir. pen. cont.*, 23 gennaio 2017; A. DELLA BELLA, *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.*, Giuffrè, 2016; F. FIORENTIN, *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, 3; G. GIOSTRA, *Si schiude un nuovo orizzonte per l’esecuzione penale? Delega penitenziaria e Stati generali: brevi considerazioni a margine*, in *Quest. Giust.*, 2015; A. GORI, *Trattamenti inumani e degradanti, la giurisprudenza della Corte e il suo impatto sul diritto dei detenuti*, in www.altrodiritto.unifi.it, 2015; L. LUPARIA, *Diritto europeo e sistema penitenziario*, in (a cura di) P. CORSO, *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Monduzzi Editore, 2015; A. MASSARO, *Salute e Sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in *La tutela della salute nei luoghi di detenzione*, in (a cura di) A. MASSARO, Ed. Roma TrE, 2017; Id., *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un’indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, Ed.

Questa crescente “fibrillazione giuridica” va ricondotta al parimenti crescente interesse oggi rivolto ai principi generali del nostro ordinamento, penale e penitenziario, incentrati sul finalismo rieducativo della pena³ (soprattutto nella fase esecutiva della stessa) e sul divieto di “*trattamenti contrari al senso di umanità*”, come costituzionalmente sancito dal co. III dell’art. 27 Cost.⁴

In tale contesto, caratterizzato da una forte sensibilità rispetto alle esigenze (rieducative, ma anche, più in generale, di vita) del detenuto, la tutela della salute in carcere pare destinata a rivestire un ruolo essenziale; e ciò, non solo in considerazione del valore primario di tale principio generale⁵, ma anche in ragione della sua rilevanza quale condizione imprescindibile per il sano reinserimento del detenuto nella società, dopo l’esecuzione della pena.

È evidente che, da un punto di vista meramente astratto, potrebbe sembrare sufficiente assicurare eguale tutela (senza distinzioni di sorta) tanto ai soggetti liberi, quanto ai reclusi (da intendersi, peraltro, in senso ampio, quale categoria di soggetti sottoposti, per un periodo più o meno lungo, a limitazioni coattive della libertà personale, pur se diversamente qualificate).

Roma TrE, 2017; V. MANCA, *Il DAP riorganizza il 41-bis o.p.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena. Brevi note a margine della circolare DAP n. 3676/616 del 2 ottobre 2017*, in *Dir. pen. cont.*, 6 novembre 2017; A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, Jovene Editore, 2015; A. MENGHINI, *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; R. MONTALDO, *Emergenza carceri: a tre anni dalla sentenza Torreggiani, gli esiti e l’effettività delle riforme*, in www.forumcostituzionale.it, 3 febbraio 2016; M.S. MORI, *A Strasburgo c’è un Giudice anche per i capimafia: con Provenzano non cade ma scricchiola il 41-bis*, in *Giurisprudenza penale web*, 2018, 10 (consultabile al link <http://www.giurisprudenzapenale.com/2018/10/28/strasburgo-ce-un-giudice-anche-capimafia-provenzano-non-cade-scrichiola-41-bis/>); A. TIBULLO, *Salute e carcere*, in *Arch. pen.*, 2017, 2.

Si pensi, ancora, al documento finale 18.4.2016 degli Stati Generali sull’Esecuzione Penale (consultabile in www.giustizia.it); ovvero alla Relazione finale del Tavolo 10 (Salute e disagio psichico) degli Stati Generali dell’Esecuzione Penale (anch’esso consultabile in www.giustizia.it); ovvero ancora al CPT/Inf (2017) 23, pubblicato in data 8 settembre 2017; o, da ultimo alla L. 23 giugno 2017, n. 103 (meglio nota come Riforma Orlando), che ha inglobato l’allora d.d.l. C. 2798, contenente una delega in materia di riforma dell’ordinamento penitenziario; oltre ai recenti Decreti Legislativi, pubblicati in Gazzetta Ufficiale, in riforma di alcuni aspetti del diritto penitenziario.

³ Fondamentali parametri costituzionali sono, nella specie, gli artt. 2, 3, 13, 27 e 32 Cost.

⁴ Sul punto, occorre ricordare, tra tutte, Corte cost., 24 giugno 1993 (dep. 28 luglio 1993) n. 349, in *Giur. cost.*, 1993, p. 2740 e ss. Nella Sentenza citata si legge: “*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 Come si avrà modo di precisare, il diritto alla salute, sancito dall’art. 32 Cost., e direttamente riconducibile alla dignità umana, presenta una natura complessa e polimorfa, essendo caratterizzato da una consistenza individuale e, contestualmente, da una natura “sociale” e collettiva. Sul punto, v. § 2.

Sennonché, un simile approccio si rivelerebbe del tutto acritico e financo utopistico, sol considerando che il semplice accostamento concettuale tra “salute” e “detenzione” è foriero di ambiguità e criticità, che traggono la propria origine dal complesso (e risalente) binomio i cui estremi sono rappresentati dalla tutela individuale (della salute in carcere), da un lato, e dall’esigenza di garantire la sicurezza penitenziaria e collettiva⁶, dall’altro lato.

Come ogni volta che ci si trova a discutere di interessi garantiti in contrasto tra loro, la soluzione corre sul filo del (possibile?) bilanciamento tra condizioni ugualmente degne di protezione, con il rischio (quanto mai concreto, nella materia che ci occupa) di compromettere la tutela dell’un diritto per salvaguardare le garanzie dell’altro.

Nella specie, il risultato di questo “scontro tra titani” sarebbe vieppiù incerto, in ragione dell’indeterminatezza (contenutistica e definitoria) dei principi in contrasto; e ciò, *a fortiori*, allorché si consideri che il diritto alla salute, pur se imprescindibile e di natura incontestabilmente unitaria, presenta volti differenti col mutare delle esigenze sanitarie di volta in volta prese in esame e, dunque, anche col mutare della categoria di soggetti (liberi o detenuti) cui si rivolge⁷.

Si rende, allora, indispensabile verificare se e come il diritto alla salute subisca variazioni (più o meno “naturali”) determinate dallo stato di detenzione e dalle connesse esigenze di sicurezza e, conseguentemente, se tali variazioni possano ritenersi legittime e tali da garantire, comunque, un livello opportuno di tutela del singolo.

Con il che, il problema dell’effettiva adeguatezza e fattibilità del giudizio di bilanciamento, quale strumento per risolvere il contrasto tra salute e sicurezza, lascia ancora spazio a dubbi e riserve. Né, in questo senso, l’accertamento, da parte dei Giudici di Strasburgo, delle condizioni di sovraffollamento degli istituti penitenziari nazionali e, più recentemente, delle criticità inerenti le modalità di applicazione del regime differenziato del 41 *bis*, pare aver condotto a significative inversioni di rotta.

⁶ Il concetto di “sicurezza” è duplice. Vi è una sicurezza “interna”, che si riferisce alla necessità di garantire il rispetto delle norme di comportamento nei rapporti tra operatori e detenuti, nonché tra singoli detenuti; ed una sicurezza “esterna”, che funge da “filtro” rispetto a ciò che rimane fuori dall’istituto penitenziario, assicurando così l’effettiva esecuzione della pena ed evitando che il detenuto possa mantenere contatti con l’eventuale compagine criminale di provenienza. Per approfondimenti, v. A. MASSARO, *Salute e Sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, cit., p. 82 ss.

⁷ A. MASSARO, “*Salute e Sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*”, cit., p. 28: come rileva l’Autore, una versione basilare del principio personalista impone di considerare la salute, almeno nella sua dimensione individuale e dunque di aspettativa di non lesione, come parte integrante del nucleo intangibile della persona umana, anche se “detenuta”. Il rischio, tuttavia, è che le esigenze di sicurezza, anche a causa di una “fuga dalla legalità” che lascia ampi spazi alla discrezionalità amministrativa, riescano a veicolare surrettiziamente una modulazione di tutela della salute per soggetti particolarmente pericolosi, a partire da quelli inseriti in circuiti differenziati.

Tale il contesto, non ci si può tuttavia esimere dall’evidenziare come il sistema stia, gradualmente, mostrando alcuni, timidi, cedimenti.

All’indomani della Sentenza Provenzano⁸ ed all’esito delle recenti (e significative) aperture della giurisprudenza italiana in ordine alla più generale tutela della sfera individuale del detenuto, si respira un clima di crescente consapevolezza circa la necessità di garantirne i diritti fondamentali.

Qualcosa, *eppure, si muove.*

2. L’insostenibile leggerezza del diritto alla salute: tra “dover essere normativo” ed “essere applicativo”⁹

2.1. La salute nel diritto nazionale

Originariamente improntata ad una dimensione collettiva¹⁰, la tutela della salute in Italia è divenuta, solo col tempo, una delle principali garanzie di stampo individuale, mantenendo comunque intatti gli aspetti “sociali” che l’hanno sempre contraddistinta e che tuttora ne costituiscono una caratteristica essenziale¹¹.

La doppia anima di questo primario ed assoluto diritto¹² è contenuta nell’art. 32 Cost., in forza del quale: *“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*

⁸ Corte Edu, 25 ottobre 2018, *Provenzano c. Italia*, ric. n. 55080/13.

⁹ Come si avrà modo di notare, la tutela della salute nel diritto nazionale ed internazionale è caratterizzata dalla contrapposizione tra “dover essere normativo”, tipico dell’ordinamento italiano, ed “essere applicativo”, tipico, per contro, della giurisprudenza di Strasburgo. Invero, in ambito convenzionale - cfr. § 2.2. - non è rinvenibile alcun “dover essere normativo” positivamente definito, cui raffrontare un “essere applicativo” onde verificare la compatibilità tra le due prospettive. In senso diametralmente opposto rispetto a quanto accade nell’ordinamento italiano, per i Giudici di Strasburgo il “dover essere normativo” va ricostruito muovendo dall’analisi dell’essere applicativo e, dunque, della compatibilità del medesimo con la Convenzione.

¹⁰ In tal senso, V. DURANTE, *La salute come diritto della persona*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Giuffrè, 2011, p. 579. In effetti, prima della relativa costituzionalizzazione, il diritto alla salute apparteneva ad una dimensione di ordine pubblico e rispondeva all’esigenza di tutelare la collettività dalla diffusione di malattie e di epidemie.

¹¹ Come rileva A. MASSARO, *Salute e Sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, cit., p. 23 e ss., non è un caso che persino una norma cardine come quella contenuta nell’art. 32 Cost., abbia faticato a liberarsi dall’etichetta di disposizione meramente programmatica (anche per la convinzione che la sua attuazione avrebbe comportato un’incidenza economica eccessiva sulle strutture pubbliche e nei rapporti tra privati).

¹² Cfr. Corte cost., 12 luglio 1979 (dep. 26 luglio 1979) n. 88, ove si legge che l’art. 32 Cost. tutela la salute *“non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale 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 e non sembra dubbia la sussistenza dell’illecito, con conseguente obbligo della riparazione, in caso di violazione del diritto stesso”*.

disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”.

A seguito della relativa cristallizzazione, quale principio generale, nella nostra Carta Costituzionale, la salute è, oggi, uno dei beni primari dell’uomo, nonché la condizione indispensabile perché ciascun individuo possa sentirsi libero di esprimere la propria individualità¹³.

Senonché, definire in modo univoco e condiviso il concetto di “salute” appare, tuttora, decisamente arduo; e ciò, proprio in considerazione della natura astratta e proteiforme di tale canone, “nocciolo duro” dei diritti inviolabili, ma anche principio dalla dimensione individuale difficilmente definibile o determinabile, ed al contempo facilmente influenzabile dal contesto storico e politico di riferimento.

Così, talvolta, onde evidenziarne la natura polimorfa, si ricorda che la 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*”¹⁴.

Talaltra, nel tentare un approccio unitario, si tende a far riferimento all’interpretazione fornita dall’Organizzazione Mondiale della Sanità (O.M.S.), per cui “*la salute è uno stato di completo benessere fisico, mentale, sociale e non consiste soltanto nell’assenza di malattie o infermità. Il possesso del migliore stato di sanità che si possa raggiungere costituisce uno dei diritti fondamentali di ciascun essere umano, qualunque sia la sua razza, la sua religione, le sue opinioni politiche, la sua condizione economica e sociale. I Governi hanno la responsabilità della sanità dei loro popoli: essi per farvi parte devono prendere le misure sanitarie e sociali appropriate*”.

A ben vedere, entrambe le definizioni celano, (specie) se considerate separatamente, le rispettive criticità.

Nell’un caso, il rischio è quello che si crei una tutela differenziata (quanto a modalità e ad efficacia) a seconda dei soggetti destinatari della stessa; e ciò si verificherebbe, con maggior evidenza (e con le disparità più eclatanti) nel raffronto tra soggetti liberi e detenuti¹⁵.

È evidente che una simile distinzione sarebbe del tutto inaccettabile: non solo perché in contrasto con la *ratio* e la stessa natura dell’art. 32 Cost., ma anche (se non soprattutto) in quanto lesiva del canone di uguaglianza e ragionevolezza di cui all’art. 3 della stessa Carta Costituzionale.

¹³ A. TIBULLO, *cit.*, p. 1 ss.

¹⁴ Cfr. Corte cost., 26 settembre 1990 (dep. 12 ottobre 1990), n. 445. In tal senso, si v. anche quanto evidenziato in premessa.

¹⁵ Facendo proprie le parole di A. MASSARO, *Salute e Sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, *cit.*, p. 25, il rischio è che la nozione di salute e la tutela apprestata al corrispondente diritto continuino a viaggiare su un doppio binario, a seconda che si riferiscano a soggetti liberi o a soggetti sottoposti a limitazioni della libertà personale.

Per contro, la “salute” così come definita dall’O.M.S., rischia di rivelarsi un concetto fine a se stesso, di fatto inapplicabile e, comunque, inconciliabile con le concrete esigenze delle realtà sociali e politiche di riferimento.

Una simile definizione, invero, appare, *ex se*, (eccessivamente) ampia e decontestualizzata e, laddove utilizzata nel suo senso letterale, condurrebbe al paradossale esito per cui, intendendosi la salute quale uno stato di “*completo benessere psicofisico*”, nessuno potrebbe dirsi davvero sano.

Non solo.

Applicando tale nozione alla realtà carceraria, non rimarrebbe altra via se non quella di denunciare l’assoluta incompatibilità della detenzione (quale stato che incide sulla libertà personale e, inevitabilmente, anche sulla salute individuale) con il benessere complessivo del singolo; e ciò, a totale discapito della difesa sociale; una strada, parimenti, impraticabile, perché irragionevole non solo nelle premesse, ma anche (e soprattutto) nei relativi esiti.

2.2. La salute nel panorama sovranazionale. In particolare: la Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo

Spostando l’angolo visuale oltre i confini nazionali, è doveroso evidenziare che, a partire dagli anni ‘50, anche l’ordinamento internazionale ha mostrato di prestare una particolare attenzione per la materia che ci occupa, concentrando i propri sforzi sia sull’esigenza di addivenire ad una più concreta umanizzazione della pena, sia sull’elaborazione di “*standards*” minimi di tutela da garantire ai soggetti destinatari delle limitazioni della libertà personale¹⁶.

In tale contesto, la Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, firmata a Parigi nel 1948, ha avuto un ruolo propulsivo, ponendo al centro delle esigenze di tutela la salute intesa non solo in senso lato, quale diritto individuale, ma, altresì, nei suoi aspetti più peculiari (ed al contempo, maggiormente problematici), di garanzia spettante anche (e soprattutto) ai detenuti¹⁷.

Così, sulla scorta delle disposizioni in essa contenute (e, segnatamente, dell’art. 5¹⁸), sono stati emanati l’art. 10 del Patto internazionale dei diritti civili e politici

¹⁶ Ci si riferisce, in particolare, ai lavori della Commissione Internazionale Penale e Penitenziaria, che, tra il 1929 ed il 1933 aveva sostenuto, all’interno delle Nazioni Unite, l’adozione di un *corpus* di norme disciplinanti gli *standards* minimi di tutela per i soggetti detenuti.

¹⁷ È d’obbligo il richiamo all’art. 25, co. I, della Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, in forza del quale “*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 [...]*”.

¹⁸ Il menzionato art. 5 recita: “*Nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamento o a punizione crudeli, inumani o degradanti*”.

del 1966¹⁹, nonché la Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, entrata ufficialmente in vigore nel 1987²⁰.

A tale evoluzione normativa, di spiccata sensibilità garantistica, si è contrapposta la diversa prospettiva di tutela offerta dalla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, che, per contro, non contiene alcuna disposizione espressamente posta a garanzia della salute, quale diritto autonomo e degno di specifica protezione²¹.

Ciò nonostante, nell’ordinamento convenzionale, tale diritto è ampiamente riconosciuto (con particolare attenzione ai soggetti detenuti), in quanto (giurisprudenzialmente) ricondotto nell’alveo di altri diritti garantiti dalla CEDU e, segnatamente, quale corollario del diritto alla vita (art. 2), del divieto di pene e trattamenti inumani o degradanti (art. 3), del diritto al rispetto della vita privata e familiare e del domicilio (art. 8)²².

¹⁹ Ai sensi di tale disposizione, “*Qualsiasi individuo privato della propria libertà deve essere trattato con umanità e col rispetto della dignità inerente alla persona umana*”.

²⁰ Cfr. art. 10: “*Ogni Stato Parte provvede affinché l’insegnamento e l’informazione sul divieto della tortura siano parte integrante della formazione del personale civile o militare incaricato dell’applicazione delle leggi, del personale medico, dei funzionari pubblici e delle altre persone che possono intervenire nella custodia, nell’interrogatorio o nel trattamento di qualsiasi persona arrestata, detenuta o imprigionata in qualunque maniera [...]*”; art. 11: “*Ogni Stato Parte esercita una sorveglianza sistematica sulle norme, direttive, metodi e pratiche di interrogatorio e sulle disposizioni concernenti la custodia e il trattamento delle persone arrestate, detenute o imprigionate in qualunque maniera in qualsiasi territorio sotto la sua giurisdizione, al fine di evitare qualsiasi caso di tortura*”; art. 16: “*Ogni Stato Parte si impegna a proibire in ogni territorio sotto la sua giurisdizione altri atti costitutivi di pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti che non siano atti di tortura quale definita all’articolo 1, qualora siano compiuti da un funzionario pubblico o da qualsiasi altra persona che agisce a titolo ufficiale, o sotto sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o tacito. Gli obblighi enunciati agli articoli 10, 11, 12 e 13, in particolare, sono applicabili sostituendo la menzione di tortura con quella di altre forme di pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti*”.

²¹ Come evidenziato da F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell’uomo*, cit., l’assenza, nella CEDU, di una disposizione assimilabile al nostro art. 32 Cost. si spiega con l’estraneità, nel sistema convenzionale – e, in generale, internazionale – della categoria dei diritti sociali. Per un approfondimento sul tema, anche: G. CORSO, *La protezione costituzionale dei diritti sociali*, in (a cura di) A. DI BLASE, *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali*, Ed. Roma TrE, 2014; A. DI PASCALE, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea: diritti fondamentali?*, in *Riv. dir. intern.*, 2014; e A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2013.

²² F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell’uomo*, cit., p. 6 ss. L’Autore si sofferma sulla protezione *par ricochet* della salute, analizzando la formulazione e l’interpretazione delle disposizioni cui essa è riconducibile. Così, dall’art. 2 CEDU deriva un duplice obbligo: negativo, quale divieto di causare la morte dei singoli, e positivo, quale obbligo per gli Stati di assumere misure adeguate ad assicurare la protezione della vita. In altre occasioni, invece, la Corte ha ricondotto situazioni di lesioni (anche gravi) alla salute non all’art. 2 CEDU, bensì all’art. 8 CEDU: si è così affermato che “*un grave inquinamento ambientale può incidere sul benessere degli individui e privarli del godimento del loro domicilio, in modo da*

Nell’ambito della Convenzione EDU e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, dunque, la salute è destinataria di una tutela di fatto indiretta, c.d. “di riflesso”, che si concretizza solo allorché la lesione della stessa si rifletta nel pregiudizio o nella messa in pericolo di altri diritti espressamente garantiti²³.

La via (di rilievo essenziale anche per gli effetti che ne conseguono nel nostro ordinamento) è, dunque, quella della “evoluzione giurisprudenziale”.

Senonché, anche una simile tecnica di tutela presenta le sue criticità.

Invero, se da un lato, essa ha il pregio di consentire ai Giudici di Strasburgo di estendere il proprio sindacato anche oltre i confini espressamente tracciati dalla Convenzione, dall’altro, tale “estensione” rischia di rendere più evidente la presenza di una lacuna “originaria”.

Con il che, la tutela della salute *par ricochet*, accentuando l’assenza di una protezione reale e, come tale, specifica e speciale del principio in parola, rischia non solo di sminuirne la portata ma, anche, di subordinarne la garanzia ai (pur sempre possibili) mutamenti dei tempi, delle esigenze e dei costumi e, in ogni caso, di condizionarla al rispetto delle soglie di gravità e degli oneri probatori previsti per i diritti espressamente garantiti.

3. La salute nel carcere duro

3.1. 41-bis OP: l’evoluzione della differenziazione trattamentale (cenni)

Com’è noto, l’avvento della Costituzione e dei canoni in essa contenuti, ha imposto nel diritto penitenziario (e nell’ordinamento in generale) una vera e propria opera di ripensamento e di “ristrutturazione” normativa, tesa al rispetto dei principi di rieducazione e di risocializzazione del detenuto²⁴.

Tale opera di rivisitazione si è, per vero, protratta per lungo tempo: è stato necessario attendere sino al 1975 (con la L. 354, di riforma dell’ordinamento penitenziario²⁵), per poter finalmente apprezzare una disciplina improntata all’umanizzazione della pena ed al recupero “sociale” del condannato.

In tale contesto, il carcere si è trasformato da “*luogo di isolamento del soggetto dal mondo esterno, in una struttura attraverso la quale il detenuto possa realizzare un*

danneggiare la loro vita privata e familiare” (Corte Edu, Grande Camera, 19 febbraio 1998, *Guerra and Others c. Italy*, ric. n. 14967/89). Quanto poi all’art 3 CEDU, la lettera della disposizione, e l’«ampia latitudine» delle nozioni in essa ricorrenti, ne hanno reso possibile, da parte dei Giudici di Strasburgo, un’interpretazione evolutiva, tramite la quale, come si avrà modo di notare nel prosieguo, si sono potute individuare molteplici *species* di violazioni del divieto di tortura e trattamenti o pene inumani o degradanti.

²³ È la c.d. protezione *par ricochet*.

²⁴ In tal senso si imponeva una rivisitazione del Codice Rocco, la cui logica marcatamente totalitaria mal si conciliava, ormai, con l’esigenza di porre, al centro del diritto penitenziario, il detenuto-persona, l’umanizzazione della pena ed il trattamento penale individualizzato.

²⁵ Di stampo certamente costituzionale, ma altresì influenzata dalle “spinte” provenienti dal diritto sovranazionale.

proprio, individuale, processo rieducativo”²⁶. Con il che, nel binomio avente, quali estremi, la tutela del detenuto e le esigenze di sicurezza, la prima appariva (quantomeno in prima battuta) privilegiata rispetto alla seconda.

Una simile logica penitenziaria ha, tuttavia, mostrato presto le proprie debolezze, specie con riguardo al trattamento di quei detenuti con spiccata capacità di delinquere, che avevano rifiutato i programmi di reinserimento sociale e, che, anzi, si erano organizzati in vere e proprie “cellule”, strutturate e gerarchiche, non solo fuori dal carcere, ma anche all’interno di esso²⁷.

Per far fronte a tale (sino ad allora inaspettata) criticità, dunque, le finalità di umanizzazione ed individualizzazione della pena hanno mutato repentinamente il proprio indirizzo, tendendo verso una vera e propria differenziazione nel trattamento penitenziario.

In tal senso, per rimediare ai vuoti di tutela (di sicurezza penitenziaria) fu introdotto l’art. 90 OP, in forza del quale, nell’ipotesi di “*gravi ed eccezionali motivi di ordine e sicurezza*”, il Ministro per la Grazia e per la Giustizia avrebbe avuto la facoltà di “*sospendere in tutto o in parte, l’applicazione in uno o più stabilimenti penitenziari, per un periodo determinato, strettamente necessario, delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge*”, che potessero “*porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e sicurezza*”²⁸.

Nato come primo esempio di differenziazione trattamentale e destinato, in origine, a fronteggiare esigenze del tutto “*gravi ed eccezionali*”, l’art. 90 OP presto uscì dalla propria sfera di applicazione, per diventare il “normale” strumento cui ricorrere nelle ipotesi (pur non gravi né eccezionali) di contrasto delle esigenze di ordine e di sicurezza.

Senonché, tale regime poneva regole specifiche e decisamente restrittive quali, ad esempio: il divieto di organizzare attività culturali, ricreative e sportive; il limite di un’ora nei colloqui; l’impossibilità di conversare con i familiari in visita, se non attraverso una lastra di vetro; il divieto di fare telefonate; il divieto di corrispondenza interna al carcere (con gli altri detenuti) e la limitazione del diritto di corrispondenza, in entrata ed in uscita; una sola ora d’aria.

²⁶ D. DE GIOIELLIS, *Regime penitenziario di rigore, tra esigenze di sicurezza e tutela della salute*, p. 152, in (a cura di) A. MASSARO, *Salute e Sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, cit.

Come evidenzia l’Autore, si passa da un modello di detenzione “statico” ad uno “dinamico”, con al centro il detenuto. V, sul punto, anche A. TIBULLO, *op. cit.*

²⁷ Utilizzando le parole di T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all’approdo della legalità*, in (a cura di) V. GREVI, *L’ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza (1986-93)*, Cedam, 1994: “*L’ottimismo delle prospettive, tutte rivolte alla prevenzione sociale, in termini di recupero e reinserimento sociale, avevano portato il legislatore a ignorare il problema della gestione dei detenuti pericolosi*”.

²⁸ Per un approfondimento sul punto, v. M. PAVARINI, B. GUAZZALOCA, *Corso di diritto penitenziario*, Edizioni Martina, 2004.

È chiaro che normalizzare un simile regime “speciale” quale strumento a tutela delle ordinarie esigenze di sicurezza, non solo avrebbe posto nel nulla quanto sino ad allora realizzato (in termini di riforma penitenziaria improntata alla tutela del detenuto-persona e dell’umanizzazione della pena) ma avrebbe altresì comportato un’evidente violazione dei principali canoni costituzionali; primo fra tutti l’art. 27 Cost²⁹.

La situazione sin qui descritta si è mantenuta inalterata sino all’entrata in vigore della L. 663 del 1986, meglio nota come Legge Gozzini, ed all’introduzione, mediante la stessa, dell’art. 41 *bis*, o meglio, della sua formulazione “originaria³⁰”, finalizzata ad “arginare” situazioni di eccezionale rivolta o di emergenza all’interno delle carceri.

Tacciato di eccessivo permissivismo rispetto alla concreta esigenza di fronteggiare la criminalità organizzata, l’art. 41 *bis* ha subito, nel tempo, ulteriori modifiche.

Così:

- A seguito della strage di Capaci del 23 maggio 1992 e, segnatamente, con D.L. 306/1992 (convertito nella L. 356/1992), è stato introdotto un secondo comma, con cui si consentiva al Ministro della Giustizia di sospendere per gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica le regole di trattamento e gli istituti dell’ordinamento penitenziario nei confronti dei detenuti facenti parte delle organizzazioni criminali mafiose³¹.
- Con la L. 279/2002, anche al fine di recepire le indicazioni fornite dalla Corte Costituzionale in ordine all’indeterminatezza dell’allora vigente formulazione

²⁹ Sotto altro aspetto, se ne contestava la (in)compatibilità con gli artt. 13 e 25 Cost. Per un approfondimento, v. M. GOZZINI, *L’ordinamento penitenziario dopo la legge 663/1986. Problemi ancora aperti*, in A. LOVATI, *Carcere e territorio. I nuovi rapporti promossi dalla legge Gozzini e un’analisi del trattamento dei tossicodipendenti sottoposti a controllo penale*, Ed. Franco Angeli, 1988.

³⁰ In forza della quale “*in casi eccezionali di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza, il Ministro di grazia e giustizia ha facoltà di sospendere nell’istituto interessato o in parte di esso l’applicazione delle normali regole di trattamento dei detenuti e degli internati. La sospensione deve essere motivata dalla necessità di ripristinare l’ordine e la sicurezza e ha la durata strettamente necessaria al conseguimento del fine suddetto*”.

³¹ È quella che viene definita la “controriforma carceraria”, che determina il definitivo superamento del principio di parità dei detenuti, inaugurato con la L. 354/1975, ed instaura il c.d. “doppio binario trattamentale”. Tale “nuova” formulazione presentava un carattere del tutto indeterminato, giacché non conteneva alcuna disposizione né in ordine alla durata della sospensione delle regole di trattamento, né in ordine ad eventuali proroghe, né all’attività istruttoria e neppure disciplinava il procedimento del reclamo.

Da qui, il pericoloso rischio di distorsioni applicative: tant’è vero che, in questo periodo, i penitenziari scelti per l’esecuzione di tale regime, furono teatro di trattamenti inumani e soprusi. Sul punto, v. D. DE GIOIELLIS, *op. cit.*, p. 158. In tal senso v. anche A. TIBULLO, *op. cit.*: l’Autore, in particolare, evidenzia come nel 1995, il Comitato Europeo per la prevenzione dei trattamenti inumani o degradanti delegava dei rappresentanti per verificare le condizioni di detenzione dei soggetti sottoposti al suddetto regime nelle carceri italiane. La visita della delegazione evidenziava nelle restrizioni gli estremi per definire i trattamenti come inumani e degradanti.

del 41 *bis*³², sono state specificate le relative limitazioni: la riduzione dei colloqui con i familiari (colloqui che erano sempre videoregistrati ed avvenivano attraverso un vetro blindato) ed il divieto di colloqui con estranei; non più di tre colloqui a settimana con i propri difensori; massimo due ore d’aria al giorno e con non più di quattro persone.

- Da ultimo, con L. 94/2009, perseguendo un intento precipuamente custodialistico, l’art. 41 *bis* è stato riformulato nella versione che oggi tutti conosciamo³³.

3.2. Carcere duro e salute: violazioni “ammissibili” o limitazioni inconciliabili? La ricerca del (labile) confine tra compatibilità ed illegittimità

Come anticipato nelle premesse, il diritto alla salute, ferma restando la sua natura unitaria, presenta inevitabilmente volti differenti col mutare della categoria di soggetti (liberi o detenuti) cui si rivolge.

La tutela costituzionale dei diritti fondamentali dell’individuo, dunque, opera anche nei confronti dei ristretti, pur con le limitazioni che “*com’è ovvio, lo stato di detenzione comporta*”³⁴.

Senonché, siffatta conclusione non può (e non deve) concretizzarsi nella limitazione estrema delle prerogative fondamentali del singolo; *a contrario*, la tutela della salute deve rimanere un’esigenza primaria, pur se adeguata alle peculiari condizioni detentive del suo destinatario.

Né, per altro verso e in parallelo, tali considerazioni potrebbero lasciare spazio ad una illimitata compressione del generale principio in parola; neppure nell’ipotesi in cui la stessa traesse la propria ragion d’essere nelle esigenze legate alla sicurezza penitenziaria.

Tale il contesto, diventa, dunque, fondamentale il ruolo degli operatori del diritto che, per quanto in questa sede interessa, sono chiamati ad individuare la soglia oltre la quale ogni ulteriore limitazione del diritto alla salute debba essere ritenuta illegittima; ovvero, sotto diverso ed opposto angolo visuale, il confine entro cui le

³² Sul punto, v. l’analisi condotta da A. DELLA BELLA, *op. cit.*, p. 115 ss.

³³ Oltre al resto: i detenuti in tale regime devono essere ristretti in istituti a loro dedicati, e comunque in sezioni logisticamente isolate rispetto alle altre facenti parte del medesimo istituto e affidate a reparti speciali della polizia penitenziaria. I colloqui possono essere uno al mese e devono sempre essere videoregistrati. È possibile adottare tutte le necessarie misure di sicurezza per impedire ai detenuti in tale regime di comunicare con gli altri o scambiare oggetti; tra tali misure rientra la videosorveglianza continua nella camera di pernottamento, inclusa la stanza da bagno, ovvero ancora, il divieto di acquisto di determinati prodotti decisi di volta in volta dall’amministrazione penitenziaria. Sul punto, v. S. ARDITA, *La riforma del 41-bis ord. penit. alla prova dei fatti*, in *Cass. pen.*, 2004; Id., *Il nuovo regime del 41-bis dell’ordinamento penitenziario*, *Cass. pen.*, 2003.

³⁴ Corte cost., 24 giugno 1993 (dep. 28 luglio 1993) n. 349, in *Giur. cost.*, 1993, p. 2740 e ss.

variazioni di tutela determinate dallo stato di detenzione possano ritenersi “normali” e “adeguate”³⁵.

Sullo sfondo, e quale base di partenza, le disposizioni in materia di salute contenute nella L. 354/1975³⁶.

Volendo tentare un approccio il più possibile pragmatico, al fine di fornire una chiave di lettura generale che consenta quantomeno di evidenziare gli aspetti più complessi e delicati della tematica, pare ragionevole affermare che, nella fase esecutiva della pena detentiva, la limitazione del diritto alla salute è legittima e ragionevole (*ex art. 3 Cost.*) ogniqualvolta sia proporzionata rispetto alle finalità (dichiarate o implicite, ma pur sempre riconoscibili ed individuabili) del determinato regime di detenzione di volta in volta preso in esame.

È chiaro che, maggiore sarà il grado di afflittività detentiva, più arduo sarà l'accertamento circa la legittimità o l'illegittimità dell'intervenuta compressione dei diritti del singolo.

La correttezza di questa conclusione emerge con vigore nel momento in cui il “sistema trattamentale di riferimento” sia quello del carcere duro; contesto, quest'ultimo, entro cui lo stesso parametro della proporzionalità fatica a produrre i suoi effetti³⁷.

Da un punto di vista meramente teorico, individuata la finalità del 41-*bis* nell'esigenza di evitare legami tra il detenuto e la compagine criminale di provenienza o appartenenza, e, dunque, di impedire al primo di gestire attività

³⁵ “E’ 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” [Corte cost., 25 luglio 1979 (dep. 6 agosto 1979), n. 114; in tal senso anche Corte cost., 8 febbraio 1999 (dep. 11 febbraio 1999), n. 26]. Il bilanciamento tra le opposte esigenze (tutela della sicurezza e tutela individuale è reso, nel concreto, ancor più arduo nell'ipotesi in cui il detenuto simuli di versare in condizioni psico-fisiche critica, al solo fine di accedere con l'inganno a regimi di detenzione più favorevole. Sul punto v. N. ANSELMINI, V. SAVOJA, *La simulazione della malattia mentale in ambito penitenziario*, in *Riv. psych.*, 2004, 3.; A.M.A. NIVOLI (e altri), *La simulazione della malattia mentale nelle istituzioni penitenziarie*, in *Giorn. it. psicopat.*, 2011.

³⁶ Senza pretesa di esaustività, ci si limita a ricordare gli artt. 3, 4 OP, nonché il Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà (D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230).

In tale contesto, è possibile distinguere tra norme a tutela preventiva della salute e norme in materia di assistenza sanitaria. Le prime hanno il fine di garantire che, negli istituti penitenziari, le condizioni ambientali ed igieniche siano compatibili con il mantenimento dell'integrità fisica e ne assicurino un'adeguata tutela (artt. 5-10 e ultimi due commi dell'art. 11 OP). Le seconde, invece, riguardano gli interventi terapeutici necessari a seconda delle condizioni detentive (art. 11 e artt. 17-20 OP). Per un approfondimento in ordine a tali aspetti: A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Giappichelli, 2002; F. DE FERRARI, C. A. ROMANO, *Sistema penale e tutela della salute*, Giuffrè, 2003; A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2016, 3; G. BELLANTONI, *Il trattamento dei condannati*, in (a cura di) P. CORSO, *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Giuffrè, 2015.

³⁷ In tal senso anche D. DE GIOIELLIS, *op. cit.*, p. 162.

delittuose dall'interno del carcere, ogni limitazione esorbitante rispetto al predetto scopo dovrebbe ritenersi illegittima.

Con il che, non potrebbero essere ammesse compressioni sproporzionate ed ingiustificate dei diritti individuali facenti capo al detenuto, *ivi* compreso il diritto alla salute.

Il condizionale è, tuttavia, d'obbligo.

Anzitutto, nonostante il “carcere duro” occupi, attualmente, un ruolo di estremo rilievo nell'ambito del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, si registra (soprattutto in giurisprudenza) una sorta di “timore reverenziale” quanto alla valutazione della sua (eventuale il)legittimità, (anche solo parziale)³⁸.

A complicare ulteriormente il quadro d'analisi, v'è, inoltre, la già rilevata difficoltà di determinare, in maniera univoca e condivisibile, in ambito nazionale e sovranazionale, il contenuto del diritto alla salute.

La problematica è quanto mai cogente: attualmente si trovano in regime di 41-*bis* diverse centinaia di detenuti (alcuni di essi ancora in attesa di sentenza definitiva³⁹), sulla salute dei quali la sostanziale privazione dei contatti interpersonali e l'estrema limitazione delle informazioni e del contatto con l'esterno sono inevitabilmente destinate a spiegare importanti e gravi ripercussioni⁴⁰.

A ciò aggiungasi che, allo stato, manca, nel nostro ordinamento, una disciplina organica e determinata che regolamenti la malattia mentale in carcere ed i relativi

³⁸ Come condivisibilmente evidenziato da D. DE GIOIELLIS, *op. cit.*, “*L'impressione che si avverte, specie scorrendo la giurisprudenza della Corte Edu, è quella di una cautela motivata anche da una sorta di intangibilità di quella “Ragion di Stato” che fa da sfondo al carcere duro. Non appena invece la misura in questione si trovi “decontestualizzata”, ovvero esaminata senza il peso del contesto storico-politico che ne ha determinato l'introduzione, le conclusioni si rivelano più nette*”.

³⁹ Cfr., sul punto, il *Rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex art. 41 bis dell'Ordinamento penitenziario (2016-2018)*, del Garante nazionale dei diritti dei detenuti. Al 3 gennaio 2019 il Garante ha riscontrato la presenza di 748 persone (di cui 10 donne) detenute in regime di 41 *bis* OP. Di questi, solo 363 – e delle 10 donne, solo 4 – avevano una posizione giuridica definitiva, versando i rimanenti in posizione mista o in misura cautelare.

⁴⁰ A. TIBULLO, *op. cit.* L'autore evidenzia, inoltre, che il regime di proroga che viene spesso applicato a lungo termine a criminali di elevata pericolosità sociale determina di fatto un innalzamento dell'età della popolazione carceraria e di conseguenza una più elevata probabilità di sviluppo di malattie croniche dell'età involutiva. Sul punto, è d'uopo rilevare altresì che il Comitato per la prevenzione della tortura del Consiglio d'Europa (CPT), dopo aver svolto alcune visite nelle carceri italiane fra il 2003 ed il 2013, ha evidenziato come il 41 bis fosse “fortemente dannoso per i diritti fondamentali dei detenuti” e “non privo di effetti sullo stato delle condizioni somatiche e mentali di alcuni prigionieri”. Per un approfondimento si invita alla lettura del fascicolo “*Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?*”, in *Giurisprudenza penale web*, 2019, 2 bis, consultabile al link <http://www.giurisprudenzapenale.com/rivista/fascicolo-2-bis-2019-affettivita-carcere-un-binomio-impossibile/>.

effetti (il riferimento alla complessa e discussa tematica del differimento della pena per infermità psichica è quantomeno d’obbligo)⁴¹.

Secondo uno studio dell’Osservatorio Permanente sulle morti in carcere, il suicidio fra i detenuti al 41-*bis* è di 3,5 volte superiore rispetto alla popolazione carceraria “normale”.

Da ultimo, pare doveroso evidenziare che il numero di suicidi registrati in carcere nel 2018 è stato superiore rispetto ai dati pervenuti con riguardo al 2017; e che, in questi primi mesi del 2019, vi sono già stati 10 casi di suicidio⁴².

3.3. I risvolti applicativi nella giurisprudenza italiana

Fermo restando quanto precede, occorre a questo punto verificare come la giurisprudenza italiana, da un lato, e quella di Strasburgo, dall’altro, si siano (e si stiano tuttora) rapportando con il binomio “salute - 41-*bis*”.

In effetti, date le criticità connaturate alla prima e considerate, altresì, le rigide limitazioni imposte dal secondo, l’unico strumento che consenta di valutare lo “stato dell’arte” è rappresentato dall’analisi dei relativi risvolti applicativi.

Anzitutto, è bene premettere che, quanto alla legittimità, in sé e per sé considerata, del carcere duro, la Corte Costituzionale ha sempre negato l’esistenza di un effettivo contrasto tra tale regime differenziato ed i canoni fondamentali del nostro ordinamento⁴³ e, soprattutto, per quanto in questa sede interessa, con il diritto alla

⁴¹ Per un approfondimento si rinvia, *ex multis*, a G.L. GATTA, *Esecuzione della pena e infermità psichica sopravvenuta: il Tribunale di Sorveglianza di Messina imbecca la via dell’interpretazione conforme a Costituzione e applica la detenzione domiciliare*, in *Dir. pen. cont.*, 14 maggio 2018; A. MARTUFI, *Il differimento facoltativo della pena per grave infermità fisica: tra “orizzonte di scopo” della pena carceraria e dignità del detenuto*, in *Giurisprudenza penale web*, 2017, 7-8 (consultabile al link <http://www.giurisprudenzapenale.com/2017/07/05/il-differimento-facoltativo-della-pena-per-grave-infermita-fisica-tra-orizzonte-di-scopo-della-pena-carceraria-e-dignita-del-detenuto/>); G. VIGNERA, *Differimento dell’esecuzione della pena relativo a collaboratori di giustizia: brevi note in tema di competenza territoriale*, in *Giurisprudenza penale web*, 2018, 7-8 (consultabile al link <http://www.giurisprudenzapenale.com/2018/07/26/differimento-dellesecuzione-della-pena-relativo-collaboratori-giustizia-brevi-note-tema-competenza-territoriale/>); cfr., anche Cass. pen., Sez. I, ord. 23 novembre 2017 (dep. 22 marzo 2018), n. 13382, Pres. Bonito, Est. Magi, ric. Montenero.

⁴² Si invita, al riguardo, a consultare la tabella pubblicata al seguente link: <http://www.ristretti.it/areestudio/disagio/ricerca/index.htm>.

⁴³ Cfr. anche Cass. pen., sez. I, 19 aprile 2016, n. 44149: investita, nel 2015, dal Tribunale di Sorveglianza di Roma, della questione di illegittimità costituzionale del regime in parola, la Suprema Corte ha così rilevato: “è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 41 bis OP., in relazione agli artt. 117 Cost. e 3 CEDU, non sussistendo, anche secondo la giurisprudenza consolidata della Corte EDU, alcuna incompatibilità strutturale tra l’adozione di un regime carcerario differenziato (dettato dalla necessità di neutralizzare l’allarme sociale derivante dal mantenimento da parte del detenuto di relazioni con l’esterno del carcere) e i contenuti della citata norma convenzionale, attesa la natura temporanea della misura, l’esistenza per il detenuto di spazi minimi e incomprimibili di relazionalità e il controllo giurisdizionale sulle ragioni

salute (peraltro solo di rado collocato tra i parametri in forza dei quali valutare la costituzionalità dell’art. 41-*bis* OP)

In tal senso ed in linea generale:

- è stata ritenuta infondata qualsivoglia censura relativa alla violazione dell’art. 3 Cost., giacché il regime differenziato “*non si applica a categorie astrattamente determinate ma a singoli soggetti da individuarsi tra i detenuti condannati o imputati per delitti di criminalità organizzata che siano ritenuti [...] in grado di partecipare, attraverso i loro collegamenti interni ed esterni, alle organizzazioni criminali e alle loro attività*”;
- né può essere ravvisabile alcuna violazione dell’art. 13 Cost., dal momento che il potere, attribuito al Ministro della Giustizia, di adottare il provvedimento di proroga del regime differenziato è limitato alla sola sospensione delle regole e degli istituti che si riferiscono al regime penitenziario in senso stretto, e non può, dunque incidere sulla pena e quindi sul grado residuale di libertà del detenuto; in ogni caso, tale potere è suscettibile di sindacato da parte del tribunale di sorveglianza attraverso il reclamo del detenuto;
- per le medesime ragioni non può ritenersi violato neppure l’art. 27, terzo comma, Cost., in quanto “*le misure disposte non possono porsi in contrasto con il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità e con la finalità rieducativa della pena*”;
- priva di fondamento è anche la censura riferita all’art. 24 Cost., perché l’art. 41*bis*, nell’escludere la proroga del regime differenziato nel caso in cui venga meno la capacità dell’interessato di mantenere contatti con le organizzazioni criminali, “*è coerente con la particolare natura delle ipotesi considerate, che presuppongono l’esistenza di stabili vincoli associativi, e non sembra pregiudicare le potenzialità difensive del destinatario, cui non è rimesso alcun onere di prova negativa*”;
- da ultimo, infondate sono anche le censure riferite alla violazione degli artt. 97 e 113 Cost., posto che l’obbligo di motivazione sussiste anche in relazione ai provvedimenti di proroga del regime differenziato⁴⁴.

A fronte di tale quadro d’insieme (che, sotto lo specifico profilo della tutela della salute, si è mantenuto inalterato), va tuttavia dato atto di alcune pallide (ma rilevanti) aperture della Consulta, recentemente pronunciatasi in ordine all’illegittimità di alcune specifiche limitazioni tipiche del regime di detenzione speciale; limitazioni che, pur non inerendo direttamente la tutela della salute strettamente intesa, paiono, tuttavia, idonee ad esercitare un’influenza importante sul “*complessivo benessere psicofisico*” del detenuto.

giustificatrici del provvedimento originario e delle eventuali sue proroghe e sulla tipologia delle limitazioni imposte (v. Corte cost. n. 190 del 2010)”.

⁴⁴ V. in tal senso, Corte cost., 13 dicembre 2004 (dep. 23 dicembre 2004), n. 417. Sul punto anche Corte cost., 6 ottobre 1993 (dep. 14 ottobre 1993), n. 376 e Corte cost., 24 giugno 1993 (dep. 28 luglio 1993) n. 349.

In tale senso:

- con Sent. n. 143 del 2013, la Consulta ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 41-*bis*, co. 2-*quater*, lettera b), ultimo periodo, OP, limitatamente alle parole «*con i quali potrà effettuarsi, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari*». La norma censurata limitava per numero e per durata i colloqui tra i detenuti sottoposti a sospensione delle regole trattamentali ed i loro difensori⁴⁵.
- più di recente, con Sent. 186 del 2018, la Corte Costituzionale ha dichiarato “*illegittimo l’articolo 41-bis, comma 2quater, lettera f), dell’Ordinamento penitenziario (legge 354/1975), come modificato dalla legge 94/2009, laddove prevede il divieto per i condannati al carcere duro di cuocere cibi. Tale previsione è contraria al senso di umanità della pena e non trova giustificazione neppure in esigenze di sicurezza né tantomeno nel rischio di accrescere il prestigio dei criminali in regime differenziato*”. Come evidenziato dalla Corte, non si tratta di affermare, né per i detenuti comuni, né per quelli assegnati al regime differenziato, l’esistenza di un “*diritto fondamentale a cuocere i cibi nella propria cella*”, ma piuttosto di riconoscere che anche chi si trova ristretto secondo le modalità dell’articolo 41*bis* dell’ordinamento penitenziario “*deve conservare la possibilità di accedere a piccoli gesti di normalità quotidiana, tanto più preziosi in quanto costituenti gli ultimi residui in cui può espandersi la sua libertà individuale*”⁴⁶.

Trattasi, a parere di chi scrive, di una pronuncia di rilievo fondamentale, non solo (e non tanto) per l’esito cui perviene, quanto per i principi generali cui si riferisce e di cui si fa portatrice.

Invero, pur senza fare espresso riferimento all’art. 32 Cost., la Corte Costituzionale, posta (ancora una volta) dinanzi al binomio “*umanità della pena*” (che, di fatto, costituisce uno degli aspetti che connotano ed inevitabilmente influenzano la salute del detenuto) ed “*esigenze di sicurezza*”, ha evidenziato l’importanza che il soggetto in regime di carcere duro possa (*rectius*: debba) conservare “*gli ultimi residui della sua libertà individuale*”.

Da ultimo, la Sentenza n. 99 emessa dalla Corte Costituzionale il 20 febbraio 2019 (dep. del 19 aprile 2019), con cui è stata dichiarata la illegittimità costituzionale dell’art. 47-*ter*, comma 1-*ter*, OP nella parte in cui non prevede che - nell’ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta - il Tribunale di Sorveglianza possa disporre

⁴⁵ Per un approfondimento su tale decisione (che ha preso in esame il profilo della violazione dell’art. 24 Cost.), V. MANES, V. NAPOLEONI, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di "carcere duro": nuovi traccianti della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont.*, 3 luglio 2013.

⁴⁶ Per un approfondimento, v. G. ALBERTI, *Per la Corte costituzionale è illegittimo il divieto di cottura dei cibi imposto ai detenuti al 41-bis*, in *Dir. pen. cont.*, 26 ottobre 2018.

l'applicazione al condannato della detenzione domiciliare, anche in deroga ai limiti di cui al comma 1 del medesimo art. 47-ter⁴⁷.

Si aggiunge un altro, fondamentale, tassello nella ricerca di quel “giusto equilibrio” tra esigenze della collettività e diritti individuali: se, infatti, la tutela costituzionale dei diritti fondamentali del singolo opera nei confronti dei ristretti con le limitazioni che, inevitabilmente, lo stato di detenzione comporta, le prerogative fondamentali del detenuto-persona debbono, tuttavia, rimanere intangibili.

Quanto alla giurisprudenza, di merito e di legittimità, non si riscontra omogeneità nelle decisioni, le quali, in ogni caso, coinvolgono, per lo più, aspetti settoriali del carcere duro⁴⁸.

In tali ipotesi, peraltro, la tendenza della Suprema Corte è quella di addurre, quali giustificazioni della (ritenuta) prevalenza delle restrizioni tipiche del carcere duro sui diritti del singolo, (non meglio determinate o definite) “ragioni di sicurezza e di tutela dell'ordine pubblico”⁴⁹.

Eclatante era stato, nel settembre 2015, il Caso Provenzano (poi deceduto nel carcere di Milano il 13 luglio 2016). All'epoca dei fatti, Bernardo Provenzano si trovava ristretto, ex art. 41-bis OP, in regime di ricovero esterno, presso l'Ospedale San Paolo di Milano.

In ragione dell'oggettivo peggioramento delle condizioni di salute del medesimo, i difensori avanzavano istanza di detenzione domiciliare presso la medesima struttura, innanzi al Tribunale di sorveglianza di Milano. A seguito del rigetto della predetta richiesta, la Corte di Cassazione era stata chiamata a pronunciarsi in ordine all'incompatibilità dell'allora regime detentivo rispetto alle condizioni di salute del detenuto.

⁴⁷ Secondo la Corte costituzionale, la mancanza di qualsiasi alternativa al carcere per chi, durante la detenzione, è colpito da una grave malattia mentale, anziché fisica, crea anzitutto un vuoto di tutela effettiva del diritto fondamentale alla salute e si sostanzia in un trattamento inumano e degradante quando provoca una sofferenza così grave che, cumulata con l'ordinaria afflittività della privazione della libertà, determina un sovrappiù di pena contrario al senso di umanità e tale da pregiudicare ulteriormente la salute del detenuto. Per un approfondimento, v. A. CALCATERRA, *Salute mentale e carcere: un passo avanti. È possibile la cura fuori dal carcere*, in *Dir. pen. cont.*, 29 settembre 2019. Cfr. anche Cass. pen., sez. I, 7 maggio 2019, n. 29488.

⁴⁸ *Ex multis*, di recente (ed a titolo meramente esemplificativo): Cass. pen. sez. I, 6 marzo 2018, n. 22292 in ordine alla possibilità, per il detenuto sottoposto al regime del 41 bis, di sostenere i colloqui con i figli minori infradodicenni senza vetro divisorio (dichiara inammissibile Trib. sorv. Sassari, 22 giugno 2017); Trib. sorv. Viterbo, 23 marzo 2018, in ordine alla legittimità del diniego della richiesta, da parte del detenuto in regime di carcere duro, di partecipare alle attività ricreative; Cass. pen., sez. I, 12 settembre 2017, n. 5324, in ordine alle limitazioni relative alla corrispondenza; Cass. pen., sez. I, 23 maggio 2017, n. 28269, in ordine alle limitazioni relative ai colloqui; Trib. Sorv. Roma, sent. 2 ottobre 2018, n. 4164, in ordine alle limitazioni imposte con riguardo agli orari di accensione della televisione in cella; ancora, la recente Cass. pen., sez. I, 7 maggio 2019, n. 29488, in ordine alla rilevanza della grave infermità psichica nella realtà carceraria.

⁴⁹ In tal senso, si veda, ad esempio, Cass. pen., sez. I, 22 febbraio 2017, n. 8766.

Orbene, la Corte di legittimità ha ritenuto corretta la conclusione cui era pervenuto il giudice *a quo*, il cui *iter* logico poggiava, da un lato “*sulla sperimentata efficacia delle cure sino ad allora somministrate al ricorrente nel regime detentivo particolare atteggiato secondo le modalità di cui all'art. 11 citato e, quindi, sulla compatibilità di "quel" peculiare regime con le pur gravi condizioni di salute accertate; dall'altro, sul rischio per la stessa possibilità di sopravvivenza del detenuto che avrebbe provocato la prosecuzione della sua degenza nel meno rigoroso regime della detenzione domiciliare, in un contesto di promiscuità in cui l'assistenza sanitaria non gli sarebbe stata assicurata con altrettanta efficacia*⁵⁰”; conclusione che, pur dichiarando la necessità di tutelare in modo adeguato il diritto alla salute del detenuto, lasciava trapelare la ferma (e, quantomeno sino ad allora, persistente) intenzione di porre, al centro della tutela, la sicurezza e l'ordine (o l'opinione?) pubblici, nonostante tutto.

A contrario, di recente, (complici, probabilmente, anche le condanne ricevute in tal senso dalla Corte Edu, sotto il peculiare profilo del divieto di trattamenti inumani e degradanti) la Suprema Corte ha manifestato (e sta tuttora manifestando) un'accentuata sensibilità rispetto alla tematica della salute nel carcere.

In tale contesto, la Corte di Cassazione, ha avuto modo di osservare che la natura trattamentale ed essenzialmente amministrativa della misura prevista dall'art. 41-*bis* OP possiede finalità preventive, tese principalmente alla inibizione di contatti con il contesto criminale di provenienza. Sicché, ai fini della proroga di tale regime, è necessario accertare che la capacità del condannato di tenere contatti con l'associazione criminale non sia venuta meno, “*accertamento che deve essere condotto anche alla stregua di una serie predeterminata di parametri quali il profilo criminale, la posizione rivestita dal soggetto in seno all'associazione, la perdurante operatività del sodalizio e la sopravvenienza di nuove incriminazioni non precedentemente valutate, elementi tutti che devono essere considerati mediante l'indicazione di indici fattuali sintomatici di attualità del pericolo di collegamenti con l'esterno, non neutralizzata dalla presenza di indici dimostrativi di un sopravvenuto venir meno di tale pericolo*”.

Il decorso del tempo, anche consistente, non può, pertanto, ritenersi un elemento risolutivo circa l'attenuazione di detto pericolo; ciò nonostante, la valutazione in parola deve avere ad oggetto anche l'eventuale stato patologico del detenuto, la cui omessa considerazione da parte del giudice costituisce violazione di legge⁵¹.

Invero, l'autorità giurisdizionale concorre all'attuazione dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili della persona garantiti dalla Carta Costituzionale e dai Trattati sovranazionali in ogni occasione di intervento che involga tali principi o tali diritti,

⁵⁰ Cass. pen., sez. I, 24 settembre 2015, n. 38813.

⁵¹ Cass. pen., sez. I, 27 gennaio 2016, n. 16019 (annulla con rinvio Trib. sorv. Roma del 7 novembre 2014). V. anche Cass. pen., sez. 1, 29 aprile 2014, n. 52054, in ordine alla finalità preventiva dell'art. 41 *bis* OP. Più di recente e nello stesso senso, Cass. pen., sez. I, 31 gennaio 2017, n. 25472.

ed a tale attuazione consegue l'onere di rimozione del regime differenziato, laddove il medesimo possa appunto configurare, anche solo in termini di concausa, un trattamento inumano o degradante⁵².

Da ultimo, occorre soffermarsi sulla nota Sentenza⁵³ resa sul Caso Riina, con cui la Corte di Cassazione ha annullato con rinvio, per difetto di motivazione⁵⁴, l'ordinanza con cui il Tribunale di Sorveglianza di Bologna 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, OP*, presentate dai difensori del detenuto, in regime di carcere duro a Parma. A prescindere dall'interesse mediatico suscitato da tale pronuncia, la stessa appare rilevante, da un punto di vista squisitamente giuridico, in ragione della tematica che ne ha costituito l'oggetto (e che si è inserita nella “scia” delle decisioni precedenti): il diritto di morire dignitosamente che, nel rispetto della Carta Costituzionale e dei Trattati internazionale, dev'essere garantito a chiunque, indipendentemente dai crimini di cui si è macchiato.

Così, ad avviso dei giudici di legittimità, il Tribunale di Sorveglianza di Bologna “*ha omesso di considerare il complessivo stato morboso del detenuto e le sue condizioni generali di scadimento fisico*”, nonostante fosse compito del giudice di merito verificare “*se lo stato di detenzione carceraria comporti una sofferenza ed un'afflizione di tale intensità da eccedere il livello che, inevitabilmente, deriva dalla legittima esecuzione della pena*”. Solo a fronte di un simile accertamento, è possibile pervenire ad un giudizio circa la compatibilità del regime carcerario rispetto al senso di umanità della pena.

A seguito di tale annullamento con rinvio, il Tribunale di sorveglianza di Bologna, re-investito della questione, ha emesso nuovo rigetto nei confronti delle istanze formulate; e ciò, in ragione della (ritenuta) lucidità e dell'assenza di qualsivoglia respiscenza nel comportamento di Riina; ragione per cui, ad avviso dei Giudici, permaneva il pericolo che il *boss* potesse commettere ulteriori gravi delitti.

Totò Riina è deceduto, il 17 novembre 2017, nel carcere di Parma.

3.4. Segue: la giurisprudenza della Corte Edu

Anche la Corte di Strasburgo si è, per vero, mostrata cauta nel valutare la compatibilità del regime differenziato con la tutela della salute (così come individuata, lo si ricorda, *par ricochet*). Come già evidenziato, infatti, si è registrato, anche fuori dall'Italia, una sorta di “timore reverenziale” nei confronti di

⁵² Cass. pen., sez. I, 23 febbraio 2017, n. 32405.

⁵³ Cass. pen., sez. I, 5 giugno 2017, n. 27766.

⁵⁴ Ad avviso della Corte di Cassazione, infatti, il Tribunale di Sorveglianza non aveva chiarito come la (pur indubbia) altissima pericolosità del detenuto ed il suo indiscusso spessore criminale potessero e dovessero considerarsi attuali a fronte della sopravvenuta precarietà delle condizioni di salute e del più generale stato di decadimento fisico.

un istituto comunque rappresentativo della Ragion di Stato e necessario per la difesa dell’ordine pubblico e per la prevenzione di gravi reati⁵⁵.

Così:

- nel Caso *Enea vs Italia*⁵⁶, il ricorrente contestava, quale violazione dell’art. 3 CEDU, la sua collocazione in una sezione di elevato indice di vigilanza, malgrado l’età avanzata e le precarie condizioni di salute; lamentava inoltre la violazione dell’art. 8 CEDU in ragione del costante controllo della sua corrispondenza. In tale ipotesi, La Corte di Strasburgo non ha ritenuto sussistere alcuna violazione dell’art. 3, in considerazione del fatto che le autorità nazionali avevano assicurato al detenuto le cure necessarie, sicché non era ravvisabile alcun pregiudizio per la sua salute⁵⁷; per contro, riteneva violato l’art. 8, data l’eccessiva ampiezza del controllo, da parte dell’amministrazione penitenziaria, sul diritto di corrispondenza altrui⁵⁸.
- nel Caso *Alfano vs. Italia*⁵⁹, il ricorrente, detenuto in regime di *41bis* dal 1999 (sino al 2007) ed affetto da una sindrome depressiva, cirrosi epatica e *deficit* motorio, adiva i Giudici di Strasburgo lamentando l’intervenuta violazione dell’art. 3 CEDU; tuttavia, la Corte ha ritenuto il ricorso irricevibile, evidenziando come l’Italia avesse sempre agito nell’interesse del diritto alla cura spettante al detenuto, garantendogli in tal senso un’assistenza costante⁶⁰.
- anche nel caso *Riina vs. Italia*⁶¹, relativo alla costante illuminazione notturna della cella del detenuto, la Corte Edu non ha ritenuto integrata la soglia di gravità necessaria per integrare una violazione dell’art. 3 CEDU.

Come nella giurisprudenza italiana, però, anche in quella sovranazionale vi sono state, di recente, alcune “aperture” degne di nota; ciò si è verificato, in particolare, allorché, utilizzando, quale parametro di giudizio, quello della necessaria “proporzionalità” tra le limitazioni imposte dall’art. 41-*bis* OP e le esigenze di tutela individuale, la Corte Edu è addivenuta a Sentenze di condanna nei confronti del nostro Paese.

Così, sotto un profilo più strettamente “processuale”, nel caso *Labita vs. Italia*⁶², quest’ultima è stata condannata per non aver svolto indagini ufficiali efficaci sulle

⁵⁵ Corte Edu, 28 settembre 2000, *Messina c. Italia*, ric. n. 25498/98.

⁵⁶ Corte Edu, 17 settembre 2001, ric. n. 74912/01.

⁵⁷ Nel 2008, il Tribunale di Sorveglianza di Napoli ha disposto la sospensione dell’esecuzione della pena, ritenendo che lo stato di salute del detenuto fosse diventato incompatibile con la detenzione carceraria.

⁵⁸ Nel 2009 è stato introdotto, in ordine al controllo sulla corrispondenza, l’art. 18^{ter} OP.

⁵⁹ Corte Edu, 24 settembre 2015, ric. n. 24426/03.

⁶⁰ In tal senso anche *Stolder c. Italia*, 1° dicembre 2009, ric. n. 24418/03; e *Campisi c. Italia*, 12 febbraio 2013, ric. n. 10948/05.

⁶¹ Corte Edu, 19 marzo 2013, ric. n. 43575/09. Chiamati a pronunciarsi in ordine alla legittimità dell’illuminazione notturna della cella, i Giudici di Strasburgo hanno ritenuto che le ripercussioni sul sonno del ricorrente dovute a tale costante illuminazione, non fossero tali da integrare l’invocata violazione sotto il profilo dell’art. 3.

denunce effettuate dal ricorrente in riferimento ai pretesi maltrattamenti nel carcere di Pianosa. Tale decisione, oltre ad essere d’interesse per l’esito cui è pervenuta, è stata la prima in cui la Corte Edu abbia riconosciuto in linea astratta la possibilità che il trattamento penitenziario potesse porsi in contrasto con la Convenzione, sotto il profilo dell’art. 3 della stessa.

A tal proposito, ha ricordato la Corte di Strasburgo, è necessario che il trattamento denunciato raggiunga una soglia minima di gravità (si direbbe: tale da integrare una sproporzione rispetto al diritto individuale garantito), la quale dev’essere valutata alla stregua dei seguenti elementi: le ricadute sull’integrità fisica e psichica del detenuto; le sue caratteristiche personali, nonché la durata del trattamento. L’onere di allegare e dimostrare la lamentata violazione spetta al detenuto; diversamente il ricorso è irricevibile⁶³.

Il predetto criterio della “soglia minima di gravità”, peraltro, ha consentito di distinguere tra tortura, trattamento inumano e trattamento degradante; concetti, questi, in continua evoluzione, che esprimono le diverse intensità della lesione del diritto garantito⁶⁴ e che sono stati ampiamente utilizzati dalla Corte Edu con riferimento alla valutazione delle condizioni di detenzione.

In particolare, in tale peculiare ambito d’indagine, si è registrata la tendenza, da parte della giurisprudenza di Strasburgo, ad abbassare la soglia minima di gravità necessaria ad integrare la violazione dell’art. 3 CEDU, estendendone, conseguentemente, l’applicabilità.

La prima, fondamentale, svolta nella tutela dei diritti dei detenuti è rappresentata dalla Sentenza emessa nel caso *Sulejmanovic vs. Italia*⁶⁵, mediante la quale la Corte ha condannato l’Italia per violazione del già citato art. 3, in considerazione del mancato rispetto dello spazio detentivo minimo. In particolare, per la prima volta i

⁶² Corte Edu, Grande Camera, 1° marzo 2000, ric. n. 26772/95, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2001, p. 189 ss., con nota di A. ESPOSITO, *La sentenza Labita era inevitabile? Riflessioni sulla titolarità delle garanzie dei diritti dell’uomo*.

⁶³ In tal senso D. DE GIOIELLIS, op. cit., 170.

Trattasi di un insegnamento risalente agli anni ’70 e, precisamente al caso *Ireland c. The United Kingdom* – Corte Edu, 18 gennaio 1978, ric. n. 5310/71. Come evidenziato da F. CECCHINI, op. cit., p. 14, non ogni condotta lesiva dell’integrità psico-fisica ricade sotto il divieto di cui all’art. 3 CEDU; a tal fine, è necessario che sia raggiunta “una soglia minima di gravità, la cui determinazione è, per natura, relativa: dipende da tutte le circostanze del caso, quali la durata del trattamento, le sue conseguenze fisiche o mentali e, in certi casi, il sesso, l’età e lo stato di salute della vittima, ecc.”.

⁶⁴ Cfr. Corte Edu, 18 dicembre 1996, *Aksoy c. Turkey*, ric. n. 21987/93; Corte Edu, Grande Camera, 11 luglio 2006, *Jalloh vs. Germany*, ric. n. 54810/00. È inumano il trattamento premeditato, applicato per ore e che causa lesioni corporali o sofferenze intense sotto il profilo fisico e mentale; è invece degradante il trattamento che ingenera nella vittima un senso di paura e angoscia tale da indurla ad agire contro la sua volontà o coscienza. La tortura, invece, è una forma aggravata di trattamento inumano o degradante che, inoltre, richiede l’accertamento dell’intenzione di torturare e la verifica dello scopo perseguito attraverso la tortura stessa.

⁶⁵ Corte Edu, Sentenza del 16 luglio 2009, ric. n. 22635/03.

Giudici di Strasburgo hanno dichiarato che la detenzione in uno spazio inferiore ai 3 mq costituisce, di per sé, trattamento disumano e degradante (cd. *strong presumption*⁶⁶).

Di rilievo ancora maggiore, la notissima Sentenza *Torreggiani vs. Italia*⁶⁷ (definita “arresto pilota” dagli stessi Giudici di Strasburgo), con cui l’Italia è stata condannata all’unanimità per violazione dell’art. 3 CEDU.

Il caso riguardava trattamenti inumani e degradanti subiti dai ricorrenti, sette detenuti nelle carceri di Busto Arsizio e di Piacenza, in celle triple e con meno di quattro metri quadrati a testa a disposizione. La Corte, riprendendo i principi (e la *strong presumption*) espressi nel caso *Sulejmanovic*, ha rilevato che “*la carcerazione non fa perdere al detenuto il beneficio dei diritti sanciti dalla Convenzione. Al contrario, in alcuni casi, la persona incarcerata può avere bisogno di una maggiore tutela proprio per la vulnerabilità della sua situazione e per il fatto di trovarsi totalmente sotto la responsabilità dello Stato. In questo contesto, l’articolo 3 pone a carico delle autorità un obbligo positivo che consiste nell’assicurare che ogni prigioniero sia detenuto in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della misura non sottopongano l’interessato ad uno stato di sconforto né ad una prova d’intensità che ecceda l’inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione e che, tenuto conto delle esigenze pratiche della reclusione, la salute e il benessere del detenuto siano assicurati adeguatamente*”⁶⁸.

Non solo: in tale notissimo arresto, i Giudici di Strasburgo hanno, altresì, giudicato insufficiente la tutela predisposta dall’ordinamento italiano per l’ipotesi di violazioni dell’art. 3 CEDU; e ciò, non solo con riferimento ai rimedi preventivi

⁶⁶ Recentemente, la stessa Corte Edu ha ulteriormente chiarito i limiti operativi della *strong presumption*, precisando che, nell’accertamento della violazione dell’art. 3, occorre verificare: a) la presenza di un letto individuale; b) la possibilità, per il detenuto, di avere a disposizione almeno 3mq100; c) la possibilità, per il detenuto, di muoversi liberamente nella cella. L’insussistenza, nel caso concreto, di uno solo di tali elementi, integra la violazione in parola. Cfr. Corte Edu, 10 Gennaio 2012, *Ananyev and Others vs. Russia*, ric. n. 42525/07 e n. 60800/08.

Da ultimo e più di recente, Corte Edu, Grande Camera, 20 ottobre 2016, *Muršić c. Croatia*, ric. n. 7334/13: come evidenziato dalla Corte, la *strong presumption* è confutabile allorché lo stato dimostri l’esistenza di altri elementi tali da compensare l’esiguità dello spazio vitale (ad es.: l’occasionalità della limitazione dello spazio; la sufficiente libertà di movimento; la possibilità di muoversi fuori dalla cella).

⁶⁷ Corte Edu, 8 gennaio 2013, ric. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10.

⁶⁸ La Corte ha proseguito: “*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 – sembra essere stata ulteriormente aggravata da altri trattamenti denunciati dagli interessati. La mancanza di acqua calda nei due istituti per lunghi periodi, ammessa dal Governo, nonché l’illuminazione e la ventilazione insufficienti nelle celle del carcere di Piacenza, sulle quali il Governo non si è espresso, non hanno mancato di causare nei ricorrenti un’ulteriore sofferenza, benché non costituiscano di per sé un trattamento inumano e degradante*”.

(volti ad impedire la violazione in atto), ma anche in relazione ai rimedi c.d. compensativi, volti a riparare al pregiudizio subito a causa della (ormai consumata) violazione.

Solo allora, posto dinanzi alla “*messa in mora*” di Strasburgo, il legislatore italiano è intervenuto sul sistema penitenziario, introducendovi gli artt. 35-*bis* (il c.d. reclamo giurisdizionale) e 35-*ter* (il rimedio risarcitorio in caso di violazioni dell’art. 3 CEDU) ord. pen⁶⁹.

Da ultimo, non ci si può senz’altro esimere dal segnalare la recentissima Sentenza con cui la Corte di Strasburgo ha condannato l’Italia per violazione dell’art. 3 CEDU, con riferimento all’ultimo decreto di proroga del 41-*bis* emesso nei confronti di Bernardo Provenzano il 23 marzo 2016 (a meno di quattro mesi dal suo decesso)⁷⁰.

Mediante tale pronuncia, certamente destinata ad avere ampio rilievo (mediatico, ma anche applicativo), i Giudici di Strasburgo hanno rilevato la violazione dell’art. 3 della Convenzione stante l’insufficiente valutazione, nel provvedimento di proroga, del deterioramento delle funzioni cognitive del detenuto (alcuna violazione è stata ravvisata con riferimento alle condizioni di salute di Provenzano cui, secondo la Corte, sono sempre state assicurate cure adeguate).

In particolare, ricorrendo ad un ragionamento che si pone in linea con quello svolto dalla Corte di Cassazione nel 2017, con riferimento al caso Riina, la Corte Edu ha ritenuto che il Tribunale di Sorveglianza investito del reclamo non abbia adempiuto a quel (necessario) scrutinio avente ad oggetto la sussistenza delle ragioni fondanti la proroga del regime differenziato: invero, “*sottoporre un individuo a una serie di restrizioni aggiuntive, imposte discrezionalmente, senza fornire sufficienti e rilevanti ragioni basate su una valutazione individualizzata di necessità, minerebbe la sua dignità umana e integrerebbe una violazione del diritto sancito dall’articolo 3 CEDU*”.

A fronte di ciò, la Corte ha rilevato come il decreto ministeriale di rinnovo non abbia preso in adeguata considerazione l’ulteriore peggioramento delle condizioni

⁶⁹ Quanto ai profili di criticità delle predette disposizioni v. F. FIORENTIN, *Il reclamo giurisdizionale per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, in *Rass. penit. e crimin.*, 2013, fasc. 3; A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in *Dir. pen. cont.* 13 ottobre 2014.

⁷⁰ Corte Edu, 25 settembre 2018, *Provenzano vs. Italia*, ric. 55080/13.

Il ricorso era stato presentato dai familiari di Bernardo Provenzano nel 2013, lamentando la violazione dell’art. 3 della Convenzione, sia sotto il profilo delle condizioni di detenzione, che avrebbero impedito un trattamento sanitario adeguato, sia quanto al continuo rinnovo del regime differenziato ex art. 41 *bis* OP, nonostante il precario e ingravescente stato di salute dell’interessato. Al decesso del Provenzano, il figlio dichiarava la volontà che la trattazione del ricorso proseguisse.

Per un approfondimento sul tema, v. G. ALBERTI, *Caso Provenzano: la Corte Edu riconosce una violazione dell’art. 3 Cedu con riferimento all’ultimo decreto di proroga del 41-bis*, in *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2018; v. anche M. S. MORI, *op cit.*

cognitive del ricorrente: *“la gravità della situazione avrebbe richiesto non solo una più dettagliata e attenta motivazione delle ragioni in favore della proroga, ma anche la necessaria valorizzazione del progressivo deterioramento delle funzioni cognitive del ricorrente”*.

A contrario, invece, il provvedimento ministeriale non ha dimostrato *“che il ricorrente, nonostante lo stato di deterioramento psichico, sarebbe stato in grado di comunicare con l’associazione, qualora fosse stato collocato in regime ordinario”*; donde la violazione dell’art. 3 della Convenzione.

4. Il rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex art. 41 bis OP del Garante nazionale dei diritti dei detenuti

Il 5 febbraio 2019 il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale ha reso pubblico il rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex art. 41 bis OP, risultato delle visite effettuate, tra 2016 e 2018, presso le 12 Sezioni a regime detentivo speciale presenti in Italia.

A fronte dei dati raccolti⁷¹, il Garante ha formulato diciotto raccomandazioni finalizzate al miglioramento del sistema trattamentale in parola, e, nella sostanza, al perseguimento di un (effettivo) benessere psico-fisico dei detenuti nonostante la realtà carceraria; evidenziando l’esigenza di valutare come l’applicazione del 41 bis *“rispetti i parametri di legittimità indicati dalla Corte costituzionale e altresì di come la sua reiterazione, spesso per un numero cospicuo di anni, a carico della singola persona, possa esporsi al rischio di incidere sull’inderogabile principio di tutela dei diritti umani di ogni persona, indipendentemente dal suo status di libertà o detenzione, nonché dei diritti fondamentali che, pur nei limiti oggettivi posti dalla situazione privativa della libertà e in regime particolare, non cessano di essere tutelati dalla nostra Carta costituzionale”*.

Con un’osservazione di rilievo (non solo linguistico, ma anche umano): *“il Garante nazionale raccomanda di non definire mai tale regime quale «carcere duro» perché questo concetto implica in sé la possibilità che alla privazione della libertà –che è di per sé il contenuto della pena detentiva –possa essere aggiunto qualcos’altro a fini maggiormente punitivo di deterrenza o di implicito incoraggiamento alla collaborazione. Fini che porrebbero l’istituto certamente al di fuori del perimetro costituzionale”*.

Quanto, poi, alla necessità di garantire una reale tutela del diritto alla salute, il Garante osserva che *“la qualità primaria della tutela della salute è tale da non ammettere deroghe di nessun genere, anche ricordando che la Costituzione, nel suo chiaro e stringato lessico utilizza l’aggettivo «fondamentale» solo per connotare tale diritto al suo articolo 32. La questione, peraltro, investe non soltanto la garanzia di una adeguata assistenza sanitaria ma anche la*

⁷¹ Per il cui approfondimento si rinvia al contenuto del Rapporto, consultabile al seguente link <http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/it/rapporti.page>.

realizzazione di condizioni generali di salubrità della vita detentiva”; evidenziando, per vero, un quadro quantomeno preoccupante, rappresentato dalla prassi di taluni Istituti, di non dare luogo alla traduzione del detenuto presso luoghi di cura esterni, o di ritardarlo, per indisponibilità di personale da applicare al servizio di vigilanza.

Donde la necessità di attivare, ove manchino, i Servizi di assistenza intensiva (Sai) destinati a rispondere alle esigenze di tutela dei detenuti al 41 bis; donde la necessità di tradurre i detenuti fuori dalle mura del carcere, nel caso in cui i reclusi abbisognino di accertamenti o cure che non possono essere rese dai Servizi interni.

A fronte di tale corposo rapporto, diffuso alle Amministrazioni competenti già nel mese di gennaio 2019, le repliche sono state (quantomeno in prima battuta) nel senso di un automatico bilanciamento di esigenze, ove la tutela individuale è chiamata a cedere dinanzi alla sicurezza collettiva.

Così, per un verso, il Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria (DAP) ha evidenziato che *“tutte le misure adottate nei confronti dei sottoposti a regime differenziato sono in rapporto di congruità alle finalità di ordine e sicurezza proprie del provvedimento ministeriale e aderenti alla ratio preventiva di recisione delle comunicazioni tra le organizzazioni criminali e il soggetto recluso e fra sodali reclusi, oltre che ad evitare affiliazioni o la nascita di nuove alleanze in carcere”;* con il che, salvo interventi sul punto da parte del legislatore, le limitazioni e restrizioni tipiche del regime trattamentale speciale rispondono tutte alla funzione preventiva che contraddistingue il 41-bis.

Per altro verso, il Gabinetto del Ministro della Giustizia, ha rinviato alle osservazioni contenute nella nota del Dipartimento dell’Amministrazione Penitenziaria, evidenziando, però, che il Rapporto del Garante *“è stato inviato al Direttore del Gruppo Operativo Mobile al fine di stimolare opportune riflessioni sulle modalità operative di lavoro del personale di Polizia penitenziaria preposto alla custodia dei detenuti in regime di 41-bis, a testimonianza dell’elevato livello di attenzione che questo Dicastero, per il tramite del competente Dipartimento, riserva al tema”.*

5. Uno sguardo d’insieme: le prospettive possibili

L’analisi dei profili applicativi del regime di detenzione speciale e delle relative ripercussioni sulla (possibilità di) tutela della salute dei detenuti presta, certamente, il fianco ad alcune considerazioni *de jure condendo*.

A tal fine, occorre anzitutto rilevare che, pur costituendo una chiara forma di compressione di alcuni dei diritti fondamentali facenti capo al singolo, l’istituto in parola non è (quantomeno ad oggi) suscettibile di eccezioni di illegittimità assoluta o di totale incompatibilità con la nostra Carta costituzionale e con i Trattati internazionali. Né del resto, si ritiene che potrebbe esservi spazio per un simile scenario, data la natura degli interessi coinvolti (e, segnatamente, delle esigenze della collettività, di cui il carcere duro è posto a presidio).

E tuttavia, le inevitabili ricadute applicative sull'integrità, fisica e psichica, dei ristretti, impongono un'attenta valutazione circa le modalità e le limitazioni che connotano il “carcere duro”; valutazione che, come si è visto, ha natura sostanzialmente casistica e sconta la genericità e l'indeterminatezza della stessa tutela riservata al bene “salute”.

In effetti, per un verso, nell'ordinamento italiano, l'impossibilità di definire, in modo certo (o anche solo condiviso) il concetto di “salute”, lo rende, per ciò solo, principio meno “effettivo” e, comunque, più difficilmente giustiziabile.

È chiaro che, in un contesto quale quello che ci occupa, la nozione più ampia di “salute”, sebbene indeterminata, dev'essere, a prescindere, preferita rispetto al suo “estremo” (= assenza di malattie). Ciò nonostante, in qualunque Stato che si dichiari “di diritto” (e finalizzato alla tutela dei diritti), un interesse è tanto più tutelabile quanto più la sua definizione sia “determinata”.

Così, v'è chi ha proposto una soluzione “mediana”, in forza della quale la salute potrebbe essere intesa quale “condizione di chi non necessita di cure mediche⁷²”. Tale proposta, in effetti, potrebbe avere il pregio di ridurre il ricorso ad adattamenti “strutturali” (principalmente relativi agli aspetti legati alla malattia mentale in carcere, sulla quale si è già detto), e consentirebbe, altresì, di rafforzare, “di riflesso”, la tutela degli altri diritti fondamentali, comunque ricollegabili al benessere individuale (e viceversa).

Sotto altro angolo visuale, neppure la giurisprudenza di Strasburgo, nella sua inversione tra “dover essere normativo” ed “essere applicativo”, si è rivelata pienamente idonea a fornire adeguata tutela alla salute del detenuto; e ciò per due sostanziali ordini di ragioni.

In primo luogo, “*ancorché tenda ad assumere un valore generale e di principio, la sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo [...] resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata*⁷³”; con il che, solo in rari casi è davvero possibile cogliere con evidenza il principio di diritto su cui la Sentenza si fonda.

In secondo luogo, lo si è già evidenziato, i principi “generali” affermati nelle decisioni della Corte Edu, celano, loro malgrado, una lacuna originaria, costituita dalla mancanza di un'effettiva ed originaria tutela convenzionale del diritto alla salute.

In tale contesto, infatti, la tutela indiretta fornita alla salute rischia, di fatto, di relativizzarla, piegandola ad oneri probatori e presupposti che non le competono né la riguardano.

Due le possibili soluzioni: ambire alla certezza giuridica nelle pronunce giurisprudenziali; oppure (ipotesi che parrebbe maggiormente perseguibile, oltreché opportuna, per i suoi risvolti in termini di coerenza e chiarezza

⁷² A. MASSARO, *op. cit.*, p. 97.

⁷³ Corte cost., 19 luglio 2011 (dep. 22 luglio 2011), n. 236.

applicativa) riconoscere (finalmente) espressamente anche la tutela della salute, quale diritto convenzionalmente garantito.

Ad oggi, in ogni caso, le soluzioni concretamente adottate, pur se finalizzate ad una tutela più effettiva, non paiono ancora all'altezza delle aspettative.

La ricerca di un equilibrio tra difesa sociale ed umanizzazione della pena è stata recentemente tentata con la Circolare DAP, n. 3676/616 del 2 ottobre 2017, intervenuta a disciplinare l'organizzazione del regime di detenzione speciale, mediante 37 prescrizioni, riguardanti anche il tema dell'assistenza sanitaria⁷⁴.

Tali prescrizioni, si legge, “non sono volte a punire e non devono determinare un'ulteriore afflizione, aggiuntiva alla pena già comminata”; la loro attuazione deve rimanere legata al fine preventivo. Ad una lettura complessiva, pare apprezzabile il tentativo (riuscito) di uniformare il trattamento penitenziario mediante un unico documento applicativo. Quanto, però, al profilo della umanizzazione della pena, la Circolare DAP lascia ancora molto a desiderare⁷⁵; così come, per vero, suscita numerose riserve la replica che il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria ha formulato nei confronti del corposo e ricco Rapporto del Garante nazionale dei detenuti.

Nel contesto sin qui descritto ed in attesa di un intervento legislativo avente specificamente ad oggetto il regime trattamentale speciale, meritano menzione anche i Decreti Legislativi nn. 121/2018⁷⁶, 123/2018⁷⁷ e 124/2018⁷⁸, recentemente pubblicati in Gazzetta Ufficiale, in riforma di alcuni specifici aspetti dell'ordinamento penitenziario.

Certamente degne di nota, nel D.lgs. 123/2018, le disposizioni inerenti il trattamento penitenziario (oltre al resto: la previsione che il trattamento sia conforme al principio di umanità e nel rispetto della dignità individuale; la previsione che il trattamento penitenziario deve rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto, incoraggiare le attitudini e valorizzare le competenze che possono essere di sostegno per il reinserimento sociale); e tuttavia, non v'è alcun riferimento al 41bis.

⁷⁴ V. MANCA, *Il DAP riorganizza il 41-bis o.p.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena. Brevi note a margine della circolare DAP n. 3676/616 del 2 ottobre 2017*, in *Dir. pen. cont.*, 6 novembre 2017.

⁷⁵ A mero titolo esemplificativo si pensi alle restrizioni sull'abbigliamento (art. 12); ovvero a quelle in tema di fotografie ed immagini (art. 13); per un approfondimento su tali aspetti critici, v. V. MANCA, *cit.*

⁷⁶ Recante il titolo: Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 81, 83 e 85, lettera p), della legge 23 giugno 2017, n. 103.

⁷⁷ Dal titolo: Riforma dell'ordinamento penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere a), d), i), l), m), o), r), t) e u), della legge 23 giugno 2017, n. 103.

⁷⁸ Intitolata: Riforma dell'ordinamento penitenziario in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere g), h) e r), della legge 23 giugno 2017, n. 103.

Per vero, l’analisi del Disegno di legge presentato dal Ministro Orlando (approvato in un testo unificato dal Senato il 15 Marzo 2017), non lascia immaginare un miglioramento di tale disciplina. Invero, nell’ambito della predetta riforma, si legge “*Fermo restando quanto previsto dall’articolo 41-bis della legge 26 Luglio 1975 n. 354, e successive modificazioni, nell’esercizio della delega di cui al comma 82, i decreti legislativi recanti modifiche all’ordinamento penitenziario per i profili di seguito indicati, sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi*”; la cui lettera E dispone: “*eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono ovvero ritardano, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l’individualizzazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari in relazione alla tipologia dei reati commessi e alle caratteristiche personali del condannato, nonché revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell’ergastolo, salvo che per i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale*”.

È evidente che una simile disposizione, oltre a non poter essere accettata sul piano del buon senso, si pone in aperto contrasto non solo con l’art. 27, co. III, Cost., ma anche con gli artt. 3 e 8 CEDU, oltreché con l’intero (lungo e complesso) percorso che, con difficoltà, sta conducendo verso un ampliamento della tutela dei diritti garantiti.

Una logica del “*cambiare tutto perché non cambi nulla*” (anzi, peggiori) che non può essere ulteriormente tollerata.

6. Sintesi di conclusione.

È ora possibile (tentare di) trarre alcune argomentazioni conclusive, seppur inevitabilmente incerte e sommarie, in considerazione della vastità e, al tempo stesso, della complessità dei temi trattati.

A fronte delle criticità dell’attuale sistema penitenziario, ancor più in relazione al regime di trattamento speciale disciplinato dall’art. 41-*bis*, e dei relativi profili attuativi, si è registrata, negli ultimi anni, un’intensa attività giurisprudenziale (nazionale e convenzionale) tesa a colmare i vuoti di tutela mediante il riconoscimento, diretto o “di riflesso”, del diritto alla salute anche nei confronti di coloro che stanno subendo la forma più invasiva di restrizione della libertà personale.

In effetti, dinanzi ad un legislatore (se non inerte, quanto meno) poco coraggioso, ed a fronte di una tutela convenzionale ancora “claudicante” in tema di “salute nella detenzione”, gli operatori del diritto stanno, per contro, manifestando un grande interesse ed una profonda sensibilità rispetto all’esigenza di garantire al condannato una fattiva “umanizzazione” della propria condizione di recluso; umanizzazione che, per essere tale, deve necessariamente passare attraverso la tutela dei diritti garantiti.

Tale il contesto, è divenuta (ed è tuttora) cogente la necessità di intensificare i meccanismi di protezione, al fine di colmare, una volta per tutte, gli ormai noti vuoti di tutela convenzionali, oltretutto i vizi di genericità ed indeterminazione che non possono (più) permeare un diritto inviolabile quale quello alla tutela della propria salute.

L'ulteriore scopo cui tendere, inoltre, dev'essere rappresentato non solo dalla (piena ed effettiva) tutela, non solo *ex post* (a lesione ormai intervenuta), ma anche alla riforma di tutte quelle limitazioni che, dato anche il particolare contesto storico-politico in cui trovano attuazione, appaiono ormai fuori luogo, se non anche illegittime

In tal senso, in un clima di fibrillazione generale, degni di nota sono stati gli interventi del DAP, con la Circolare n. 3676/616 del 2 ottobre 2017, nonché i Decreti Legislativi recentemente pubblicati, in riforma di alcuni aspetti del sistema penitenziario.

Ciò nonostante, ancora non basta.

Nato come istituto “di emergenza”, destinato a vita breve, il regime del 41-*bis* ha rappresentato (e rappresenta tuttora) una realtà eccessivamente stabile per non diventare, a sua volta, oggetto di riforma.

La direzione (legislativa e giurisprudenziale) intrapresa è certamente rilevante; tuttavia occorre uno sforzo ulteriore, per giungere ad un (si ritiene, necessario) ripensamento delle regole penitenziarie che connotano il regime speciale ed addivenire, finalmente, ad un vero bilanciamento di diritti.

Dato il rilievo intangibile e primario della salute, la ridefinizione del regime speciale di detenzione deve passare attraverso la tutela della stessa; e ciò, non solo al fine di garantire una disciplina conforme e coerente alla Costituzione ed alla giurisprudenza convenzionale, ma anche (e soprattutto) per assicurare a ciascun detenuto l'indefettibile tutela (preventiva e successiva) di cui necessita.