



FPFP23017
21-22 settembre 2023
Napoli Castel Capuano

Report del corso: Carcere e tutela della salute. Progetto "Laboratori Strasburgo"

A cura di: Gianluca Grasso, Marco Maria Alma, Gian Luigi Gatta - *Componenti del Comitato direttivo* - Lorenzo D'Ascia, *Avvocato dello Stato, Agente di Governo* - Fabio Fiorentin, *Magistrato di Sorveglianza di Venezia* - Marcello Bortolato, *Presidente del tribunale di sorveglianza di Firenze* - Maria Laura Aversano, *Rappresentanza italiana presso il Consiglio d'Europa* - Rossana Taverna, *Ufficio II - Direzione generale degli affari giuridici e legali - Dipartimento per gli affari di giustizia* - Roberta Cossia, *Magistrato di Sorveglianza di Milano*

Roma 2023

Sommario

1. Valutazione di sintesi	3
2. Report del gruppo a) Tutela della salute in carcere	5
3. Report del gruppo b) “disagio psichico, carcere e REMS”	14
4. Report del gruppo c) Regime detentivo ex art. 41 bis o.p. e tutela della salute.....	27
5. Programma	39

1. Valutazione di sintesi

1. - Il corso, terzo appuntamento del progetto “Laboratori Strasburgo”, ha conseguito valutazioni molto positive sia con riferimento ai singoli docenti sia nella valutazione complessiva.

Sono stati particolarmente apprezzati i momenti di discussione e di confronto che si sarebbero voluti ancora più ampi. Valutazioni molto positive hanno conseguito anche i gruppi di lavoro, impostati su casi pratici e lo scambio di buone prassi.

Si conferma la validità del format (partecipanti selezionati in base alle specifiche funzioni su tutto il territorio nazionale per un coinvolgimento di ogni distretto; laboratorio di discussione).

2. - Sul piano metodologico, il laboratorio si compone di due sessioni: un dibattito guidato in plenaria, preceduto da contributi di inquadramento generale dei principali problemi posti in materia nel quadro nazionale e internazionale. La seconda sessione è invece costituita da gruppi di lavoro paralleli cui partecipano una ventina di magistrati per ciascun gruppo, coordinati da due facilitatori, espressione della dimensione nazionale e di quella europea.

I partecipanti hanno un ruolo particolarmente attivo nell'ambito del laboratorio, venendo indicati dai capi degli uffici dei distretti giudiziari e componendo una platea selezionata, idealmente rappresentativa di tutta o di una significativa parte di coloro che, sull'intero territorio nazionale, si occupano quotidianamente dei temi oggetto delle sessioni.

L'intento è quello di creare un'osmosi tra dimensione nazionale e internazionale, facendo emergere dalla discussione elementi utili, buone prassi, linee guida e altri strumenti operativi per superare le criticità sui temi oggetto del seminario e migliorare la risposta di giustizia alla tutela dei diritti fondamentali. La più ampia rappresentatività degli uffici giudiziari sul territorio mira a far sì che poi gli esiti del seminario vengano riportati dai partecipanti all'interno di ciascun distretto.

Al termine del laboratorio viene redatta una scheda di sintesi con gli elementi maggiormente significativi emersi dal dibattito e, soprattutto, possibili soluzioni.

3. - Il progetto dei laboratori Strasburgo, lanciato nel 2022 dalla SSM, figura tra le buone prassi citate nella [Relazione annuale del Comitato dei Ministri sull'esecuzione delle sentenze e delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo](#).

La SSM ha lanciato il progetto dei laboratori Strasburgo nel 2022: i primi due seminari si sono svolti a Napoli a maggio e ottobre con la partecipazione del Dipartimento per l'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo. I workshop si sono concentrati sull'effettiva attuazione delle sentenze contro l'Italia in materia di adozione di minori (gruppo di casi Zhou), affidamento di minori (R.V. e altri), mancata attuazione delle decisioni giudiziarie che regolano il diritto di visita dei genitori (gruppo di casi Terna), violenza domestica (gruppo di casi Talpis) e vittimizzazione secondaria (caso J.L.).

Il progetto "Laboratori Strasburgo" della Scuola superiore della magistratura:

<https://www.scuolamagistratura.it/documents/20126/9b952530-88da-e74d-ad1b-b868438439b4>

La tutela dei diritti della persona, delle relazioni familiari e dei minorenni: la giurisprudenza italiana e della Corte europea dei diritti dell'uomo:

<https://tinyurl.com/23k37ydd>

La prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e contro la violenza domestica:

<https://tinyurl.com/4ufx523b>

Italy launches novel training courses for Judges to enhance the execution of ECHR judgments:

<https://www.coe.int/en/web/execution/-/italy-launches-novel-training-courses-for-judges-to-enhance-the-execution-of-echr-judgments>

Sulla formazione della SSM in tema di diritti umani si veda il rapporto di sintesi:

[La Scuola superiore della magistratura e la formazione sui diritti umani](#)

2. Report del gruppo a) Tutela della salute in carcere

Coordinatori:

Lorenzo D'Ascia, *Avvocato dello Stato - Agente del Governo italiano delegato per la Cedu*

Fabio Fiorentin, *Magistrato di Sorveglianza di Venezia*

1. Il diritto e la giurisprudenza Cedu.

I coordinatori hanno introdotto la discussione richiamando le numerose pronunce della Corte in cui si è affermata la violazione dell'art. 3 della Convenzione (divieto di trattamenti inumani e degradanti) ogni qual volta il detenuto non sia garantito nella sua salute mentale, attraverso una valutazione specifica della compatibilità delle condizioni di detenzione con lo stato di salute.

Lo Stato è direttamente responsabile delle persone sottoposte alla sua custodia, sicché, qualora una di tali persone deceda a causa di un problema di salute, le autorità sono tenute a fornire una spiegazione della causa del decesso, nonché della terapia somministrata (Corte EDU, Slimani c. Francia, 27 ottobre 2004, n. 57671/00, par. 27; Corte EDU, Kats e altri c. Ucraina, 18 dicembre 2008, n. 29971/04).

La violazione dell'art. 3 della Convenzione può configurarsi quando la sofferenza patita dal detenuto in carcere superi una soglia minima di gravità, tenuto conto del caso concreto, e in particolare dell'età, del sesso, della durata del trattamento effetti dello stesso sul fisico e sulla mente del singolo detenuto.

Secondo la Corte EDU le modalità di esecuzione della pena detentiva non possono sottoporre la persona a disagi o prove la cui intensità superi l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione ed impone (Corte EDU, 26 ottobre 2000, Kudla c./ Polonia, ric. n. 30210/96, 18-19, § 93).

La Corte EDU ha dichiarato la violazione dell'art. 3 della Convenzione:

a) quando lo stato di detenzione sia ex se incompatibile con le condizioni di salute del detenuto, e lo Stato non provveda a un differimento della pena o alla misura della detenzione domiciliare con ricovero in struttura ospedaliera esterna (Corte EDU, Sez. II, ric. n. 65050/09, 17.07.2012, Scoppola c. Italia (n.4); Corte EDU, Sez. II, ric. n. 7509/08, 11.02.2014, Contrada c. Italia (n.2);

b) quando lo stato di detenzione non sia incompatibile con la permanenza nell'istituto penitenziario, ma non venga assicurata l'assistenza e la cura ottimali del detenuto in tutte le loro fasi: i) diagnosi medica e presa in carico; ii) determinazione del trattamento terapeutico ottimale; iii) somministrazione della terapia anche attraverso l'individuazione dell'istituto penitenziario che garantisca una struttura adeguata a detta terapia; iv) sorveglianza regolare e sistematica del detenuto infermo (Corte EDU, 3 febbraio 2009, Kaprykowski c. Polonia); v) assistenza del detenuto infermo da parte di personale specializzato (Corte EDU, 2 dicembre 2004, Farbtuhs c. Lettonia) e predisposizione di misure e strutture adeguate, volte ad adattare le condizioni di detenzione alle esigenze specifiche derivanti dallo stato di salute del detenuto (Corte EDU, 9 settembre 2010, Xiros c./ Grecia).

La valutazione della Corte EDU sul rispetto dell'obbligo positivo gravante sullo Stato viene normalmente svolta caso per caso, in relazione all'insieme degli elementi fattuali disponibili, verificando la diligenza e la frequenza delle cure mediche apprestate in base alle condizioni di salute del detenuto. L'eventuale aggravamento di dette condizioni, durante il periodo di detenzione, viene poi scrutinato dalla Corte EDU con maggior rigore (Corte EDU, 21 dicembre 2010, Raffray Taddei c. Francia).

2. Il diritto interno e gli orientamenti giurisprudenziali e di prassi in tema di tutela della salute fisica delle persone detenute e internate.

Il *focus* dell'analisi si è, quindi, spostato sul versante del diritto interno, attraverso una rassegna degli indirizzi giurisprudenziali e delle prassi che si sono sviluppate nella materia afferente alla tutela della salute fisica delle persone detenute e internate, analizzando alcune delle più rilevanti criticità che attualmente espongono il nostro Paese alle censure della Corte di Strasburgo.

3. Il quadro normativo di riferimento.

Nel contesto normativo interno, le **principali norme di riferimento** sono distribuite tra il codice penale (artt. 146 n.3 e 147 n.2, c.p.) in tema di differimento della pena per ragioni di salute; il codice di procedura penale (art.684 c.p.p.) con riguardo ai profili procedurali; la legge di ordinamento penitenziario con l'art. 11, l. 26 luglio 1975, n. 354, in materia di operatività del servizio sanitario nazionale all'interno degli istituti penitenziari e degli istituti penali per minorenni e l'art. 47-ter, comma 1, lett. c) e comma 1-ter, rispettivamente in tema di detenzione domiciliare per ragioni di salute e di detenzione domiciliare "surrogatoria" del differimento della pena; infine, il regolamento di esecuzione della legge di ordinamento penitenziario (art. 1, d.lgs. 22 giugno 1999, n. 230 - Diritto alla salute dei detenuti e degli internati).

Attraverso l'elaborazione costituzionale, la **salute** è stata, inoltre, considerata tra i beni primari dell'uomo quale **diritto fondamentale della persona**, nonché di preminente interesse della collettività, presidiato dall'art. 32 Cost. e annoverato tra i **principi fondamentali** dell'ordinamento costituzionale della Repubblica. Il diritto in esame, nel suo nucleo irrinunciabile e quale diritto fondamentale, è «protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto» (v. di recente Corte cost., 28 novembre-2 dicembre 2005, n. 432).

Il progressivo passaggio dal modello basato sulla Sanità penitenziaria e quello uniformato quanto ai livelli di prestazioni tra soggetti detenuti e persone libere ha visto dapprima con il **DPCM 1° aprile 2008 e, più tardi, con il d.lgs 22 giugno 1999, n. 230, il passaggio della sanità penitenziaria alla competenza del Ministero della Salute e delle Regioni**, operando il riordino della medicina penitenziaria nell'intento di allineare le prestazioni sanitarie assicurate ai detenuti a quelle disponibili per gli altri cittadini.

Le **competenze sono ripartite** (art. 2, comma 3, d.lgs. n. 230 del 1999) tra l'azienda unità sanitaria locale e l'amministrazione penitenziaria: la prima quale **ente cui sono affidati la gestione ed il controllo dei servizi sanitari** negli istituti penitenziari (art. 3 d.lgs. n. 230/ 1999); la seconda, invece, quale **garante della sicurezza**, soprattutto attraverso l'emanazione di decreti recanti la disciplina del regime autorizzatorio e delle modalità d'accesso del personale appartenente al servizio sanitario nazionale (art. 4, comma 2, d.lgs. n. 230 del 1999). A far data dal **1° gennaio 2000**, sono state quindi trasferite al servizio sanitario nazionale le funzioni relative al settore della prevenzione e a quello **dell'assistenza ai detenuti ed agli internati tossicodipendenti** (art. 8 d.lgs. n. 230 del 1999).

Successivamente all'emanazione del DPCM 1° aprile 2008, corredato dalle Linee di indirizzo per interventi negli ospedali psichiatrici giudiziari e nella case di cura e custodia e dalle Linee di indirizzo per gli interventi del servizio sanitario nazionale a tutela della salute dei detenuti e degli internati negli istituti penitenziari, e dei minorenni sottoposti a provvedimento penale, il percorso avviato è costantemente monitorato dal Coordinamento commissione salute della Conferenza delle regioni e province autonome (struttura associativa interregionale), un gruppo tecnico di rappresentanti delle Regioni al quale sono stati invitati a partecipare delegati del Ministero della salute e del Ministero della giustizia.

Nonostante i numerosi **accordi, protocolli, intese tra enti territoriali** e Provveditorati regionali e i istituti penitenziari nonché le circolari del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, la ricognizione effettuata tra i partecipanti ha restituito un quadro allarmante connotato da diffuse carenze riscontrate nell'assistenza sanitaria e nella crescita del numero di gesti autolesionistici e suicidari all'interno delle carceri, che hanno coinvolto la popolazione detenuta ma anche il personale di Polizia penitenziaria.

4. La riforma "Orlando" del 2018.

Le significative criticità operative emerse sul fronte dell'assistenza sanitaria (e psichiatrica) delle persone detenute hanno indotto il legislatore, con l'art.1, comma 85, lettera l) della **legge-delega 103/2017** in materia di riforma dell'ordinamento penitenziario a inserire, tra i principi e criteri direttivi la «revisione delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario alla luce del riordino della medicina penitenziaria disposto dal già ricordato decreto legislativo 230/99, tenendo conto della necessità di potenziare l'assistenza psichiatrica negli istituti di pena».

La legge delega, in particolare, individuava **due priorità** ritenute meritevoli di intervento: **il potenziamento degli strumenti per la cura e l'assistenza dei condannati affetti da infermità psichica e l'armonizzazione delle disposizioni della l. 354/75 con le disposizioni sul riordino della "medicina penitenziaria"**.

La riforma, con il **d.lgs. 123/2018**, attuando solo parzialmente il sopra evocato criterio direttivo di cui alla lett. l) dell'art.85, l. 134/2017 – ha comunque perseguito **l'obiettivo di elevare il livello di tutela della salute in ambito detentivo e di allineare le disposizioni della legge di ordinamento penitenziario a quelle contenute nell'art.1 del d.lgs. 230/1999.**

5. L'assistenza sanitaria in carcere (art. 11, l. 354/1975).

L'**art. 11, l. n. 354/1975**, come novellato dal d.lgs. 123/2018, vuole segnare il transito definitivo della sanità penitenziaria nel SSN. Rispetto alla previgente formulazione, la norma abbandona, infatti, il riferimento a servizi medici e farmaceutici interni, prevedendo, invece, che il SSN operi «negli istituti penitenziari e negli istituti penali per minorenni nel rispetto della disciplina sul riordino della medicina penitenziaria». Il riferimento corre, in particolare, all'art. 1 d.lgs. 22 giugno 1999, n. 230, ove si precisa che «[i] detenuti e gli internati hanno diritto, al pari dei cittadini in stato di libertà, alla erogazione delle prestazioni di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione, **efficaci, tempestive ed appropriate**, sulla base degli obiettivi generali e speciali di salute e dei livelli essenziali e uniformi di assistenza individuati nel Piano sanitario nazionale, nei piani sanitari regionali e in quelli locali»

Sotto il profilo contenutistico, non tutti i predicati della formula «diritto alla salute» sono suscettibili di essere riferiti alla persona detenuta: nella realtà delle cose, la **libertà terapeutica del malato** è, infatti, subordinata all'esigenza di assicurare la tutela delle **esigenze di sicurezza** istituzionalmente demandate all'amministrazione penitenziaria. È il caso, ad esempio, della possibilità di scegliere il luogo di cura o il medico curante (Corte cost., sent. n. 175 del 1982), ovvero di proseguire cure iniziate in stato di libertà, anche se, in una prospettiva più generale, il problema concerne l'effettività di tutti i trattamenti sanitari.

Invero, nonostante la Corte costituzionale (Corte cost., sent. n. 114 del 1979; Corte cost., sent. n. 134 del 1984; Corte cost., sent. n. 414 del 1991) e la giurisprudenza di legittimità (Cass. pen., sez. I, 24 ottobre 1994, Giraldi, DPP, 1995, 940) ne abbiano da tempo formalizzato il riconoscimento, l'azionabilità del diritto alla salute è spesso **subordinata all'emissione di un provvedimento** dell'autorità giudiziaria (nel caso autorizzazione al ricovero in luoghi esterni di cura) ovvero, nei casi di urgenza, del direttore dell'istituto. Tale passaggio, benché necessario al fine di salvaguardare le esigenze di sicurezza, si pone spesso in oggettivo

contrasto con la **tempestività** dell'intervento in presenza di situazioni critiche. Le proposte di modifica normativa che miravano ad attribuire al direttore dell'istituto la competenza in materia di ricoveri in luoghi esterni si sono, tuttavia, sempre scontrate con le obiezioni afferenti, appunto, all'esigenza di assicurare un controllo giudiziale a tutela delle esigenze preventive.

5.1. Le criticità in materia di riservatezza dei dati sanitari.

Il gruppo di lavoro ha posto l'attenzione sui **profili di criticità** che contrastano con la più adeguata tutela della salute in ambiente carcerario dovuti alle **obiezioni** che vengono spesso opposte dalla sanità esterna alla **comunicazione dei dati sanitari sensibili delle persone detenute**. In tale prospettiva, anche la **visita medica generale** cui le persone *in vinculis* sono sottoposte all'atto nell'ingresso in istituto (artt. 94 disp. att. c.p.p.; 23 reg. esec.) rischia di perdere molto della sua potenziale utilità ed effettività, in particolare in rapporto l'obbligo, gravante sul medico, di fornire al paziente informazioni complete sul proprio stato di salute; al diritto delle persone ristrette di ricevere informazioni complete sul proprio stato di salute durante il periodo di detenzione e all'atto della rimessione in libertà. Senza una **piena integrazione esterno/interno** anche sul piano della conoscenza dei dati sanitari, infatti, resta pregiudicata la stessa modalità di esercizio del dovere di assistenza sanitaria che incombe sullo Stato amministrazione, declinato normativamente nel senso che la prestazione dell'assistenza sanitaria si esercita «con periodici riscontri, effettuati con cadenza allineata ai bisogni di salute del detenuto, e si uniforma ai principi di metodo proattivo, 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 di garanzia della continuità terapeutica». Lo stesso trattamento penitenziario, laddove implichi l'ammissione al lavoro o alla pratica sportiva, può essere influenzato dalla mancata conoscenza da parte dell'autorità penitenziaria dei dati precisi sulla salute della persona detenuta o internata (si rammenta, al proposito, che il comma 8, art. 11 ord.penit. impone al medico competente ai sensi del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, di controllare l'idoneità dei soggetti ai lavori cui sono addetti).

5.2. La continuità terapeutica.

Il gruppo di lavoro ha, inoltre, sottolineato le difficoltà di assicurare il rispetto del comma 9, art.11 ord.penit., che, introducendo il **principio di continuità terapeutica**, impone all'amministrazione penitenziaria di garantire, anche *in vinculis*, le cure ed i trattamenti necessari già fruiti dall'interessato, soprattutto nel caso di trasferimento della persona in istituto nono finitimo al contesto regionale di riferimento. Viene, altresì, rilevata, in alcuni contesti territoriali il **carente coordinamento tra Area Sanitaria, Area giuridico pedagogica, servizi sociali e Uepe** nei casi in cui serva individuare domicili all'esterno per detenuti infermi (sia fisicamente che psichicamente) che non abbiano domicilio privato: in particolare sembra mancare totalmente un protocollo di lavoro che indichi a chi spetti prendere l'iniziativa e come agire con la necessaria rapidità.

5.3. Tutela della salute e livello di adeguatezza del trattamento penitenziario.

Nel corso del laboratorio è stata rilevata la drammatica “supplenza” della sanità (in particolare attraverso somministrazione di psicofarmaci) rispetto alla carenza di attività trattamentali e alle conseguenze sul disagio psicologico dei detenuti. Si è rilevato che, negli istituti dove è possibile assicurare un buon livello di attività trattamentali non solo si registrano molti meno eventi critici, ma si riduce altresì drasticamente il ricorso alla farmacoterapia.

Il ravvisato **nesso tra carenze trattamentali e rischio suicidario** suggerisce l'opportunità di un **monitoraggio sistematico** di tali fattori per focalizzare l'attenzione su quegli istituti in cui il disagio

psicologico superi i livelli di guardia, così da intervenire tempestivamente con gli opportuni rimedi organizzativi.

6. Livelli di assistenza sanitaria e possibili tensioni costituzionali e convenzionali.

Il gruppo di lavoro ha, quindi, posto attenzione alla diffusa percezione di un **livello di assistenza sanitaria distribuito “a macchie di leopardo” sul territorio nazionale**, con una conseguente situazione di disparità di trattamento dei detenuti a seconda dell’istituto ove sono allocati.

Si è riflettuto, in particolare, sul caso concreto in cui un detenuto necessiti di protesi dentarie che i LEA non assicurano ma che in alcune realtà sono, invece, fornite dalla sanità regionale.

La questione è stata analizzata sotto il profilo dei possibili rimedi che possono essere azionati e nella prospettiva costituzionale.

Si è rilevato, da parte di alcuni partecipanti, un **paradosso** della riforma “Orlando” che, nell’introdurre il principio di tendenziale parità di livello di prestazioni tra soggetti detenuti e liberi – pur rispondente all’obiettivo di implementare il livello di prestazioni assicurate alla popolazione detenuta - rischia di generare effetti opposti forieri di una violazione convenzionale e costituzionale, poiché pone sullo stesso piano le persone libere e quelle detenute, trattando quindi in modo eguale soggetti che eguali non sono, sotto il profilo della esposizione alle problematiche di salute (i detenuti, infatti, sotto tale profilo dovrebbero essere considerati soggetti vulnerabili).

Si è esemplificato il caso del soggetto detenuto, affetto da adentulia che **necessiti di cure odontoiatriche non rientranti nei LEA** e non forniti dalla sanità regionale della sede detentiva. Secondo la condivisa opinione dei partecipanti, non si verificherebbe, in questo caso, alcuna violazione della CEDU né alcun profilo di incostituzionalità della disciplina vigente, poiché solo nel caso in cui la legge (nazionale o regionale) riconoscesse ai cittadini il diritto a determinate prestazioni sanitarie si potrebbe configurare, nel caso analoghe prestazioni non fossero riconosciute ai detenuti, una violazione dell’art.3 della Convenzione. È questo il caso di una recentissima decisione della Corte di Strasburgo, che ha condannato la Romania proprio perché il sistema penitenziario rumeno non aveva fornito ad un detenuto le cure odontoiatriche e la protesi dentaria che gli era necessaria e che, secondo la normativa rumena, faceva parte dell’assistenza sanitaria riconosciuta a tutti i cittadini di quel Paese.

Su tale condivisa premessa, si è tuttavia posto il caso di una situazione particolare, in cui la condizione di adentulia di un soggetto detenuto possa integrare comunque una violazione dell’art. 3 CEDU e dei diritti fondamentali del medesimo sotto il profilo delle condizioni di salute (a es., qualora l’amministrazione penitenziaria non sia in grado di fornire all’interessato una dieta adeguata a quella peculiare condizione), della dignità umana e del diritto al trattamento rieducativo (nella misura in cui la condizione di adentulia gli impedisca una normale vita sociale con i compagni di detenzione e di adesione alle proposte trattamentali).

Ammettendo che, all’esito del procedimento di cui all’art. 35-bis ord.penit., il giudice di sorveglianza riconosca effettivamente – nei termini sopra ipotizzati - una **violazione dei diritti fondamentali** del detenuto e della **dignità della persona umana** alla luce dell’art. 3 CEDU, dovuta alla carenza di cure e trattamenti sanitari non assicurati nella Regione di pertinenza, ci si è interrogati su quali rimedi possano essere attivati. Si è, infatti, posto in dubbio che il giudice, nel dispositivo della decisione o in sede di ottemperanza, possa imporre alla sanità regionale una prestazione sanitaria normativamente non prevista o non presente comunque nei LEA.

Una **soluzione pratica** potrebbe consistere nel temporaneo **trasferimento del detenuto** presso un istituto ubicato in una Regione la cui sanità offre la prestazione sanitaria di cui egli sia bisognoso, ipotesi,

tuttavia, di dubbia praticabilità e comunque subordinata a valutazioni discrezionali dell'amministrazione penitenziaria.

Sotto altro profilo, per alcuni dei partecipanti al gruppo di lavoro, premesso che al giudice non è consentito sindacare le decisioni politiche adottate sui LEA e dunque censurare il mancato inserimento nei medesimi di una specifica prestazione sanitaria, potrebbe porsi un **profilo di legittimità costituzionale**.

Tale ipotesi potrebbe, precisamente, verificarsi nel caso in cui, nel caso concreto, non fosse praticabile (o venisse comunque rifiutato dall'amministrazione) il trasferimento del detenuto per fruire delle cure necessarie e non fosse, altresì, possibile (o fosse stata rigettata) l'applicazione di una misura alternativa alla detenzione per ragioni di salute (detenzione domiciliare o differimento della pena). In questo caso, potrebbe, infatti, essere configurabile una violazione dell'art. 3 CEDU – nei termini sopra evidenziati - alla quale la disciplina normativa applicabile non potrebbe assicurare un adeguato rimedio.

Sarebbe, in altri termini, integrato un profilo di infrazione convenzionale per violazione della dignità della persona indotta dalle carenze nella cura dello stato di salute (non, dunque, una violazione del diritto alla salute che non è -come si è visto – oggetto di tutela specifica da parte della CEDU).

Per alcuni dei partecipanti al gruppo di lavoro, la **questione di costituzionalità** potrebbe, in definitiva, configurarsi **per violazione degli artt.3, 117 Cost., 3 CEDU** da parte della disciplina che ha parificato sotto il profilo del diritto alle cure e trattamenti sanitari, i detenuti ai cittadini liberi, considerando che la posizione del detenuto è ontologicamente diversa da quella del soggetto libero, tenuto conto che la persona detenuta ha meno occasioni del libero di superare le condizioni di *deficit* sanitario e di fragilità, questo potrebbe fondare una questione di legittimità costituzionale. Sarebbe, precisamente, violato l'art. 3 Cost. sotto il profilo che la disciplina contenuta nell'art.11, comma 1, richiamando (con il riferimento al rispetto della disciplina sul riordino della medicina penitenziaria) il d.lgs. 22 giugno 1999, n.230 e, in particolare il suo art.1 (“I detenuti e gli internati hanno diritto, al pari dei cittadini in stato di libertà, alla erogazione delle prestazioni di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione efficaci, tempestive ed appropriate”), come novellato dal d.lgs. 123/2018, art.1, comma 2, lett. a), a sua volta attuazione del criterio di delega di cui all'art.1, comma 85, lett. l), della l. 134/2017, parificando senza eccezioni la posizione dei detenuti e dei soggetti liberi ai fini delle prestazioni sanitarie offerte alla popolazione secondo i LEA, avrebbero introdotto un trattamento discriminatorio dei primi rispetto ai secondi, dal momento che i LEA non prevedono un trattamento differenziato per soggetti in situazioni non omogenee, quali i liberi e i detenuti e così violando, altresì, l'art. 3 CEDU, 117 Cost. perché, così operando, i LEA integrano situazioni di violazione dell'art. 3 della Convenzione EDU.

Si è, per converso, concordemente ritenuto di non ravvisare un problema di violazione dell'art. 3 Cost. nel profilo che si è una riscontrata **diversificazione nell'offerta sanitaria a livello regionale**, talché oggettivamente ai detenuti in determinate Regioni sono offerte maggiori prestazioni sanitarie rispetto ai ristretti in altre realtà territoriali, poiché in tali casi soccorre il **principio di sussidiarietà** che impone allo Stato di intervenire.

Per altre opinioni, sempre mantenendo il ragionamento sul piano della fragilità della persona detenuta e nell'ottica di una maggiore tutela della dignità della persona detenuta e malata, di una più attenta considerazione di tale situazione, e ponendo, altresì, in luce la stretta correlazione tra le buone condizioni di salute e la possibilità per il condannato di aderire positivamente al trattamento rieducativo in funzione del proprio reinserimento sociale, si è prospettata **l'esigenza di una modifica normativa** che possa introdurre dei LEA differenziati a favore della popolazione detenuta. È stato, al proposito, ricordato che sullo Stato grava **l'obbligazione positiva** di proteggere e garantire salute e dignità ai detenuti.

7. La disabilità fisica e la violazione del diritto al trattamento.

Un profilo peculiare riguarda il profilo della **gestione della disabilità fisica** in ambiente detentivo. È stato portato alla riflessione comune il caso di un detenuto al quale il giudice ha riconosciuto l'indennizzo di cui all'art. 35-ter ord.penit. in quanto il reclamante doveva far uso di carrozzina, deambulatore e stampelle così da ulteriormente occupare spazio nella camera detentiva e lamentava, inoltre, di non avere potuto aderire alle attività trattamentali (scuola) poiché le lezioni si tenevano in aula collocata al piano superiore dell'istituto, non raggiungibile dal detenuto per mancanza di elevatori, nonché la non continuità dell'uso della carrozzina, che egli poteva utilizzare solo quando disponibile per mancanza di sufficiente numero in istituto. In questo caso, si è altresì valutata la possibilità di un intervento *ex officio* del magistrato di sorveglianza ai sensi dell'art. 69 ord.penit. ovvero l'iscrizione di un procedimento *ex art. 35-nis ord.penit.*

Si è sottolineato, quindi, che le **condizioni di salute** possono proiettarsi anche sulla **valutazione dell'adeguatezza complessiva del trattamento dispensato dall'amministrazione penitenziaria**, che può e deve formare oggetto di valutazione giudiziale mediante gli strumenti "preventivi" e "compensativi" introdotti con gli artt. 35-bis e 35-ter della l. 354/1975 in seguito alla sentenza Torreggiani della Corte di Strasburgo.

8. Questioni aperte in materia di misure per la tutela della salute.

Il gruppo di lavoro si è, infine, occupato di alcuni profili applicativi a fronte della richiesta di soggetti detenuti di ricovero presso presidi medici ospedalieri per sottoporsi a **trattamenti di alta specializzazione** che non sono possibili presso l'istituto penitenziario o nelle strutture ospedaliere regionali. La prima soluzione è il trasferimento dell'interessato presso un carcere vicinore al centro di alta specializzazione ma se l'amministrazione non provvede si può aprire un procedimento ai sensi dell'art.35-bis ord. penit. In questi casi, non si ha un problema LEA, quanto di assenza nella Regione di un ospedale con adeguata specializzazione per la diagnosi e cura della specifica patologia di cui soffre il detenuto.

La maggioranza dei partecipanti ha convenuto che, se pure vi siano centri di eccellenza fuori Regione, purtuttavia ciò non sarebbe sufficiente a integrare il diritto del detenuto ad esservi ricoverato, sia perché – in linea di principio – il ristretto, in assenza di valide motivazioni, non può scegliere liberamente l'ospedale o il centro clinico presso cui ricoverarsi, sia perché – come del resto ha in più occasioni ribadito la Corte di Strasburgo - alla popolazione detenuta non deve essere necessariamente garantito il migliore trattamento possibile nel Paese, ma l'assistenza medica di livello non inferiore a quello assicurato ai cittadini liberi. È pur vero, tuttavia, che sono disponibili elenchi dei centri di alta specializzazione distribuiti sul territorio nazionale e quella lista può costituire un valido riferimento che può orientare la decisione del giudice, anche sotto il profilo della valutazione dell'eventuale strumentalità della richiesta dell'interessato e delle esigenze preventive.

Si è, quindi, convenuto sulla necessità di **motivare specificamente**, nel provvedimento di concessione (che può concretizzarsi, a seconda dei casi, in un'autorizzazione ai sensi dell'art. 11 ord.penit., nella concessione della detenzione domiciliare *ex art. 47-ter, lett. c), ord.penit.* o del differimento della pena ai sensi dell'art. 147 n.2 c.p., anche nella forma della detenzione domiciliare "surrogatoria" del medesimo), le ragioni per cui si è disposto il ricovero presso un determinato centro ospedaliero, tenuto anche conto che la più recente giurisprudenza di legittimità impone al giudice una valutazione in concreto che ponderi, da un lato, le condizioni di salute del soggetto detenuto e, dall'altro lato, la praticabilità, o meno, di cure e interventi terapeutici *in vinculis*. In tale prospettiva, il gruppo di lavoro ha preso atto, infatti, che la Corte di cassazione, con la sentenza n. 36215/23, ha affermato il principio per cui nel caso di diniego il tribunale di sorveglianza **dovrà indicare specificamente i luoghi in cui può avvenire la cura e le relative modalità**. La Prima sezione penale ha annullato l'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Palermo che aveva rigettato l'istanza volta alla concessione del differimento della pena, o, in subordine, di detenzione domiciliare per motivi di salute, disponendo contestualmente la trasmissione degli atti alla Direzione della Casa circondariale di

Benevento, perché, di concerto con il Dirigente sanitario, fosse individuata tempestivamente una struttura sanitaria pubblica anche in ambito extraregionale, per la sollecita risoluzione delle esigenze terapeutiche e interventistiche di cui il detenuto necessita, dando altresì atto dell'elevato grado di pericolosità del detenuto (affetto da epatite cronica e carcinoma), condannato per il delitto di cui all'articolo 416-bis c.p. e mai dissociatosi. In particolare, per il giudice le esigenze terapeutiche erano affrontabili "mediante tempestivo intervento chirurgico, non richiedente standard di abilità superiori alla norma, presso struttura pubblica del Ssn". **Nel ricorso il detenuto ha sottolineato che il giudice di prime cure aveva del tutto trascurato le relazioni mediche che concludevano per l'incompatibilità con il carcere evidenziando l'indifferibilità dell'intervento chirurgico e la necessità di garantire successivamente tutte le cure riabilitative necessarie.**

La Cassazione ricorda che, secondo la previsione dell'articolo 147, comma 1, n. 2, c.p., il differimento facoltativo dell'esecuzione della pena può essere concesso al condannato che risulti affetto da "una grave infermità fisica" che renda le condizioni di salute del soggetto incompatibili con il carcere. E che ai sensi dell'articolo 47-ter, comma 1-ter, ord. pen., ove ricorra tale presupposto, può essere disposta la detenzione domiciliare in luogo del rinvio dell'esecuzione della pena, chiesto in via principale, ove il giudice ritenga che l'esigenza di contenere la residua pericolosità del detenuto con un presidio detentivo sia prevalente rispetto a quella di tutela della salute.

Il rigetto dell'istanza postula dunque una **valutazione di compatibilità delle condizioni di salute del detenuto con il regime carcerario** attraverso un **giudizio bifasico** che tenga conto del quadro nosografico ed in concreto delle modalità di somministrazione delle terapie. Mentre il grave stato di salute va inteso come patologia implicante un serio pericolo per la vita o la probabilità di altre rilevanti conseguenze dannose, eliminabili o procrastinabili con cure o trattamenti tali da non poter essere praticati in regime di detenzione inframuraria neppure mediante ricovero in ospedali civili o in altri luoghi esterni di cura ai sensi dell'articolo 11 ord. pen.

Da tutto ciò la Cassazione conclude che il differimento della pena per motivi di salute può essere concesso "solo per l'impossibilità di praticare utilmente, in ambiente carcerario, le cure necessarie nel corso dell'esecuzione della pena", tuttavia "là dove il Tribunale di sorveglianza ritenga che il differimento invocato non possa essere concesso, per essere possibili utili pratiche sanitarie anche presso luoghi esterni di cura, vi è l'onere di indicare con precisione, e non genericamente, tale luogo quando si ammette la necessità di assicurare l'espiazione della pena in diversa struttura, onere al quale si accompagna quello di verifica della concreta fattibilità delle cure indicate come necessarie".

Un secondo profilo esaminato dal gruppo di lavoro ha riguardato il concetto di **incompatibilità del condannato con lo stato di detenzione**. La Cassazione (Cass., sez. I, 17 ottobre 2018, n. 50998) ha affermato, in particolare, che il giudizio di compatibilità delle condizioni di salute del condannato deve essere effettuato «sia in astratto, tenendo conto dell'inquadramento nosografico della patologia che affligge il detenuto, sia in concreto, tenendo conto delle modalità di somministrazione delle terapie di cui il soggetto necessita, valutate in relazione all'istituto penitenziario in cui è ristretto ed alle, eventuali, ulteriori strutture carcerarie dove poterlo trasferire». La giurisprudenza ha, inoltre, ribadito il principio secondo cui la valutazione sull'incompatibilità tra il regime detentivo carcerario e le condizioni di salute del condannato «va effettuata tenendo comparativamente conto delle condizioni complessive di salute e di detenzione, ed implica un giudizio non soltanto di astratta idoneità dei presidi sanitari e terapeutici posti a disposizione del detenuto, ma anche di concreta adeguatezza delle possibilità di cura e di assistenza che nella situazione specifica è possibile assicurare al predetto» (Cass. sez. I, 5 luglio 2011 n. 30945).

Si è, dunque, preso atto che le disposizioni sopra evocate e, segnatamente, quella dell'art. 147 n.2, c.p. costruiscono **l'incompatibilità con lo stato detentivo** che giustifica il differimento della pena esclusivamente sul versante delle **condizioni di salute fisica**, laddove la sensibilità maturata tra gli operatori

guarda anche alla **sofferenza psicologica aggiuntiva** che la malattia può dare rispetto a quella – inevitabile – prodotta dalla privazione della libertà e che, in determinati casi e a certi livelli può integrare essa stessa la presupposto dell'incompatibilità del soggetto con la detenzione ordinaria: si è fatto l'esempio del detenuto che, necessitando di frequenti procedure di dialisi, sia costretto più volte alla settimana a essere trasferito presso il luogo di cura esterno per effettuare tale trattamento, rilevando che, in questo caso, a stretto rigore non sussisterebbe l'assoluta incompatibilità con lo stato detentivo ma la sofferenza aggiuntiva dovuta al disagio dei continui ricoveri e il rischio di contrarre infezioni nell'ambiente detentivo possono indurre uno stato di sofferenza psicologica tale da configurare il prosieguo della detenzione alla stregua di un trattamento inumano e degradante alla luce dell'art. 3 CEDU.

Si è, altresì, concordemente assentito sull'opportunità di formulare al perito, in sede di procedimento per il differimento della pena, un **quesito** che non richieda se il soggetto sia, o no, incompatibile con la detenzione, essendo quest'ultimo un giudizio riservato all'esclusiva competenza del giudice. Piuttosto, l'oggetto del quesito dovrà involgere la natura della patologia; le cure e i trattamenti di cui necessita il detenuto; se questi possano essere praticati *in vinculis* ovvero presso un luogo esterno di cura (precisando quali siano le attrezzature, come vanno effettuati i trattamenti, se il malato può essere agevolmente trasportato, se le condizioni igieniche non sono sicure). In istruttoria dovrà essere anche acquisito il **diario clinico** (per verificare se il detenuto è stato curato e con quali modalità) nonché la più recente **relazione comportamentale** (per comprendere se è in grado di aderire al trattamento penitenziario).

Il gruppo ha, infine, sottolineato come la valutazione sull'applicazione del differimento della pena non potrà, in ogni caso, prescindere da un'attenta **ponderazione delle esigenze preventive** connesse anche al rischio di recidiva, come prevede, del resto, l'ultimo comma dell'art.147 c.p.

3. Report del gruppo b) “disagio psichico, carcere e REMS”

Coordinatori:

Maria Aversano, *già Esperto presso la Rappresentanza italiana presso il Consiglio d'Europa*

Marcello Bortolato, *Presidente del Tribunale di sorveglianza di Firenze*

I coordinatori hanno formulato una serie di temi di discussione che poi sono stati oggetto del dibattito all'interno del gruppo di lavoro.

Gli argomenti principali trattati sono i seguenti:

1) ***Alcuni principi generali della Convenzione EDU che presiedono alla tutela dei detenuti affetti da problemi di salute, in particolare di salute mentale***

La norma convenzionale di riferimento in situazioni coinvolgenti il trattamento, incluso quello sanitario, di soggetti detenuti è, in primis, **l'art. 3 della CEDU**, che, nel sancire che “nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti”, intende promuovere uno dei valori fondamentali delle società democratiche, ovvero il rispetto della dignità umana. La *ratio* della norma è quella sostanzialmente di imporre allo Stato di assicurarsi che tutte le persone ristrette siano detenute in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della misura non sottopongano l'interessato a uno stress o a una prova la cui intensità superi il livello inevitabile di sofferenza inerente alla detenzione e che, considerate le esigenze pratiche della carcerazione, la salute e il benessere del detenuto siano assicurati in maniera adeguata, in particolare mediante la somministrazione delle cure mediche richieste.

Gli obblighi positivi che discendono da tale norma sono obbligazioni di mezzi e non di risultato, il cui adempimento dovrebbe rispondere – secondo i parametri convenzionali- ai criteri della “due diligence”, affinché, facendo ricorso a tutte le misure mediche ragionevolmente possibili in uno sforzo coscienzioso per impedire lo sviluppo della malattia in questione, il trattamento prestato possa considerarsi “adeguato”. A titolo esemplificativo, rientrerebbero tra le condotte attese ai fini di una conformazione all'art.3 Cedu, la tenuta di un registro completo sullo stato di salute del detenuto e dei trattamenti erogati, una diagnosi tempestiva, una supervisione regolare e sistematica, una strategia terapeutica globale mirata, la predisposizione di quanto necessario a garantire che il trattamento medico prescritto sia anche effettivamente seguito dal paziente detenuto. Inoltre, il livello delle cure mediche fornite all'interno delle strutture carcerarie deve essere paragonabile a quello che le autorità statali si sono impegnate a fornire alla popolazione nel suo complesso.

Con specifico riguardo al trattamento di **detenuti affetti da problemi di salute mentale**, la Corte ha riconosciuto che si tratta di individui più vulnerabili dei detenuti comuni e che alcune esigenze della vita carceraria comportano un rischio maggiore che la loro salute ne risenta, aggravando il rischio che soffrano di un senso di inferiorità e siano necessariamente fonte di stress e ansia. Tale situazione richiede una maggiore vigilanza nel verificare se la Convenzione è stata rispettata. Pertanto, l'adeguatezza del trattamento da garantire a questa categoria di detenuti deve tener conto, vieppiù, degli oneri di diligenza previsti per il trattamento dei detenuti in generale (v. sopra), che possono estendersi fino al trasferimento, ove necessario, del detenuto in istituti speciali dove possa ricevere i trattamenti adeguati.

Con specifico riguardo ai detenuti condannati all'ergastolo, per la Corte EDU il trattamento della salute mentale presenta anche un altro profilo di rilievo.

La Corte ha, infatti, esaminato la questione dell'obbligo trattamentale sotto il profilo di una riabilitazione dell'ergastolano che lo metta nella condizione di recupero e rieducazione, dunque di minor rischio di recidiva e minor pericolosità per la collettività, così da offrirgli una prospettiva più concreta di avere una riducibilità *de facto* della propria condanna a vita. In quest'ottica, un trattamento adeguato, oltre a costituire un supporto al benessere del detenuto tale da non rendergli lo stato detentivo più gravoso di quanto non lo sia già in sé, costituisce anche una precondizione per consentire al detenuto a vita di avere una possibilità di progressione verso la riabilitazione e la riduzione del rischio di recidiva e quindi la riducibilità in concreto della pena. I detenuti con problemi di salute mentale possono ad esempio avere problemi comportamentali o sociali o soffrire di vari tipi di disturbi della personalità, tutti fattori che possono incidere sul rischio di recidiva. Fornire agli ergastolani una reale opportunità di riabilitazione può quindi richiedere che, a seconda della loro situazione individuale, siano messi in grado di sottoporsi a trattamenti o terapie – siano essi medici, psicologici o psichiatrici – adattati alla loro situazione al fine di facilitare la loro riabilitazione. . Ciò implica che dovrebbe essere loro consentito anche di prendere parte ad attività lavorative o di altro tipo laddove queste possano essere considerate utili alla riabilitazione. In sintesi, quindi, i detenuti a vita dovrebbero essere detenuti in condizioni tali e ricevere un trattamento tale da dare loro un'opportunità realistica di riabilitarsi per avere una speranza di rilascio. La mancata concessione di tale opportunità a un detenuto a vita può quindi rendere di fatto irriducibile la condanna all'ergastolo. (v. sentenza CEDU *Murray c. Paesi Bassi* (GC) del 26 aprile 2016)

In un'ottica convenzionale, il rapporto tra detenzione e salute mentale assume rilevanza anche ai fini **dell'art. 5 della Convenzione** sul diritto alla libertà della persona, secondo cui “*nessuno può essere privato della libertà personale salvo che negli specifici casi previsti dalla norma stessa e secondo una procedura prevista dalla legge*”.

La **ratio della norma** è proprio quella di tutelare l'individuo da ogni limitazione arbitraria della sua libertà, per cui essa deve essere applicata in **maniera rigorosa** ed una limitazione della libertà può essere considerata regolare soltanto se rientra nella **lista dei motivi giustificativi** ivi previsti (art. 5 §1 lett a) -f)).

A tal fine, una **detenzione è regolare** se: 1) rientra in uno dei motivi giustificativi dell'art.5 (con riguardo al tema esaminato, il riferimento va soprattutto ai §§ a) e e)) ; 2) è conforme alle norme ed alle procedure nazionali.

Ai sensi dell'art. 5 § a) può ritenersi regolare il caso del «detenuto in seguito a condanna da parte di un tribunale competente»>> una volta che la sentenza di condanna è stata emessa, anche in primo grado e anche se non è ancora esecutiva e rimane impugnabile.

Ai sensi dell'art. 5 e), può ritenersi regolare e legittima la detenzione di “persons of unsound mind”, solo a determinate condizioni, che, secondo una progressiva evoluzione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo, sono sunteggiabili come segue.

1) L'alienazione deve essere accertata in maniera probante.

E' necessario dimostrare dinanzi all'autorità competente, per mezzo di una perizia medica obiettiva, l'esistenza di un disturbo mentale reale con un'interpretazione rigorosa del requisito. Dunque, uno stato mentale deve presentare una certa gravità per essere considerato come un disturbo mentale «reale» ai fini del comma e) dell'articolo 5 § 1, ovvero deve essere serio a tal punto da richiedere un trattamento in un istituto destinato ad accogliere dei malati mentali.

Conseguentemente, nessuna privazione della libertà di una persona considerata affetta da disturbi mentali può essere dichiarata conforme all'articolo 5 § 1 e) della Convenzione senza il parere di un medico esperto. Ogni differente approccio potrebbe essere inteso come inosservanza dell'esigenza di protezione contro l'arbitrarietà.

Tuttavia, eccezioni a tale approccio possono essere giustificate in determinate circostanze; ad esempio:

nei casi urgenti o quando una persona viene arrestata a causa di un comportamento violento, è giustificabile che un tale parere, normalmente necessario in via preliminare, sia ottenuto immediatamente dopo l'arresto; o nei casi in cui non sia altrimenti possibile, come a causa del rifiuto dell'interessato di sottoporsi a una visita, in cui sarebbe consigliabile che un perito medico procedesse almeno ad una valutazione sulla base del fascicolo, affinché si possa sostenere che l'affezione dell'interessato sia stata accertata in maniera probante.

2) Il disturbo mentale deve presentare un carattere o una portata tali da legittimare l'internamento:

un disturbo mentale può essere considerato di tale natura se viene stabilito che l'internamento è necessario in quanto la persona interessata ha bisogno di una terapia, di farmaci o di qualsiasi altro trattamento clinico per guarire, o affinché il suo stato di salute migliori, ma anche se risulta che è necessario sorvegliarla per impedirle, ad esempio, di farsi del male o di fare del male ad altri.

3) L'internamento non può prolungarsi validamente se non persiste il disturbo mentale, dovendosi tenere conto di ogni eventuale evoluzione della salute mentale del detenuto successiva all'adozione dell'ordinanza che ne dispone la detenzione.

4) Il collocamento del detenuto presso un ambiente terapeutico adeguato.

Un certo ritardo nell'ammissione a una clinica o a un ospedale è accettabile se è legato a una disparità tra la capacità disponibile e quella richiesta dagli istituti psichiatrici. Tuttavia, un ritardo significativo nell'ammissione a tali istituti e quindi nel trattamento della persona interessata inciderà ovviamente sulle prospettive di successo del trattamento e può comportare una violazione dell'articolo 5 (ad es. in *Pankiewicz c. Polonia*, sent.10.2.2008 (§ 45), la Corte ha ritenuto che un ritardo di due mesi e venticinque giorni fosse eccessivo, dati gli effetti nocivi sulla salute del ricorrente della sua reclusione obbligatoria in un centro di detenzione ordinario).

Ne consegue che la detenzione di un individuo affetto da disturbi mentali è “regolare”, in termini convenzionali, solo se avviene anche in contesti adeguati, sul presupposto che essa deve perseguire uno scopo terapeutico, e più precisamente essere volta alla guarigione o al miglioramento, per quanto possibile, del disturbo mentale, compresa, se del caso, la riduzione o il controllo della sua pericolosità. Per la Corte, a prescindere dal luogo in cui queste persone sono poste, esse hanno diritto a un contesto sanitario adeguato al loro stato di salute, accompagnato da misure terapeutiche effettive che mirino a prepararle ad una eventuale rimessione in libertà.

La ratio di questa condizione di “regolarità” della detenzione dell'individuo affetto da disturbi mentali risiede nella duplice funzione di una tale privazione di libertà ex art. 5 §1 e): da una parte una funzione sociale di protezione, e dall'altra una funzione terapeutica legata all'interesse individuale, per la persona alienata, a beneficiare di una terapia o di un percorso di cura appropriati e individualizzati. La necessità di assicurare la prima funzione non dovrebbe, a priori, giustificare l'assenza di misure volte alla realizzazione della seconda. Di conseguenza, in riferimento all'articolo 5 § 1 e), una decisione che nega la rimessione in libertà di una persona internata può divenire incompatibile con l'obiettivo iniziale di detenzione preventiva contenuto nella decisione di condanna se la persona interessata è privata della libertà in quanto rischia di essere recidiva ma, allo stesso tempo, non beneficia di misure – come una terapia appropriata – necessarie per dimostrare che non è più pericolosa.

Il caso *SY c. Italia*, deciso dalla CEDU con sentenza del 24 gennaio 2022, è il leading case italiano in tema di REMS. Il ricorso riguarda il mantenimento in custodia cautelare nel reparto comune del carcere di Rebibbia (Roma) di un tossicodipendente con grave disturbo psichiatrico, nonostante le decisioni dei tribunali nazionali, che avevano revocato la custodia cautelare e imposto il suo collocamento in una struttura specializzata, e le perizie che hanno evidenziato l'incompatibilità della detenzione con il suo stato di salute mentale pur permanendo la capacità di partecipare coscientemente al processo.

Il caso si connota, in particolare, per la parallela pendenza di due procedimenti penali e, conseguentemente, per una situazione detentiva che, per un certo periodo, vede il ricorrente, pur destinatario di una misura di ricovero in REMS per un anno (per il primo procedimento) e, al tempo stesso, di un provvedimento di liberazione della Corte d'Appello (per il secondo procedimento), mantenuto in detenzione in attesa della disponibilità di posti in REMS.

Scindendo il periodo di detenzione del ricorrente in carcere ordinario in due momenti, la Corte EDU ha complessivamente valutato il caso e la condotta tenuta dalle autorità italiane nei seguenti termini.

a) Sulle condizioni detentive in generale: violazione dell'art.3.

La Corte ha sostanzialmente rilevato che lo stato di salute mentale del ricorrente era incompatibile con la detenzione in un reparto carcerario comune e che, nonostante le indicazioni chiare e univoche dei periti, l'interessato è rimasto detenuto in un reparto comune del carcere per quasi due anni, senza aver beneficiato di alcun programma terapeutico articolato adeguato alla sua patologia e finalizzato a porre rimedio ai suoi problemi di salute o a prevenirne l'aggravamento. Conseguentemente, il mantenimento del ricorrente in un reparto comune del carcere era incompatibile con l'articolo 3 della Convenzione.

b) Sulla detenzione a seguito di condanna: non violazione dell'art. 5 §1 a).

La detenzione ordinaria sofferta dal ricorrente nel primo periodo (fino al 20 maggio 2019, quando la Corte d'appello ne aveva ordinato la liberazione), in quanto basata su una sentenza di condanna e su un provvedimento di custodia cautelare in carcere, oltre che su perizie attestanti la capacità del detenuto di partecipare al processo e quindi di comprendere la finalità di reinserimento sociale perseguita dalla pena e di beneficiarne, è stata ritenuta dalla Corte convenzionalmente "regolare".

c) Sulla detenzione a motivo dello stato di salute mentale: violazione dell'art. 5 §1 e).

La detenzione ordinaria sofferta dal ricorrente dopo l'ordine di liberazione in attesa del ricovero in REMS è stata considerata contraria alla Convenzione, in quanto, pur essendo rispettosa di alcune delle condizioni prescritte dalla Convenzione per la detenzione di individui affetti da disturbi mentali (in particolare l'accertamento obiettivo della malattia da parte di periti medici, la proporzionalità tra la malattia e l'ordine di detenzione e la permanenza del disturbo mentale), difettava dei requisiti dell'adeguatezza delle condizioni detentive in relazione alle ragioni della detenzione. La Corte ha statuito sul punto che, in linea di principio, la «detenzione» di un individuo affetto da disturbi mentali può essere considerata «regolare» ai fini della lettera e) del paragrafo 1 soltanto se attuata in un ospedale, in una clinica o in un altro istituto appropriato. Inoltre, *«la misura della detenzione in una REMS ha lo scopo non solo di proteggere la società, ma anche di offrire all'interessato le cure necessarie per migliorare, per quanto possibile, il suo stato di salute e permettere in tal modo di attenuare o gestire la sua pericolosità (...). Era pertanto essenziale proporre al ricorrente un trattamento appropriato al fine di ridurre il pericolo che egli rappresentava per la società. Ora, risulta dal fascicolo, che anche dopo la sentenza con la quale la corte d'appello di Roma aveva ordinato la sua liberazione, il ricorrente non è stato trasferito in una REMS, ed è stato mantenuto in detenzione in regime carcerario ordinario, in cattive condizioni, e non ha beneficiato di un percorso terapeutico individualizzato (...). La Corte rammenta che lo Stato è tenuto, nonostante i problemi logistici e finanziari, ad organizzare il proprio sistema penitenziario in modo da assicurare ai detenuti il rispetto della loro dignità umana (...). Anche se, in un primo tempo, un divario tra i posti disponibili e i posti necessari può essere considerato accettabile (...), il ritardo nell'ottenimento di un posto non può durare all'infinito ed è accettabile soltanto se debitamente giustificato. Le autorità devono dimostrare di non essere rimaste passive, ma*

di aver, al contrario, cercato attivamente una soluzione e di essersi sforzate di superare gli ostacoli che si frapponivano all'applicazione della misura. Nel caso di specie, risulta dal fascicolo che, a partire dal febbraio 2019, il DAP ha inviato numerose richieste alle REMS della regione Lazio e a quelle presenti sul territorio nazionale per trovare un posto per il ricorrente, ma senza successo, per mancanza di posti disponibili (paragrafi 28 e seguenti supra). La Corte rileva che, di fronte a questi rifiuti, le autorità nazionali non hanno creato nuovi posti all'interno delle REMS e non hanno trovato un'altra soluzione. Spettava loro garantire al ricorrente la disponibilità di un posto in REMS o trovare una soluzione adeguata. La Corte non può quindi considerare che l'indisponibilità di posti fosse una valida giustificazione per mantenere il ricorrente in ambiente penitenziario. Di conseguenza, la privazione della libertà del ricorrente a partire dal 21 maggio 2019 non si è svolta in modo conforme alle esigenze della lettera e) dell'articolo 5 § 1 “ (v. Sy c. Italia, §§ 134-136).

2) Le norme applicabili

Si tratta di norme molto diverse le une dalle altre poiché si sono formate per stratificazioni successive, non sono coordinate tra loro e si riportano a concezioni scientifiche, culturali e politiche differenti anche contrapposte: dal codice del '30, alla Costituzione, alle Convenzioni internazionali, alla legge Basaglia del 1978, alla giurisprudenza della CEDU e, da ultimo, alla normativa in materia di superamento degli OPG.

Fondamentali le norme della CEDU, in particolare vengono in rilievo gli artt. 3 (divieto di tortura) e 5 (diritto alla libertà e alla sicurezza). Particolare significato ha assunto la pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 24 gennaio 2022 -Ricorso n. 11791/20 – Causa SY c. Italia in cui la Corte rammenta che la privazione della libertà del ricorrente (l'ordinanza di ricovero in REMS è comunque una misura privativa della libertà) non aveva una base legale. La Corte ha esaminato se la detenzione potesse essere giustificata come detenzione di un alienato ai sensi dell'articolo 5 § 1 e.

I principi costituzionali in gioco sono due: l'art. 32 Cost che sancisce il diritto alla tutela della salute e l'art. 27 comma 3 Cost che stabilisce che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato.

L'intervento della legge 81/14 ha costituito una svolta epocale in materia di misure di sicurezza (la prima fu l'abolizione nel 1986 della pericolosità presunta). Significativamente sono 3 le grandi novità, oltre al cambio dello stato dei luoghi dell'esecuzione delle misure di sicurezza e delle condizioni di vita degli internati:

a) giudizio pericolosità deve basarsi sulle sole qualità soggettive (solo malattia?) senza tenere conto delle condizioni di cui all'articolo 133, co.2, n. 4 c.p. (condizioni di vita individuale, familiare e sociale); non rileva la mancanza di un programma individuale (co.4 dell'art. 3-ter d.l. n. 211/11, convertito dalla legge n. 9/12);

b) durata massima (sistema spagnolo 104 Codice penal: gravità del reato): non vale per l'ergastolo;

c) principio di sussidiarietà (contenimento nelle REMS è l'extrema ratio, conseguenza naturale dall'idea “liberale” secondo cui la privazione della libertà personale impone il ricorso al rimedio meno gravoso). Per come la si veda è comunque un enorme passo avanti.

3) Il quadro nazionale: i numeri

(giugno 2023)

Internati in:

1) REMS (“residenze per l’esecuzione della misure di sicurezza”) : 632 in 31 strutture collocate su tutto il territorio nazionale (alla data di chiusura degli OPG, 25.03.15, vi erano 698 internati).

Liste di attesa: 675 di cui 42 reclusi in 25 carceri

Le persone nelle REMS in attesa di una sentenza definitiva (cioè con misura provvisoria) sono molte di più di quelle definitive e in percentuale maggiore rispetto ai dati degli imputabili: 50% in REMS e 30 % in carcere, questo perché quando viene decisa una misura provvisoria ci si trova tendenzialmente in epoca più vicina alla commissione del reato ed è possibile che la situazione psicologica sia in una fase acuta.

Dei 172 pazienti dimessi dalle REMS nel 2020, 154 sono sottoposti alla libertà vigilata o a licenza finale esperimento. La REMS è “curativa” e non “affittiva”.

2) ATSM (“articolarioni per la tutela della salute mentale”, previste dall’Accordo del 13 ottobre 2011, sancito in Conferenza Unificata in attuazione del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 1° ottobre 2008 – sono dedicate all’accoglienza dei detenuti appartenenti a specifiche categorie giuridiche, in precedenza ospitati negli OPG, per ricevere le necessarie cure ed assistenza psichiatriche. Risultano attivate, dai dati del Dipartimento Amministrazione Penitenziaria): 33 Sezioni per una capienza complessiva di circa 227 presenze (7 sezioni per disabili). La previsione di legge che ha consentito la realizzazione delle «sezioni speciali» è rappresentata dall’art. 65 ord.penit., ove si prevede l’assegnazione dei soggetti affetti da infermità o minorazioni fisiche o psichiche in istituti o sezioni speciali per idoneo trattamento. Lo scopo delle ATSM è quello di contrastare la cronicità e favorire la cura e la riabilitazione delle persone detenute con gravi patologie psichiatriche facilitando l’accesso ai programmi di trattamento sul territorio.

Chi va nelle ATSM?

In prevalenza sono i soggetti di cui gli artt. 111 co. 5 (il sanitario del carcere attesta l’infermità sopravvenuta, il DAP dispone il ricovero in ATSM); non c’è termine (a differenza di quelli in osservazioni pe i quali il termine massimo è 30 gg.)

Detenuti presenti con accertato disagio psichico in ATSM: 350 (di cui 11 ex art. 148 c.p.; 121 ex art. 111 co. 5 Reg. cioè infermità psichica sopravvenuta; 33 ex art. 112 co. 2 Reg., cioè in osservazione psichiatrica; 137 ex art. 212 co. 7 c.p., infermità psichica sopravvenuta dell’internato non psichiatrico; 6 ex art. 220 co. 2 c.p., seminfermo con applicazione anticipata della misura di sicurezza detentiva, 42 in attesa di REMS (detenzione illegale?).

È nelle ATSM che vengono ricoverati i detenuti in lista d’attesa per le REMS (in quanto reparti a minore affittività).

Il personale delle ATSM è prevalentemente (e non esclusivamente) sanitario.

3) LIBERTA’ VIGILATE: 4717 in carico al 15.06.23 (ma non tutte sono psichiatriche)

Le statistiche sembrano dunque confermare un effetto espansivo delle misure di sicurezza personali non detentive: al 31.12.20 vi erano 4264 persone in libertà vigilata in Italia. Com’è noto, il numero delle libertà vigilate psichiatriche è enormemente cresciuto dopo la pronuncia della sentenza 2.07.03 n. 253 della Corte Cost. in relazione all’art 222 c.p.

Possiamo aggiungere che alcune conquiste si sono indubitabilmente stratificate: sono migliorati i rapporti tra REMS e servizi territoriali, migliora la qualità dei programmi individualizzati, aumenta la possibilità di un effettivo reinserimento sociale al termine della misura di sicurezza detentiva, testimoniata dall’alto numero di uscite dalle REMS e dall’irrisorio numero dei reingressi. Le REMS inoltre sono delle strutture tendenzialmente aperte e, contrariamente agli Opg, non prevedono una presenza senza fine

(essendo previsto il limite edittale di pena come termine massimo di ricovero), con quella tragica pratica che era definita come ‘ergastolo bianco’ (e che comunque oggi è rimasto per i reati puniti con l’ergastolo).

Per quanto attiene al ruolo dei DSM (“dipartimenti di salute mentale”), essi sono divenuti a pieno titolo i titolari dei programmi terapeutici e riabilitativi allo scopo di attuare, di norma, i trattamenti in contesti territoriali e residenziali.

4) *Le maggiori criticità del sistema delle REMS e della salute psichica in carcere*

1) MISURE PROVVISORIE: il 50 % di misure provvisorie nelle REMS è decisamente un dato troppo elevato. A lungo ci si interroga sulla natura delle REMS, poiché è stato sempre ritenuto opportuno che tali Residenze venissero riservate all’accoglienza di prosciolti con misura di sicurezza definitiva. Su questo punto vi è stata fin dall’inizio una sottovalutazione dei numeri. Si tratta in questo caso di soggetti della cui non imputabilità ancora si discute, è in fase di accertamento psichiatrico, non è sicuro siano soggetti non imputabili e pertanto la soluzione di trasferire tutti i provvisori (il cui numero è sempre imprevedibile) nelle REMS assieme agli internati ‘definitivi’, soggetti ormai stabilizzati con esigenze e trattamenti di cura cristallizzati e il cui numero all’epoca dell’emanazione della legge era certo e definito (e sulla cui base era stata determinata la capienza complessiva delle REMS italiane), se da un lato ha il pregio della piena conformità e dell’integrale attuazione del superamento degli OPG, dall’altro lato presenta notevoli rischi con particolare riferimento alla gestione, all’interno delle REMS, di soggetti che esigono intensive cure mediche ed appropriati meccanismi contenitivi nella fase acuta e florida della loro patologia psichiatrica e della loro pericolosità sociale, spesso a distanza ravvicinata al fatto di reato.

2) LISTE DI ATTESA: ci si continua a chiedere se debba essere considerato il solo dato cronologico o se abbia priorità la gravità della condizione psichiatrica e/o del reato compiuto. Alcune REMS, ad esempio quelle della Toscana (Volterra ed Empoli: rispettivamente ad oggi 29 e 9 pazienti) hanno redatto delle proprie regole interne:

- A) (prima fascia prioritaria) persone detenute in carcere senza più pena da scontare;
- B) (seconda fascia) persone ricoverate nei reparti psichiatrici degli Ospedali (SPDC);
- C) (terza fascia) persone libere al proprio domicilio;
- D) (quarta fascia) persone ricoverate in strutture residenziali.

A parità di provenienza vige il criterio cronologico (richiesta di inserimento).

Attualmente i criteri sono lasciati alla discrezionalità del singolo direttore e proprio questo dato viene utilizzato per denunciare il fallimento della riforma e per sollecitare l’apertura di nuove Rems fino addirittura al raddoppio dei posti disponibili. Sarebbero opportuni viceversa criteri condivisi a livello nazionale o addirittura contenuti in una legge.

Una proposta potrebbe essere quella di uscire totalmente dall’ottica della pericolosità, cioè considerare la lista d’attesa non un problema di pericolosità ma un problema di ‘trattamento terapeutico’, e dall’altro quella di introdurre il concetto di ‘dinamicità’: cioè la lista andrebbe continuamente rivista periodicamente ogni 3/6 mesi. Sappiamo che la lista delle persone in attesa di essere inserite in REMS è fornita dal DAP ma non trova corrispondenza con i numeri che invece risultano ai Responsabili delle REMS. Questo accade perché vengono aggiunte le nuove richieste ma non vengono sottratti i casi che trovano soluzione, attraverso

la modifica della misura o l'inserimento in comunità o altre residenze. Questi cambiamenti non sono comunicati al DAP e quindi la lista si allunga.

Per i pazienti in lista d'attesa detenuti in carcere si v. la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 24 gennaio 2022 -Ricorso n. 11791/20 – Causa SY c. Italia).

3) “SOVRAFFOLLAMENTO” DELLE REMS: non può esistere perché i parametri sono vincolanti in quanto di natura sanitaria (20 ospiti per modulo).

A fronte delle difficoltà quotidiane nel reperire posti dove mettere le persone (piuttosto che di percorsi di cura) vi è una spinta verso l'apertura di altre REMS con un aumento del numero dei posti in un processo espansivo che probabilmente non avrebbe limiti (se non quelli economici) nella domanda e potrebbe portare, come in Inghilterra, anche a 6000 posti complessivi.

Può essere questa la risposta?

L'offerta più ampia determinerebbe un aumento delle richieste di inserimento ed una sostanziale rinuncia all'individuazione di percorsi di cura esterni, frustrando la ratio della legge 81. Le REMS verrebbero chiamate, soprattutto nei confronti dei soggetti non definitivi, a compiti custodiali e coercitivi con il rischio di una loro trasformazione in “MiniOPG” e di una lesione dei diritti degli utenti. Meglio sarebbe, eventualmente, articolare REMS secondo livelli di intensità di cura e di sicurezza e creare presidi altamente specializzati per la definizione di programmi di cura sul territorio. Altra soluzione è quella di abolire le misure di sicurezza provvisorie e sostituirle con le misure cautelari tout court. Consideriamo poi che il tema della capienza delle REMS si scontra inevitabilmente con due principi cardine della riforma: territorialità e numero chiuso, che sono i fondamenti di un funzionamento terapeutico efficace nelle REMS. Tali principi ad oggi, a parte qualche eccezione, risultano entrambi rispettati e non possono tollerare una ‘sovraffollamento’ delle singole strutture residenziali.

4) Mancanza di una NORMATIVA OMOGENEA valida in tutte le REMS.

Uno dei problemi più gravi delle REMS è la mancanza di una normativa omogenea valida per tutte. Le strutture infatti continuano ad essere dotate di singoli e diversi regolamenti interni. Questo crea difficoltà su diversi fronti, primo tra tutti il tema dei diritti dei pazienti che finiscono per poter essere diversi tra le trenta strutture. Rimane aperta e contestata dagli operatori la vigenza delle norme dell'ordinamento penitenziario del 1975 e del regolamento del 2000 che, in quanto applicabili agli ‘internati’, dovrebbero trovare esecuzione in tutte le residenze. Un esempio per tutti: il reclamo giurisdizionale ex art. 35-bis e quello risarcitorio ex art. 35-ter trovano espressa applicazione anche nei confronti degli internati, così come le norme sui colloqui e quelle disciplinari, e tutto quanto previsto dall'ordinamento penitenziario in materia di condizioni di vita e garanzia di diritti fondamentali (vitto, alloggio, diritto allo studio ed al lavoro, e così via). Le disposizioni differenti riguardano soltanto la materia delle licenze (al posto dei permessi premio) e di gran parte delle misure alternative (prevista la sola semilibertà e l'art. 21 per gli internati).

Ricordiamo poi che la delicata materia delle normative compatibili è stata rimessa da un decreto ministeriale del 2012 ad un semplice accordo tra lo Stato e le Regioni e dunque alla Conferenza Unificata, ma un'intesa tra enti e istituzioni pubbliche non può derogare a norme di legge.

5) I “SENZA FISSA DIMORA”.

La questione relativa ai pazienti senza fissa dimora era e rimane nelle REMS un tasto dolente. Poco si riesce ad incidere sui percorsi di vita di questi pazienti, essendo limitati i programmi a cui queste persone riescono ad accedere.

Nella documentazione del corso sono stati inseriti due provvedimenti del Tribunale di sorveglianza di Firenze che affrontano il problema ed ai quali si rimanda.

Giova ricordare infatti che alla stregua dell'Accordo della Conferenza unificata ai sensi dell'art. 9 D.Lgs. 281/97 tra il Governo e le Regioni circa il Tavolo di consultazione permanente sulla sanità penitenziaria inerente la gestione dei pazienti in misura di sicurezza del 30.11.22 è previsto espressamente:

-che le persone sottoposte a misura di sicurezza sono prese in carico dal DSM del territorio di riferimento che si avvale della rete dei servizi sociosanitari territoriali (art. 1: principio di territorialità);

-che i soggetti senza fissa dimora sono presi in carico dal DSM sul cui territorio è avvenuto il reato connesso alla misura di sicurezza (art. 1);

-che gli autori di reato non residenti nel territorio nazionale o senza fissa dimora sono da considerarsi a carico dell'Azienda sanitaria locale nel cui territorio è stato commesso il reato sia per la presa in carico sociosanitaria che per gli aspetti relativi ai percorsi di riabilitazione;

-che qualora emergano le condizioni per la 'revisione' della misura di sicurezza è cura del P.U.R. (Punto unico regionale: art. 3) indicare la strutture presenti sul territorio per accogliere il soggetto anche in regime residenziale o semi-residenziale;

-che per ogni paziente al quale è applicata una misura di sicurezza è definito uno specifico progetto terapeutico-riabilitativo individualizzato (P.T.R.I.: art. 8) che sia comunque finalizzato alla re-inclusione sociale nonché agli aspetti specifici di trattamento;

-che le Regioni, gli UEPE e la Magistratura definiscono mediante specifici accordi le modalità di collaborazione ai fini dell'attuazione delle disposizioni normative della legge n. 81/14;

-che ai sensi dell'art. 45 dell'ordinamento penitenziario, l'internato privo di residenza anagrafica "è iscritto, su segnalazione del direttore, nei registri della popolazione residente del comune dove è ubicata la struttura".

Va dunque innanzitutto disposta, quale necessaria premessa dell'integrazione trattamentale richiesta dal comma 1 dell'art. 45 cit. ("il trattamento dei detenuti e degli internati è integrato da un'azione di assistenza alle loro famiglie") e dell'azione "rivolta anche a conservare e migliorare le relazioni dei soggetti con i familiari e a rimuovere le difficoltà che possono ostacolare il reinserimento sociale" (comma 2), tramite "la collaborazione degli enti pubblici e privati qualificati nell'assistenza sociale", l'iscrizione anagrafica nei registri del Comune ove ha sede la REMS.

Secondariamente, il soggetto dovrà essere preso in carico dall' Azienda USL territorialmente competente. Una volta individuata la struttura di accoglienza per l'interessato, l'internato potrà essere dimesso dalla REMS.

La maggior parte delle persone senza fissa dimora presenti nelle REMS hanno una residenza fittizia fornita dai Comuni ove risiedevano in precedenza e questo garantisce loro l'assistenza al welfare di base. Nel caso in cui la persona sia entrata irregolarmente all'interno del nostro Paese e non abbia mai regolarizzato la sua posizione, il principio che viene applicato per stabilire una residenza, seppure fittizia, è quella legata al luogo in cui la persona ha commesso il reato. Tuttavia, la costruzione di reti che favoriscano il reinserimento sociale della persona, una volta scontata la pena e/o terminata la misura di sicurezza, per i 'senza fissa dimora' diventa assai più complicato di quanto già non lo sia in generale per i cittadini con residenza.

6) Il problema dell'ART. 148 C.P..

Il problema della sopravvivenza dell'art. 148 c.p. si salda col problema della salute psichica in carcere e dunque con quello delle 'articolazioni della salute mentale' (ATSM). Quello della salute mentale in carcere è certamente un argomento complesso di cui si parla sottovoce: è un universo parallelo, ignoto e silenzioso. Non c'è una ragione normativa, etica e professionale per cui i servizi sanitari del territorio non entrino in carcere.

La questione del 148 è nota. Fino ad un passato più recente i detenuti affetti da infermità psichica sopravvenuta alla condanna erano trasferiti, su disposizione del magistrato di sorveglianza, negli Ospedali Psichiatrici Giudiziari, in virtù della disposizione dell'art. 148 c.p.. Il superamento degli OPG non è stato, tuttavia, accompagnato da una contestuale riforma della disciplina dell'art. 148 c.p., lasciando del tutto incerta la 'sorte' di quei malati ristretti in carcere che, affetti da infermità psichica 'sopravvenuta', non possono più essere ricoverati nei vecchi OPG (ormai aboliti) né nelle nuove REMS, destinate esclusivamente all'esecuzione delle misure di sicurezza. Si trattava dunque di individuare uno strumento giuridico idoneo ad assicurare adeguata tutela a coloro che, nel corso dell'esecuzione della pena, fossero colpiti da un'infermità psichica che li rendeva incompatibili con la detenzione carceraria e che non potevano più ricorrere al rimedio dell'art. 148 c.p.. La soluzione in realtà era contenuta nello schema di decreto legislativo adottato il 23 dicembre 2017, poi 'cassato' dal nuovo Governo, che prevedeva una riformulazione dell'art. 147 c.p. (con l'aggiunta della parola 'psichica' a 'fisica' connotante l'infermità che consente il differimento della pena detentiva). A ciò ha posto, solo in parte, rimedio la sentenza n. 99/19 della Corte cost.: essa ha sancito la definitiva 'inapplicabilità' dell'art. 148 c.p. all'infermità psichica sopravvenuta alla condanna, in base alla considerazione che detta norma è stata superata dalle riforme legislative in materia di abolizione degli OPG pur non essendo stata da queste espressamente abrogata; soprattutto, essa è frutto di un approccio alla malattia mentale basato sull'internamento, tipico dell'epoca in cui fu scritta, del tutto contrario al cambiamento del paradigma culturale e scientifico sul trattamento della salute mentale. In altre parole, la riforma del 2014 avrebbe completamente svuotato di contenuto precettivo la disposizione codicistica: tutti gli istituti a cui essa rinvia sono scomparsi in virtù di riforme legislative che riflettono tale cambiamento culturale. Si tratta di un'affermazione netta che, pur non giungendo a sostenere l'implicita 'abrogazione' della norma ne sancisce l'assoluta 'inapplicabilità'. Ciò è del resto confermato dal fatto che il processo di superamento degli OPG è stato accompagnato dalla realizzazione, all'interno degli istituti penitenziari ordinari, di apposite Sezioni denominate "Articolazioni per la tutela della Salute Mentale" (v. supra)

Pertanto oggi se la condizione del soggetto in esecuzione pena, portatore di patologia psichica sopravvenuta, è quella di detenuto condannato (dunque soggetto imputabile), dovrà ricorrersi in primo luogo alle 'ATSM' poste all'interno del circuito penitenziario, il cui funzionamento ha l'obiettivo di facilitare l'accesso ai programmi di trattamento sul territorio e dunque anche all'eventuale concessione della detenzione domiciliare 'in deroga' ex art. 47-ter comma 1-ter ord. penit., non potendo più operare nei suoi confronti il meccanismo dell'art. 148 c.p. In definitiva, chiusi gli OPG e di fatto abrogato l'art. 148 c.p., non esiste più alcuna norma codicistica che affronti il tema della sopravvivenza in carcere della malattia psichica in capo ai soggetti imputabili. Su questa considerazione si basa pertanto l'operazione 'additiva' della Corte che, colmando la lacuna, non ha ritenuto possibili né l'interpretazione analogica dell'art. 147 c.p. che amplierebbe il differimento della pena ricomprendendovi anche l'infermità psichica né l'estensione del ricovero in REMS di questi malati (che fa leva sulla 'formale' sopravvivenza dell'art. 148 cod. pen. anche dopo l'abolizione degli OPG). Su quest'ultimo punto si deve ribadire l'assoluta opposizione alla possibilità di ricoverare gli infermi psichici 'sopravvenuti' nelle REMS.

Il rischio concreto è che le ATSM in carcere diventino, per il tramite delle assegnazioni dirette da parte del DAP, dei 'MiniOPG' a rischio di saturazione nel breve tempo, impedendo di fatto di operare quello che

è il loro vero compito, non la cura a lungo termine dei malati psichiatrici in carcere (o addirittura il mero contenimento del disagio che, in quanto derivante dalla prisonizzazione, non è disturbo mentale) ma l'osservazione del malato psichico, l'eventuale diagnosi finalizzata da un lato alla riabilitazione e, dall'altro, ai provvedimenti che l'autorità giudiziaria dovrebbe adottare.

5) *Il tema dell'imputabilità*

Nel gruppo è stato affrontato nello specifico il tema dell'imputabilità, "cuore" del problema posto che non sussistono criteri di valutazione omogenei ed affidabili. Centrale è dunque anche la questione della corretta formulazione del quesito peritale.

La valutazione dell'imputabilità dovrebbe essere affidata non al clinico ma allo "psichiatra forense". Peraltro chi sostiene l'abolizione della categoria penalistica della non imputabilità, non fa i conti con il fatto che il carcere non è il luogo adatto in cui curare la patologia mentale e l'istituzione penitenziaria, per numerose ragioni (come la mancanza di risorse) non è nelle condizioni di gestire questo nodo complicato. Il paradosso è che mentre il sistema delle REMS sta procedendo tutto sommato abbastanza bene con risultati soddisfacenti anche nelle uscite, quello della cura della patologia mentale in carcere è uno dei nodi più complicati da sciogliere. Paradossalmente le REMS hanno in qualche modo determinato un rilancio delle misure di sicurezza, proprio di quelle detentive, e paradossalmente un rilancio del 'doppio binario', retaggio antico nella prospettiva di un'integrale riforma del codice penale e del sistema delle sanzioni, in un'ottica di diritto penale della responsabilità e della riparazione piuttosto che della prevenzione e della difesa sociale.

Si propone di istituire un "centro psichiatrico forense" in ogni distretto di Corte d'appello cui affidare la valutazione della non imputabilità nella fase del giudizio e nella fase dell'esecuzione delle misure di sicurezza.

6) *Il tema della pericolosità sociale*

Il nocciolo dei problemi è la definizione di "pericolosità sociale".

In tema di pericolosità sociale innanzitutto non ci troviamo di fronte ad un concetto chiaro e pacificamente condiviso, basato su regole definite, se non scientificamente verificate, che tuttora non esistono, a meno che non si vogliano spacciare per metodologie scientificamente accertate, impressioni soggettive, valutazioni personali se non operazioni chiaramente ideologiche. Orbene, senza volere affermare che la pericolosità non esiste o che il diritto penale non debba considerarla, ma che anzi è importante per un regolare e corretto funzionamento del sistema giustizia che si possano utilizzare anche i giudizi probabilistici di reiterazione del reato, occorre la consapevolezza che simili giudizi sono grandemente difficili, scarsamente attendibili e molto discrezionali. E allora si parte da dei "paletti" indispensabili volti a tutelare i diritti di libertà dell'individuo da eccessive ed insopportabili compromissioni, recuperando una dimensione garantista effettiva e non solo formale.

Qual è il presupposto per l'applicabilità di ogni misura di sicurezza?

Il fatto-reato. Allo stato, il fatto ha la caratteristica di porsi solo quale "semplice" occasione dell'intervento specialpreventivo e tutt'al più incide sulla durata minima della misura di sicurezza e, oggi, dopo l'intervento della legge 81/14, anche sulla durata massima. Viceversa sarebbe più logico considerare la "gravità" del fatto quale indicatore di una probabilità di reiterazione tenendo conto, inoltre, della relazione che intercorre tra fatto-reato e condizione personale che rileva ai fini del trattamento. Ciò consentirebbe, ad esempio, di non considerare i comportamenti occasionali, recuperando così il principio di proporzionalità quale strumento adeguatore, anche in questa materia, tra la qualità della minaccia da parte del singolo e la

privazione della libertà personale. Siamo pur sempre nell'ambito del diritto penale e dunque questi interessi (libertà/pericolo) vanno equamente soppesati.

In questi anni, infatti, la sopravvalutazione delle esigenze di tutela sociale ha finito per rendere sempre meno rilevante la gravità del fatto e conseguentemente sempre meno determinata la nozione di pericolosità sociale. Viceversa, mai come oggi, è necessario recuperare un concetto di pericolosità sociale come probabile recidiva di fatti rilevanti o, quantomeno, lesivi di interessi compatibili con quello della libertà personale. Si pensi, per fare un esempio, a quanto prevede l'art. 37 comma 2 del DPR 448/88 in tema di processo minorile ove l'applicazione provvisoria delle misure di sicurezza è consentita solo per il rischio di commissione di reati "con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro la sicurezza collettiva o l'ordine costituzionale ovvero gravi delitti di criminalità organizzata".

Solo in presenza di minaccia a beni di rango superiore si possono applicare le misure di sicurezza, con ciò considerando come implicito il principio di proporzionalità di cui sopra. La gravità e consistenza della minaccia consentirà di delineare in modo più rigoroso i limiti della risposta di sicurezza, evitando, o almeno riducendo, risultati pesantemente discriminatori e punitivi nei confronti di una devianza "povera". L'eccessiva indeterminatezza dei parametri dell'art. 133 c.p. cui ancora si fa riferimento per la valutazione della pericolosità sociale, come sinteticamente espresso nell'art. 203 co. 2 c.p., fa sì che nelle dichiarazioni di pericolosità o di non pericolosità si trovino valutazioni ampiamente discrezionali da parte del giudice. In caso di incapacità di intendere e di volere tante delle circostanze di cui all'art. 133 c.p. finiscono per perdere il loro carattere di indicatori (ad esempio, così è per la gravità del danno e l'intensità del dolo, la prima casuale, il secondo concettualmente non compatibile con la incapacità di volere).

Anche in queste ipotesi, in concreto, la tendenza costante appare quella di ritenere sussistente la pericolosità prevalentemente in base alla diagnosi di malattia psichica ("pericolosità psichiatrica") da cui viene derivata una non meglio motivata probabilità di commissione di altri reati. La gravità stessa del reato, frequentemente assai modesta (quale quella di piccoli furti, o delle resistenze, minacce e oltraggi) è scarsamente tenuta in conto. Ed ancora: l'accertamento della pericolosità e la valutazione della stessa sembra scorrere su binari alquanto differenti a seconda che si tratti di accertamento effettuato nella fase della cognizione o di quella dell'esecuzione. Le ragioni di tale differenza vanno ricercate innanzitutto nella diversità delle culture professionali del Giudice della cognizione e del Magistrato di sorveglianza; la prima si fonda essenzialmente su una impostazione di tipo diagnostico mentre la seconda su un giudizio di tipo prognostico.

La tenuta costituzionale dei principi in materia di misure di sicurezza impone una concezione "dinamica" della pericolosità sociale con il riconoscimento dell'influenza che sulle prospettive di evoluzione possono incidere fattori esterni, familiari, lavorativi, socioambientali... e che essa può essere gestita anche a mezzo di forme di controllo e sostegno extra moenia maggiormente proporzionate ed adeguate quando la pericolosità sociale si esprime come minaccia a beni ed interessi di rango non primario.

In tal modo il magistrato di sorveglianza, lungi dal porre in essere operazioni ideologiche, recupera la sua originaria funzione di giudice del trattamento individualizzato.

L'esigenza di garantismo che deve essere sempre presente quando si limitano i diritti di libertà del singolo impone al magistrato di sorveglianza un obbligo di prognosi di efficacia. Ci sono interessi diversi, ma non necessariamente incompatibili: da un lato l'esigenza di difesa sociale, dall'altro il diritto alla salute e l'interesse alla cura dell'individuo infermo, riconoscendo che la prima può essere garantita anche a mezzo di una misura di sicurezza non detentiva la quale attraverso una scelta terapeutica adeguata, può essere idonea a contenere la pericolosità sociale. Se così è, appare evidente come la finalità special-preventiva propria delle misure di sicurezza appare cedere di fronte a finalità quali quelle espresse dalle esigenze di reinserimento sociale e di salute dell'individuo.

L'attuale crisi del sistema delle misure di sicurezza si fonda non solo sulle difficoltà ed incertezze interpretative del presupposto della pericolosità sociale ma anche sull'effettiva idoneità delle misure di sicurezza ai fini della difesa sociale e dell'inserimento del soggetto sottoposto poiché di fatto esse si risolvono in una sostanziale prosecuzione o sostituzione della detenzione. La valenza delle misure sconta da un lato un complesso di inferiorità rispetto alle misure alternative – che offrono ben maggiori possibilità di reinserimento - e, dall'altro, è influenzata dall'attuale carenza delle strutture penitenziarie che, ad esempio, non sono in grado di curare i pazienti psichiatrici.

Per quanto riguarda la formulazione del quesito al perito in tema pericolosità è fondamentale una interlocuzione costante con i Servizi del territorio ed il perito dovrebbe avere l'obbligo di interpellare il Servizio psichiatrico che eventualmente ha in cura il paziente (sul punto si richiama il “Protocollo d'intesa in tema di misure di sicurezza psichiatriche per l'applicazione della legge 30 maggio 2014 n. 81 tra la Regione Toscana, il Tribunale di sorveglianza, le Aziende ASL e l'UIEPE, approvato con delibera della Giunta Regionale n. 1344550 del 3.12.18, inserito nella documentazione del corso).

La categoria della pericolosità sociale va declinata in una concezione che valorizzi il “contesto”, cioè il territorio e quant'altro rilevante sotto questo profilo, si tratta di una categoria giuridica che sottende un principio di proporzione (solo il rischio di fatti significativi, come si diceva) mentre sul versante “psichiatrico” va data rilevanza agli scompensi agiti violenti.

In definitiva, per concludere, si ritiene che sia il tempo di abbandonare un approccio per cui è stato sempre e solo indicato cosa “non fare” (non privatizzare il tema della cura della malattia psichica; non revisionare il concetto di imputabilità; non consentire il sovraffollamento della REMS; non aumentare il numero delle REMS; non concedere troppe misure di sicurezza detentive) mentre è il momento di individuare nuove prassi operative e linee interpretative nuove anche per gli interventi giudiziari.

4. Report del gruppo c) Regime detentivo ex art. 41 bis o.p. e tutela della salute

Coordinatori:

Rossana Taverna, *Ufficio II - Direzione generale degli affari giuridici e legali - Dipartimento per gli affari di giustizia*

Roberta Cossia, *Magistrato di Sorveglianza di Milano*

L'art. 41 bis o.p.

Prioritariamente sono state descritte le caratteristiche dei ricorsi alla Corte EDU, con particolare riferimento al campo del diritto penitenziario e al regime differenziato.

Sono state illustrate brevemente le **modalità di esecuzione** delle sentenze della Corte EDU, e la fase governata dal Comitato dei Ministri in formazione Diritti Umani. Infatti, quando emette una sentenza di condanna, la Corte trasmette il fascicolo al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa. Questo consulta il Paese interessato ed il dipartimento responsabile per l'esecuzione delle sentenze, al fine di decidere modi e tempi dell'esecuzione e al fine, altresì, di evitare violazioni simili in futuro.

Si è fatto cenno alla circostanza che il Progetto Laboratori Strasburgo della Scuola Superiore della magistratura è considerato dal Comitato dei Ministri una *best practice* ai fini della esecuzione delle sentenze.

Sono stati ricordati gli indirizzi web per la consultazione dei siti istituzionali della Convenzione EDU da parte dei magistrati:

<https://www.echr.coe.int/hudoc-database>

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D%7D>

<https://www.coe.int/en/web/execution>

Nel corso degli ultimi anni, la Corte ha adottato una nuova procedura per far fronte al grande numero di ricorsi ripetitivi, derivanti da problemi sistemici degli ordinamenti interni degli Stati convenuti. Questi ricorsi nascono spesso da una ravvisata incompatibilità dell'ordinamento con i principi della Convenzione. Tale procedura consiste nell'esaminare uno o più ricorsi dello stesso tipo, rinviando conseguentemente l'esame di casi omogenei. Quando emette la sentenza pilota, la Corte invita il Governo interessato ad "allineare" la propria legislazione alla Convenzione

Le sentenze e le decisioni della Corte servono non solo a decidere il singoli casi sottoposte alla Corte, ma, più in generale, a chiarire, salvaguardare e sviluppare le norme della Convenzione, contribuendo in tal modo al rispetto, da parte degli Stati, degli impegni da essi assunti in qualità di Parti contraenti (Irlanda c. Regno Unito, 18 gennaio 1978, § 154, Serie A n. 25 e, più recentemente, Jeronovičs c. Lettonia [GC], n. 44898/10, § 109, 5 luglio 2016).

Il sistema istituito dalla Convenzione ha infatti come missione di determinare, nell'interesse generale, le questioni di ordine pubblico, innalzando in tal modo gli *standard* di protezione dei diritti dell'uomo ed estendendo la giurisprudenza in materia di diritti dell'uomo a tutta la comunità degli Stati della Convenzione (Konstantin Markin v. Russia [GC], 30078/06, § 89, CEDU 2012).

La Corte ha sottolineato il ruolo della Convenzione come "strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo" nel campo dei diritti umani (Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda [GC], n. 45036/98, § 156, CEDU 2005-VI e, più recentemente, N.D. e N.T. c. Spagna [GC], nn. 8675/15 e 8697/15, § 110, 13 febbraio 2020).

Il Protocollo n. 15 della Convenzione ha sottolineato il **principio di sussidiarietà** nel preambolo della Convenzione. Questo principio "impone una responsabilità condivisa tra gli Stati Parte e la Corte" per quanto riguarda la protezione dei diritti umani, e comporta che le autorità e i tribunali nazionali devono interpretare e applicare il diritto interno in modo da dare piena efficacia ai diritti e alle libertà definiti nella Convenzione e nei suoi Protocolli (Grzęda c. Polonia [GC], § 324).

Esposte tali premesse, si è esaminato il tema del regime detentivo speciale alla luce della Convenzione.

Le doglianze in tema di carcere e salute da parte dei ricorrenti, nelle molteplici comunicazioni di ricorsi pendenti, si sono incentrate essenzialmente su tre diversi addebiti:

1) il trattamento imposto configura trattamento inumano o degradante e, come tale, si pone in contrasto con l'art. 3 Cedu;

2) il trattamento imposto comporta la lesione della libertà di comunicazione e del rispetto della vita privata e familiare, tutelati dall'art. 8 Cedu;

3) nell'ordinamento mancherebbe un ricorso effettivo avverso il decreto applicativo (o di proroga) che dispone il c.d. carcere duro, in violazione degli articoli 6 e 13 Cedu.

A questo punto sono state dettagliate le interpretazioni dei diversi articoli della Convenzione richiamati.

L'articolo 3 Cedu accorda a tutti il diritto di non essere sottoposti a tortura o a pene o trattamenti inumani o degradanti e prevede una protezione assoluta, sotto un duplice versante:

da un lato, non è suscettibile di deroga, neppure in caso di guerra o qualora sussista un pericolo pubblico per la nazione, come si ricava dall'articolo 15 Cedu;

dall'altro, neppure le più pressanti esigenze di tutela della collettività (quali la lotta al terrorismo o al crimine organizzato) valgono ad autorizzare il compimento delle condotte da essa vietate.

Dal punto di vista interpretativo si disegnano i tre aspetti fondamentali della tutela discendente dall'articolo 3 della Convenzione, che tutela da:

Trattamenti degradanti

Trattamenti inumani

Tortura

L'elaborazione dottrinale distingue fra le tre categorie sottolineando come:

a) nell'ipotesi di pene/trattamenti **degradanti** vengano in rilievo essenzialmente elementi di natura emotiva (in particolare, l'umiliazione della vittima);

b) la nozione di pene/trattamenti **inumani** copre le condotte che si caratterizzano per una sofferenza fisica o psicologica di particolare intensità (che non deve necessariamente essere sorretta dall'intenzione degli autori della stessa);

c) i tratti distintivi della **tortura** siano la rilevante gravità (costituendo la stessa una forma particolarmente grave di trattamento inumano) e lo scopo specifico di ottenere informazioni, di estorcere una confessione, di infliggere una punizione, di intimidire o di esercitare una pressione su qualcuno (sulla falsariga di quanto richiesto *expressis verbis* dall'art. 1 della Convenzione ONU contro la tortura)

Dal punto di vista applicativo, su ciascun Paese membro gravano non soltanto **obblighi negativi** (di astensione), ma anche ben più **pervasivi obblighi positivi** (di intervento), e più precisamente – per quel che qui interessa – veri e propri obblighi di protezione a fronte di condotte contrarie all'articolo 3 Cedu, tanto

nel caso in cui le stesse siano commesse da privati, quanto laddove la vittima delle stesse sia un soggetto “affidato” alla custodia dello Stato nelle sue varie articolazioni (come accade quando si trova in carcere).

Nei mesi scorsi ampio spazio ha avuto nel dibattito pubblico il problema della compatibilità delle condizioni di salute con il regime detentivo speciale di cui all'articolo 41 bis ord. penit.: un problema portato all'attenzione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, attraverso la proposizione del ricorso ad opera di Alfredo Cospito.

La coordinatrice del gruppo dott.ssa Roberta Cossia, del Tribunale di Sorveglianza di Milano ha dunque illustrato il caso che ha suscitato molto interesse nell'uditorio. La discussione si è dunque prolungata e ha visto come protagonisti soprattutto i colleghi in servizio presso le procure, molto interessati ai termini di protezione della salute in carcere configurati dalla Corte EDU e al confronto con la normativa nazionale.

Molti colleghi hanno sottolineato gli effetti della normativa nazionale in tema di tutela della salute in generale e la necessità che tale tutela, anche rispetto ad una situazione diagnostica anche grave del detenuto, non possa cedere davanti alle necessità derivanti dall'art. 41bis OP.

Sono stati affrontati gli aspetti collaterali ma non meno importanti della normativa interna, con particolare riferimento alla necessità della **riabilitazione e della tutela di un ambiente salubre**.

Si è dunque passati ad esaminare partitamente le **motivazioni** contenute nelle condanne nei confronti dell'Italia per violazione dell'articolo 3 CEDU.

La giurisprudenza consolidata della Corte richiede, infatti, il superamento di una **soglia minima di gravità**, individuata caso per caso, in relazione:

a) alle circostanze oggettive del fatto (la durata del trattamento e la gravità dello stesso);

b) alle qualità soggettive della vittima (l'età, il sesso, le condizioni psicologiche, ecc.). Il carattere assoluto della proibizione sancita dall'articolo 3 Cedu – si è spesso sostenuto, valorizzando la circostanza che la norma appartiene al cd. “nocciolo duro” della Convenzione – imporrebbe all'interprete di ritenerne sussistente la violazione solo a fronte delle forme più gravi di *mistreatments*, onde evitare una “bagatellizzazione” della stessa.

Nel contesto della privazione della libertà, la Corte ha costantemente sottolineato che, per rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 3, le sofferenze e le umiliazioni che ne derivano devono in ogni caso andare al di là dell'inevitabile elemento di sofferenza e di umiliazione connesso **intrinsecamente** con la detenzione.

Alcuni principi cardine sono stati disegnati in pronunce contro altri Stati membri della Convenzione.

Lo Stato deve assicurare che una persona sia detenuta in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della misura non la sottopongano ad angoscia o difficoltà di intensità superiore al livello inevitabile di sofferenza inerente alla detenzione e che, date le esigenze pratiche della detenzione, la sua salute e il suo benessere siano adeguatamente garantiti (Kudla c. Polonia [GC], 2000, §§ 92-94; Idalov c. Russia [GC], 2012, § 93; Muršić c. Croazia [GC], 2016, § 99).

Le pronunce rese dalla Corte in materia possono idealmente suddividersi in due gruppi:

a) quelle in cui i giudici di Strasburgo hanno riscontrato la violazione a fronte di **situazioni di carattere obiettivo** (quali ad es. il sovraffollamento, le precarie condizioni igieniche, la mancanza di areazione, ecc.);

b) quelle in cui, invece, la violazione dell'articolo 3 Cedu è stata affermata in ragione della **problematica compatibilità del regime di detenzione con le condizioni di salute del ricorrente, affetto da gravi disturbi fisici o psichici**. Conviene precisare, peraltro, come la valutazione in merito all'adeguatezza delle condizioni di detenzione venga effettuata anche in riferimento al trattenimento di

stranieri in appositi centri in attesa dell'esecuzione di un provvedimento di espulsione o della definizione del procedimento per la concessione dell'asilo politico. Sotto questo profilo, meritano menzione le sentenze S.D. c. Grecia, A.A. c. Grecia e Tabesh c. Grecia, migrante economico, entrato clandestinamente in Grecia.

Fondamentale è il tema affrontato in molteplici pronunce della Corte circa l'applicabilità dei principi dell'articolo 3 e l'onere della prova. Inizialmente consolidato nella giurisprudenza europea quello per cui il ricorrente che assuma di essere stato vittima di condotte contrarie all'art. 3 Cedu è tenuto a fornirne la prova oltre ogni ragionevole dubbio, a partire dalle sentenze Tomasi e Selmouni, rese entrambe contro la Francia negli anni '90, la Corte ha parzialmente temperato il rigore di tale impostazione, introducendo una **presunzione** di responsabilità dello Stato convenuto per le violazioni dirette della norma in esame, a condizione che:

a) il ricorrente che si proclama vittima delle stesse si trovasse in condizioni *lato sensu* di detenzione (es. fermo di polizia, custodia cautelare, esecuzione di una pena detentiva, ecc.) e fosse, prima di essere privato della libertà personale, in buone condizioni di salute;

b) le autorità nazionali non siano in grado di fornire una spiegazione alternativa o una ragione giustificatrice delle stesse. Anche laddove si versi in tale ipotesi, tuttavia, il ricorrente sarà tenuto a fornire la prova oltre ogni ragionevole dubbio delle lesioni asseritamente subite (per lo più attraverso referti medici). La presunzione di responsabilità dello Stato convenuto, infatti, copre solo il secondo segmento della vicenda (quello relativo alla riferibilità delle lesioni all'operato degli agenti di polizia), non il primo (relativo invece all'effettiva sussistenza delle lesioni).

Appare dunque necessario che la sofferenza lamentata dal ricorrente ecceda quella connaturata a qualsiasi forma di privazione della libertà personale, pena il mancato raggiungimento della soglia minima di gravità.

Specificamente, per quanto riguarda il profilo della compatibilità con la Convenzione dei sistemi carcerari speciali, e in particolare – per quel che riguarda l'esperienza italiana – del regime ex art. 41bis ord. penit. e del circuito detentivo “ad elevato indice di vigilanza” (cd. E.I.V.), introdotto più di recente, la Corte si è sempre mostrata assai sensibile alle istanze di difesa sociale, giustificando la sottoposizione di alcune categorie di detenuti a misure così severe sulla base dell'esigenza di mantenere l'ordine pubblico e garantire la sicurezza dello Stato.

L'argomentazione spesa dalla Commissione (in precedenza tale organo svolgeva una funzione di filtro in prima istanza delle doglianze dei ricorrenti) nel **leading case** in materia – il caso Natoli del 2001 - fissa le linee dell'orientamento giurisprudenziale seguito, poi, anche dalla Corte – e stabilisce che la sottoposizione al suddetto regime non raggiungeva la soglia di gravità necessaria per configurare una violazione dell'art. 3 Cedu.

In diverse cause riguardanti l'Italia, la Corte è stata chiamata ad esaminare le restrizioni derivanti dall'applicazione del regime di cui all'articolo 41 bis, non solo sotto il profilo dell'articolo 3, ma anche dell'articolo 8 della convenzione.

Dal punto di vista dell'articolo 3, la Corte ha dichiarato che l'imposizione del regime 41 bis non solleva di per sé una questione di violazione di per sé, anche quando è stata imposta per lunghi periodi di tempo.

Nel valutare se l'applicazione estesa di talune restrizioni ai sensi del regime di cui all'articolo 41 bis raggiunga o meno la soglia minima di gravità richiesta per rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 3, il **periodo di tempo** deve essere esaminato alla luce delle circostanze di ciascun caso, il che comporta, tra l'altro, l'accertamento se il rinnovo o l'estensione delle restrizioni contestate fosse giustificato o meno (Provenzano c. Italia, 2018, § 147).

Nella sentenza *Enea c. Italia* [GC], 2009, §§ 60-67, la Corte ha ritenuto che le restrizioni imposte a seguito del regime carcerario speciale fossero necessarie per impedire al ricorrente, che rappresentava un pericolo per la società, di mantenere contatti con l'organizzazione criminale a cui apparteneva. La Corte ha inoltre rilevato che non esistevano elementi che dimostrassero che l'estensione di tali restrizioni fosse manifestamente ingiustificata. Pertanto, indipendentemente dai problemi di salute di cui soffriva il ricorrente, la Corte non ha riscontrato alcuna violazione dell'articolo 3 della Convenzione.

Al contrario, in *Provenzano c. Italia*, 2018, §§ 149-158, la Corte ha ritenuto che l'estensione dell'applicazione del regime 41 bis nei confronti del ricorrente non fosse stata sufficientemente giustificata, in particolare alla luce del suo declino cognitivo critico.

L'orientamento “granitico” dei giudici di Strasburgo è stato di recente espresso dalle pronunce *Asciutto*, *Guidi*, *De Pace*, *Zara*, *Dell'Anna*, *Stolder*.

Tra queste, la sentenza *Dell'Anna* ha affrontato il profilo della compatibilità con l'art. 3 Cedu delle perquisizioni e delle ispezioni corporali previste dalla legge per i detenuti 41bis.

La Corte non ha ravvisato alcuna violazione dell'art. 3 Cedu, rilevando da un lato che tali misure, pur così invasive, si rendevano necessarie per garantire la sicurezza del carcere, e dall'altro che il ricorrente non aveva fornito elementi tali da far pensare che nel caso di specie fosse stato superato il livello minimo di gravità richiesto dalla giurisprudenza di Strasburgo in tema di art. 3 Cedu.

Particolare importanza riveste, infine, la già menzionata sentenza *Enea c. Italia* del settembre 2009, in cui la Corte ha “esportato” l'orientamento consolidato in tema di 41-bis al regime carcerario speciale previsto per i detenuti ad elevato indice di vigilanza. La sentenza è particolarmente significativa dal momento che, come si è visto, il ricorrente aveva addotto, per sostanziare la fondatezza della propria doglianza in riferimento all'art. 3 Cedu, anche le proprie gravissime condizioni di salute: neppure considerazioni umanitarie sembrano dunque poter scalfire l'indirizzo ormai consolidato in seno alla giurisprudenza di Strasburgo.

In tale contesto occorre distinguere tra l'applicazione di un regime carcerario speciale o di speciali modalità di visita durante le indagini penali, qualora le misure possano ragionevolmente essere considerate necessarie per conseguire lo scopo legittimo perseguito, e l'applicazione estesa di tale regime. A tal fine, la necessità di estendere l'applicazione del regime speciale deve essere valutata con la massima attenzione dalle autorità competenti (*Enea c. Italia* [GC], 2009, §§ 125-131; *Khoroshenko c. Russia* [GC], 2015, § 124).

Nella sentenza *Enea c. Italia* [GC], 2009, § 106, la Corte ha dichiarato che qualsiasi restrizione che incida sui diritti civili individuali di un detenuto deve essere contestabile in procedimenti giudiziari, a causa della natura delle restrizioni (ad esempio, il divieto di ricevere più di un certo numero di visite da parte dei familiari ogni mese o il monitoraggio continuo della corrispondenza e delle telefonate) e delle loro possibili ripercussioni (ad esempio, qualsiasi difficoltà nel mantenere legami familiari o relazioni con non familiari, esclusione dall'esercizio fisico all'aperto). In questo modo è possibile raggiungere il giusto equilibrio che deve essere raggiunto tra i vincoli che lo Stato deve affrontare nel contesto carcerario, da un lato, e la protezione dei diritti dei detenuti, dall'altro (v. anche, *Stegarescu e Bahrin c. Portogallo*, 2010, §§ 35-39; al contrario *Boulois c. Lussemburgo* [GC], 2012, §§ 90-105, riguardante le richieste di congedo dal carcere).

Capitolo a parte merita l'esame dell'articolo 8 della Convenzione.

La Corte ha rilevato che, prima dell'introduzione del regime speciale 41 bis, molti detenuti pericolosi avevano potuto mantenere le loro posizioni all'interno delle organizzazioni criminali di cui facevano parte, scambiare informazioni con altri detenuti e con il mondo esterno e organizzare e procurare la commissione di reati. In tale contesto, la Corte ha ritenuto che, tenuto conto della specificità del **fenomeno della criminalità organizzata, in particolare di tipo mafioso, e del fatto che le visite familiari sono spesso**

servite come mezzo per trasmettere ordini e istruzioni all'esterno, le restrizioni – certamente sostanziali – alle visite, nonché ai controlli che l'accompagnano, non potevano essere considerate sproporzionate rispetto alle finalità legittime perseguite dall'art. 8 della Convenzione (Enea c. Italia [GC], 2009, § 126, con ulteriori riferimenti).

Nella sentenza *Enea*, §§ 128-131, la Corte ha rilevato che **le autorità nazionali avevano stabilito in modo convincente la pericolosità del ricorrente in sede di proroga del regime speciale**. Inoltre, il ricorrente aveva avuto la possibilità di ricevere visite dalla sua famiglia e le sue altre denunce di condizioni di detenzione inadeguate erano rimaste infondate.

La Corte ha quindi ritenuto che le restrizioni al diritto del ricorrente al rispetto della sua vita privata e familiare non andassero al di là di ciò che, ai sensi dell'articolo 8 § 2 della Convenzione, era necessario in una società democratica nell'interesse della sicurezza pubblica e per la prevenzione dell'ordine e della criminalità.

Sul punto alcuni colleghi partecipanti al gruppo hanno appunto sottolineato l'importanza della approfondita motivazione dei provvedimenti giurisdizionali onde andare incontro alle esigenze sottolineate dalla Corte EDU in materia.

Si segnalano peraltro alcune sentenze in cui la Corte ha stigmatizzato l'assenza o il ritardo nelle decisioni da parte dei magistrati.

In *Gallico c. Italia* del 28 giugno 2005 la Corte ha ritenuto che il decorso di più di 12 anni senza una decisione del tribunale di sorveglianza sui tre ricorsi presentati contro i decreti del ministro della Giustizia abbia violato il diritto del ricorrente a che il suo caso sia stato esaminato da un tribunale (articolo 6 della Convenzione). In *Mariano c. Italia* (23 febbraio 2010), caso in cui venti dei ventitré decreti menzionati sono stati impugnati dinanzi al tribunale competente, la Corte ha ritenuto invece “*È giocoforza constatare che, secondo le informazioni fornite dalla parte ricorrente, tutti i ricorsi sono stati respinti nel merito dalla TAP, sebbene oltre il termine di dieci giorni previsto dalla legge. Ne consegue che tale censura è manifestamente infondata e deve essere respinta ai sensi dell'articolo 35 §§ 1, 3 e 4 della Convenzione. Per questi motivi, la Corte, deliberando all'unanimità, il ricorso è irricevibile*”.

I tempi delle decisioni, come in qualsiasi altro campo della giurisdizione italiana posta all'attenzione della Corte EDU, sono spesso oggetto di esame.

Sia in *Ganci c. Italia* sia in *Messina c. Italia* la Corte europea non ha accordato l'equa riparazione chiesta dai ricorrenti (un milione di euro da Ganci, due miliardi di vecchie lire da Messina), ma ha deciso che la mera constatazione della violazione della Convenzione costituisce, di per sé, un'equa soddisfazione sufficiente per il danno morale subito dai ricorrenti. Nella sentenza *Ganci*, la Corte ha riconosciuto che il semplice superamento di un termine legale non costituisce una violazione del diritto garantito (*Ganci c. Italia*, n. 41576/98, CEDU 2003XI). Tuttavia, nella medesima sentenza, ha altresì precisato che “il tempo necessario per esaminare un'impugnazione [potrebbe] rimettere in discussione la sua efficacia” (ibidem, punto 30).

Tra le sentenze indicate come di particolare interesse sono state citate *Labita c. Italia* e *Natoli c. Italia*.

Per *Labita* e *Natoli* il regime carcerario di cui all'art. 41-bis ord. penit., cui erano stati sottoposti i ricorrenti, non aveva comportato né un isolamento sociale assoluto, né una totale impossibilità di lavorare di svolgere altre attività. Inoltre, nel caso *Natoli* la Commissione ha puntato la sua attenzione sulla durata complessiva del trattamento di rigore — due anni — ritenendola non eccessivamente ampia da configurare un trattamento inumano e degradante. La Corte ricorda come il regime di massima sicurezza sia risultato attenuato da una pronuncia della Corte costituzionale (la n. 376 del 1997), mentre il Governo italiano avrebbe fatto grossi sforzi (tesi a rendere la pena più umana e ad ammorbidire il c.d. carcere duro) per cercare di bilanciare il rispetto dei diritti dei detenuti sottoposti ad un regime differenziato con le difficoltà incontrate dalle autorità carcerarie per affrontare i cambiamenti di tale regime

Labita, dopo l'arresto avvenuto il 21 aprile 1992, viene sottoposto a custodia cautelare presso il carcere Ucciardone di Palermo, dove rimane chiuso in una cella di isolamento per 35 giorni. Il 6 maggio dello stesso anno richiede al tribunale di Trapani la remissione in libertà, ma la richiesta viene respinta. Il 20 luglio 1992 è trasferito al Carcere di Pianosa, dove rimane fino al 29 gennaio 1993. Viene sottoposto al regime del carcere duro previsto dall'art. 41-bis ordinamento penitenziario. Successivamente viene trasferito in altre carceri in base al luogo di svolgimento del processo. Il 12 novembre 1994 viene assolto con formula piena "per non aver commesso il fatto". Il 14 dicembre 1995 viene confermato il proscioglimento dalla Corte d'Appello di Palermo. Dopo l'assoluzione viene sottoposto a misure di sorveglianza speciale di pubblica sicurezza e cancellato dalle liste elettorali.

Benedetto Labita è rimasto in carcere per due anni e sette mesi.

Tra il luglio e il settembre 1992, denuncia di aver subito, nel carcere di Pianosa, maltrattamenti da parte degli agenti di custodia. In particolare egli dichiara di essere stato vittima di numerose violenze, umiliazioni, vessazioni, intimidazioni e altre forme di tortura sia fisiche che psicologiche: "Sarebbe stato sovente schiaffeggiato e percosso, sarebbe stato colpito alle dita, alle ginocchia e ai testicoli. Avrebbe dovuto subire ispezioni corporali durante la doccia e sarebbe rimasto ammanettato durante visite mediche. Le sue proteste erano inutili, addirittura controproducenti: una volta, avendo protestato perché gli agenti di custodia gli avevano strappato i vestiti, sarebbe stato minacciato, insultato e percosso da uno di essi. La sua protesi dentaria e i suoi occhiali sarebbero stati danneggiati e gli sarebbe stata rifiutata la possibilità di farli riparare, circostanze attestate dai referti medici. Sulla base di questi fatti, viene aperta un'inchiesta penale dalle autorità italiane. Labita rilascia le sue dichiarazioni nel corso dell'udienza del 2 ottobre 1993, di fronte al giudice delle indagini preliminari di Trapani e il 5 gennaio 1994 davanti ai carabinieri. Il giudice informa la competente procura, quella di Livorno, delle affermazioni rilasciate da Labita nel corso dell'udienza preliminare, per compiere le opportune indagini al riguardo. Dopo il 5 gennaio 1994, trascorrono ben quattordici mesi prima che il soggetto sia convocato per l'identificazione dei responsabili. L'unica attività che dal fascicolo risulta compiuta durante l'intervallo di tempo è l'acquisizione soltanto di fotocopie delle fotografie degli agenti di custodia che avevano prestato servizio a Pianosa nei mesi indicati da Labita. Egli non è in grado di riconoscere gli agenti dalle fotocopie mostrategli. Nonostante sostenga, per una seconda volta, il 9 marzo 1995, la capacità di riconoscere i responsabili dei maltrattamenti subiti, purché avesse potuto vederli di persona, non è stata accolta la sua richiesta. Il 18 marzo 1995 il pubblico ministero ottiene l'archiviazione del caso non per infondatezza ma perché rimasti ignoti gli autori del reato. Il 10 aprile 1994 Labita presenta ricorso alla Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo. Il 29 settembre 1999 la Commissione, all'unanimità, dichiara ricevibile il ricorso di Labita e trasmette la questione alla Corte per la sentenza definitiva

Provenzano c. Italia

Ricorso presentato dal figlio Angelo e dalla moglie di Provenzano nel luglio 2013, - lamentata la violazione dell'art. 3 della Convenzione sia con riferimento alle condizioni di detenzione, che avrebbero impedito un trattamento sanitario adeguato, sia per quanto concerne il rinnovo del regime differenziato ex art. 41-bis Op, nonostante l'aggravarsi delle condizioni di salute del ricorrente.

Provenzano, considerato il vertice dell'organizzazione criminale Cosa Nostra, veniva arrestato, dopo un quarantennio di latitanza, l'11 aprile 2006. Al momento del suo arresto il ricorrente aveva già riportato numerose condanne all'ergastolo per plurimi reati di associazione mafiosa, strage, omicidio, tentato omicidio aggravato, traffico di sostanze stupefacenti, sequestro di persona, estorsione, furto aggravato e possesso illegale di armi da fuoco.

Due giorni dopo il suo arresto, il 13 aprile 2006, veniva emanato il decreto ministeriale che applicava a Provenzano il regime differenziato ex art. 41-bis Op, successivamente prorogato costantemente fino al 2016, anno del suo decesso.

Già nel dicembre 2012 il G.u.p. del Tribunale di Palermo aveva disposto una perizia sulle condizioni di salute del ricorrente «al fine di valutare la sua capacità di comprendere e partecipare coscientemente all'udienza preliminare»⁷, non completata per il sopraggiungere di un'emergenza medica. A marzo 2013 fu effettuata una nuova perizia, che concludeva per l'incapacità di Provenzano di partecipare coscientemente al giudizio in quanto «la situazione cognitiva del ricorrente inficiava la sua capacità di relazionarsi con il mondo esterno e di comunicare in modo congruo e proficuo»⁸, a cui seguiva la sospensione del procedimento.

Più volte i legali di Provenzano avevano presentato istanze di sospensione o differimento della pena detentiva per ragioni di salute a norma degli articoli 146 e 147 Cp e la sostituzione con misure restrittive più miti, ma con esito negativo. Da ultimo, l'11 luglio 2016 – due giorni prima della morte del ricorrente – un'ordinanza del magistrato di sorveglianza di Milano aveva tuttavia stabilito che non vi fossero gli estremi per un provvedimento provvisorio d'urgenza di sospensione dell'esecuzione della pena.

Provenzano era affetto da diverse patologie croniche, era stato sottoposto a diversi interventi chirurgici e le sue condizioni cliniche erano caratterizzate dal decadimento delle sue funzioni cognitive.

Nel periodo di reclusione nel carcere di Parma la salute di Provenzano era stata costantemente monitorata attraverso esami diagnostici e visite specialistiche a cui erano seguiti dettagliati piani terapeutici con ricorrenti ipotesi di ricovero ospedaliero. In tali circostanze i neurologi rilevavano segnali di un decadimento cerebrale degenerativo su base vascolare che ne causano le ricorrenti cadute. Pertanto, la cella del ricorrente veniva attrezzata con un letto dotato di sponde, un materasso speciale per prevenire le piaghe da decubito e una bombola di ossigeno da utilizzare in caso di emergenza. Inoltre, **i sanitari predisponavano un piano di assistenza personalizzato, che comprendeva la calendarizzazione delle visite mediche, un piano di nutrizione e di idratazione nonché il supporto necessario per compiere gli atti quotidiani che Provenzano non era più in grado di svolgere.** Nelle successive relazioni mediche del 2013 e del 2014 si sottolineava il grave deterioramento cognitivo del ricorrente, la presenza di un eloquio incomprensibile e la totale dipendenza dagli altri per qualsiasi atto, situazione poi confermata dai successivi rapporti medici.

Dopo l'arresto il Ministro della Giustizia disponeva l'applicazione al detenuto del regime detentivo speciale di cui al comma 2 dell'articolo 41-bis Op, decreto successivamente prorogato per periodi di uno o due anni.

A seguito della sospensione del procedimento dinanzi al giudice per l'udienza preliminare di Palermo, nel marzo 2013, la difesa del ricorrente chiedeva la revoca del regime detentivo speciale previsto dall'articolo 41-bis Op, rispetto alla quale la DDA di Caltanissetta esprimeva parere favorevole rilevando che, sulla base della documentazione medica e in considerazione del deterioramento cognitivo del ricorrente e della compromissione della sua capacità di comunicare, non esistevano più le ragioni per l'applicazione delle misure speciali.

Gli ultimi rapporti del 9 e 13 luglio 2016 constatavano il grave deterioramento delle condizioni cliniche del ricorrente, entrato in fase pre-terminale. Solo il 13 luglio 2016, stesso giorno del decesso, veniva dato ai familiari il permesso di accedere alla stanza di Provenzano.

L'istanza era dichiarata inammissibile, in quanto la facoltà di revoca del regime speciale era ritenuta dal Tribunale di Sorveglianza competenza esclusiva del Ministro della Giustizia. Era quindi presentata una nuova istanza al Ministero, avverso al cui rigetto la difesa di Provenzano presentava, infruttuosamente, ricorso al Tribunale di Roma. Il regime differenziato veniva nuovamente prorogato, nonostante i pareri contrari rappresentati dalle DDA competenti in considerazione delle condizioni di salute del ricorrente, poiché, si argomentava, non poteva essere esclusa l'eventualità che il ricorrente potesse comunicare con l'esterno, impartendo ordini a Cosa Nostra, non essendo comprovato uno scadimento cognitivo totale.

E così più e più volte erano emanati i decreti ministeriali di proroga del regime detentivo speciale ed erano rigettate con motivazioni costanti i successivi ricorsi al Tribunale di sorveglianza.

“Infatti, le persone che si trovano sotto il controllo esclusivo degli agenti dello Stato, tra cui i detenuti, in virtù della loro posizione di vulnerabilità, potrebbero trovarsi in una condizione di impossibilità a fornire elementi certi di prova a supporto delle proprie affermazioni. Questa inversione opera certamente nel caso in cui una persona privata della libertà, in condizioni di buona salute, successivamente allo stato di detenzione abbia subito traumi o lesioni rispetto alle quali le autorità nazionali non forniscano una spiegazione ragionevole che le giustifichi²⁵. Inoltre, relativamente alle condizioni di detenzione, il governo convenuto è spesso l'unico soggetto ad avere pieno accesso alla documentazione e alle informazioni che possono confermare o confutare le affermazioni del ricorrente individuale, come evidenziato anche nella nota sentenza Torreggiani c. Italia”.

Di interesse nel dibattito all'interno del gruppo è stata la richiamata e nota questione del **sovraffollamento carcerario** e quanto ne deriva in termini di tutela della salute dei detenuti.

Varie questioni relative alle condizioni di detenzione – in particolare la questione del **sovraffollamento carcerario** – sono state oggetto di sentenze pilota della Corte EDU nei confronti di molti Stati membri:

Bulgaria (Neshkov e altri c. Bulgaria, 2015); Ungheria (Varga e altri c. Ungheria, 2015); Italia (Torreggiani e altri c. Italia, 2013); Polonia (Orchowski c. Polonia, 2009; Norbert Sikorski c. Polonia, 2009); Romania (Rezmiveş e altri c. Romania, 2017); Russia (Ananyev e altri c. Russia, 2012); e Ucraina (Sukachov v. Ucraina, 2020).

In questo contesto, la Corte ha anche indicato la necessità di migliorare le condizioni di detenzione nelle sentenze pronunciate nei confronti dei seguenti Stati: Belgio (Vasilescu c. Belgio, 2014); Francia (J.M.B. e altri c. Francia, 2020); Grecia (Samaras e altri c. Grecia, 2012; Tzamalīs e altri c. Grecia, 2012; Al. K. c. Grecia, 2014); Romania (Iacov Stanciu c. Romania, 2012); Slovenia (Mandić e Jović c. Slovenia, 2011; Štruel e altri c. Slovenia, 2011); la Repubblica di Moldova (Shishanov c. Repubblica di Moldova, 2015); e Portogallo (Petrescu c. Portogallo, 2019).

Dopo aver illustrato il percorso giurisprudenziale della Corte EDU, sono state esaminate anche alcune importanti decisioni dei Tribunali di Sorveglianza e della Suprema Corte di cassazione.

Questione centrale è quella dell'annullamento del decreto di proroga *ex* art. 41-bis ord. penit. per **motivazioni carenti e contraddittorie e/o per mancanza della prova dell'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata**.

Si è messo in luce come spesso accada che per i sottoposti da parecchi anni al carcere duro, le documentazioni contenute nei fascicoli dei tribunali di sorveglianza e le dichiarazioni dei collaboratori di giustizia si riferiscano a **situazioni cristallizzate**, in un determinato territorio, parecchi anni prima, quindi non più attuali e tuttavia, tali prove, ormai obsolete, vengano inserite come fondamento della proroga della sospensione delle normali regole di trattamento); e come altrettanto spesso il reclamo avverso il provvedimento che applica o proroga il regime di 41-bis «si risolve in una sorta di acquiescenza della magistratura di sorveglianza rispetto alle determinazioni del Ministro sorta di inversione dell'onere della prova a carico del detenuto di rigore.

La nuova formulazione dell'art. 41bis comma 2-bis, ord. penit. (ad opera della Legge n. 279 del 2002) ha in un certo qual modo normativizzato l'inversione dell'onere della prova, laddove prescrive che i provvedimenti di proroga del regime differenziato sono prorogabili «purché non risulti che la capacità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive sia venuta meno». I dubbi di legittimità costituzionale della norma sono stati sollevati dal Tribunale di sorveglianza di Napoli secondo cui il «nuovo dettato legislativo finisce per l'instaurare un sistema diabolico, in base al quale l'applicazione del regime differenziato finisce con l'essere prorogabile anche a mezzo di Dm privo della parte documentale, relativa alla motivazione della sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale,

atteso che per la proroga, il dettato legislativo non prescrive idonea motivazione, in positivo comprovante l'esistenza di una realtà, certa, concreta ed essenziale ai fini dell'emissione del provvedimento»

In tal modo — continua il Trib. sorv. Di Napoli - «viene cristallizzata la proroga ripetuta e immotivata del decreto, di fatto scardinata dalla necessità di idonea e opportuna motivazione, stante la materiale nonché giuridica impossibilità di fornire la prova del “venir meno” della capacità di mantenere contatti con associazioni criminali».

Altri tribunali di sorveglianza hanno ritenuto che, anche con la vigenza della nuova legge, in sede di proroga del carcere duro, sia necessario fornire nuovi elementi da cui si desuma l'attualità dei collegamenti del detenuto con le organizzazioni criminali (Trib. sorv. L'Aquila, 4 marzo 2003, Pulvirenti, Trib. sorv. Torino, 11 aprile 2003, Rapisarda)

Si segnala che la Cassazione ha invece ritenuto che, mentre nel regime precedente alla novella del 2002 era necessario procedere anche per il rinnovo del provvedimento del Ministro all'accertamento della sussistenza di tutti i presupposti previsti per l'applicazione del regime differenziato, con l'attuale disciplina tale accertamento è presunto, in assenza della prova positiva che sia venuta meno la capacità del detenuto di mantenere contatti con le organizzazioni criminali alle quali era associato(sancendo però «l'obbligo del giudice di individuare ed evidenziare gli elementi da cui risulti che il pericolo che il condannato abbia contatti con associazioni criminali o eversive non è venuto meno. Si segnala, ad esempio, Cass. Sez. 1, Sentenza n. 8056 del 26/01/2004 Cc. (dep. 24/02/2004) Rv. 227117 – 01, Presidente: Silvestri G. Estensore: Vancheri A. Imputato: Madonia. P.M. Frasso A. (Conf.) (Dichiara inammissibile, Trib. Sorv. Roma, 17 marzo 2003).

È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 41 bis, comma secondo bis, della legge 26 luglio 1975 n. 354 (ordinamento penitenziario), nella parte in cui prevede la prorogabilità del provvedimento di sospensione delle regole del trattamento adottato dal ministro della giustizia ai sensi del precedente comma secondo dello stesso articolo, non comportando detta previsione alcuna inversione, a carico del detenuto, dell'onere di provare l'avvenuta cessazione della sua capacità di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive, ma dovendosi al contrario ritenere che spetti comunque al giudice dare congrua motivazione in ordine al proprio convincimento circa la permanenza di detta capacità.

Con la legge n. 94/2009 risultano notevolmente ampliati i titoli di reato necessari per l'applicazione dell'articolo 41-bis o.p., che non si limita a colpire i reati legati all'associazionismo mafioso, come era nelle precedenti versioni, ma a seguito dell'ampliamento dell'applicazione dell'articolo 4-bis o.p., a cui il 41-bis o.p. si riconduce, vengono inclusi anche reati di terrorismo (includendo quello internazionale), di eversione dell'ordine democratico, i reati ex artt. 600 (Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù), 601 (Tratta di persone), 602 (Acquisto e alienazione di schiavi) e 630 (Sequestro di persona a scopo di estorsione) c.p. e altri reati legati al traffico di stupefacenti.

L'unico tribunale competente a ricevere il ricorso del detenuto il Tribunale di Sorveglianza di Roma, probabilmente con l'intento di uniformare le prassi. Il ricorso deve essere inviato entro venti giorni dalla comunicazione dell'imposizione della misura e il tribunale deve decidere entro dieci giorni dalla ricezione del ricorso; tuttavia, questo in pratica non avviene e la Corte Europea per i Diritti dell'Uomo ha condannato l'Italia varie volte per violazione dell'articolo 13 della Convenzione (*right to an effective remedy*) per la mancata pronuncia in tempi brevi, che di fatto vanificava il reclamo stesso, e per violazione dell'articolo 6 della CEDU, quando il Tribunale di Sorveglianza non prendeva nemmeno in esame il ricorso a causa della sua inammissibilità, in quanto il provvedimento ministeriale su cui si basava era già decaduto.

È possibile il ricorso in Cassazione per erronea applicazione della legge da parte del Tribunale di Sorveglianza (che può aver luogo per mancata motivazione dell'imposizione della misura). Se il Tribunale di Sorveglianza decide di terminare l'applicazione del regime, il Ministro della Giustizia può emettere un nuovo decreto soltanto se ci sono nuovi elementi che non erano stati tenuti in considerazione dal Tribunale di Sorveglianza nella sua decisione. Inoltre, è possibile sporgere reclamo seguendo la stessa procedura in caso

di violazione del decreto ministeriale da parte dell'amministrazione penitenziaria durante l'esecuzione della misura.

I destinatari del provvedimento possono essere indagati, imputati, condannati ed internati, tuttavia il titolo di reato non è di per sé sufficiente a giustificare l'applicazione del regime; è altresì un requisito necessario "la prova della persistenza di collegamenti con le organizzazioni criminali di appartenenza", come indicato dalla Corte Costituzionale con sentenza 97/376.

Inoltre, con la sentenza 2013/143 la Corte costituzionale è intervenuta sul diritto alla difesa abolendo i limiti ai colloqui (sia telefonici che in presenza) con i difensori che inizialmente erano limitati dal punto di vista numerico e di durata. Sempre in materia di diritto alla difesa la Corte è intervenuta dichiarando l'illegittimità costituzionale di parte della lettera e) della legge in quanto non prevede l'esclusione della corrispondenza con il difensore dalla censura (sent. 2 dicembre 2021-24 gennaio 2022, n. 18).

La proroga è disposta quando risulta che la capacità di mantenere collegamenti con l'associazione criminale, terroristica o eversiva non è venuta meno, tenuto conto anche del profilo criminale e della posizione rivestita dal soggetto in seno all'associazione, della perdurante operatività del sodalizio criminale, della sopravvenienza di nuove incriminazioni non precedentemente valutate, degli esiti del trattamento penitenziario e del tenore di vita dei familiari del sottoposto. Il mero decorso del tempo non costituisce, di per sé, elemento sufficiente per escludere la capacità di mantenere i collegamenti con l'associazione o dimostrare il venir meno dell'operatività della stessa.

Altra pronuncia significativa della Suprema Corte di cassazione (es . Sez. 1, Sentenza n. 18434 del 23/04/2021 Cc. (dep. 12/05/2021) Rv. 281361 – 01, Presidente: DI TOMASSI MARIASTEFANIA. Estensore: BONI MONICA. Relatore: BONI MONICA. Imputato: MULE' SALVATORE. P.M. FODARONI MARIA GIUSEPPINA. (Conf.), in tema di ordinamento penitenziario, anche a seguito delle modifiche introdotte all'art. 41-bis ord. pen. dalla legge 15 luglio 2009, n. 94, afferma che *il controllo svolto dal Tribunale di sorveglianza sul decreto di proroga del regime di detenzione differenziato, diversamente dal sindacato conducibile nel giudizio di legittimità, non è limitato ai profili di violazione della legge, ma si estende alla motivazione ed alla sussistenza, sulla base delle circostanze di fatto indicate nel provvedimento, dei requisiti della capacità del soggetto di mantenere collegamenti con la criminalità organizzata, della sua pericolosità sociale e del collegamento funzionale tra le prescrizioni imposte e la tutela delle esigenze di ordine e di sicurezza.*

La **normativa secondaria di riferimento** contempla alcune Circolari del DAP.

La Circolare del D.A.P. n. 5391381-1 del 7 febbraio 1997 prevede disposizioni per l'organizzazione delle sezioni dove sono ristretti detenuti sottoposti al carcere duro. In particolare, si disciplinano espressamente le modalità di svolgimento delle attività sportive e della fruizione della biblioteca dei detenuti in regime di 41-bis, comma 2, ord. penit.

Si dà incarico, infatti, alle direzioni dei singoli istituti di reperire «appositi locali che dovranno essere dotati di attrezzi ginnici e di altri attrezzi per lo svago ritenuti compatibili con le esigenze di sicurezza», e di approntare «una piccola biblioteca di sezione». L'accesso a tali locali è consentito singolarmente, con la precauzione di «evitare ulteriori canali di comunicazione interna, per una o più volte la settimana, per non meno di un'ora e per non più di due ogni volta»

Con la Circolare del D.A.P. n. 148885/4- 1 del 20 febbraio 1998, si esplica il complesso delle attività trattamentali necessarie per consentire l'offerta di strumenti risocializzanti (che deve coinvolgere tutti i condannati e che presuppongono la partecipazione all'opera di rieducazione), per consentire anche ai sottoposti al trattamento di rigore di accedere ai benefici penitenziari, adempiendo le indicazioni della sentenza Corte cost n. 376 del 1997. Tuttavia, questa circolare disciplina alcuni aspetti della vita carceraria improntata all'umanità del trattamento, ad esempio consentire la permanenza all'aperto di 4 ore giornaliere, di cui due nelle sale di biblioteca, palestre.

All'esito del dibattito, un cenno è stato fatto alla fase esecutiva del percorso CEDU, con particolare riferimento alla **Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa 18 dicembre 2002, n. (2002) 13** in cui si segnala in particolare l'importanza che i Governi degli Stati membri assicurino la pubblicazione delle sentenze e decisioni che costituiscono degli importanti sviluppi della giurisprudenza o che richiedono delle misure di esecuzione specifiche da parte loro in quanto Stati convenuti nelle gazzette ufficiali, nei bollettini di informazione del ministero competente, nelle riviste giuridiche o in altri mezzi di comunicazione correntemente utilizzati dalla comunità giuridica.

Infine, è stato illustrato il rapporto tematico sul 41bis OP del Garante per i detenuti, dove si sottolineano molti aspetti relativi all'ambiente salubre.

Alcuni colleghi hanno sottolineato, sul punto, la crescente attenzione, nei provvedimenti dei magistrati di sorveglianza, nei confronti di attività ed esigenze dei detenuti che possono apparire di piccolo cabotaggio, ma che consentono di fatto la maggiore vivibilità dell'ambiente carcerario (tema del sopravvitto).

Si è fatto riferimento altresì alle dichiarazioni del detenuto Cospito durante lo sciopero della fame.

Si è concluso ribadendo il ruolo centrale della magistratura di sorveglianza nel bilanciamento tra sicurezza e salute, tenendo conto di come il passaggio del tempo influisca fortemente sulla salute, sulle condizioni materiali di vita e sull'imprescindibile necessità che le decisioni della magistratura siano rispettate ed attuate all'interno dei luoghi di detenzione.

5. Programma

Presentazione

Uno dei profili più problematici della detenzione in carcere è rappresentato, in Italia come all'estero, dalla compatibilità con le condizioni di salute fisica e psichica delle persone a vario titolo ristrette. E' indubbio, infatti, che il fondamentale diritto alla salute deve essere tutelato anche nei confronti di quanti sono privati della libertà personale in esecuzione di un provvedimento dell'autorità giudiziaria.

Questa esigenza si è manifestata in modo prorompente durante la pandemia da Covid-19, chiamando la magistratura, l'amministrazione penitenziaria e il legislatore a nuove valutazioni e scelte, che hanno implicato un delicato bilanciamento tra tutela della salute ed esigenze di difesa sociale e tutela dell'ordine pubblico. La pandemia, sotto questo profilo, ha rappresentato un significativo momento di emersione pubblica, su larga scala, di un problema da tempo noto agli operatori della giustizia.

Un secondo momento di emersione pubblica del problema della salute in carcere è stato poi rappresentato, sul finire dell'anno scorso, dal numero record dei suicidi (più di 80), che manifestano drammaticamente situazioni di disagio accompagnate talora da disturbi mentali, come in un caso oggetto di una condanna dell'Italia da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, per violazione del diritto alla vita di cui all'art. 2 CEDU, per non avere profuso tutte gli sforzi che era ragionevole attendersi per impedire il suicidio di un detenuto che aveva mostrato segni di debolezza psichica (Citraro e Molina c. Italia, 2020).

Nei mesi scorsi, ancora, ampio spazio ha poi avuto nel dibattito pubblico il problema della compatibilità delle condizioni di salute con il regime detentivo speciale di cui all'articolo 41 bis ord. penit.: un problema portato all'attenzione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che ha pronunciato in passato condanne nei confronti dell'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU (Enea c. Italia, 2009; Provenzano c. Italia, 2018), e che si è presentato di recente in rapporto a condizioni di salute compromesse a seguito di sciopero della fame. La questione, d'altra parte, si pone anche in rapporto al regime detentivo ordinario e, anche in tal caso, l'Italia ha riportato condanne da parte della Corte di Strasburgo (v. Contrada c. Italia, 2014).

Particolare attenzione merita, infine, il tema della salute mentale in carcere e il problema del rapporto con le REMS (Residenze per l'Esecuzione delle Misure di Sicurezza), che hanno sostituito da alcuni anni ormai gli ospedali psichiatrici giudiziari e le case di cura e di custodia. I problemi gestionali e organizzativi legati al superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari e alla costituzione delle REMS hanno avuto ripercussioni sulle condizioni degli autori di reato socialmente pericolosi che, trovandosi in lista d'attesa per entrare in una REMS, sono detenuti senza titolo in carcere. Anche in rapporto a tale problematica, che meno risalto ha avuto nel dibattito pubblico ma che è ben nota agli operatori, l'Italia è stata condannata dalla Corte di Strasburgo, per violazione degli artt. 2 e 5¹e CEDU (Sy c. Italia, 2022). Le problematiche relative alle REMS, inoltre, sono state di recente al centro di un'importante decisione della Corte costituzionale (n. 22/2022) e coinvolgono il più generale tema dei rapporti tra servizi sanitari ed esecuzione penale.

Alla luce di un quadro problematico così articolato e complesso, che coinvolge la tutela di diritti fondamentali ponendo il problema dei servizi sanitari in carcere, delle REMS, dei limiti al rinvio dell'esecuzione della pena e del ricorso a misure alternative alla detenzione per ragioni di salute, la Scuola ritiene opportuno dedicare un momento di approfondimento e riflessione tra i magistrati chiamati a occuparsi dei rapporti tra detenzione e tutela della salute. Il seminario intende realizzare, in particolare, un'occasione di conversazione/dialogo in formato di "laboratorio".

Il seminario vede la partecipazione di magistrati di sorveglianza e di pubblici ministeri dei diversi distretti di Corte di appello e di componenti della Corte di cassazione e della Procura generale presso la SC, nonché di rappresentanti del

Consiglio d'Europa, della Corte europea dei diritti dell'uomo, del Ministero giustizia, del Ministero della Salute e del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale

L'evento si inserisce nell'ambito del progetto "Laboratori Strasburgo", volto a realizzare approfondimenti tematici di tipo seminariale in relazione alle questioni controverse sull'applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della tutela dei diritti fondamentali.

Programma

21 settembre 2023

14:30 - Indirizzi di saluto e introduzione dei lavori a cura dei responsabili del corso

Giorgio Lattanzi, Presidente della Scuola superiore della magistratura

14:45 - La giurisprudenza italiana e della Corte di Strasburgo in tema di salute e condizioni di detenzione

Ne discutono:

Raffaele Sabato, Giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo

Giovanni Russo, Capo dipartimento dell'amministrazione penitenziaria

Giovanni Maria Pavarin, Presidente del Tribunale di Sorveglianza di Trieste, CONAMS

Marco Pelissero, Professore Ordinario di Diritto Penale - Università di Torino

Francesco Enrichens, Consulente dell'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali (AGENAS)

Mauro Palma, Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale

16:30 - Dibattito guidato: criticità e soluzioni

18:00 - Fine della sessione

22 settembre 2023

9:00 - Divisione dei partecipanti in tre gruppi (due coordinatori per ciascun gruppo in modo da comprendere sia il lato giurisdizione nazionale sia Strasburgo):

Gruppo a)

Coordinatori:

Lorenzo D'Ascia, *Avvocato dello Stato - Agente di Governo*
Fabio Fiorentin, *Magistrato di Sorveglianza di Venezia*

Gruppo b)

Coordinatori:

Laura Aversano, *Rappresentanza italiana presso il Consiglio d'Europa*
Marcello Bortolato, *Presidente del tribunale di sorveglianza di Firenze*

Gruppo c)

Coordinatori:

Rossana Taverna, *Ufficio II - Direzione generale degli affari giuridici e legali - Dipartimento per gli affari di giustizia*
Roberta Cossia, *Magistrato di Sorveglianza di Milano*

11:30 - Resoconto in plenaria e dibattito

12:30 - Conclusione dei lavori