



Tutela della salute e esigenze di sicurezza⁽¹⁾

Di Alessandro Jazzetti e Marialaura Vitiello

Premessa

I recenti episodi di rivolta in diversi istituti penitenziari in concomitanza con l'esplosione della crisi COVID 19 e con i conseguenti provvedimenti di emergenza limitativi dei diritti dei detenuti adottati dal Governo, ripropongono alla nostra attenzione il tema del rapporto, talvolta conflittuale, tra diritto alla salute e le esigenze di sicurezza della collettività o, come si usa impropriamente dire, di certezza della pena.

Tale tema, investendo la tutela di diritti fondamentali, ha progressivamente interessato la giurisprudenza della CEDU, secondo una interpretazione espansiva dell'art. 3 della Convenzione che andremo ad esaminare in seguito. Possiamo anticipare che, proprio "recuperando" nell'alveo dello stesso articolo 3 il diritto alla salute della popolazione carceraria, quale espressione del più ampio diritto a trattamenti "umani", la Corte di Strasburgo con successive sentenze ha definito il perimetro della tutela del diritto alla salute circoscrivendolo a due ipotesi, a) mancanza di apprestamento di cure mediche adeguate e necessitate; b) incompatibilità dello stato di detenzione rispetto alle condizioni di salute del detenuto; fissando poi i limiti di tale tutela²

Ulteriore questione che ha occupato la Giurisprudenza CEDU è stata quella del sovraffollamento delle carceri,

evidentemente connesso a quello del riconoscimento del diritto alla salute.

La constatazione del carattere sistemico di tale fenomeno, ha indotto la Corte di Strasburgo a pronunciare la nota sentenza “pilota” Torreggiani che ha dato termine al nostro Stato di un anno per porvi rimedio³.

È palese la ricaduta di tale sentenza in termini internazionali, riflettendosi sulla stessa cooperazione giudiziaria tra Stati della UE che presuppone chiaramente parità di standard di condizioni di vita nei penitenziari⁴.

A tale indicazione della Corte di Strasburgo, il nostro legislatore ha risposto con una serie di provvedimenti, in parte ispirati a finalità deflattive della custodia in carcere (vedi la detenzione domiciliare) e in parte a finalità compensative (vedi artt. 35 bis e ter dell’Ordinamento penitenziario).

Ulteriori interventi finalizzati al miglioramento delle condizioni di salute della popolazione carceraria sono stati disposti in attuazione della delega contenuta nella legge 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando)

Interventi che hanno mitigato ma non risolto il problema delle condizioni umane nelle carceri.

Il 29 febbraio 2020 la popolazione penitenziaria ammontava a 61.230 detenuti, a fronte di una capienza regolamentare di 50.931: rispetto a una situazione fisiologica, le carceri italiane ‘ospitavano’ dunque 10.299 persone in eccesso, per un tasso di sovraffollamento del 120%, con forti concentrazioni proprio in Lombardia, epicentro della diffusione del coronavirus⁵.

Da ultima, la stagione, speriamo breve, dell’emergenza COVID 19, con la legislazione di urgenza che ne è derivata, e le inevitabili ripercussioni e polemiche tra sostenitori della linea “umanitaria” e sostenitori della linea della “certezza della pena”.

Appare, dunque, estremamente complesso il bilanciamento tra diritto alla salute e esigenze di sicurezza della collettività: e tale complessità assume caratteri ancor più marcati in una fase di “diritto penale emergenziale” quale quella conseguente alla pandemia COVID 19⁶.

Emblematica è stata la vicenda della detenzione domiciliare concessa a detenuti per reati di mafia che si trovavano in carcere in regime di 41 bis concessa da taluni Magistrati di sorveglianza. Il clamore è stato tale da comportare l’intervento del Governo, con due successivi decreti-legge del 30 aprile 2020, nn. 28 e 29.

Il n. 28/2020 è rubricato “Disposizioni urgenti in materia di detenzione domiciliare e permessi”. Tale provvedimento modifica la disciplina degli art. 30 bis e 47 ter o.p., in relazione ai permessi c.d. di necessità e alla detenzione domiciliare c.d. umanitaria o ‘in surroga’ (ossia quella ex art. 47 ter co. 1 ter Ord. Pen.). La modifica consiste nella previsione di un parere obbligatorio sull’istanza che i giudici di sorveglianza devono richie-

dere al procuratore antimafia in ordine all’attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata ed alla pericolosità del soggetto: quello distrettuale, se la decisione riguarda l’autore di uno dei gravi reati elencati nell’art. 51 co. 3 bis e co 3 quater c.p.p., anche quello nazionale, se riguarda un detenuto sottoposto al regime detentivo speciale del 41 bis.

Con il secondo decreto legge 10 maggio 2020 n. 29, recante misure urgenti in materia di detenzione domiciliare o differimento dell’esecuzione della pena, sostituzione della custodia cautelare in carcere con gli arresti domiciliari, per motivi connessi all’emergenza sanitaria, di detenuti o internati per delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso, terroristico e mafioso, di associazione a delinquere legati al traffico di sostanze stupefacenti, o commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l’associazione mafiosa, sottoposti al regime del 41 bis, e in materia di colloqui, si è stabilito che i giudici dovranno rivalutare la permanenza dei motivi di salute connessi all’emergenza sanitaria in tempi molto ravvicinati (cioè una prima volta nei quindici giorni successivi alla pubblicazione ufficiale del decreto, e successivamente con cadenza mensile).

Allo stesso tempo, si esplicita che, prima di emettere nuovi provvedimenti, la magistratura dovrà chiedere alle autorità competenti se vi siano posti disponibili nelle strutture sanitarie penitenziarie o nei reparti protetti degli ospedali dove il condannato possa proseguire lo stato detentivo senza pregiudizio per le sue condizioni di salute.

L’eco mediatica di tale vicenda, come è stato giustamente rilevato, rischia di fare passare in secondo piano il grave rischio di diffusione delle infezioni nelle carceri, producendo provvedimenti che sembrano rispondere a logiche di punitività emotiva più a logiche di razionalizzazione del sistema⁷.

Par. 1 Esigenze cautelari e condizioni di salute nel codice di procedura penale

Il rapporto tra diritto alla salute ed esigenze di sicurezza, prima ancora che nella fase di esecuzione della pena, costituisce oggetto della disciplina codicistica in tema di misure cautelari.

La norma che viene in rilievo è quella dell’art. 275 cpp che detta i criteri di scelta della misura da applicare nel momento genetico della custodia, sulla base della “adeguatezza” nel caso concreto della misura.

Il terzo comma di tale disposizione è stato oggetto di vari interventi della Corte Costituzionale che hanno quasi completamente scardinato il sistema di presunzione iuris et de iure della custodia cautelare in carcere come l’unica adeguata in relazione a determinati reati,

fissando la regola che la misura cautelare in carcere si applica solo se il giudice non ritenga adeguate altre misure, dandone adeguata motivazione⁸.

Il percorso logico giuridico di tali decisioni passa dal rilievo secondo cui, alla luce dei principi costituzionali di riferimento – segnatamente, il principio di inviolabilità della libertà personale (art. 13, primo comma, Cost.) e la presunzione di non colpevolezza (art. 27, secondo comma, Cost.) – la disciplina delle misure cautelari debba essere ispirata al criterio del «minore sacrificio necessario»: la compressione della libertà personale va contenuta, cioè, entro i limiti minimi indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari del caso concreto. Ciò impegna il legislatore, da una parte, a strutturare il sistema cautelare secondo il modello della «pluralità graduata», predisponendo una gamma di misure alternative, connotate da differenti gradi di incidenza sulla libertà personale; dall'altra, a prefigurare criteri per scelte «individualizzanti» del trattamento cautelare, parametrato sulle esigenze configurabili nelle singole situazioni concrete..... In altre parole, nel predetto bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti, secondo la Corte costituzionale i limiti rappresentati dalla presunzione di non colpevolezza sino alla condanna definitiva ex art. 27, secondo comma, Cost. e dalla tipicità, riserva di legge e di giurisdizione e dalla limitazione temporale della restrizione della libertà personale, comporta obblighi legislativi, riassumibili in tre punti, circa la conformazione del sistema cautelare: adozione del modello della «pluralità graduata» delle misure; rispetto del principio del «minore sacrificio necessario»; garanzia di «scelte individualizzanti del trattamento cautelare».⁹

In altre parole, la scelta della misura da applicare non deve essere frutto di un astratto paradigma legale ma di una scelta «concreta», riferita al singolo caso.

Tali «regole» appaiono ancor più pressanti alla luce dei problemi determinati dall'emergenza sanitaria connessa anche al fenomeno del sovraffollamento nei penitenziari.

Infatti, un minor ricorso alla custodia cautelare, ispirato al principio di proporzionalità richiamato anche dalla giurisprudenza CEDU, non può che portare benefici in questa direzione¹⁰.

Lo stesso art. 275 cpp ai commi 4 e 4 bis pone dei divieti «relativi» di applicazione della custodia in carcere nei confronti della persona ultrasettantenne ovvero quando l'imputato è persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria accertate ai sensi dell'articolo 286-bis, comma 2, ovvero da altra malattia particolarmente grave, per effetto della quale le sue condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione e comunque tali da non consentire adeguate cure in caso di detenzione in carcere.

In entrambi i casi, il divieto viene meno quanto ricorrano «eccezionali» esigenze cautelari.

Pur in questi casi, tuttavia, secondo il successivo comma 4 ter, ove la custodia cautelare presso idonee strutture sanitarie penitenziarie non è possibile senza pregiudizio per la salute dell'imputato o di quella degli altri detenuti, il giudice dispone la misura degli arresti domiciliari presso un luogo di cura o di assistenza o di accoglienza. Se l'imputato è persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, gli arresti domiciliari possono essere disposti presso le unità operative di malattie infettive ospedaliere ed universitarie o altre unità operative prevalentemente impegnate secondo i piani regionali nell'assistenza ai casi di AIDS, ovvero presso una residenza collettiva o casa alloggio di cui all'articolo 1, comma 2, della legge 5 giugno 1990, n. 135.

È il caso della «assoluta» incompatibilità delle condizioni di salute del soggetto, a carico del quale ricorrono esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, con il regime detentivo inframurario per la indisponibilità di strutture carcerarie attrezzate per la cura delle stesse condizioni. Tale incompatibilità assoluta presuppone che il Dipartimento amministrazione penitenziaria (DAP), cui compete il controllo sulla esecuzione della pena, all'uopo interpellato dall'AG competente, non abbia potuto indicare nessuna struttura sanitaria carceraria adeguata al caso concreto.

Le disposizioni dell'art. 275 citato si pongono dunque come regola generale equilibratrice tra esigenze di sicurezza e tutela della salute.

Par. 2 Tossicodipendenze e tutela della salute

Ad un regime speciale è invece soggetto il trattamento del tossicodipendente, fissato dall'art. 89 del DPR 309/90 concernente «Provvedimenti restrittivi nei confronti dei tossicodipendenti o alcooldipendenti che abbiano in corso programmi terapeutici».

I primi due commi di tale norma disciplinano, rispettivamente, l'ipotesi del tossicodipendente che abbia in corso o che intenda iniziare un programma di recupero dalla tossicodipendenza, fissando un regime di carattere derogatorio rispetto alle regole generali di individuazione della misura cautelare appropriata ai singoli casi.

Il primo comma stabilisce che il giudice, qualora ricorrano i presupposti per la custodia cautelare in carcere, ove non sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, dispone gli arresti domiciliari quando imputata è una persona tossicodipendente o alcooldipendente che abbia in corso un programma terapeutico di recupero presso i servizi pubblici per l'assistenza ai tossicodipendenti, ovvero nell'ambito di una struttura privata autorizzata ai sensi dell'articolo 116, anche in regime non residenziale (eccezione fatta per i delitti di rapina ed estorsione) e l'interruzione del programma può pregiu-

dicare il recupero dell'imputato.

La stessa previsione di concessione di arresti domiciliari è disposta, su istanza documentata dell'interessato, nei confronti del detenuto tossicodipendente che "intende" sottoporsi a programma di recupero.

In entrambe le ipotesi, il giudice dispone la custodia cautelare in carcere o ne dispone il ripristino quando accerta che la persona ha interrotto l'esecuzione del programma, ovvero mantiene un comportamento incompatibile con la corretta esecuzione, o quando accerta che la persona non ha collaborato alla definizione del programma o ne ha rifiutato l'esecuzione.

Il regime in questione non si applica ai sensi del comma 4 dello stesso articolo, nei confronti di persone accusate di reati molto gravi (quasi tutti quelli compresi nel catalogo di cui all'art. 4-bis della legge di Ordinamento penitenziario).

La funzione essenziale di questa disposizione, oggetto di censure di illegittimità costituzionale¹¹, è quella di escludere gli indagati per reati gravi dallo speciale regime di favore di cui ai commi 1 e 2, con la conseguenza che, nei confronti di costoro, resta applicabile la disciplina generale dettata all'art. 275 del codice di rito. La quale, per altro, vieta solo parzialmente l'applicazione degli arresti domiciliari nei confronti degli accusati per gravi reati.

Par. 3 La tutela della salute nella fase di esecuzione della pena

A esigenze di tutela della salute si ispirano gli artt. 146 e 147 cp che prevedono, rispettivamente, il rinvio obbligatorio e il rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena. La prima ipotesi riguarda il caso in cui la pena deve eseguirsi nei confronti di persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria accertate ai sensi dell'articolo 286 bis, comma 2, del codice di procedura penale, ovvero da altra malattia particolarmente grave per effetto della quale le sue condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione, quando la persona si trova in una fase della malattia così avanzata da non rispondere più, secondo le certificazioni del servizio sanitario penitenziario o esterno, ai trattamenti disponibili e alle terapie curative.

Il rinvio obbligatorio presuppone che la malattia sia giunta ad una fase così avanzata da escludere la rispondenza del soggetto ai trattamenti disponibili o alle terapie curative, e non richiede alcuna valutazione circa la compatibilità o meno della patologia con lo stato di detenzione.

In caso di differimento facoltativo della pena detentiva, ai sensi dell'art. 147 cod. pen., comma primo, n. 2), è necessario che la malattia da cui è affetto il condannato sia grave, cioè tale da porre in pericolo la vita o da provocare rilevanti conseguenze dannose e, comunque,

da esigere un trattamento che non si possa facilmente attuare nello stato di detenzione, operando un bilanciamento tra l'interesse del condannato ad essere adeguatamente curato e le esigenze di sicurezza della collettività. Ad esigenze di decarcerizzazione e di salute è ispirato l'istituto della detenzione domiciliare, rientrando tra le misure alternative alla detenzione e in qualche modo confinante con quello del differimento dell'esecuzione della pena.

Si tratta di un istituto variamente modulato ed oggetto di varie modifiche legislative.

L'istituto base è rappresentato dalla detenzione domiciliare "ordinaria" o "umanitaria", prevista dall'art. 47 ter, primo comma, dell'Ordinamento penitenziario.

Tale norma prevede che la pena della reclusione non superiore a quattro anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, nonché la pena dell'arresto, può essere espiata nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza, quando trattasi, tre l'altro, di persona in condizioni di salute particolarmente gravi, che richiedano costanti contatti con i presidi sanitari territoriali ovvero di persona di età superiore a sessanta anni, se inabile anche parzialmente.

Come affermato dalla Corte costituzionale, la detenzione domiciliare non nasce per fronteggiare le ipotesi d'incompatibilità assoluta tra regime carcerario e condizioni soggettive della persona, ma costituisce, invece, una modalità di attenuazione del regime di esecuzione della pena, da prendere in considerazione quando si realizzano i presupposti oggettivi e soggettivi indicati dalla legge. Inoltre, proprio perché costituisce un regime detentivo attenuato, realizza una generica finalità risocializzante collegabile all'esclusione della detenzione carceraria, quando risulti non necessaria¹².

«Le condizioni di salute particolarmente gravi», afferma inoltre la Corte di Cassazione, «non necessariamente devono consistere in patologie incompatibili con lo stato di detenzione o comunque dalla prognosi infausta, ben potendo essere ravvisate in una o più alterazioni della funzionalità psico-fisica dell'imputato, caratterizzate da un elevato grado d'intensità e idonee a rendere ancora più affittiva l'espiazione della pena in istituto».

Per quanto riguarda il tipo di patologia, la norma non distingue tra malattie fisiche o psichiche, perciò vi si fanno rientrare anche le malattie mentali. Tuttavia, pure l'infermità psichica deve essere tale da richiedere contatti regolari coi presidi sanitari. Dunque, la gravità della malattia, fisica o psichica, non è valutata di per se stessa, ma sempre in relazione alla regolarità delle cure e dell'assistenza che richiede, e fintanto che tali cure non possano essere efficacemente adottate in carcere.

IL comma 1-bis dello stesso art. 47 ter prevede che la detenzione domiciliare può essere applicata per l'espia-

zione della pena detentiva inflitta in misura non superiore a due anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, indipendentemente dalle condizioni di cui al comma 1 quando non ricorrono i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale e sempre che tale misura sia idonea ad evitare il pericolo che il condannato commetta altri reati, escludendo da tale disposizione i condannati per i reati di cui all'articolo 4 bis: trattasi dell'ipotesi definita di detenzione domiciliare "generica"¹³.

Il comma 1-ter dell'art. 3 citato, stabilisce che, quando potrebbe essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo della esecuzione della pena ai sensi degli articoli 146 e 147 del codice penale, il tribunale di sorveglianza, anche se la pena supera il limite di cui al comma 1, può disporre l'applicazione della detenzione domiciliare, stabilendo un termine di durata di tale applicazione, termine che può essere prorogato. L'esecuzione della pena prosegue durante la esecuzione della detenzione domiciliare (detenzione domiciliare "a durata prestabilita").

Con la sentenza n. 99 del 2019 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-ter co.1-ter OP "nella parte in cui non prevede che, nell'ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta, il tribunale di sorveglianza possa disporre l'applicazione al condannato della detenzione domiciliare anche in deroga ai limiti di cui al comma 1 del medesimo art. 47-ter", così colmando quel vuoto normativo che si era venuto a creare nell'ordinamento giuridico con riferimento alla posizione delle persone detenute affette da grave patologia psichiatrica a seguito della definitiva chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari. Prima dell'intervento della Corte, per tali persone, quando la pena da scontare era superiore al limite di 4 anni, era preclusa ogni possibilità di espriare la pena al di fuori del carcere, in un luogo che fosse idoneo alla cura e gestione della malattia.

Come è stato rilevato, la Corte Costituzionale ha individuato nella detenzione domiciliare ed art. 47-ter comma 1-ter la misura utilizzabile per le persone affette da grave infermità psichica sopravvenuta. Con la precisa indicazione che non si tratta di una «misura alternativa alla pena», ma una pena "alternativa alla detenzione" o, se si vuole, una "modalità di esecuzione della pena", sottolineando come essa debba essere sempre accompagnata da «prescrizioni limitative della libertà, sotto la vigilanza del magistrato di sorveglianza e con l'intervento del servizio sociale». Il richiamo all'art. 47-ter, comma 4 OP riporta al contenuto di una misura che dovrà essere articolato a seconda delle esigenze di cura e di tutela delle persone sulla base di una attenta valutazione della situazione rimessa al Magistrato di Sorveglianza¹⁴

Quando potrebbe essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo della esecuzione della pena ai sensi degli articoli 146 e 147 del codice penale, il tribunale di

sorveglianza, anche se la pena supera il limite di cui al comma 1, può disporre la applicazione della detenzione domiciliare, stabilendo un termine di durata di tale applicazione, termine che può essere prorogato.

Quest'ultima ipotesi di detenzione domiciliare viene considerata un'alternativa al rinvio, obbligatorio o facoltativo, dell'esecuzione della pena ai sensi degli artt. 146 e 147 del codice penale. La norma prevede, infatti, che negli stessi casi in cui potrebbe essere disposto il differimento dell'esecuzione, il Tribunale di sorveglianza possa disporre, invece, la detenzione domiciliare. La sua concessione è permessa, peraltro, oltre il limite di pena previsto dal primo comma, quindi anche per pene sopra i 4 anni. Ciò significa che non è neanche previsto un tetto massimo, in pratica non c'è nessun limite di pena. Una esemplificazione di tale prassi è costituita dai recenti provvedimenti che hanno portato alla scarcerazione di detenuti che ricoprivano posizioni apicali all'interno di associazioni di stampo mafioso ed erano pertanto sottoposti al regime detentivo speciale del 41 bis, proprio applicando la misura domiciliare prevista nell'art. 47 ter co. 1 ter o.p., ossia la misura che si può utilizzare negli stessi casi in cui il codice penale, agli artt. 146 e 147, consente il differimento obbligatorio o facoltativo della pena detentiva. L'ipotesi in considerazione nei casi in esame è quella del differimento facoltativo della pena detentiva per "condizioni di gravi infermità fisica", contemplata dall'art. 147 co. 1 n. 2 c.p.

Come è stato rilevato, il giudizio di gravità dell'infermità, secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza, ha carattere relativo, fondandosi sul rapporto, di volta in volta mutevole, fra condizioni individuali e condizioni dell'ambiente carcerario. Muovendo da tale premessa, la Corte di cassazione ha ancorato il provvedimento a due autonomi requisiti: la gravità oggettiva della malattia, implicante un serio pericolo per la vita del condannato o la probabilità di altre rilevanti conseguenze dannose e la possibilità di fruire, in stato di libertà, di cure e trattamenti più efficaci di quelli che possono essere prestati in regime di detenzione¹⁵

La misura domiciliare applicabile in queste ipotesi, "essendo finalizzata a tutelare il diritto inderogabile alla salute e l'umanità del trattamento (non a caso questa misura è comunemente designata come 'detenzione domiciliare umanitaria)', può essere disposta a favore di qualsiasi detenuto, a prescindere dunque dalla tipologia del reato commesso e dall'entità della pena residua, e dunque anche di detenuti sottoposti al regime detentivo speciale"¹⁶.

I provvedimenti applicativi della detenzione domiciliare ex art. 47 ter co. 1 ter o.p. sono tutti adottati in via provvisoria dal magistrato di sorveglianza, secondo quanto previsto dal co.1 quater della stessa disposizione, che ammette tale possibilità in presenza di "gravi pregiudizi

derivanti dalla protrazione dello stato di detenzione”, salvo poi trasmissione degli atti al tribunale di sorveglianza per la decisione definitiva.

Secondo quanto stabilito dall’art. 47 co. 1 ter, il giudice nell’applicare la misura - che opera, come si è già ricordato, nei casi in cui si potrebbe altresì disporre il differimento della pena ai sensi dell’art. 146 e 147 - stabilisce un termine di durata, che è peraltro prorogabile sino a che perdurino le condizioni che lo giustificano¹⁷.

Con l’inserimento dell’art. 47-quater nella l. 354/1975 ad opera della l. 231/1999, il legislatore ha voluto consentire ai soggetti affetti da aids o da grave deficienza immunitaria, accertate ai sensi dell’articolo 286-bis, comma 2, del codice di procedura penale, e che hanno in corso o intendono intraprendere un programma di cura e assistenza presso le unità operative di malattie infettive ospedaliere ed universitarie o altre unità operative prevalentemente impegnate secondo i piani regionali nell’assistenza ai casi di aids, la possibilità di accedere alle misure alternative o di comunità previste dagli articoli 47 (affidamento in prova al servizio sociale) e 47-ter (detenzione domiciliare), anche oltre i limiti di pena ivi previsti.

La L. 40/2001 ha introdotto l’art. 47-quinquies o.p.: detenzione domiciliare speciale (detenute madri e detenuti padri, in caso di morte o impossibilità da parte della madre)

Per l’affidamento in prova ordinario, l’applicazione provvisoria della misura da parte del magistrato di sorveglianza è disciplinata dall’art. 47 o.p. co. 4 in presenza di un “grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione”; analoga disciplina si applica, secondo quanto stabilito nell’art. 94 co. 2 t.u. stup., per l’affidamento in prova c.d. terapeutico.

Par. 4 Gli ulteriori interventi legislativi in tema di ordinamento penitenziario

Con i tre decreti legislativi n. 121, 123 e 124 del 2 ottobre 2018 si è concluso l’iter della riforma dell’ordinamento penitenziario. Si tratta dei decreti legislativi che hanno dato (parziale) attuazione alla legge delega 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando) e, in particolare, del d. lgs. 2 ottobre 2018, n.121, 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; d. lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, 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; del d. lgs. 2 ottobre 2028, n. 124, 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.

In particolare, per ciò che qui interessa, il d.lgs. n. 123 è intervenuto sul testo dell’art. 11 o.p., che è appunto la norma dell’ordinamento penitenziario dedicata alla disciplina della sanità in carcere.

Tale articolo esordisce ora con l’affermazione che il servizio sanitario nazionale opera negli istituti penitenziari e negli istituti penali per minorenni nel rispetto della disciplina sul riordino della medicina penitenziaria”: il richiamo al d.lgs. 230/1999 deve intendersi come il richiamo al principio della parità tra detenuti (e internati) e soggetti liberi nella tutela del diritto alla salute e quindi al diritto a godere di prestazioni sanitarie efficaci, tempestive ed appropriate.

Alcune novità di rilievo riguardano la disciplina della ‘prima’ visita, ossia la visita medica a cui il detenuto o l’internato è sottoposto all’atto dell’ingresso in istituto. A questo proposito, nel nuovo co. 7 dell’art. 11 o.p., si prevede che, fermo l’obbligo di referto, il medico che riscontri “segni o indici che facciano apparire che la persona possa aver subito violenze o maltrattamenti” deve darne comunicazione al direttore dell’istituto e al magistrato di sorveglianza.

Nel nuovo co. 7 trovano poi espressione alcuni importanti principi, già contenuti nel d.lgs. 230/1999: il diritto a ricevere informazioni complete sullo stato di salute durante la detenzione e al momento della rimessione in libertà, il principio di globalità dell’intervento sulle cause di pregiudizio della salute, di unitarietà dei servizi e delle prestazioni, d’integrazione dell’assistenza sociale e sanitaria e la garanzia della continuità terapeutica (nella prassi di frequente non assicurata a causa anche dei trasferimenti dei detenuti da un istituto all’altro). A proposito della continuità terapeutica, si specifica poi che essa deve essere garantita con particolare attenzione ai soggetti che, all’atto di ingresso in carcere, abbiano in corso un programma terapeutico di transizione sessuale, in considerazione degli effetti pregiudizievoli per la salute che discendono dall’interruzione della terapia ormonale. Come evidente l’effettività di tali principi non potrà che dipendere dal grado di attuazione che sarà dato alle norme che li prevedono.

Il nuovo co. 12 laddove introduce la possibilità per il detenuto e l’internato di essere visitato, a proprie spese, da un “esercente di una professione sanitaria” di fiducia (una possibilità che, nella disciplina previgente, era prevista per il solo medico.

Par. 5. Il diritto alla salute dei detenuti secondo la CEDU

Una volta riepilogato l'assetto del rapporto diritto alla salute/esigenze di sicurezza della collettività all'interno del sistema codicistico e delle norme sull'Ordinamento penitenziario, possiamo passare ad occuparci della tutela della salute della popolazione carceraria nell'ottica della giurisprudenza della corte di Strasburgo.

Il tema va affrontato partendo dagli orientamenti della CEDU espressi in sentenze di

Va evidenziato che il diritto alla salute, al pari degli altri "diritti sociali", non trova espresso riconoscimento nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La Corte di Strasburgo ha però progressivamente esteso la tutela convenzionale anche a questo diritto, tramite una interpretazione evolutiva ed estensiva di altre disposizioni della Convenzione, soprattutto l'art. 3. Si tratta, tuttavia, di una forma di tutela indiretta, di riflesso, che sconta la mancata individuazione di un «nucleo irriducibile del diritto»: il diritto alla salute, in altri termini, non viene tutelato in sé e per sé, ma solo se, ed in quanto, la sua lesione si traduca nella violazione di diritti espressamente riconosciuti dalla Convenzione¹⁸.

È accaduto, infatti, che i cd diritti socio economici trovassero attuazione in distinti accordi internazionali quali, per ciò che concerne specificamente il diritto alla salute, la Carta sociale europea, adottata nel 1961 e riveduta nel 1996, la cui osservanza non era rimessa ad un giudice ad hoc, ma, dal 1996, al Comitato europeo dei diritti sociali, composto da 15 membri nominati dal Consiglio d'Europa.

La debolezza sul piano pratico di tale strumento è palese ove si consideri che la ratifica della CSE non obbliga ad assolvere a tutti i vincoli previsti, ma ciascuno Stato può scegliere a quali disposizioni vincolarsi, purché siano incluse almeno sei delle nove che costituiscono il "nocciolo duro" del catalogo contenuto nella Parte II (diritto al lavoro, alla libertà sindacale, alla contrattazione collettiva, alla tutela per bambini e adolescenti, alla sicurezza sociale, all'assistenza sociale e medica, alla tutela sociale, giuridica ed economica della famiglia, diritto del lavoratore migrante e della sua famiglia alla protezione ed assistenza, diritto alle pari opportunità in materia di lavoro e professione).

Tuttavia, partendo dal presupposto che i diritti civili e politici hanno implicazioni di natura sociale o economica, la Corte EDU ha potuto sviluppare un filone di giurisprudenza anche in materia di diritti sociali, tramite un'interpretazione evolutiva delle disposizioni della Convenzione, che le ha consentito di ricondurre ai diritti positivamente riconosciuti da queste anche posizioni giuridiche a contenuto sociale.

il diritto alla salute, in particolare, è stato così ricon-

dotto nell'alveo dei diritti garantiti, quale corollario del diritto alla vita (art. 2 CEDU), del divieto di pene e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU), del diritto al rispetto della vita privata e familiare e del domicilio (art. 8 CEDU).

Per ciò che riguarda specificamente il diritto alla salute dei detenuti, la Corte CEDU, ha poi ricondotto nell'alveo del divieto di trattamenti inumani o degradanti il fenomeno del sovraffollamento delle carceri.

Muovendo dall'assunto per cui allo stato di detenzione non consegue la perdita delle garanzie dei diritti e delle libertà affermati dalla Convenzione, gli organi di tutela della CEDU hanno da tempo riconosciuto che una pena, pur legalmente inflitta, può comportare problemi di compatibilità rispetto all'art. 3 CEDU, «con riguardo alle modalità della sua esecuzione». Posto che ogni forma di privazione della libertà personale implica un «inevitabile elemento di umiliazione», affinché la soglia minima di gravità che delimita l'ambito applicativo dell'art. 3 CEDU sia superata, è necessario accertare che, nel singolo caso, quelle modalità di esecuzione comportino un'umiliazione ed uno svilimento di «livello particolare» e, in ogni caso, diversi ed ulteriori da quelli connotati ed ineliminabili¹⁹.

Proseguendo in questo percorso, la corte CEDU ha considerato, a partire da un certo momento, l'omissione delle cure necessarie per la salute del detenuto quale trattamento inumano rientrante nella tutela dell'art. 3 della Convenzione²⁰.

L'obbligo di garantire un adeguato trattamento dei detenuti malati, ha trovato un puntuale riconoscimento nelle sentenze pilota *Kudla c. Polonia* e *Xiros c. Grecia*, con le quali la Corte ha chiarito che esso si specifica in tre «obligations particulières»: verificare che il detenuto sia in condizioni di salute tali da poter scontare la pena, somministrargli le cure mediche necessarie e adattare, ove necessario, le condizioni generali di detenzione al suo particolare stato di salute.

Più specificamente, come è stato rilevato, ai fini della tutela occorre: il superamento della soglia minima di gravità, la cui valutazione è relativa e dipende da numerosi fattori del caso concreto come l'età, il sesso, durata del trattamento effetti dello stesso sul fisico e sulla mente del singolo detenuto; la prova deve essere basata su elementi precisi, concordanti e sufficientemente gravi che le autorità competenti abbiano oltrepassato il limite del trattamento penitenziario che deriva da una punizione o sanzione legittima; quadro clinico del detenuto particolarmente grave; la mancanza ovvero inadeguatezza della risposta da parte delle autorità competenti e mancanza di qualità o totale assenza di cure mediche necessarie²¹.

In relazione al rapporto tra condizione di salute e detenzione, particolare significato assumono inoltre talune

pronunce che hanno riguardato l'Italia, quali la sentenza Scoppola²²

La sentenza precisa che la Corte, nel sindacare l'operato delle autorità statali – comprese, nel caso di specie, le valutazioni della magistratura di sorveglianza – tiene conto di tre elementi, rilevanti ai fini della verifica della compatibilità tra detenzione e stato di salute: le condizioni del detenuto, la qualità delle cure somministrate, l'appropriatezza del mantenimento della misura detentiva a fronte delle condizioni di salute. Qualora tali elementi conducano ad un esito negativo della verifica, nessun rilievo assume l'eventuale mancanza, in capo alla pubblica potestas, di una volontà di umiliare o degradare: l'art. 3 CEDU ben può essere violato da «inazione o [...] mancanza di diligenza»

Ulteriore pronuncia di condanna è stata la sentenza Contrada in cui la Corte ha ravvisato violazione dell'art. 3 CEDU, per superamento della soglia minima di gravità, in considerazione di tre elementi: il contenuto dei certificati e referti medici a disposizione delle autorità italiane, il tempo trascorso prima della concessione della detenzione domiciliare, le stesse motivazioni delle decisioni di rigetto delle istanze del ricorrente²³

Quest'ultima pronuncia consolida i principi elaborati nelle precedenti pronunce e per le ipotesi di incompatibilità dello stato di salute con la permanenza in detenzione carceraria aggiunge un ulteriore elemento rappresentato dall'inadeguatezza della permanenza in carcere rispetto alle condizioni di salute del detenuto²⁴.

6. Il fenomeno del sovraffollamento delle carceri come fattore di rischio della salute

Delineato il percorso seguito dalla giurisprudenza CEDU teso a una sempre maggiore espansione della portata dell'art. 3 della Convenzione, comprendiamo il nesso che intercorre tra tutela della salute/dignità dei detenuti e le condizioni di detenzione.

È palese che il sovraffollamento nelle carceri, determinando una condizione di disagio igienico e sanitario per i detenuti, costituisce un fattore di rischio per la salute della popolazione carceraria, oltre ad essere lesivo sua dignità.

Con la sentenza Torreggiani adottata l'8 gennaio 2013 con decisione presa all'unanimità – la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia per la violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti umani (CEDU).

Il caso riguardava trattamenti inumani o degradanti subiti dai ricorrenti, sette persone detenute per molti mesi nelle carceri di Busto Arsizio e di Piacenza, in celle triple e con meno di quattro metri quadrati a testa a disposizione e faceva seguito ad altro caso pure conclusosi con la condanna dello Stato italiano per le stesse

ragioni (Sulejmanovic c. Italia, del 16 luglio 2009 (ric. n. 22635/03)

“La carcerazione – secondo la Corte Cedu - 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».

Considerato il carattere sistemico del fenomeno del sovraffollamento, la Corte ha emesso una c.d. sentenza pilota, ingiungendo allo Stato italiano di introdurre, entro il termine di un anno dal momento in cui la sentenza della Corte sarebbe divenuta definitiva, “un ricorso o un insieme di ricorsi interni idonei ad offrire un ristoro adeguato e sufficiente per i casi di sovraffollamento carcerario, in conformità ai principi stabiliti dalla giurisprudenza della Corte.

L'assoluta urgenza del fenomeno del sovraffollamento (sottolineata anche dalla Corte Cost., 22 novembre 2013, n. 279, Pres. Silvestri, Rel. Lattanzi) e la necessità di ottemperare al dictum della Corte di Strasburgo induceva il nostro legislatore a porre in essere una serie di provvedimenti.

Con il dl 78/2013, convertito in L. 94/2013, il Governo ha modificato, tra l'altro, il testo dell'art. 656 cpp concernente la sospensione dell'ordine di esecuzione del PM, ampliandone il contenuto ed eliminando talune preclusioni soggettive.

Con il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazioni dalla L. 21 febbraio 2014, n. 10 (c.d. decreto svuotacarceri), il legislatore si è mosso su due piani: su di un primo piano, si collocano gli interventi funzionali a ridurre il numero delle presenze in carcere, attraverso la riduzione del flusso dei detenuti in ingresso e l'ampliamento di quello dei detenuti in uscita; su di un secondo piano, invece, si collocano gli interventi funzionali a rafforzare la tutela dei diritti dei detenuti e, in particolare, a garantire la giustiziabilità dei diritti violati dal sovraffollamento, così come richiesto dalla sentenza Torreggiani²⁵.

Sotto il primo profilo, vengono innanzitutto in considerazione le disposizioni dirette ad ampliare l'ambito di operatività delle misure alternative e dei benefici penitenziari. In questo senso, la novità più significativa

è senz'altro rappresentata dall'introduzione, ai sensi dell'art. 4 del decreto, della "liberazione anticipata speciale", caratterizzata da una detrazione di 75 giorni ogni sei mesi di pena scontata, anziché di 45 giorni, come nella liberazione anticipata ordinaria, di cui all'art. 54 o.p.

Si è trattato peraltro di una misura di carattere temporaneo: essa infatti era destinata ad operare solo per un periodo di due anni dalla data di entrata in vigore dello stesso decreto.

Ulteriori interventi hanno inciso sulle misure alternative alla detenzione, ampliandone i contenuti.

Quanto agli interventi in materia di tutela dei diritti delle persone detenute, va segnalato l'introduzione del cd reclamo giurisdizionale di cui all'art. 35 bis dell'ordinamento penitenziario.

Secondo la nuova normativa, il detenuto può proporre reclamo al magistrato di sorveglianza in due ipotesi: la prima è rappresentato dai provvedimenti di natura disciplinare adottati dall'amministrazione penitenziaria (art. 69, co. 6 lett. a), la seconda dall' "inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti" (art. 69, co. 6 lett. b). Qualora sia accertata la sussistenza del pregiudizio e la sua attualità, il giudice ordina all'amministrazione penitenziaria "di porre rimedio".

Al fine di costringere all'obbedienza l'amministrazione penitenziaria, il decreto prevede un giudizio di ottemperanza da attivare, presso lo stesso magistrato, nel caso di "mancata esecuzione del provvedimento". Qualora il giudizio, da esperire nelle forme di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p., venga accolto, il giudice ha il potere di: ordinare all'amministrazione di ottemperare, nominando - se necessario - un commissario ad acta; dichiarare nulli gli eventuali atti dell'amministrazione che si pongano "in violazione o elusione del provvedimento rimasto ineseguito"; determinare la somma dovuta al detenuto a titolo di riparazione, con il limite massimo di 100 euro per giorno.

Con l'introduzione dell'art. 35 ter dell'Ordinamento penitenziario (attuata dal D.L. 26 giugno 2014 n. 92) si è introdotta la possibilità di ottenere una riduzione della pena da espiare (nella misura di un giorno per ogni dieci giorni di pregiudizio subito) o, in via subordinata, un risarcimento in forma monetaria (nella misura di 8 euro per ogni giorno di pregiudizio patito); ciò in aderente conformità a quanto affermato dai giudici di Strasburgo nella sentenza Torreggiani.

Trattasi di due tipologie di rimedi specificamente diretti a riparare il pregiudizio derivante a detenuti ed internati da condizioni detentive contrarie all'art. 3 CEDU.

Il primo dei due rimedi (disciplinato nei commi 1 e 2 dell'art. 35 ter o.p.) è destinato ai detenuti e agli internati che stiano subendo un pregiudizio grave ed attuale ai propri diritti, in conseguenza delle condizioni detentive in cui si trovano. Costoro possono rivolgersi al magistrato di sorveglianza, al fine di ottenere una riparazione in forma specifica, consistente in uno "sconto" della pena ancora da espiare pari ad 1 giorno ogni 10 di pregiudizio subito o, in alternativa - nel caso in cui il pregiudizio sia stato inferiore ai 15 giorni o nel caso in cui lo 'sconto' sia maggiore del residuo di pena - un risarcimento in forma monetaria, pari a 8 euro per ogni giorno di pregiudizio subito.

Il secondo rimedio (disciplinato nel comma 3 dell'art. 35 ter o.p.) si rivolge a coloro che abbiano finito di scontare la pena detentiva o abbiano subito il pregiudizio durante un periodo di custodia cautelare non computabile nella pena da espiare. In questo caso, i soggetti possono rivolgersi entro sei mesi dalla cessazione della pena detentiva o della custodia cautelare al tribunale civile, al fine di ottenere un risarcimento in forma monetaria, sempre nella misura di 8 euro per ogni giorno di pregiudizio subito.

Le misure disposte dallo Stato italiano, che hanno portato complessivamente a una riduzione del fenomeno del sovraffollamento, hanno ricevuto un positivo riconoscimento in sede internazionale.

La decisione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 5 giugno 2014 ha costituito un primo riconoscimento degli sforzi del legislatore italiano per porre rimedio al fenomeno del sovraffollamento.

Un secondo riconoscimento si ritrova nella sentenza della Corte CEDU "Stella contro Italia" del 16 settembre 2014, con la quale i Giudici di Strasburgo, chiamati per la prima volta dopo la novella del 2014 a pronunciarsi sui nuovi rimedi risarcitori introdotti nell'ordinamento penitenziario, hanno espresso un giudizio ampiamente positivo sulla accessibilità dei ricorsi preventivi e riparatori, nonché sulla apparente effettività degli stessi, riservandosi, però, sotto questo secondo profilo, la possibilità di un eventuale riesame che consideri anche le decisioni rese dai giudici nazionali e l'effettiva loro esecuzione²⁶.

Par 7. L'impatto del COVID 19 sulle carceri

La crisi innescata dallo scoppiare della pandemia COVID 19 ha avuto inevitabili ripercussioni nelle carceri innescate dai primi provvedimenti adottati dal Governo.

La prima strategia governativa, all'affacciarsi dell'emergenza legata al diffondersi del Covid-19, ha portato alla chiusura degli istituti penitenziari da accessi dall'esterno, per evitare che il virus potesse varcare la

soglia del carcere. Il decreto-legge 8 marzo 2020, n. 11, ha previsto infatti che i colloqui con i detenuti avvengano 'da remoto' e che la concessione dei permessi-premio e della semilibertà fosse sospesa fino al 31 maggio 2020.

Tali provvedimenti hanno provocato una serie di clamorose rivolte nei penitenziari che hanno coinvolto circa 6000 detenuti (il 10% della popolazione penitenziaria) e portato alla morte di 13 detenuti e al ferimento di 40 agenti della polizia penitenziaria, oltre alla devastazione di diversi istituti (come quello di Modena) e all'evasione di decine di detenuti²⁷.

Sono inoltre riemersi i noti problemi degli istituti penitenziari legati al sempre cronico problema del sovraffollamento e alle condizioni igieniche spesso precarie, che l'emergenza coronavirus rischiava di fare esplodere: "le carceri rischiano di diventare una bomba sanitaria che si può ripercuotere sulla tenuta del sistema sanitario nazionale"²⁸.

Il fallimento di questa prima strategia ha costretto il governo a virare nella direzione opposta. Di qui il nuovo intervento, che nell'ambito del decreto-legge 17 marzo 2020 n. 18, c.d. decreto 'cura Italia', convertito nella legge 24 aprile 2020 n. 29, ha cercato in qualche modo di aprire le porte del carcere dall'interno e di chiuderle all'ingresso di nuovi detenuti dall'esterno.

Lo strumento di tale diversa strategia è consistito nel ricorso all'istituto della detenzione domiciliare, più precisamente di quella particolare forma di detenzione domiciliare disciplinata dalla l. 26 novembre 2010, n. 199, un istituto che aveva dato buona prova nella stagione più critica del sovraffollamento carcerario: basti pensare che dall'entrata in vigore della legge n. 199 del 2010 al 31 dicembre 2019 sono usciti dalle carceri per effetto di questa misura 26.849 detenuti²⁹.

Tale particolare tipologia di detenzione domiciliare, da non confondersi con quella disciplinata dall'art. 47-ter dell'Ordinamento Penitenziario, da cui differisce sia la competenza – quest'ultima in capo al tribunale di sorveglianza mentre l'esecuzione nel domicilio viene decisa dal magistrato di sorveglianza – che i requisiti per accedervi, consente l'espiazione della pena della reclusione non superiore a 18 mesi, anche se residuo di maggior pena, presso il domicilio, in funzione di un procedimento applicativo del beneficio estremamente accelerato (addirittura, da concedersi entro cinque giorni dalla richiesta) e di competenza del Magistrato di Sorveglianza, anziché del Tribunale di Sorveglianza.

La distinzione rispetto alla detenzione prevista dall'art. 47 ter O.P. sta anche nella finalità dell'istituto, come ribadito dalla Corte di Cassazione: inve-

ro, sembra evidente che l'art. l. della 199, proprio per la sua primaria finalità di decongestionamento carcerario (finalità drammaticamente attuale, e aggravata ulteriormente dall'emergenza Coronavirus), non costituisce una vera e propria misura alternativa alla detenzione, la cui concessione sarebbe rimessa alla discrezionalità della magistratura di sorveglianza, quanto a una speciale modalità di esecuzione della pena che va necessariamente applicata (a meno che ricorrano le ipotesi di esclusione ivi indicate, Sez. I, n. 15747/2014).

Pertanto, l'istituto dell'esecuzione della pena detentiva presso il domicilio, previsto dall'art. 1 l. 199/2010, è applicabile anche in deroga alle regole generali poste dall'art. 47-ter ord. pen. per la detenzione domiciliare, e quindi indipendentemente da ogni valutazione di meritevolezza in ordine alla concessione della misura (Sez. I, n. 6138/2014).

Per la Corte di Cassazione, la l. n. 199/2010 ha introdotto una speciale modalità di esecuzione della pena, volta ad attuare il principio del finalismo rieducativo, sancito dall'art. 27 Cost., e per rendere nel contempo possibile l'esecuzione delle pene detentive brevi in luoghi esterni al carcere, attesa la situazione di emergenza nella quale si trovano le strutture penitenziarie italiane.

Anche quella prevista dal decreto Cura Italia è una disciplina speciale a carattere temporaneo: è infatti previsto nel decreto legge che la nuova normativa trovi applicazione fino al 30 giugno 2020.

La detenzione domiciliare non può essere concessa: ai condannati per reati ostativi di cui all'art. 4-bis dell'Ordinamento Penitenziario; ai delinquenti abituali, professionali o per tendenza; ai detenuti sottoposti al regime della sorveglianza particolare (salvo che sia stato accolto il loro reclamo ai sensi dell'art. 14-ter dell'Ordinamento Penitenziario); "quando vi è la concreta possibilità che il condannato possa darsi alla fuga ovvero sussistono specifiche e motivate ragioni per ritenere che il condannato possa commettere altri delitti ovvero quando non sussista l'idoneità e l'effettività del domicilio anche in funzione delle esigenze di tutela delle persone offese dal reato".

Altre cause ostativo vengono introdotte ora per la prima volta: riguardano i detenuti sanzionati per infrazioni disciplinari relative a disordini o sommosse in carcere (art. 123 co. 1 lett. d) ovvero i detenuti nei cui confronti sia stato redatto un rapporto disciplinare in relazione ai disordini e alle sommosse verificatisi a partire dal 7 marzo 2020 (art. 123 co. 1 lett. e), e ancora i condannati per maltrattamenti contro familiari e conviventi o per atti persecutori (art. 123 co. 1 lett. a). Non è invece stata ribadita l'esclusione

della misura per i casi in cui si accerti il pericolo che il condannato si dia alla fuga o commetta altri delitti. Viene mantenuta la necessità che il domicilio sia idoneo ed effettivo, ai sensi della lettera f) dell'art. 123 e viene imposto, in ogni caso, l'utilizzo del cd. bracciale elettronico, fino a quando la pena da spiare sia inferiore ai sei mesi di reclusione (previsione, questa, che ha suscitato non poche polemiche atteso il difficile reperimento dei braccialetti)³⁰.

Il secondo strumento al quale il d.l. n. 18/2020 affida il contrasto al contagio da coronavirus nelle carceri (e dalle carceri verso l'esterno), nonché l'attenuazione del sovraffollamento carcerario, è quello della licenza premio prevista all'art. 52 ord. penit. per il condannato ammesso alla semilibertà: tale licenza può essere concessa anche in deroga al limite massimo di 45 giorni all'anno previsto all'art. 52 ord. penit. per una durata che può arrivare al prossimo 30 giugno 2020. Come è stato rilevato, si tratta di una scelta ragionevole, considerando che chi viene ammesso alla semilibertà è un soggetto che di regola ha già scontato una parte consistente della pena, non è pericoloso in termini di propensione a commettere nuovi reati (tale è stato ritenuto da un giudice in sede di concessione della misura), ma rappresenta, nella situazione attuale, un consistente pericolo per la salute collettiva, in ragione della continua spola cui è chiamato fra carcere e società esterna. In definitiva, la misura sembra in grado di produrre effetti apprezzabili sul versante della prevenzione del contagio, non anche peraltro sul versante del contenimento della popolazione carceraria, se si considera che al 15 febbraio 2020 i soggetti in semilibertà erano 1039.

Pr. 8 Considerazioni conclusive

L'emergenza sanitaria ha indotto il nostro legislatore a limitare le nostre libertà fondamentali, con decreti legge e atti normativi non aventi valore di legge: DPCM e altro.

Da più parti sono state sollevate obiezioni sulla legittimità costituzionale di taluni provvedimenti: sul piano formale, una fuoriuscita da riserve di legge previste dalla Costituzione.

Come è stato rilevato, restrizioni di libertà come la quarantena e obblighi di non allontanarsi da casa abbisognano di un fondamento legale, in una legge che stabilisca presupposti e contenuti delle restrizioni. A fonti subordinate può essere affidata la precisazione di elementi di dettaglio, non la sostanza delle restrizioni.³¹

Una tale legislazione dell'emergenza è stata ispirata dalla esigenza primaria di tutelare la salute minacciata dal COVID, ritenuta prevalente sulle altre istanze

sottese all'esercizio di diritti fondamentali.

Orbene, questa considerazione deve indurci a ritenere che il diritto alla salute è un bene che non tollera restrizioni o limitazioni in nome di altre istanze, quali quelle connesse alle esigenze di sicurezza della collettività che pure trovano un fondamento nella nostra Costituzione.

In altri termini, l'equilibrio tra diritto alla salute e esigenze di sicurezza non potrà mai intaccare quel nucleo fondamentale del primo quale è stato tracciato dalla giurisprudenza CEDU: diritto a ricevere le cure adeguate e tutela di tale diritto allorché le condizioni di salute siano incompatibili con lo stato detentivo.

Note di chiusura

¹ A cura di Alessandro Jazzetti e Marialaura Vitiello, avvocati. Marialaura Vitiello ha redatto i paragrafi da 1 a 2; gli altri sono stati redatti da Alessandro Jazzetti.

² Cfr. la sentenza Kudla c. Polonia e Xiros c. Grecia e Contrada contro Italia.

³ Va ricordato che già in precedenza il nostro legislatore aveva tentato di porre un argine al problema del sovraffollamento nelle carceri soprattutto con gli strumenti dell'amnistia e dell'indulto e, dopo la riforma dell'art. 79 Cost. realizzata nel 1992, con riforme di istituti di diritto processuale o di diritto sostanziale, quali la previsione della sospensione obbligatoria dell'esecuzione delle pene detentive fino tre anni e la rimodulazione della detenzione domiciliare.

⁴ Con sentenza dell'11 marzo 2014, l'High Court of Justice Queen's Bench Division Administrative Court ha riscontrato la violazione dell'art. 3 CEDU nel caso *Badre v. Court of Florence* e, per l'effetto, ha rigettato la richiesta di estradizione avanzata nei confronti del cittadino somalo Hayle Abdi Badre per il rischio di subire trattamenti inumani e degradanti nella struttura carceraria italiana.

La Corte inglese, nel caso ultimo citato, considera il fenomeno del sovraffollamento carcerario come una problematica fortemente diffusa, sistematica e strutturale, ovvero una sorta di chronic malfunction gravante sull'intero sistema penitenziario italiano nel suo complesso e, pertanto, ha negato la concessione dell'extradizione che avrebbe comportato una pressoché certa violazione dei diritti umani dell'estradando in violazione dell'art. 3 CEDU.

⁵ Per una statistica articolata su base regionale della popolazione carceraria prima e dopo il decreto "Cura Italia", vedi il rapporto *Antigone*.

⁶ Cfr. *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive* di Roberto Bartoli, in *Sistema Penale*, 2020.

⁷ Vedi sul punto G. Fiandaca, *Scarcerazioni per motivi di salute, lotta alla mafia e opinione pubblica*, in *Sistema penale*, 2020.

⁸ Ci si riferisce alle sentenze della Corte costituzionale sull'art. 275, comma 3, c.p.p. depositate tra il 2010 e il 2013 (Corte cost. n.265 del 2010, n.164 del 2011, n.231 del 2011, n.110 del 2012, n.57 del 2013, n.231 del 2013 e n.232 del 2013, quest'ultima particolarmente importante perché ribadisce la necessità dell'intervento della Corte per eliminare la presunzione in relazione ai singoli titoli di reato per i quali è prevista, trattandosi di una incostituzionalità derivata la cui dichiarazione è di competenza della Corte, e non di una questione interpretativa dell'enunciato normativo di partenza, come invece aveva ritenuto Cass., Sez. III, 20 gennaio 2012 – 1 dicembre 2012, n. 4377). A tali sentenze deve poi aggiungersi la sentenza della

Corte costituzionale n.331 del 2011, che ha dichiarato illegittima una analoga presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere contenuta nell'art. 12, comma 4-bis, del d.lgs. n.286 del 1998.

⁹ Così Tomaso E. Epidendio, *Proposte metodologiche in merito al dibattito sulle misure cautelari, in Diritto penale contemporaneo*.

¹⁰ La Corte EDU ha richiamato la necessità di una valutazione della proporzione in concreto, cioè in relazione a due principali parametri: quello del "real risk", che implica la necessità di una motivazione specifica e individualizzante, che tenga conto delle caratteristiche della persona e delle circostanze del caso concreto; quello della "durata", in base al quale il progressivo passare del tempo attenua le esigenze e renderebbe illegittimo un automatico prolungamento della restrizione o privazione dopo un certo periodo.

¹¹ Corte cost., 13 marzo 2014, n. 45, Pres. Silvestri, Rel. Frigo.

¹² Cfr. Corte Cost. 50/2020 secondo la quale la detenzione domiciliare costituisce una forma di esecuzione della pena (sentenza n. 350 del 2003), che può arricchirsi di prescrizioni non necessariamente strumentali alle sole e basilari esigenze di vita dell'interessato (il finalismo delle prescrizioni in chiave di risocializzazione è stato valorizzato anche dalla giurisprudenza di legittimità: da ultimo, Corte di cassazione, sezione prima penale, 5 giugno 2018, n. 56703).

¹³ Corte Cost. 50/2020 ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 47-ter, comma 1-bis, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), sollevate, in riferimento agli artt. 3, primo comma e 27, primo e terzo comma, della Costituzione, dalla Corte di cassazione, sezione prima penale, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

¹⁴ A. Calcaterra, 41-bis O.P.: Possibile la detenzione domiciliare 'umanitaria' o 'in deroga' anche per i detenuti in regime differenziato portatori di grave malattia psichica, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 1-bis.

¹⁵ Vedi A.Della Bella, *Emergenza COVID e 41 bis: tra tutela dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche, in Sistema Penale*, 2020.

¹⁶ A.Della Bella, *ibidem*

¹⁷ Una ulteriore ipotesi è la detenzione domiciliare speciale, introdotta dalla Legge 8 marzo 2001 n. 40, di modifica dell'Ordinamento Penitenziario. Con tale beneficio si è voluto consentire alle condannate, madri di bambini di età inferiore ai anni dieci, di espriare la pena nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli.

¹⁸ Così F.Cecchini, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in Diritto penale Contemporaneo*.

¹⁹ Corte EDU, 24 aprile 1978, *Tyrer v. the United Kingdom*, cit., § 30; v. anche Corte CEDU, 25 marzo 1993, *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, ric. n. 13134/87, § 30.

²⁰ Corte EDU, 14 novembre 2002, *Mouisel v. France*, ric. n. 67263/01.

²¹ Veronica Manca, *La Corte dei diritti dell'uomo torna a pronunciarsi sul divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti: l'inadeguatezza degli standard di tutela delle condizioni di salute del detenuto integrano una violazione dell'art. 3 CEDU*, Nota a C. Eur. dir. uomo, 11 febbraio 2014, *Contrada c. Italia* (n. 2), ric. n. 7509/08, in *Diritto penale contemporaneo*.

²² Corte EDU, 17 luglio 2012, *Scoppola v. Italy* (no. 4), ric. n. 65050/09, che nega rilievo all'atteggiamento non collaborativo del ricorrente, il quale aveva rifiutato il ricovero nell'ospedale civile di Parma.

²³ Corte EDU, 11 febbraio 2014, *Contrada v. Italy* (no. 2), cit., § 84.

²⁴ In tema di motivazione dei decreti ministeriali che dispongono

il 41 bis, cfr. C. eur. dir. uomo, Sez. I, sent. 25 settembre 2018, *Provenzano c. Italia*, ric. 55080/13, con nota di Giulia Alberti, in *Diritto penale contemporaneo*.

²⁵ La c.d. Legge "svuota carceri" ovvero la L. 26 novembre 2010, n. 199, prevede la detenzione domiciliare per coloro che sono stati condannati ad una pena uguale od inferiore ad anni 1 (dodici mesi) ovvero per coloro i quali stanno scontando una pena maggiore ma il cui residuo è pari o inferiore ad anni 1 (dodici mesi). Legge esclude dal beneficio, tra gli altri, i soggetti condannati per taluno dei delitti indicati dall'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni (ovvero reati particolarmente gravi e di criminalità organizzata).

²⁶ Cfr. Cass., Sez. I, ord. 21 febbraio 2020 (dep. 11 maggio 2020), n. 14260, Pres. Mazzei, Rel. Mazzei, ric. *Comisso*, con la quale sono state rimesse alle Sezioni Unite tre questioni controverse concernenti i criteri per il computo dello spazio minimo per ciascun detenuto.

²⁷ Come è stato rilevato, "su tali rivolte potrebbe essere chiamata a pronunciarsi la Corte EDU, sempre molto attenta a verificare se, nel caso concreto, vi siano state, da parte delle autorità statali, violazioni al diritto alla vita e al divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti. L'accertamento della Corte di Strasburgo coinvolge sia il profilo "sostanziale" degli artt. 2 e 3 CEDU sia quello "procedurale"; quest'ultimo in ordine alla eventuale mancanza di indagini effettive per appurare le ragioni che hanno portato alla morte del detenuto o al trattamento disumano nei suoi confronti, C. Minnella, *Coronavirus ed emergenza carceri: la via del ricorso alla Corte di Strasburgo, in Sistema Penale*.

²⁸ Anche il Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura e delle punizioni e dei trattamenti inumani e degradanti, il 20 marzo 2020 ha stilato dieci raccomandazioni (formulate quali principi), indirizzate alle autorità degli stati membri e volte a ricordare, in questo particolarissimo momento emergenziale, il divieto della tortura e di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 Cedu). In particolare, nella raccomandazione n. 5, vi è l'invito del CPT agli stati membri di ricorrere il più possibile a misure alternative alla detenzione: una strada che diventa "un imperativo, in particolare, in situazioni di sovraffollamento", quali notoriamente sono quelle italiane. Non solo, secondo il CPT gli stati membri dovrebbero fare un uso maggiore di alternative alla carcerazione preventiva (ad es. agli arresti domiciliari) e valutare ulteriori misure, come il rilascio anticipato (che potrebbe essere realizzata richiamando in vita la liberazione anticipata speciale di cui all'art. 4 d.l. n. 146/2013; Dolcini-Gatta).

²⁹ La c.d. Legge "svuota carceri" ovvero la L. 26 novembre 2010, n. 199, prevede la detenzione domiciliare per coloro che sono stati condannati ad una pena uguale od inferiore ad anni 1 (dodici mesi) ovvero per coloro i quali stanno scontando una pena maggiore ma il cui residuo è pari o inferiore ad anni 1 (dodici mesi). Legge esclude dal beneficio, tra gli altri, i soggetti condannati per taluno dei delitti indicati dall'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni (ovvero reati particolarmente gravi e di criminalità organizzata).

³⁰ La relazione illustrativa al decreto Cura Italia ricorda che il p.m. deve trasmettere al magistrato di sorveglianza gli atti del fascicolo dell'esecuzione (sentenza, ordine di esecuzione e decreto di sospensione), oltre che il verbale di accertamento di idoneità del domicilio. Su tale ultimo punto, si è ritenuto che l'accertamento sull'idoneità del domicilio del condannato libero compete al p.m., non al magistrato di sorveglianza (Trib. Sorv. Alessandria, 4.10.2019).

³¹ Cfr. M.G. Civinini, G. Scarselli, *Emergenza sanitaria: Dubbi di costituzionalità di un giudice e di un avvocato, in Questione giustizia*, 7 aprile 2020; A. D'ANDREA, *L'emergenza sanitaria e il ruolo del Governo: qualche preoccupazione senza disfattismo, in Questione giustizia*, 20 aprile 2020, citati in nota da D. Pulitanò, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. su diritto e giustizia penale in Sistema Penale*, 2020.