

Università degli Studi Roma Tre

L'unità del diritto

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

LA TUTELA DELLA SALUTE NEI LUOGHI DI DETENZIONE

Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR

a cura di
ANTONELLA MASSARO



RomaTre-Press
2017

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

L'unità del diritto

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

4

LA TUTELA DELLA SALUTE
NEI LUOGHI DI DETENZIONE

Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR

a cura di

ANTONELLA MASSARO



Roma TrE-Press

2017

Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma TrE-Press, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

Comitato scientifico della Collana:

Paolo Alvazzi Del Frate, Paolo Benvenuti, Bruno Bises, Mario Bussoletti, Giovanni Cabras, Giandonato Caggiano, Enzo Cardi, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Renato Clarizia, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Giorgio Costantino, Antonietta Di Blase, Carlo Fantappiè, Lorenzo Fascione, Ernesto Felli, Sabino Fortunato, Aurelio Gentili, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Vincenzo Mannino, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Claudia Morviducci, Giulio Napolitano, Giampiero Proia, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Giovanni Serges, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Coordinamento editoriale:

Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Impaginazione:

Tipografia Colitti - Roma

Edizioni: Roma TrE-Press ©

Roma, giugno 2017

ISBN: 978-88-94885-23-1

<http://romatrepres.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



Immagine di copertina: Elaborazione grafica tratta dalla rappresentazione fotografica della statua *Disinganno* (di Francesco Queirolo)

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
L'unità del diritto

La collana di studi giuridici promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre assume un titolo – quello de *L'unità del diritto* – che può apparire particolarmente impegnativo perché il fenomeno giuridico riflette la complessità delle società che il diritto mira a regolare, si sviluppa intorno ad una molteplicità di articolazioni e sembra pertanto sfuggire ad una definizione in termini di unità. Anche la scienza del diritto, intesa come riflessione intorno al diritto, come forma di conoscenza che assume il diritto ad oggetto diretto e immediato di indagine, sia nella prospettiva teorica sia in quella storico-positiva relativa ad un singolo ordinamento, soffre a trovare una sua dimensione unitaria. La riflessione intorno al diritto, da qualunque punto di partenza si intenda affrontarla, ammette una pluralità di opzioni metodologiche, contempla una molteplicità di giudizi di valore, si caratterizza inevitabilmente per una pluralità di soluzioni interpretative. L'unico, generalissimo, elemento che sembra contraddistinguerla in senso unitario è dato dal suo essere rivolta alla conoscenza del diritto, dal suo carattere conoscitivo dell'esperienza giuridica complessivamente intesa, una unità, potrebbe dirsi, figlia della diversità e varietà delle scelte di metodo e del pluralismo interpretativo, ma pur sempre una unità quanto meno in questo suo nucleo irriducibile. Ed è allora questo il senso da attribuire al titolo della collana che prende l'avvio, ossia quello di dare ospitalità a contributi di studiosi diversi per formazione e interessi ma che si riconoscono tutti nella comune esigenza di indagare il fenomeno giuridico applicando con rigore il metodo prescelto, nella consapevolezza della condivisione di un patrimonio formativo e culturale idoneo a creare una adeguata coscienza di sé e sulla cui base costruire l'impegno scientifico del giurista.

In questa prospettiva, la collana si ripromette di ospitare non solo contributi scientifici di tipo monografico, raccolte di scritti collettanee, atti di convegni e seminari ma anche materiali didattici che possano proficuamente essere utilizzati nella formazione dei giovani giuristi.

La collana entra a far parte della struttura della editrice Roma *TrE-Press* che, affiancando alla tradizionale pubblicazione in volumi la pubblicazione in formato digitale on-line, consente un accesso libero ai contributi scientifici contribuendo, così, ad una nuova e più ampia diffusione del sapere giuridico.

Prof. Giovanni Serges
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università Roma Tre

Da decenni i più significativi rappresentanti della scienza del diritto penale si sono estraniati dalla vita concreta. Questa scienza ha disperso le proprie forze in battaglie infruttuose; presa nel gioco di astratte elaborazioni concettuali, essa non ha osservato quanto accadeva nel mondo esterno. Essa credeva di avere come una volta in mano le redini del comando, mentre la vita già da tempo aveva cessato di curarsi di lei. Noi non dobbiamo abbandonare l'approfondimento delle astrazioni concettuali, ma al dottrinarismo dobbiamo rinunciare.

F. von Liszt, *La teoria dello scopo nel diritto penale*,
a cura di A. Calvi, Giuffrè, 1962, 67

Il carcere [...] è come il Paese delle meraviglie, dove i legami, i rapporti, le parole, i sentimenti, il tempo, lo spazio, il giudizio, la terapia... hanno espressioni e significati che valgono solo qui, che restano sconosciuti, inimmaginabili al mondo esterno. Dico il mondo esterno, perché il carcere è un pianeta a sé, è un altro mondo, dentro e fuori dal mondo reale, un'accozzaglia di incoerenze e incongruità.

Marcello Dell'Anna, ergastolano

Quando c'è la salute, c'è tutto.

Proverbio popolare

Indice

PRESENTAZIONE

ANTONELLA MASSARO - SALUTE E SICUREZZA NEI LUOGHI DI DETENZIONE:
COORDINATE DI UN BINOMIO COMPLESSO

1. <i>Sicurezza, salute e luoghi di detenzione: considerazioni preliminari</i>	23
2. <i>L'inadeguatezza del bilanciamento quale strumento di risoluzione del conflitto tra sicurezza e salute</i>	27
3. <i>L'inafferrabile consistenza della "dignità" come nucleo incompressibile dei diritti dei soggetti privati della libertà personale</i>	29
4. <i>La dialettica tra "salute" e "sicurezza" come dialettica tra "consenso" e "coercizione"</i>	34
5. <i>Le comuni esigenze di garanzia dei soggetti ristretti: "detenuti", "internati" e "ospiti" dei CPR. Il rischio di una fuga dalla legalità</i>	39
6. <i>Una nozione sostanzialistico-funzionale di "luogo di detenzione" quale necessario completamento della nozione autonoma di "materia penale" elaborata dalla Corte di Strasburgo</i>	47
6.1. <i>La nozione autonoma di "materia penale": conseguenze nuove di un dibattito antico</i>	49
6.2. <i>L'indipendenza logico-giuridica tra la nozione autonoma di sanzione penale e quella di carcere (e dunque di esecuzione penale). Conseguenze "di disciplina" derivanti da una nozione autonoma di luogo di detenzione</i>	59
7. <i>I mille volti della "sicurezza"</i>	64
8. <i>La sicurezza penitenziaria</i>	69
8.1. <i>La distinzione tra pena minacciata, pena applicata e pena eseguita: il fuorviante monopolio del dibattito relativo agli scopi della pena e il passaggio dalla "funzione" alla "proporzione"</i>	72
8.2. <i>L'inscindibile legame tra pena eseguita e sicurezza</i>	82
8.3. <i>"Circuito penitenziario" e "trattamento penitenziario": differenziazioni all'insegna della sicurezza?</i>	86
9. <i>La salute dei detenuti in astratto: valorizzazione di una "nozione minima"</i>	94
9.1. <i>La salute dei detenuti in concreto</i>	99

SEZIONE PRIMA
DIRITTO ALLA SALUTE E CARCERE “IN SENSO STRETTO”

GIULIA CAMERA - LIBERI, DETENUTI IN CARCERE E RISTRETTI IN STRUTTURE DEDICATE: DIVERSE PROSPETTIVE DEL DIRITTO ALLA SALUTE

1. <i>La normativa sul diritto alla salute in carcere: il difficile equilibrio tra le esigenze di tutela della collettività e la salvaguardia delle condizioni psico-fisiche del detenuto</i>	103
2. <i>Il trasferimento dell'assistenza sanitaria del detenuto dal Ministero della Giustizia al Servizio Sanitario Nazionale</i>	105
2.1. <i>L'art. 11 ord. penit. e l'allineamento costituzionale del diritto alla salute del detenuto: riconoscimento di una parità sostanziale o solo formale?</i>	110
3. <i>Infermi di mente detenuti e internati in REMS</i>	117
4. <i>Madri detenute e madri in ICAM</i>	125
5. <i>Detenuti tossicodipendenti o malati di AIDS</i>	136
5.1. <i>Tossicodipendenti: soluzioni dentro e fuori le mura del carcere</i>	138
5.2. <i>AIDS e condizioni di detenzione</i>	143
6. <i>Considerazioni conclusive</i>	148

DIEGO DE GIOIELLIS - REGIME PENITENZIARIO DI RIGORE TRA ESIGENZE DI SICUREZZA E DIRITTO ALLA SALUTE

1. <i>L'origine della differenziazione trattamentale: l'art. 90 ord. penit.</i>	151
2. <i>La legge Gozzini del 1986 e il doppio binario penitenziario del 1991-1992</i>	154
3. <i>Le tre “fasi normative” del carcere duro</i>	157
4. <i>Il “carcere duro” come trattamento sproporzionato e come negazione dell'ideologia penitenziaria?</i>	162
4.1. <i>I rapporti del Comitato europeo per la prevenzione della tortura</i>	164
4.2. <i>La giurisprudenza della Corte costituzionale</i>	166
4.3. <i>La giurisprudenza della Corte EDU</i>	167
5. <i>Il “caso Provenzano”: tortura di Stato?</i>	171
6. <i>Prospettive di riforma: le proposte di legge per un carcere duro “umanizzato”</i>	173

7. <i>Considerazioni conclusive</i>	174
-------------------------------------	-----

VALERIO MEDAGLIA - IL DIRITTO DI RIFIUTARE LE CURE: LO SCIOPERO DELLA FAME DA PARTE DEL DETENUTO

1. <i>I profili problematici dello sciopero della fame da parte di un soggetto detenuto</i>	177
2. <i>La posizione di garanzia degli operatori penitenziari</i>	184
2.1. <i>Una ricostruzione alternativa: il garante come gestore di un rischio</i>	188
3. <i>Il problema della liceità dell'alimentazione forzata del detenuto in sciopero della fame</i>	190
3.1. <i>La tesi che identifica lo sciopero della fame con il suicidio</i>	191
3.2. <i>La tesi che valorizza diritto di autodeterminazione terapeutica quale risvolto negativo del diritto alla salute</i>	194
3.3. <i>La tesi che valorizza lo stato di necessità</i>	202
4. <i>Considerazioni conclusive</i>	205

FRANCESCO CECCHINI - LA TUTELA DEL DIRITTO ALLA SALUTE IN CARCERE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

1. <i>L'assenza del diritto alla salute nella CEDU e la sua tutela "indiretta" tramite l'interpretazione evolutiva della Corte: mancanza di un «nucleo irriducibile del diritto»</i>	207
2. <i>Il divieto di tortura e pene o trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU) tra assolutezza, soglia minima di gravità e onus probandi</i>	218
3. <i>L'inversione del rapporto tra "dover essere normativo" ed "essere applicativo"</i>	228
4. <i>Obblighi degli Stati di assicurare health and well-being dei detenuti</i>	229
4.1. <i>L'apprestamento di cure mediche adeguate e tempestive</i>	232
4.2. <i>Compatibilità dello stato di salute con le condizioni "normali" di detenzione</i>	237
4.3. <i>Condizioni igienico-sanitarie in carcere</i>	240
4.4. <i>Detenzione e mental health</i>	242
4.5. <i>Trattamenti medici arbitrari e sciopero della fame</i>	245
5. <i>I rimedi alla violazione dell'art. 3 CEDU nell'Italia post-Torreggiani (cenni): una (ennesima) rinuncia ai tradizionali principi del nostro sistema?</i>	247
6. <i>(Tentativo di) Conclusioni: la ricostruzione del "dover essere normativo" convenzionale</i>	252

SEZIONE SECONDA
DIRITTO ALLA SALUTE E RICOVERO IN OSPEDALE PSICHIATRICO GIUDIZIARIO

ALESSANDRO LAURITO - LE REMS E LA SFIDA DEL NUOVO MODELLO
TERAPEUTICO-RIABILITATIVO NEL TRATTAMENTO DEL FOLLE REO

1. *La disciplina delle misure di sicurezza detentive alla luce della l. n. 81 del 2014 e della sentenza della Corte costituzionale n. 186 del 2015* 257
 - 1.1. *La fissazione di un termine massimo di durata delle misure di sicurezza detentive* 258
 - 1.2. *La limitazione dei parametri su cui fondare il giudizio di pericolosità sociale per infermi e seminfermi di mente* 265
2. *Il passaggio da OPG e CCC a REMS. La complessa vicenda normativa: da una colpevole inerzia ad un'impreparata (ma non più procrastinabile) riforma. Lo stato attuale delle REMS* 275
 - 2.1. *Sanitarizzazione e territorializzazione al banco di prova. Il reclamo ex art. 35-bis l. n. 354 del 1975* 285
 - 2.2. *La custodia del folle reo: quale ruolo nelle REMS? "Incognito sconosciuto": i casi-limite di infermità psichica. L'esperienza del "Club S.P.D.C. aperti no restraint"* 292
3. *Il confine fra cura e contenzione chimica: profili di (il)liceità della contenzione* 296

LORENZO BRIZI - DALLO PSICHIATRA "MEDICO-TERAPEUTA" ALLO PSICHIATRA
"MEDICO-DIRETTORE": FORME E MODELLI DI RESPONSABILITÀ PENALE NEL
NUOVO VOLTO DELLE REMS

1. *Premessa* 301
2. *Dal camice alla toga. Gli aspetti peculiari dell'attività medico-psichiatrica e gli "effetti riflessi" sul piano del giudizio di responsabilità penale* 303
3. *La responsabilità penale del medico-psichiatra. Considerazioni introduttive* 305
4. *La posizione di garanzia del medico-psichiatra nelle ricostruzioni proposte. La valorizzazione della disciplina normativa tra discrasie interpretative e ossimori valutativi* 309
 - 4.1. *Il "ruolo" del consenso del "folle reo" nella perimetrazione della posizione di garanzia del medico-psichiatra* 312
 - 4.2. *"Lo sguardo altrove". La posizione di garanzia del medico-psichiatra valorizzata*

<i>attraverso il richiamo alla tutela (costituzionale) della salute</i>	316
5. <i>Dallo psichiatra “medico-terapeuta” allo psichiatra “medico-direttore”; dal giudice-terapeuta allo psichiatra organo di giustizia. Eterogenesi di fini e di ruoli nel “nuovo volto” delle REMS</i>	320
5.1. <i>Verso una responsabilità “multilivello”. La responsabilità penale dello psichiatra in qualità di “medico-direttore”</i>	322
5.2. <i>La responsabilità penale dello psichiatra in qualità di “medico-terapeuta”</i>	326
6. <i>L’omissione colposa in psichiatria. Brevi riflessioni sull’epilogo di un nuovo inizio</i>	327

ANNAELENA MENCARELLI - LE MISURE DI SICUREZZA DETENTIVE AL VAGLIO DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO

1. <i>La valorizzazione della difesa sociale (anche) a discapito del diritto alla salute del singolo</i>	333
2. <i>La Sicherungsverwahrung nel sistema sanzionatorio tedesco del doppio binario</i>	337
2.1. <i>La Sicherungsverwahrung innanzi alla Corte europea dei diritti dell’uomo. Il caso M. v. Germany</i>	339
2.1.1. <i>Il contrasto della Sicherungsverwahrung con l’art. 5 § 1 lett. a) CEDU: da un diritto penale del fatto a un diritto penale dell’autore</i>	341
2.1.2. <i>La violazione dell’art. 7 CEDU e il concetto di pena in senso sostanziale</i>	342
2.1.3. <i>La nuova serie di pronunce della Corte di Strasburgo sulla Sicherungsverwahrung</i>	344
2.2. <i>La riforma della custodia di sicurezza del 2010 e le resistenze del Bundesverfassungsgericht nel controllo dell’autore pericoloso</i>	346
3. <i>Le esigenze di difesa sociale in un sistema a base “monistica”. L’esperienza francese</i>	348
3.1. <i>Il Conseil Constitutionnel sull’irretroattività delle misure introdotte dalla riforma del 2008</i>	350
3.2. <i>Il caso Berland v. France e il rispetto dell’art. 7 CEDU nell’applicazione retroattiva delle nuove misure introdotte dalla riforma del 2008 nei confronti dell’autore non imputabile</i>	352
4. <i>Considerazioni conclusive: il doppio binario nel giusto bilanciamento tra “cura” e “custodia” del reo</i>	354

SEZIONE TERZA
DIRITTO ALLA SALUTE E TRATTENIMENTO DEGLI STRANIERI IRREGOLARI

PIERGIOGIO GUALTIERI - IL TRATTENIMENTO DELLO STRANIERO NEL PRISMA
SANZIONATORIO ITALIANO

1. <i>Premessa. Il trattenimento dello straniero nel sistema normativo italiano</i>	361
2. <i>Dalla funzione alla...funzione. Per una definizione formale, ateleologica, del concetto di sanzione giuridica</i>	372
2.1. <i>Natura giuridica del trattenimento dello straniero nei CPR. Il processo cautelare come processo di natura sanzionatoria</i>	390
3. <i>Il Cappellaio e Alice: ovvero della Costituzione e dei processi cameral-sommari di natura contenziosa</i>	395
3.1. <i>Critica ai Patres sulla apoliticità dell'interpretazione. Humpty Dumpty, diritto alla salute e giudice della convalida</i>	401
4. <i>Note sparse su Hotspot e migranti</i>	412

LUDOVICA ALFANI - IL DIRITTO ALLA SALUTE DEGLI STRANIERI: UN DIFFICILE
EQUILIBRIO TRA DIRITTO ALLA CURA, PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE
ED ESIGENZE DI SICUREZZA

1. <i>Considerazioni introduttive</i>	423
2. <i>Lo status costituzionale dello straniero</i>	424
2.1. <i>Le proposte di ricostruzione sistematica</i>	426
2.2. <i>L'orientamento della giurisprudenza costituzionale</i>	428
3. <i>Il diritto alla salute nella Costituzione italiana come diritto fondamentale della persona</i>	433
4. <i>La normativa nazionale in materia di assistenza sanitaria agli stranieri</i>	437
4.1. <i>L'art. 34 del d.lgs. n. 286 del 1998: assistenza per gli stranieri iscritti al Servizio sanitario nazionale</i>	439
4.2. <i>L'art. 35 del d.lgs. n. 286 del 1998: assistenza per gli stranieri non iscritti al Servizio sanitario nazionale</i>	441
5. <i>La prospettiva della sicurezza e dell'ordine pubblico. L'assistenza sanitaria</i>	

<i>all'interno dei "nuovi" CPR.</i>	446
5.1. <i>La responsabilità penale per omissione del gestore del CPR.</i>	454
6. <i>L'inespellibilità dello straniero bisognoso di cure</i>	457
7. <i>Considerazioni conclusive</i>	459

SUSANNA DIFRANCESCO - LA DETENZIONE DELLO STRANIERO IRREGOLARE
TRA DISCIPLINA SOVRANAZIONALE E GIURISPRUDENZA EUROPEA

1. <i>Il fenomeno migratorio nel contesto europeo: quali diritti per gli stranieri irregolari?</i>	463
2. <i>Lo status di straniero</i>	466
3. <i>La normativa europea in materia di accoglienza dello straniero irregolare</i>	469
4. <i>La tutela dello straniero nell'ordinamento italiano</i>	477
4.1. <i>Lo straniero irregolare nell'ordinamento italiano: accoglienza o detenzione?</i>	482
4.2. <i>Le incompatibilità ontologiche tra la disciplina nazionale e quella europea</i>	488
4.3 <i>I centri di accoglienza italiani al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo</i>	491
5. <i>Il diritto alla salute dello straniero irregolare nella giurisprudenza europea</i>	499
6. <i>L'accoglienza in Europa: criticità e 'deficienze sistemiche'</i>	505
7. <i>Considerazione conclusive</i>	518

Elenco Abbreviazioni

AJ pénal	Actualité Juridique Pénal
Ann. intern. justice const.	Annuaire international de justice constitutionnelle
Antigone	Antigone. Quadrimestrale di critica del sistema penale e penitenziario
Arch. pen.	Archivio penale
Arch. pen. web	Archivio penale web
Ars Interpretandi	Ars Interpretandi. Rivista di ermeneutica giuridica
Cass. pen.	Cassazione penale
Contr. impr.	Contratto e impresa
Corr. giur.	Corriere giuridico
Corr. mer.	Corriere del merito
Corr. trib.	Corriere tributario
Criminalia	Criminalia. Annuario di scienze penalistiche
Crit. dir.	Critica del diritto
Crit. pen.	Critica penale e medicina legale
Dem. dir.	Democrazia e diritto
Dir. um. dir. int.	Diritti umani e diritto internazionale
D&G	Diritto & Giustizia
Dir. quest. pubbl.	Diritto & Questioni pubbliche
Dir. imm. citt.	Diritto, immigrazione e cittadinanza
Dir. pen. cont. - Riv. Trim.	Diritto Penale Contemporaneo – Rivista trimestrale
Dir. pubbl.	Diritto pubblico
Dig. disc. pen.	Digesto Discipline penalistiche
Dig. disc. pubbl.	Digesto Discipline pubblicistiche
Dir. fam.	Diritto di famiglia e delle persone (II)
Dir. pen. proc.	Diritto penale e processo
Dir. publ. comp. eur.	Diritto Pubblico comparato ed europeo
Dir. soc.	Diritto e società
Dir. um. dir. intern.	Diritti umani e diritto internazionale
Dir. un. eur.	Il Diritto dell'Unione Europea
Diz. crit. dir.	Dizionario critico del diritto
Diz. dir. pubbl.	Dizionario di diritto pubblico
Enc. dir.	Enciclopedia del diritto
Enc. giur.	Enciclopedia giuridica Treccani
Etica&Politica	Etica & Politica. Rivista di filosofia
Eur. JIL	European Journal of International Law
EJML	European Journal of Migration and Law
Fam. dir.	Famiglia e diritto
Federalismi.it	Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo
Foro it.	Foro italiano
Forumcostituzionale.it	Forum di Quaderni Costituzionale Rassegna

GA	Archiv für Strafrecht, begründet von Goldammer
Giorn. it. psicopat.	Giornale italiano di psicopatologia
Giur. cost.	Giurisprudenza costituzionale
Giur. it.	Giurisprudenza italiana
Giur. cost.	Giurisprudenza costituzionale
Giur. mer.	Giurisprudenza di merito
Giust. pen.	Giustizia penale (La)
Guida dir.	Guida al diritto
HRRS	HRR-Strafrecht.de
Ind. pen.	Indice penale
Il sole 24 ore	Il sole 24 ore
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristischen Zeitung
Jus	Jus
Jus17@unibo.it	Jus17@unibo.it
Leg. pen.	La legislazione penale
Mat. stor. cult. giur.	Materiali per una storia della cultura giuridica
Med&Droit	Médecine & Droit
Noviss. Dig. it.	Novissimo digesto italiano
Nuova giur. civ. comm.	Nuova giurisprudenza civile commentata
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nóos	Nóos. Aggiornamenti in psichiatria
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
Nuova rass.	Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza
PAS	Proceedings of the Aristotelian Society
Philos. Compass	Philosophy Compass
Pol. dir.	Politica del diritto
Proc. pen. giust.	Processo penale e giustizia
Quad. cost.	Quaderni costituzionali. Rivista italiana di diritto costituzionale
Quaderni fiorentini	Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno
Quaderni ISSP	Quaderni dell'Istituto Superiore di Studi Penitenziari
Quest. giust.	Questione giustizia
Rag. prat.	Ragion pratica
Rass. dir. pub. eur.	Rassegna di diritto pubblico europeo
Rass. parl.	Rassegna parlamentare
Rass. penit. crim.	Rassegna penitenziaria e criminologica
Resp. civ.	Responsabilità civile (La)
Resp. civ. prev.	Responsabilità civile e previdenza
Rev. pénit. dr. pén.	Revue pénitentiaire et de droit pénal
Rev. sc. crim. dr. pén. comp.	Revue de science criminelle et droit pénal comparé
Ristretti.org	Ristretti Orizzonti
Rivistaaic.it	Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti
Rivistaoidu.net	Rivista OIDU (Ordine Internazionale e diritti umani)
Riv. crimin. vittim. e sicurezza	Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza
Riv. crit. dir. priv.	Rivista critica del diritto privato

Riv. dir. civ.	Rivista di diritto civile
Riv. dir. intern.	Rivista di diritto internazionale
Riv. dir. proc.	Rivista di diritto processuale
Riv. dir. proc. civ.	Rivista di diritto processuale civile
Riv. dir. sic. soc.	Rivista del diritto della sicurezza sociale
Riv. int. filos. dir.	Rivista internazionale di filosofia del diritto
Riv. it. dir. proc. pen.	Rivista italiana di diritto e procedura penale
Riv. it. dir. pubbl. comun.	Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
Riv. it. med. leg.	Rivista italiana di medicina legale e del diritto in ambito sanitario
Riv. it. sc. giur.	Rivista italiana per le scienze giuridiche
Riv. sperim. fren.	Rivista sperimentale di freniatria
Riv. trim. dir. pen. econom.	Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia
Riv. trim. dir. pubbl.	Rivista trimestrale di diritto pubblico
Riv. trim. dir. proc. civ.	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
San. pubbl.	Sanità pubblica
Sestante	Sestante
Studi int. eur. o SIE	Studi sull'integrazione europea
Studi quest. crim.	Studi sulla questione criminale
Studium iuris	Studium iuris
ZStW	Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft

Citazione della Giurisprudenza

Quando non diversamente indicato, la giurisprudenza citata nel volume deve intendersi reperita sui seguenti siti, liberamente accessibili:

Sentenze della Corte costituzionale: www.cortecostituzionale.it

Sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea: www.curia.europa.eu

Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo: www.hudoc.echr.coe.int

Sentenze del Bundesverfassungsgericht: <http://www.bundesverfassungsgericht.de>

Presentazione

Le ragioni che ispirano questo volume sono in parte “oggettive” e in parte “soggettive”.

Sul piano oggettivo, l'intento era quello di realizzare un'indagine unitaria relativa ai “luoghi di detenzione”, intesi come le istituzioni totali cui si accede coattivamente e nelle quali si è sottoposti a limitazioni forzose della libertà personale: il riferimento è dunque non solo al carcere “in senso stretto”, ma anche alle Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS) e ai Centri di detenzione degli stranieri irregolari, già Centri di identificazione di espulsione (CIE) e rinominati Centri di permanenza per i rimpatri (CPR) dal d.l. n. 13 del 2017, convertito dalla l. n. 49 del 2017.

Nel tentativo di individuare un filo rosso agevolmente riconoscibile nell'imperscrutabile groviglio di acronimi ai quali si affida spesso il linguaggio degli addetti ai lavori, la scelta è caduta sulla tutela del diritto alla salute del soggetto ristretto, che pare possa funzionare da cartina di tornasole piuttosto sensibile rispetto alle più ampie disfunzioni di sistema.

È innegabile che solo ascoltando le “voci di dentro”, intese come quelle dei detenuti ma anche e soprattutto degli operatori, sia possibile ottenere una visione a campo largo che consenta di elaborare una *pars construens* edificata su basi sufficientemente solide. Ciò nondimeno, un'indagine “teorica” sembra possa conservare una propria utilità. In primo luogo per la fiducia, necessaria in chi prova a far il nostro “mestiere”, nel fatto che nulla sia più pratico di una buona teoria¹ o, se si vuole, che lo scopo della dogmatica giuridica non possa essere che pratico, perché il diritto è fatto esclusivamente per la pratica². In secondo luogo perché si ha spesso l'impressione che «i più significativi rappresentanti della scienza del diritto penale si sono estraniati dalla vita concreta. Questa scienza ha disperso le proprie forze in battaglie infruttuose; presa nel gioco di astratte elaborazioni concettuali, essa non ha osservato quanto accadeva nel mondo esterno. Essa credeva di avere come una volta in mano le redini del comando, mentre la vita già da tempo aveva cessato di curarsi di lei. Noi non dobbiamo abbandonare l'approfondimento delle astrazioni concettuali, ma al dottrinarismo dobbiamo rinunciare»³. Le parole di Franz von Liszt, sia pur decontestualizzate “ad

¹ K. LEWIN, *Field Theory in Social Science: Selected Theoretical Papers*, New York, 1952, 169.

² V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V ed. aggiornata da P. Nuvolone, G.D. Pisapia, I, Torino, 1981, 5.

³ F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, a cura di A. Calvi, Giuffrè, 1962, 67.

arte”, sembrano sintetizzare il senso di molte (pur raffinate) ricostruzioni che, indulgiando sul fondamento ontologico e teleologico della sanzione penale e/o incamminandosi lungo i tanto affascinanti quanto ardui sentieri della filosofia della pena, hanno rischiato di perdere di vista le questioni relative alla fase esecutiva e di non mettere a fuoco, magari a mero fine di denuncia, la disumana condizione dei detenuti-persone.

Una solida “ricognizione normativa” rappresenta la prima tappa, ineludibile anche se da sola non sufficiente, di un’indagine che intenda verificare lo “stato di salute” dei diritti fondamentali di soggetti sottoposti a limitazioni della propria libertà personale. Il costituzionalismo moderno, del resto, si fonda sul presupposto per cui i diritti fondamentali funzionino non solo come limiti morali all’esercizio del potere politico, ma costituiscano parte integrante del diritto positivo e, in quanto tali, siano assistiti da specifiche garanzie di natura giuridica⁴. Si tratta di verificare, in altri termini, se e fino a che punto l’ordinamento giuridico non solo riconosca i diritti fondamentali in modo “efficace”, ma appresti anche i necessari strumenti per rendere “effettiva” la loro tutela.

Muovendo dalla necessaria distinzione tra il piano del “dover essere normativo” e quello dell’ “essere applicativo”, si rende dunque necessaria in primo luogo una lettura sistematica dell’ordinamento, al fine di verificare quali siano gli “strumenti di effettività” già compiutamente predisposti dal diritto positivo. Qualora *de iure condito* sia ravvisabile un soddisfacente strumentario di garanzie, è evidente come la prospettiva *de iure condendo* debba indirizzarsi a valle, alla rimozione degli ostacoli che rendano difficoltosa l’attuazione di quei rimedi: dal sovraffollamento ai *deficit* logistici delle strutture penitenziarie, dalla inadeguata formazione professionale e culturale degli operatori penitenziari allo scarso raccordo con il “tessuto sociale” extramurario.

Nel caso in cui, per contro, sia dato ravvisare già “a monte” vere e proprie lacune normative in tema di tutela dei diritti fondamentali, l’opera del legislatore deve rivolgersi alla costruzione di un tessuto normativo “efficace” e dotato dei necessari presupposti per divenire anche “effettivo”.

Resta dunque fondamentale, per dir così, chiarire sempre (e preliminarmente) se a venire in considerazione è un “diritto che si ha” o “un diritto che si vorrebbe avere”⁵.

La difficoltà che un giurista “positivo” incontra nel confronto con temi di questo tipo risiede anche nella necessità di maneggiare concetti

⁴ G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, 7.

⁵ La distinzione è presa a prestito da N. BOBBIO, *Sul fondamento dei diritti dell’uomo*, in ID., *L’età dei diritti*, Torino, 1997, 5.

di carattere talmente generale (sicurezza, salute, dignità) da dissolversi nelle maglie dell'indeterminatezza e da richiedere, in maniera a volte solo implicita, un'opzione assiologica che ne consenta il funzionamento.

Senza contare la sempre più significativa proiezione dell'ordinamento italiano in una prospettiva sovranazionale o, detto altrimenti, in un sistema delle fonti ormai poliedrico e labirintico⁶: questa è la ragione che ha suggerito di inserire in ciascuna sezione del volume un contributo appositamente dedicato alla giurisprudenza "europea", con particolare riguardo a quella di Strasburgo. Se, tuttavia, la sentenza *Torreggiani* ha senza dubbio segnato uno spartiacque decisivo, tanto da un punto di vista giuridico quanto da un punto di vista politico, sarebbe illusorio ritenere che la Corte EDU funzioni sempre e comunque da taumaturgico *deus ex machina*, capace di risolvere le trame più intricate e di assicurare in ogni caso il lieto fine della storia. L'atteggiamento di cautela mostrato dai giudici di Strasburgo nei confronti del sistema di trattenimento degli stranieri irregolari, ma anche (e forse soprattutto) la cortina di prudenza frapposta tra il regime speciale di detenzione previsto dall'art. 41-*bis* ord. pen. (il famoso e famigerato carcere duro) e i diritti fondamentali del detenuto, evidenziano inequivocabilmente la portata "politica" di certe questioni: lo sfondo inespresso è quello della ragion di Stato, rispetto alla quale la pur generosa coperta della "dignità umana" rischia a volte di rivelarsi troppo corta.

Ho fatto cenno anche a una ragione di tipo soggettivo che sta alla base di questo volume.

Tutti gli Autori, compresa me che mi sono anche assunta l'onere e l'onore di coordinare il nostro lavoro, si sono laureati presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi "Roma Tre", perfezionando nello stesso Dipartimento la propria formazione giuridica attraverso il Dottorato (già *Scuola Dottorale Tullio Ascarelli*, ora *Dottorato in Discipline giuridiche*) e/o la *Scuola di specializzazione per le professioni legali*.

Tutti noi, infine, abbiamo avuto come relatore della nostra tesi di laurea e/o di dottorato il Prof. Mario Trapani, che rappresenta l'autentico comun denominatore degli eterogenei contributi raccolti in questo volume e al quale va il nostro doveroso e sentito ringraziamento.

Io, per ragioni anagrafiche, ho avuto modo di conoscere ciascuno degli Autori quando, con qualche incertezza ma con incrollabile entusiasmo, si accingevano alla scrittura della propria tesi di laurea. A ognuno di loro mi

⁶ V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

legano ricordi che, messi insieme, contribuiscono a delineare la mia storia, non solo professionale, degli ultimi anni: la birra per festeggiare i “nostri primi esami” (Alessandro), una passeggiata nella Foresta Nera (Annaelena), un convegno salvato all’ultimo minuto e la pazienza di ascoltarmi quando ne avevo bisogno (Diego), la capacità di aiutarmi a razionalizzare e relativizzare (Francesco), il *garage* del Dipartimento che di sera chiude sempre troppo puntuale (Giulia), un plico recapitato quando io non potevo farlo (Lorenzo), una tesi con *Immer geradeaus* nel posto solitamente riservato alle citazioni dei filosofi (Ludovica), l’aiuto risolutivo quando mi ero smarrita nella selva oscura della depenalizzazione “cieca” (Piergiorgio), una tesi con il mio nome in copertina (Susanna), una tesi corretta da Friburgo e la sicurezza che “questo ragazzo farà strada” (Valerio).

Al dott. Lorenzo Brizi e al dott. Francesco Cecchini va un ringraziamento ulteriore, per il prezioso aiuto offertomi nella revisione complessiva del volume.

Come si è soliti dire, quel che di buono c’è in questo lavoro è merito loro. Eventuali lacune o imperfezioni devono invece attribuirsi unicamente a me.

Ringrazio infine il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi “Roma Tre”, nella persona del suo attuale Direttore, il Prof. Giovanni Serges, per aver consentito al nostro lavoro di collocarsi in una sede editoriale tanto prestigiosa.

Antonella Massaro

Antonella Massaro

*Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione:
coordinate di un binomio complesso*

SOMMARIO: 1. Sicurezza, salute e luoghi di detenzione: considerazioni preliminari – 2. L'inadeguatezza del bilanciamento quale strumento di risoluzione del conflitto tra sicurezza e salute – 3. L'inafferrabile consistenza della "dignità" come nucleo incompressibile dei diritti dei soggetti privati della libertà personale – 4. La dialettica tra "salute" e "sicurezza" come dialettica tra "consenso" e "coercizione" – 5. Le comuni esigenze di garanzia dei soggetti ristretti: "detenuti", "internati" e "ospiti" dei CPR. Il rischio di una fuga dalla legalità – 6. Una nozione sostanzialistico-funzionale di "luogo di detenzione" quale necessario completamento della nozione autonoma di "materia penale" elaborata dalla Corte di Strasburgo – 6.1. La nozione autonoma di "materia penale": conseguenze nuove di un dibattito antico – 6.2. L'indipendenza logico-giuridica tra la nozione autonoma di sanzione penale e quella di carcere (e dunque di esecuzione penale). Conseguenze "di disciplina" derivanti da una nozione autonoma di luogo di detenzione – 7. I mille volti della "sicurezza" – 8. La sicurezza penitenziaria – 8.1. La distinzione tra pena minacciata, pena applicata e pena eseguita: il fuorviante monopolio del dibattito relativo agli scopi della pena e il passaggio dalla "funzione" alla "proporzione" – 8.2. L'inscindibile legame tra pena eseguita e sicurezza – 8.3. "Circuito penitenziario" e "trattamento penitenziario": differenziazioni all'insegna della sicurezza? – 9. La salute dei detenuti in astratto: valorizzazione di una "nozione minima" – 9.1. La salute dei detenuti in concreto.

1. *Sicurezza, salute e luoghi di detenzione: considerazioni preliminari*

Il binomio tra "salute" e "sicurezza" nei luoghi di detenzione si sviluppa secondo una trama di relazioni indubbiamente intricata e complessa, alla quale fa da sfondo l'impressione di confrontarsi con categorie talmente generali da dissolversi nelle maglie dell'indeterminatezza, offrendo una copertura concettuale e sistematica rassicurante solo in apparenza. La sicurezza, la dignità e la salute, in effetti, individuano concetti perennemente in bilico tra la consistenza di principi e/o valori capaci (solo) di orientare la penna del legislatore e quella di diritti suscettibili (anche) di ottenere una tutela di tipo giurisdizionale. Una preventiva messa a fuoco dei tasselli

che dovrebbero comporre il mosaico dei “diritti dei soggetti sottoposti a limitazioni coattive della libertà personale”¹, dunque, consente di individuare le criticità relative all’assetto complessivo del quadro di tutela.

A venire in considerazione è anzitutto la valenza proteiforme assunta dal concetto di sicurezza: si tratta di un volto capace di indossare molteplici ed eterogenee maschere, per quanto le stesse insistano sul comune substrato della “eccezione rispetto alla regola”. Con particolare riguardo al settore penitenziario, l’esigenza diviene quella di individuare i presupposti e i limiti della disciplina derogatoria veicolata dal volano della sicurezza, specie quando necessario assicurare la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti ristretti².

Il carattere “eccezionale” della sicurezza penitenziaria, pare opportuno precisarlo fin da ora, può svilupparsi in una duplice direzione. Da un lato una limitazione coattivamente imposta della libertà personale comporta, in maniera strutturale, l’applicazione di un regime complessivamente derogatorio rispetto a quello cui fanno riferimento i soggetti liberi; dall’altro lato, all’interno del medesimo orizzonte detentivo, già di per sé “eccezionale”, possono emergere regimi ulteriormente derogatori, modulati, almeno in certi casi, assecondando la diversa intensità delle esigenze di sicurezza³.

Un’ulteriore questione “pregiudiziale” attiene al concetto di “luogo di detenzione”. Sebbene infatti la dialettica tra sicurezza e diritti fondamentali in riferimento a soggetti detenuti sia stata tradizionalmente esaminata volgendo lo sguardo al “carcere in senso stretto”, si tratta di tematiche che interessano tutti i soggetti sottoposti per un periodo prolungato a limitazioni coattive

¹ Cfr. la distinzione proposta dalla giurisprudenza della Corte EDU tra il concetto di “privazione” della libertà personale e quello di “restrizione” della stessa, rappresentando la prima una forma di grado e intensità maggiori rispetto alla seconda: S. LONGO, F. ZACCHÈ, *Art. 5. Diritto alla libertà e alla sicurezza*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubetis, F. Viganò, Torino, 2016, 98; Corte EDU, 15 gennaio 2015, *Lolayev c. Russia*, § 99. Il riferimento terminologico alla “limitazione” o, secondo la terminologia impiegata dall’art. 13 Cost., alla “restrizione”, anziché alla “privazione” sembra tuttavia preferibile in quanto, stando alle premesse ormai consolidate da cui muove la giurisprudenza costituzionale, persino la pena detentiva non può giungere ad annullare del tutto la libertà personale del soggetto, che conserva pur sempre un ultimo e intangibile “residuo di libertà” (*infra*, § successivo). V. tuttavia il titolo della legge n. 354 del 1975: «Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà».

² Per la ricerca del complesso equilibrio tra diritti fondamentali dei detenuti ed esigenze di sicurezza, in particolare, M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 6 ss.

³ I profili generali relativi alla differenziazione nell’esecuzione della pena detentiva per ragioni umanitarie o di cura (tossicodipendenti o alcooldipendenti) o per ragioni di sicurezza sono chiaramente evidenziati R. BARTOLI, *Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena, carcere (appunti “sistematici” per una riforma “mirata” del sistema sanzionatorio)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2013, 724 ss.

della propria libertà personale.

Si rende dunque necessario proiettare le problematiche relative alla tutela della salute di soggetti “detenuti” in un orizzonte più ampio di quello carcerario in senso stretto, che si estenda anzitutto alla contigua popolazione degli internati, sottoposti alla misura di sicurezza dell’ospedale psichiatrico giudiziario e quindi “ricoverati” nelle nuove Residenze per l’esecuzione delle misure di sicurezza (REMS), ma che prenda in considerazione anche le sfuggenti questioni relative alla c.d. detenzione amministrativa degli stranieri irregolari, ancora relegate in una sorta di nebuloso limbo normativo⁴: il d.l. n. 13 del 2017 (c.d. d.l. Minniti, convertito dalla l. n. 46 del 2017), che, tra l’altro, ha modificato la denominazione dei Centri di identificazione e di espulsione (CIE) in quella di Centri di permanenza per i rimpatri (CPR) e che ha provveduto ad una presa d’atto dell’esistenza dei “punti di crisi” (*Hotspot*) allestiti per le esigenze di soccorso, di prima assistenza e di identificazione, non pare in effetti aver superato le più evidenti criticità che caratterizzavano il sistema precedente⁵.

Anche sul versante del diritto alla salute, infine, la delimitazione dell’“oggetto del contendere” non si rivela certo un’operazione agevole. Il concetto di salute e, in maniera perfettamente simmetrica, quello di malattia, hanno assunto negli ultimi decenni una valenza tanto ampia quanto ondivaga, giungendo a identificarsi con il generale benessere dell’individuo. Il dibattito *de quo*, collocato nel delicato crocevia tra diritto, medicina e medicina legale, ha interessato solo marginalmente le questioni relative alla “salute in carcere”: in questo contesto parrebbe che l’esigenza resti quella di una tutela della salute intesa nella sua accezione minima di assenza di malattia, concetto che, a sua volta, si risolve spesso in un paradigma meramente organicistico. L’impressione, detto altrimenti, è quella per cui la nozione di salute e la tutela apprestata al corrispondente diritto continuano a viaggiare su un doppio binario, a seconda che si riferiscano a soggetti liberi o a soggetti sottoposti a limitazioni della libertà personale. L’esito in questione, se risultasse confermato, potrebbe mostrare profili di criticità, specie muovendo dalla premessa per cui la salute rappresenti un diritto fondamentale

⁴ Sufficiente per ora il riferimento a R. BARTOLI, *Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena*, cit., 715: «Il concetto di pena detentiva che adotterò sarà molto ampio, vale a dire farò riferimento ad ogni strumento che, comunque qualificato, comporta la restrizione della libertà in una struttura “totale”: in sostanza, non solo pena detentiva in senso stretto, vale a dire carcere, ma anche detenzione c.d. amministrativa».

⁵ Si rinvia sin d’ora a L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del decreto Minniti*, in *Penalecontemporaneo.it*, 10 marzo 2017.

della persona, che, legato a filo doppio all'architrave della dignità umana⁶, non dovrebbe ammettere modulazioni legate allo *status* del singolo e/o a pretese esigenze di sicurezza⁷. La salute, anzi, svolge una funzione di limite in ogni situazione di restrizione della libertà personale, come si ricava dalla lettura congiunta degli artt. 32 Cost., 27, terzo comma Cost. e 3 CEDU⁸, sebbene non si possano ovviamente trascurare gli orientamenti più recenti volti a un ridimensionamento del carattere "assoluto" del diritto alla salute, che, se può cedere a fronte di interessi *lato sensu* economici, *a fortiori* potrebbe soccombere sotto la scure della sicurezza⁹.

Anche a voler accettare, infine, la premessa per cui l'inviolabilità di un diritto si "trasforma" per il detenuto nella garanzia di un "contenuto minimo"

⁶ Valga per tutti il riferimento al fascicolo 31, intitolato *Right to Health*, inserito nella serie *Human Rights Fact Sheet* realizzata dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani e dall'Ufficio delle Nazioni Unite di Ginevra, consultabile sul sito *www.obchr.org*: «The right to health is a fundamental part of our human rights and of our understanding of a life in dignity».

⁷ V. al riguardo Cass., Sez. I pen., 1 ottobre 2014, n. 39788, in *Dir. pen. proc.*, 5/2016, 664 ss., con nota critica di S. BELLINO, *Il difficile rapporto tra diritto alla salute e restrizione carceraria*.

⁸ T. PADOVANI, *L'ospedale psichiatrico giudiziario e la tutela costituzionale della salute*, in *Tutela della salute e diritto privato*, a cura di D. Busnelli, U. Breccia, Milano, 1978, 237-238.

⁹ Il riferimento è ovviamente a Corte cost., 9 aprile 2013, n. 85, § 9 del *Considerato in diritto* (caso Ilva). Nell'impossibilità di dar conto della letteratura sul punto, si ritiene preferibile lasciar parlare direttamente la sentenza: «non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo «fondamentale», contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un «carattere preminente» del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come «valori primari» (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una «rigida» gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come «primari» dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale». Sul caso Ilva, per tutti, D. PULITANÒ, *Giudici tarantini e Corte costituzionale davanti alla prima legge ILVA*, in *Giur. cost.*, 3/2013, 1498 ss. e V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente*, ivi, 1494 ss. Cfr. anche V. DURANTE, *La salute come diritto della persona*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Milano, 2011, 592, il quale, muovendo da una distinzione tra dignità e salute, ammette che la prima possa considerarsi "assoluta", mentre la seconda ben potrebbe risultare coinvolta in un giudizio di bilanciamento con altri valori fondamentali.

dei singoli diritti personali¹⁰, sembrerebbe che la salute rappresenti essa stessa un contenuto minimo, intangibile e incomprimibile anche se il suo titolare è un soggetto *in vinculis*.

2. L'inadeguatezza del bilanciamento quale strumento di risoluzione del conflitto tra sicurezza e salute

Sicurezza da una parte. Diritti dei soggetti privati della libertà personale dall'altra parte. Proprio muovendo dal binomio in questione, la tentazione potrebbe essere quella di impostare i rapporti tra la sicurezza e i diritti dei detenuti, con particolare riguardo a quello alla salute, nei termini di un conflitto tra diritti (o principi) fondamentali, da risolversi affidandosi anzitutto al rimedio del bilanciamento¹¹, inteso non solo quale strumento nelle mani del giudice, ma anche, a monte, in quelle del legislatore.

Percorrendo questo sentiero si verrebbe a una sorta di "scontro tra titani", nel senso che sui piatti della bilancia si troverebbero collocati due diritti-principi dotati di una forza di resistenza particolarmente significativa: l'uno (la sicurezza) proiettato in una dimensione collettiva e l'altro (la salute, direttamente riconducibile alla dignità umana) dotato di una consistenza eminentemente individuale, sia pur nella sua polimorfa natura di diritto anche sociale¹². Se la sicurezza si trova a volte qualificata come "condizione di esistenza" della società civile¹³, lo stesso potrebbe dirsi della salute assumendo come prospettiva quella del singolo individuo¹⁴.

L'adeguatezza del giudizio di bilanciamento come strumento cui ricorrere

¹⁰ C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, 2002, 9-10 ss.

¹¹ Si rinvia sul punto, anche per la sostanziale assimilazione tra il bilanciamento tra diritti e quello tra principi, a G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica&Politica*, 1/2006, 1 ss.

¹² G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali*, cit., 20 distingue tre tipologie di conflitti tra diritti fondamentali. La prima è quella data dalla concorrenza di soggetti diversi nel godimento dello stesso diritto (conflitti *intra-rights*); la seconda è data dalla concorrenza di interessi individuali non omogenei (conflitti *inter-rights*); la terza, infine, è data dalla concorrenza tra interessi individuali e interessi di altro tipo (collettivi, istituzionali; ecc.).

¹³ *Infra*, § 7.

¹⁴ COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (CESCR) *General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)*, §1: «Health is a fundamental human right indispensable for the exercise of other human rights. Every human being is entitled to the enjoyment of the highest attainable standard of health conducive to living a life in dignity».

per risolvere il conflitto tra sicurezza e salute si mostra però tutt'altro che indiscussa e indiscutibile, per almeno due ragioni.

In primo luogo la stessa definizione dei due poli dialettici attorno ai quali dovrebbe articolarsi il meccanismo del bilanciamento rappresenta un'operazione a dir poco complessa. I concetti in questione, sia pur per ragioni differenti, condividono la comune sorte di un *deficit* di determinatezza particolarmente evidente, trattandosi di principi-valori tanto evocativi sul piano assiologico quanto sfuggenti su quello definitorio.

In secondo luogo il diritto alla salute, per le ragioni che si cercherà di chiarire, presenta un volto necessariamente e inderogabilmente unitario, indipendente dallo *status* di libero o di ristretto del soggetto che ne è titolare. A mutare sono solo le esigenze di salute di cui è portatore il soggetto sottoposto a limitazioni della libertà personale rispetto a colui che non si trovi nella medesima condizione. La dimensione "astratta" del diritto alla salute, per contro, non subisce variazione alcuna, né per ciò che attiene al suo contenuto né sul versante della sua "non bilanciabilità" per ragioni di sicurezza¹⁵. Una versione basilare del principio personalista impone di considerare la salute, almeno nella sua dimensione individuale e dunque di aspettativa di non lesione, come parte integrante del nucleo intangibile della persona umana, anche se "detenuta". Il rischio, tuttavia, è che le esigenze di sicurezza, anche a causa di una "fuga dalla legalità" che lascia ampi spazi alla discrezionalità amministrativa, riescano a veicolare surrettiziamente una modulazione di tutela della salute per soggetti particolarmente pericolosi, a partire da quelli inseriti in circuiti differenziati. Persino da parte della Corte EDU si riscontra una certa cautela quando si tratti di rilevare violazioni del diritto alla salute in riferimento a soggetti detenuti in regime di c.d. carcere duro, restituendo l'impressione di un non esplicito (e dunque più insidioso) bilanciamento all'esito del quale abbiano la meglio le esigenze di sicurezza¹⁶.

Il primo argine in grado di contenere il rischio in questione è rappresentato da una più chiara definizione dei "diritti dei detenuti", mantenendo sempre salda la sia pur banale considerazione per cui un diritto è tale in quanto (e solo se) è suscettibile di una tutela giurisdizionale.

¹⁵ Cfr. sul punto M. CAREDDA, *La salute e il carcere. Alcune riflessioni sulle risposte ai bisogni di salute della popolazione detenuta*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2015.

¹⁶ *Amplius* F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in questo volume e, con specifico riferimento al caso Provenzano, D. DE GIOIELLIS, *Regime penitenziario di rigore tra esigenze di sicurezza e diritto alla salute*, *ivi*.

3. *L'inafferrabile consistenza della "dignità" come nucleo incompressibile dei diritti dei soggetti privati della libertà personale*

Il riferimento ormai consueto ai "diritti dei detenuti"¹⁷, focalizzando l'attenzione sulla dimensione soggettiva della titolarità dei diritti più che sulla dimensione oggettiva del contenuto degli stessi, sembrerebbe suggerire l'impressione di un microsistema autonomo¹⁸, che, nella più ampia cornice delineata dai diritti fondamentali, si caratterizza proprio per peculiare *status* di chi del diritto è titolare.

Sono stati chiaramente evidenziati i rischi insiti nella costruzione (più o meno esplicita) del sistema penitenziario come ordinamento giuridico separato rispetto a quello statale, magari assecondando le suggestioni derivanti dalla teoria della c.d. supremazia speciale¹⁹.

Posto che il contesto normativo di riferimento resta necessariamente quello costituzionale così come integrato anzitutto dal sistema CEDU, le premesse da cui muove la giurisprudenza della Consulta, almeno per ciò che attiene alle "affermazioni di principio", parrebbero ormai sufficientemente consolidate e ampiamente condivisibili²⁰. È divenuta quasi proverbiale l'affermazione della Corte costituzionale secondo cui «la sanzione detentiva non può comportare una totale ed assoluta privazione della libertà della persona; ne costituisce certo una grave limitazione, ma non la soppressione. Chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi

¹⁷ Di "diritti e doveri dei detenuti e degli internati" parla l'art. 69 reg. es., sulla base del quale, con il D.M. 5 dicembre 2012, è stata approvata la Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati, consegnata a ciascuno al momento dell'ingresso in istituto: si rinvia sul punto a F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, Milano, 2013, 389 ss.

¹⁸ Di "microsistema", con peculiare riferimento alla tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti, parla Cass., Sez. un. pen., 26 febbraio 2003, n. 25079, Gianni, cit., 2968.

¹⁹ L'idea è quella per cui si tratterebbe di "spazi liberi dal diritto statale" all'interno dei quali la pubblica amministrazione sarebbe legittimata all'esercizio di poteri liberi o comunque ampiamente discrezionali nei rapporti con i cittadini: questi ultimi si trovano di conseguenza in una posizione di "soggezione speciale", che si traduce anzitutto in una significativa compressione dei propri diritti, senza alcuna predeterminazione legale in tal senso: *amplius* M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 12 ss. e A. MARTUFI, *Diritti del detenuto e spazio penitenziario europeo*, Napoli, 2015, 21.

²⁰ Per una disamina attenta ed esaustiva G. M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 187 ss.

la sua personalità individuale»²¹. Costituisce del resto «principio di civiltà giuridica che al condannato sia riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive, e garantita quella parte di personalità umana, che la pena non intacca»²²: la lesione di un diritto fondamentale deve considerarsi in ogni caso non giustificabile, neppure per esigenze di sicurezza²³.

Per sprigionare tutte le potenzialità che i principi contenuti nell'art. 27 Cost. sono in grado di esprimere, diviene però necessario riempirli di contenuto, anche (anzitutto) attraverso una più puntuale definizione dei diritti fondamentali²⁴, al fine di verificare se il loro esercizio nel residuo spazio di libertà concesso ai detenuti ne lasci immutata la fisionomia, la quale risulta tradizionalmente modellata attorno alla condizione di chi dispone della libertà nella sua massima estensione. Si tratta in altri termini di verificare se lo stato di detenzione possa, in quanto tale, determinare la parziale riscrittura dei diritti di cui i detenuti sono titolari o se, per contro, trattandosi di diritti "fondamentali", gli stessi non possano e non debbano subire variazioni di contenuto e di significato rispetto al medesimo diritto di cui sia titolare un soggetto non ristretto.

Il rilievo assunto dal pilastro della "dignità umana" è indiscutibile e, per le ragioni che si cercherà di chiarire, diviene un punto di riferimento imprescindibile per la stessa individuazione dei caratteri strutturali della sanzione penale. Si tratta però di un concetto, come anticipato, tanto evocativo quanto sfuggente²⁵. Sembrerebbe quasi che lo stesso rappresenti l'esatto corrispettivo, sul piano individuale, di ciò che la sicurezza costituisce su quello collettivo²⁶. Sono stati chiaramente evidenziati i rischi insiti in un ricorso pressoché acritico al (super)valore taumaturgico condensato nell'etichetta della dignità umana, che, associata intuitivamente e istintivamente a una "connotazione emotiva favorevole", si oppone a ogni sforzo ricostruttivo volto a contenere l'indeterminatezza del suo «contenuto fluttuante e inafferrabile»²⁷. Non è un caso che in alcune definizioni della dignità come

²¹ Corte cost., 24 giugno 1993, n. 349, § 4.2. del *Considerato in diritto*.

²² Corte cost., 25 luglio 1979, n. 114, § del *Considerato in diritto*.

²³ Corte cost., 26 maggio, n. 190, § 3.1. del *Considerato in diritto*.

²⁴ Così, quasi testualmente G. M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 193.

²⁵ «[...] non vi è alcun concetto fondamentale del nostro ordinamento morale e giuridico i cui confini siano così variabili come quello della dignità umana»: W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars Interpretandi*, 2007, 62.

²⁶ Analoghe considerazioni in A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013, 9.

²⁷ A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana*, cit., 3. V. anche G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Forumcostituzionale.it*.

“valore” riecheggino quelle che si traducono in mere tautologie nella definizione dei diritti umani: la dignità si risolverebbe nella “umanità”, in quel bene che ciascuno possiede per il solo fatto di essere uomo²⁸. L'esatta definizione dei diritti fondamentali, capace di andare oltre un generico e tautologico riferimento a “ciò che inerisce alla persona umana”²⁹, rappresenta del resto l'autentica sfida di una tutela dei diritti effettiva e non meramente declamatoria³⁰.

L'evocativa indeterminatezza del concetto di dignità può dare luogo a un duplice ordine di conseguenze. La dignità può anzitutto divenire un fin troppo comodo tappo buchi, cui ricorrere anche in presenza di “diritti” che faticano in realtà a rinvenire una sicura base di diritto positivo e che, proprio trincerandosi dietro lo scudo della dignità, riescono ad avere la meglio sul campo di battaglia del bilanciamento³¹. Resta però, a monte, un eccessivo margine di discrezionalità nell'operazione di investitura di un diritto attraverso le insegne della dignità, con il conseguente rischio di privare lo stesso di una sia pur minima riconoscibilità, che si traduca poi nella “calcolabilità” della sua tutela.

Sul versante del sistema CEDU il riferimento alla dignità diviene a volte la necessaria porta d'accesso alla tutela dei diritti dei detenuti ai quali la Convenzione non offre un esplicito riconoscimento: è questo, per l'appunto, il caso del diritto alla salute, che, non potendo contare su una base giuridica esplicita nella CEDU, riceve tutela essenzialmente per il tramite dell'art. 3 della Convenzione³².

Nel sistema interno, per contro, l'effettività della tutela dei diritti dei

²⁸ Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, 2007, 338.

²⁹ Secondo la ormai celebre definizione di Griffin, i diritti umani sono quei diritti di cui si è titolari “semplicemente in quanto esseri umani”: J. GRIFFIN, *Discrepancies between the Best Philosophical Account of Human Rights and the International Law of Human Rights*, in PAS, 101 (1/2001), 2. Sul punto, per tutti, J. GARDNER, «Semplicemente in questo esseri umani»: titolari e giustificazioni dei diritti umani, in *Rag. prat.*, 2/2007, 413 ss.

³⁰ «La prima difficoltà deriva dalla considerazione che “diritti dell'uomo” è un'espressione molto vaga. Abbiamo mai provato a definirli? E se abbiamo provato, quale è stato il risultato? La maggior parte delle definizioni sono tautologiche: “Diritti dell'uomo sono quelli che spettano all'uomo in quanto uomo”. Oppure ci dicono qualche cosa sullo status desiderato o proposto di questi diritti, non sul loro contenuto: “Diritti dell'uomo sono quelli che appartengono, o dovrebbero appartenere, a tutti gli uomini, o di cui ogni uomo non può essere spogliato”»: N. BOBBIO, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in ID., *Letà dei diritti*, Einaudi, 1997, 8.

³¹ Questo, in estrema sintesi, il senso delle considerazioni di A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana*, cit., 7 ss., al quale si rinvia anche per ampie citazioni bibliografiche.

³² *Amplius* F. CECCHINI, *op. cit.*

detenuti può e deve contare su una puntuale delimitazione dei diritti che, come quello alla salute, trovino già un inequivoco e solido riconoscimento a livello costituzionale: l'operazione in questione assicura che i diritti fondamentali (anche) dei detenuti divengano articolazioni meglio riconoscibili di un ondivago riferimento alla dignità del detenuto.

Nell'attuale contesto costituzionale il concetto di "dignità umana" si colloca, per quel che qui interessa, su almeno due piani, distinti ma coordinati. È circostanza sufficientemente nota quella per cui nella nostra Carta fondamentale manchi un riferimento esplicito alla tutela della dignità, almeno intendendo la stessa in un'accezione individuale³³. Si tratta di una assenza che risuona ancor più nitidamente dal confronto con altre Carte dei diritti, nazionali o sovranazionali. Il riferimento è, per restare agli esempi più consueti, al § 1 della *Grundgesetz* tedesca, che esordisce con la solenne affermazione per cui «la dignità dell'uomo è intangibile (*unantastbar*). È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla»³⁴ o all'art. 10 della Costituzione spagnola, in cui si prevede che «La dignità della persona, i diritti inviolabili che le sono connaturati, il libero sviluppo della personalità, il rispetto della legge e dei diritti altrui sono fondamento dell'ordine politico e della pace sociale»³⁵. A venire in considerazione è però soprattutto la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Nella Carta UE, infatti, la dignità acquisisce un'autonomia per molti aspetti inedita, visto che alla stessa è dedicato un intero titolo (il titolo I) e che il suo art. 1, pur presentando una formulazione pressoché equivalente a quella della Legge fondamentale tedesca («la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata»), la rende "indipendente" rispetto

³³ L'art. 3 Cost. prevede invece il principio della pari dignità sociale di tutti i cittadini, mentre altre disposizioni evocano il riferimento alla dignità della persona ora come limite assolutamente invalicabile nell'esercizio di altri diritti ora come scopo cui tendono i principali pilastri su cui è edificato lo Stato sociale. Si considerino, in particolare, l'art. 41, secondo comma Cost., secondo cui l'iniziativa economica non può svolgersi in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana; l'art. 32 Cost., il quale precisa che i trattamenti sanitari obbligatori imposti per legge non possono in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana; l'art. 36 Cost., secondo cui la retribuzione cui ha diritto il lavoratore deve risultare in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa. *Amplius* M. BELLOCCI, P. PASSAGLIA, *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale. Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese, tenutosi a Roma il 30 settembre e il 1° ottobre 2007*, in *Cortecostituzionale.it*.

³⁴ Per tutti, anche per i necessari riferimenti bibliografici, S. BLÖMACHER, *Die Menschenwürde als Prinzip des deutschen und europäischen Rechts. Kohärenz der Konzept?*, Berlino, 2016, 20 ss.

³⁵ V. A. OEHLING DE LOS REYES, *La dignidad de la persona*, Madrid, 2010, 246 ss.

agli altri diritti fondamentali³⁶.

L'assenza della dignità umana dalla Costituzione italiana, tuttavia, è più apparente che reale.

Sono ravvisabili almeno due accezioni della dignità umana "individuale"³⁷ che emergono con sufficiente nitidezza. Anzitutto la dignità è il cuore pulsante del principio personalistico, dell'antioriorità del singolo rispetto allo Stato, divenendo il necessario presupposto assiologico dei diritti fondamentali³⁸ e finendo con il regolarne i rapporti reciproci. Per tornare alle considerazioni relative alla logica del bilanciamento, la dignità dell'uomo «non è effetto di un bilanciamento, ma è la bilancia medesima»: lo Stato, in casi estremi, può chiedere al cittadino anche il sacrificio della vita (art. 52 Cost.), ma non anche quello della sua dignità³⁹.

Lungi però dall'arrestarsi alla dimensione statica di "motore immobile" dei diritti fondamentali, la dignità assume anche una consistenza dinamica⁴⁰, traducendosi in singoli diritti che della matrice originaria ripetono i caratteri della "intoccabilità" e della "non bilanciabilità". In questo modo la dignità non solo è un valore che permea di sé il diritto positivo⁴¹, ma si fa essa stessa diritto positivo.

Senza la pretesa di tentare una classificazione dei diritti fondamentali, per chiarire quali possano considerarsi una diretta derivazione del concetto di "dignità umana individuale"⁴², può forse risultare utile il riferimento alla già citata Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che, dopo la dichiarazione di principio contenuta nell'art. 1, specifica il concetto di dignità in due diritti e due divieti: il diritto alla vita (art. 2), da cui deriva il divieto

³⁶ B. MALVESTITI, *La dignità umana dopo la "Carta di Nizza". Un'analisi concettuale*, Napoli-Salerno, 2015, *Introduzione*. Sul ruolo della dignità nella Carta UE v. anche G. MONACO, *op. cit.*, 3 ss.

³⁷ Accanto alla "dignità dell'individuo" emerge poi una "dignità umana", che, assumendo una dimensione collettiva, trascende il singolo per riferirsi all'intera comunità degli esseri umani: da una libertà come fonte di diritti si passa quindi a una dignità come fonte di obblighi, volta a garantire che l'azione del singolo non rechi pregiudizio alla dignità degli altri. Sul punto v. G. RESTA, *Dignità, persone e mercato*, Torino, 2014, 9 ss.

³⁸ G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *Rivistaic.it*, 14 marzo 2008. V. anche M. BELLOCCI, P. PASSAGLIA, *op. cit.*, § 1.

³⁹ G. SILVESTRI, *op. cit.* Sulla "non bilanciabilità" della dignità umana *amplius* B. MALVESTITI, *Criteri di non bilanciabilità della dignità umana*, in *Diritti fondamentali e diritti sociali*, a cura di M. Cossutta, Trieste, 2012, 113 ss.

⁴⁰ Cfr., ancora, G. SILVESTRI, *op. cit.*

⁴¹ Corte cost., 11-17 luglio 2000, n. 293, § 4 del *Considerato in diritto*.

⁴² Può solo osservarsi che se la dignità fosse considerata il fondamento di tutti i diritti fondamentali, gli stessi diverrebbero per ciò solo non bilanciabili o, il che è lo stesso, necessariamente prevalenti rispetto agli altri: cfr. G. MONACO, *op. cit.*, 15.

della pena di morte; il diritto all'integrità fisica e psichica (art. 3), che comporta una serie di principi che regolano l'esercizio dell'attività medico-chirurgica, a partire da quello del consenso informato; il divieto di tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti (art. 4); il divieto di schiavitù e di lavoro forzato (art. 5).

Proprio in questo processo dinamico di "progressiva specificazione" della dignità individuale sembrerebbe collocarsi anche la tutela della salute, che tuttavia si trova a volte richiamata tanto sbrigativamente quanto apoditticamente, rendendo dunque necessario uno sforzo a livello definitorio.

4. *La dialettica tra "salute" e "sicurezza" come dialettica tra "consenso" e "coercizione"*

Prima di affrontare l'intricato nodo relativo al "contenuto" del diritto alla salute, può forse risultare utile isolare una chiave di lettura in grado di sintetizzare le criticità insite in maniera pressoché necessaria nella tutela dello stesso all'interno dei luoghi di detenzione, che potrebbe individuarsi nella dialettica tra la dimensione individuale del consenso e quella collettiva della coercizione.

Da una parte si (im)pone il primato dell'individuo, della sua capacità di autodeterminazione e di quel principio personalistico che dovrebbe metterlo al riparo tanto dall'arbitrio dei pubblici poteri quanto da quello di un medico onnipotente⁴³. Dall'altra parte si staglia una restrizione della libertà personale imposta coattivamente per ragioni di difesa sociale. Il complesso (ed eterno⁴⁴) rapporto tra libertà e autorità si delinea in tutta la sua evidenza.

Se il diritto alla salute, almeno sul piano teorico-ricostruttivo, non

⁴³ Nell'ambito della alluvionale letteratura penalistica e medico-legale registratasi in materia di "alleanza terapeutica", si segnalano, in particolare, F. MANTOVANI, *Il consenso informato: pratiche consensuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2000, 9 ss.; F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2001, 378; A. SANTOSUOSSO, *Un (nuovo) vincolo sociale per la medicina*, in *Il consenso informato. Tra giustificazione del medico e diritto del paziente*, a cura di A. Santosuosso, Milano, 1996, VII ss.; L. EUSEBI, *Appunti per una pianificazione terapeutica condivisibile*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2016, 1155 ss.; G. MONTANARI VERGALLO [et al.], *La solitudine del medico di fronte al suo "nuovo" codice di deontologia*, in *Resp. civ. prev.*, 6/2014, 2096 ss.; G. CANZIO, *Medicina e narrazione*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2014, 869 ss.

⁴⁴ Per la valorizzazione di un'indagine diacronica G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 17 ss.

dovrebbe subire variazioni per i soggetti ristretti⁴⁵, con la conseguenza per cui il principio della consapevole partecipazione del singolo alle strategie di cura che lo riguardano resterebbe in via di principio invariato, permangono ovviamente le difficoltà di attuazione legate allo stato di detenzione.

La supremazia della volontà del paziente che partecipa consapevolmente alle scelte capaci di influire sul suo stato di salute è stata realisticamente ridimensionata già in riferimento ai trattamenti medici praticati nei confronti di soggetti liberi: posto che il rapporto tra medico e paziente è normalmente carico di particolari suggestioni e implica spesso su un pressoché totale affidamento del secondo al primo, il malato tenderà a “volere” la terapia che il suo medico gli ha, più o meno consapevolmente, indicato come preferibile, con la conseguenza per cui il primato della volontà rischia di risultare ben fragile e non in grado di assolvere a un’effettiva portata garantistica⁴⁶. Senza contare che anche per i soggetti liberi la centralità del c.d. consenso informato resta a volte sospesa in una sorta di dimensione paradossale: non solo un trattamento medico arbitrario non riceve tutela penale “in quanto tale”⁴⁷, ma sul versante del dissenso espresso e, quindi, del diritto di rifiutare le cure anche quando le stesse siano da considerare salvavita, si è giunti alla sbalorditiva affermazione (superata dalla giurisprudenza più recente) per cui si tratterebbe di un diritto dotato di una indiscutibile base costituzionale, eppure sprovvisto di tutela⁴⁸.

⁴⁵ *Infra*, § 9.

⁴⁶ M. BENINCASA, *Liceità e fondamento dell’attività medico-chirurgica a scopo terapeutico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1980, 725. Cfr. sul punto M. TAMBURINI, *Dall’informazione alla comunicazione*, in *Il consenso informato*, cit., 37 ss.; P. CASALI, *L’informazione per una decisione clinica razionale*, ivi, 71 ss.

⁴⁷ Il riferimento è alla soluzione proposta da Cass., Sez. un. pen., 18 dicembre 2008, n. 2437, Giulini, in *Cass. pen.* 5/2009, 1793 ss., con nota di F. VIGANÒ, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l’approdo (provvisorio?) delle Sezioni unite*, secondo la quale il trattamento medico arbitrario eseguito *lege artis* e con esito fausto non integra né il reato di lesione personale né quello di violenza privata, sempre che in relazione all’intervento eseguito non fosse ravvisabile un espresso dissenso del paziente. La tutela penale resta dunque affidata alle fattispecie di omicidio e lesioni colpose, le quali, applicandosi in caso di intervento con esito infausto, finiscono per “assorbire” anche il disvalore derivante dalla mancanza del consenso, che al più potrà incidere in sede di commisurazione della pena. In riferimento alla medesima pronuncia si segnalano anche L. CORNACCHIA, *Trattamenti sanitari arbitrari divergenti*, in *Criminalia*, 2009, 415 ss.; L. EUSEBI, *Verso una recuperata determinatezza della responsabilità medica in ambito penale?*, ivi, 423 ss.; M. PELISSERO, *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2009, 455 ss.

⁴⁸ Si tratta del noto esito cui era approdata la giurisprudenza nella “prima fase” del “caso Welby”. A fronte del rifiuto opposto dal dott. Casale alla richiesta di praticare il distacco del ventilatore artificiale che assicurava la sua respirazione, Piergiorgio Welby propose ricorso *ex art.* 700 c.p.c. per ottenere un provvedimento che obbligasse l’anestesista a

Inutile precisare che le difficoltà in questione si trovano esponenzialmente amplificate nei luoghi di detenzione, tanto sotto il profilo del consenso quanto sotto quello del dissenso⁴⁹.

A questo proposito sembrano emergere delle differenze di fondo tra, da una parte, il carcere in senso stretto e i CPR e, dall'altra parte, le REMS.

Se nei primi due casi le questioni relative alla salute del ristretto sono solo eventuali, quando a venire in considerazione sia il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario la tutela della salute dell'internato diviene il contenuto di una misura imposta coattivamente, nell'ambito di una dialettica tra cura e custodia in cui la prima assume valore per certi aspetti preminente rispetto alla seconda⁵⁰.

dar seguito alla sua richiesta. Trib. Roma, Sez. I civ., 16 dicembre 2006, in *Corr. mer.*, 4/2007, 461 ss., con *Il Commento* di G. CASABURI, giunse alla spiazzante conclusione secondo cui «il diritto del ricorrente di richiedere la interruzione della respirazione assistita e distacco del respiratore artificiale, previa somministrazione della sedazione terminale, deve ritenersi sussistente [...], ma trattasi di un diritto non concretamente tutelato dall'ordinamento». La giurisprudenza più recente relativa alle pratiche di fine vita, per la verità, sembra attestarsi su posizioni esattamente speculari: v., in particolare, Cons. Stato, Sez. III, 2 settembre 2014, n. 44600, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1/2015, con nota di E. PALERMO FABRIS, *Risvolti penalistici di una sentenza coraggiosa: Il Consiglio di Stato si pronuncia sul caso Englaro*, relativa al c.d. caso Englaro e, in particolare, alla richiesta del suo tutore di procedere al distacco del sondino nasogastrico. Il Consiglio di Stato ha ritenuto che «a fronte del diritto, involabile, che il paziente ha, e –nel caso di specie – si è visto dal giudice ordinario definitivamente riconosciuto, di rifiutare le cure, interrompendo il trattamento sanitario non (più) voluto, sta correlativamente l'obbligo, da parte dell'amministrazione sanitaria, di attivarsi e di attrezzarsi perché tale diritto possa essere concretamente esercitato, non potendo essa contrapporre a tale diritto una propria nozione di prestazione sanitaria né subordinare il ricovero del malato alla sola accettazione delle cure». In senso conforme Trib. Cagliari, 16 luglio 2017 (caso Piludu). Sui casi Welby ed Englaro, nella letteratura penalistica, F. VIGANÒ, *Decisioni mediche di fine vita e "attivismo giudiziale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2008, 1594 ss.; S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 12/2007, 1561 ss.; M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni di uno spazio libero dal diritto*, in *Cass. pen.*, 3/2007, 902 ss.; A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2008, 68 ss. Per un più generale inquadramento della rilevanza penale delle pratiche di fine vita si rinvia, per tutti, a F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1997, 74 ss.; F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, 1007; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1995, 670 ss.

⁴⁹ Con particolare riguardo al tema "tradizionale" dello sciopero della fame dei detenuti V. MEDAGLIA, *Il diritto di rifiutare le cure: lo sciopero della fame da parte del detenuto*, in *questo volume*.

⁵⁰ Corte Cost., 2 luglio 2003, n. 253. Cfr. T. PADOVANI, *L'ospedale psichiatrico giudiziario*,

Il ricovero in REMS, secondo alcuni, non implicherebbe anche l'obbligatorietà della cura, risolvendosi in caso contrario in una sorta di "TSO mascherato"⁵¹. Resta tuttavia il fatto che il soggetto "deve" essere curato, anche perché, se così non fosse, l'internamento si esaurirebbe in una dimensione meramente custodialistica volta alla neutralizzazione della pericolosità sociale. Non è un caso che in giurisprudenza si sia ritenuto non applicabile un TSO nei confronti di un soggetto ricoverato in OPG, posto che il trattamento sanitario obbligatorio e la misura di sicurezza detentivo-curativa si pongono tra loro in rapporto di alternatività⁵².

Più in generale, ci si potrebbe domandare come possa essere attribuita una reale possibilità di scelta rispetto a una cura che, malgrado la sanitizzazione imposta per via legislativa con l'istituzione delle REMS, resta orientata anche a finalità di difesa sociale⁵³.

Anche in questo caso, probabilmente, sarebbe opportuno leggere al di sotto delle etichette e ammettere che il ricovero nelle REMS rappresenti una forma di trattamento sanitario imposto per via legislativa, secondo quanto previsto dall'art. 32, secondo comma Cost.^{54 55}. Con la duplice

cit., 239, il quale precisa che nel caso di ricovero in OPG la tutela della salute non assume il mero ruolo di limite al contenuto del trattamento, ma lo scopo del trattamento stesso.

⁵¹ Sostanzialmente in questi termini S. FERRACUTI, G. NICOLÒ, R. PERINI, *Opq. Il futuro sono le Rems?*, in *www.quotidianosanita.it*, 10 luglio 2014.

⁵² Trib. Reggio Emilia, 15/372012, in *www.ilcaso.it* (ultimo accesso 12.04.2017): «In conclusione, non pare [...] che sia possibile sancire una sovrapposizione tra la limitazione della libertà (eccezionale e temporanea connessa alla sola esigenza di cura) tipica del TSO e le limitazioni di libertà personale, strutturale e permanente (entro i limiti di durata della misura) e configurata per esigenze specialpreventive e di difesa sociale oltre che di cura tipiche della misura di sicurezza dell'OPG. Le due fattispecie (Ospedale psichiatrico giudiziario e/o Casa di Cura e di Custodia, da un lato, e Trattamento sanitario Obbligatorio, dall'altro), si pongono l'un l'altra in rapporto di alternatività nella individuazione dei presupposti di limitazione della libertà personale che legittima il ricovero: i) Ordinanza del Sindaco, convalidata dal Giudice Tutelare, nell'ipotesi delineata dagli artt. 2 e 4 legge 180/1978; ii) Sentenza del Giudice Penale di proscioglimento (o di condanna a pena diminuita ai sensi dell'art. 89 c.p.) correlata a un giudizio concreto di pericolosità sociale, nell'ipotesi di soggetto sottoposto alle specifiche misure di sicurezza di cui agli artt. 219 e 222 c.p.»

⁵³ Si tratta di un'osservazione proposta in forma problematica da G. GUGLIELMI, *Relazione al Convegno Misure di sicurezza e manicomi giudiziari. La legge 81/2014: le questioni aperte*, tenutosi a Roma il 25 gennaio 2016.

⁵⁴ T. PADOVANI, *L'ospedale psichiatrico giudiziario*, cit., 242-243 e 257 ss.: «l'esecuzione della misura comporta (anzi, deve comportare) la cura dell'internato perché la rieducazione ed il reinserimento sociale implicano, nel caso dell'infermo di mente, la guarigione (o, quanto meno, il miglioramento) della malattia, che è all'origine della pericolosità del soggetto; e non v'è dubbio, ovviamente, che si tratti di un trattamento sanitario obbligatorio».

⁵⁵ Cfr. D. VINCENZI AMATO, *Art. 32 Cost., secondo comma*, in *Commentario della*

conseguenza per cui resta fermo il limite imposto dal rispetto della persona umana e che, come avviene in materia di TSO, si rende necessario favorire il più possibile una partecipazione del paziente al percorso di cura adeguato alle sue condizioni di salute.

Quanto al limite rappresentato dal rispetto della persona umana, si tratta di una precisazione in fondo ultronea se si muove da una nozione ampia di pena e di luogo di detenzione, da cui deriva anzitutto un'estensione dell'art. 27 Cost. al di là del carcere in senso stretto o, comunque, la diretta applicabilità dell'art. 3 CEDU⁵⁶.

Sul piano del "consenso" dell'internato, si è efficacemente rilevato come «accostare il concetto di consenso informato a quello di trattamento sanitario obbligatorio per una patologia mentale potrebbe apparire come il frutto di un errore, o di una mera provocazione», anche se al medico che abbia avuto a che fare con pazienti sottoposti a TSO è chiaro come, almeno in certi casi, gli stessi conservino degli spazi di autodeterminazione, pur in presenza di una condizione clinico-fenomenologica grave. L'art. 33 della l. n. 833 del 1978, del resto, stabilisce che gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato, sebbene lasci in proposito una discrezionalità molto ampia al singolo medico⁵⁷.

Potrebbe dirsi, pur correndo il rischio di semplificare una questione ben più complessa, che l'internato non ha potere decisionale sull'*an* della terapia ma può contribuire, in maniera più o meno determinante, al *quomodo* della stessa, sempre che le sue condizioni di salute lascino residuare quello spazio di libertà decisionale necessario e sufficiente perché possa ravvisarsi un "consenso".

Costituzione, a cura di G. Branca, *Rapporti etico-sociale. Artt. 29-34*, Bologna, 1974, 168-169, la quale precisa che il secondo comma dell'art. 32 Cost. nasce storicamente dalle esigenze di tutela connesse al sistema manicomiale (entro le quali si iscrive evidentemente anche il manicomio giudiziario, nelle sue evoluzioni): l'indole ibrida di una disciplina bastarda, incerta tra fini sanitari e di sicurezza pubblica, si trova dunque proiettata sulla normativa costituzionale, con una disciplina del trattamento sanitario coattivo in bilico tra l'art. 32 e l'art. 13 Cost.

⁵⁶ *Infra*, § 6.2.

⁵⁷ G. MANDARELLI [et al.], *Il consenso informato e il trattamento sanitario obbligatorio*, in *Nóos*, 1/2012, 44. Sul punto anche G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Milano, 2008, 249 ss.; U. FURNARI, *Quale "consenso informato" in psichiatria?*, in *Il consenso informato in psichiatria*, a cura di U. Fornari, Torino, 1997, 1 ss.; G. MASOTTI, T. SARTORI, G. GUAITOLI, *Il consenso del malato di mente ai trattamenti sanitari*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/1992, 305 ss.; D. VINCENZI AMATO, *Art. 32 Cost., secondo comma, cit.*, 193 ss.

Si tratta di una constatazione che certo non risolve tutte le questioni problematiche: si pensi, per esempio, ai reali spazi del rifiuto di certe cure da parte dell'internato, anche in considerazione delle esigenze di sicurezza che strutturalmente caratterizzano la misura cui è sottoposto. La riconducibilità del ricovero in REMS al *genus* del trattamento sanitario obbligatorio, tuttavia, potrebbe se non altro presentare il pregio di individuare (ancor) più chiaramente la cornice di garanzia entro cui si iscrive l'esecuzione di una misura, che, vale la pena ribadirlo, comporta come contenuto necessario la tutela della salute dei soggetti ad essa sottoposti.

5. *Le comuni esigenze di garanzia dei soggetti ristretti: “detenuti”, “internati” e “ospiti” dei CPR. Il rischio di una fuga dalla legalità*

Al di là delle specificità della singola misura, la necessità di una riflessione unitaria in riferimento ai soggetti ristretti emerge con sempre maggiore evidenza. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, alle competenze attribuite al Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, che, anche coordinando l'operato dei Garanti territoriali, è chiamato a vigilare su tutte le forme di limitazione della libertà realizzate, tra l'altro, negli istituti di pena, nei luoghi di polizia, nei CIE (ora CPR), nelle REMS, nei luoghi di esecuzione dei trattamenti sanitari obbligatori⁵⁸. Fin da subito si è evidenziato come il legislatore, sia pur in estremo ritardo rispetto alle sollecitazioni rinvenibili a livello internazionale⁵⁹, abbia provveduto all'istituzione del Garante nazionale assestandosi «assai opportunamente su un concetto “sostanziale” e non “formale” di detenzione, con ciò ampliando le omologhe previsioni normalmente in vigore con riferimento alle figure locali»⁶⁰.

⁵⁸ Il Garante nazionale è stato istituito con d.l. n. 146 del 2013, convertito dalla legge 21 febbraio 2014, n.10. Il d. m. 11 marzo 2015 n. 36 ha poi definito il regolamento relativo alla struttura e alla composizione dell'Ufficio. La prima relazione al Parlamento 2017, tenuta dal Garante Mauro Palma, è disponibile su www.garantenazionaleprivatilibera.it (ultimo accesso 12.04.2017).

⁵⁹ Per una collocazione del Garante nazionale nel contesto internazionale e per la ricostruzione dell'*iter* storico che ha condotto alla sua istituzione, v. L. MANCA, *Il garante nazionale dei diritti dei detenuti e delle persone private della libertà. Alcune riflessioni alla luce del diritto internazionale*, in *Federalismi.it*, 7 ottobre 2016. Sull'esigenza di superare i particolarismi derivanti dal sistema dei garanti regionali v. E. D'ALTERIO, *Il sistema amministrativo penitenziario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2013, 409 ss.

⁶⁰ L. SCOMPARIN, *Dai garanti “locali” al nuovo Garante nazionale dei diritti delle persone*

Volgendo lo sguardo al contesto sovranazionale, il riferimento obbligato è al Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT), istituito dall'omonima Convenzione europea del 1987 (entrata in vigore nel 1989), integrata da due Protocolli nel 1993 (entrati in vigore nel 2002) e concepito dal Consiglio d'Europa come organo funzionale alla piena attuazione dell'art. 3 CEDU⁶¹.

Il CPT, secondo quanto previsto dall'art. 1 della Convenzione istitutiva, «esamina, per mezzo di sopralluoghi, il trattamento delle persone private di libertà allo scopo di rafforzare, se necessario, la loro protezione dalla tortura e dalle pene o trattamenti inumani o degradanti»⁶². Il divieto di pene o trattamenti inumani o degradanti, lungi dal restare confinato entro il perimetro degli istituti penitenziari in senso stretto, definisce il proprio ambito di operatività attraverso la condizione soggettiva di chi è sottoposto a generiche «privazioni della propria libertà personale», purché poste in essere da una autorità pubblica (art. 2 Convenzione)⁶³. La prevalenza accordata alla natura fattuale anziché formale della detenzione non manca di determinare criticità nella definizione delle competenze del CPT⁶⁴, ma rappresenta una testimonianza sufficientemente tangibile dell'esigenza di estendere la riflessione sui diritti dei «detenuti» anche al di là del carcere inteso in senso stretto.

Il termine «carcere», del resto, è mutuato dal linguaggio comune e da quello sociologico, senza mai comparire nella legge sull'ordinamento penitenziario⁶⁵:

detenute, in *Piemonteautonomie.cr.piemonte.it* (ultimo accesso 12.04.2017). Per un inquadramento del Garante nazionale nel *genus* delle autorità amministrative indipendenti G. FANCI, *Il Garante nazionale delle persone private della libertà personale*, in *Rass. pen. crimin.*, 2012, 2, 7 ss. Tra gli elementi di maggiore debolezza della nuova figura è stata fin da subito evidenziata la sua «connotazione marcatamente subordinata all'esecutivo»: M. CERESA-GASTALDO, *Una authority di carta pesta per i diritti dei detenuti*, in *Leg. pen.*, 2014, 420.

⁶¹ Valga per tutti il rinvio a R. MORGAN, M. EVANS, *Combating torture in Europe*, Strasburgo, 2001, 21 ss. e, con peculiare riferimento alle questioni legate alla tutela della salute dei «detenuti», a D. BERTRAND, M. UMMEL, T.W. HARDING, *Le Comité européen pour la prévention de la torture: comment la médecine et le droit peuvent se mettre au service des droits de l'homme*, in *Méd&Droit*, 56/2002, 8 ss.

⁶² Un'assimilazione tra il *modus operandi* del CPT e quello del «difensore civico penitenziario» è proposta da F. DELLA CASA, *Suggestioni influenze e standards europei quali fattori di evoluzione del sistema penitenziario in Italia*, in *Cass. pen.*, 10/2004, 3487.

⁶³ La circostanza per cui la limitazione della libertà personale avvenga ad opera di un'autorità pubblica sembra in effetti l'autentico criterio di selezione delle «competenze» del CPT: S. LEHALLE, P. LANDREVILLE, J.P. CÉRÉ, *Le Comité européen de prévention de la torture: mécanisme de contrôle des établissements de détention*, in *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, 228-229.

⁶⁴ R. MORGAN, M. EVANS, *Combating torture in Europe*, cit., 28.

⁶⁵ E. DOLCINI, *Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2012, 40-41, il quale tuttavia esclude che la nozione di carcere possa essere estesa fino

la sua etimologia suggerisce l'idea di un luogo chiuso, recintato, inaccessibile, dove si è trattenuti contro la propria volontà⁶⁶. Se, dunque, le "istituzioni totali" entro cui si assiste a prolungate e coattive restrizioni della libertà personale ad opera di un'autorità pubblica non sono più limitate alla "prigione" nella sua accezione tradizionale, si rende necessario (e possibile) un adeguamento normativo in funzione di garanzia.

Gli strumenti di *soft law*, quali gli *standards* di trattamento fissati dal CPT anche per i soggetti destinatari di un trattamento sanitario obbligatorio (non importa se in conseguenza della commissione di un reato o meno) e per gli stranieri sottoposti a limitazioni di libertà (con particolare riguardo a quelli irregolari)⁶⁷, per quanto incisivi, rivelano ormai tutta la loro inadeguatezza⁶⁸. Il tempo di interventi normativi che, nell'ordinamento nazionale, si collochino almeno a livello della legislazione ordinaria, non pare più procrastinabile. Le violazioni, surrettizie o palesi, dell'art. 13 Cost. restituiscono l'impressione che il "carcere in senso ampio" sia attualmente adagiato su una coltre normativa instabile ed esplosiva, capace di disintegrare il sistema se la miccia venga accesa prima che lo Stato dei diritti si desti dal suo colpevole torpore.

Dalla già ricordata premessa del prezioso residuo di libertà di cui il detenuto resta pur sempre titolare, la Corte costituzionale fa discendere la conseguenza per cui «l'adozione di eventuali provvedimenti suscettibili di introdurre ulteriori restrizioni in tale ambito, o che, comunque, comportino una sostanziale modificazione nel grado di privazione della libertà personale, può avvenire soltanto con le garanzie (riserva di legge e riserva di giurisdizione)

a comprendere anche alla "detenzione amministrativa" realizzata negli ex CIE. Lo stesso Autore riporta le (ormai famose) parole del senatore Gianrico Carofiglio a proposito dei centri di detenzione degli stranieri: «Credo che noi per troppo tempo... abbiamo avuto la cattiva abitudine di tollerare le manipolazioni verbali che nascondono concetti gravi. Questi 18 mesi sono di galera. Sia ben chiaro! Il cittadino straniero non identificato [...] può essere trattenuto in quello che oggettivamente è un carcere, per un periodo di tempo... che equivale più o meno a quello che si trascorre in carcere per una tentata estorsione o per una tentata rapina: galera amministrativa». Altrettanto perentorio A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa degli stranieri» e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quad. cost.*, 3/2014, 576: «un CIE è un carcere». Sulle questioni di carattere terminologico, anche in una prospettiva "comparata", G. CAMPESI, *I Centri di identificazione ed espulsione come strumento di governo della pericolosità sociale, Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, a cura di A. Spina, V. Militello, Torino, 2015, 221 ss.

⁶⁶ V. voce *Carcere* in *Etimo.it*.

⁶⁷ *Normes du CPT*, CPT/Inf/E (2002) – Rev. 2015, consultabili in *Cpt.coe.int*.

⁶⁸ Sui complessi rapporti tra *soft law* e diritto penale A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Scritti in onore di Mario Romano*, Milano, 2010, I, 31 ss.

espressamente previste dall'art. 13, secondo comma, della Costituzione»⁶⁹.

Non sembra tuttavia che “i casi e i modi” relativi ai gradi di privazione della libertà personale risultino sempre chiaramente indicati per legge, perdendosi anzi, specie nelle ipotesi più complesse, nel sottobosco delle circolari amministrative e dei regolamenti interni. Se la scelta della legge come fonte cui affidare l'ordinamento penitenziario assumeva nel 1975 un preciso significato, anche ideologico⁷⁰, la sempre più incalzante supremazia delle fonti secondarie è un dato che si impone in maniera fin troppo evidente, delineando una tendenza che taglia trasversalmente il carcere, le REMS e i CPR.

Per ciò che attiene ai detenuti in senso stretto, il riferimento più immediato è alla loro collocazione in circuiti differenziati, che, giustificati da esigenze di sicurezza, rinvergono la propria disciplina in circolari del DAP e che, malgrado gli sforzi compiuti dalla giurisprudenza costituzionale e da quella di legittimità, risultano tutt'ora sforniti di una tutela giurisdizionale che possa considerarsi “completa”. Con l'ulteriore paradosso per cui la differenziazione dei circuiti penitenziari prevista per legge (a partire dalla distinta collocazione tra imputati e condannati) continua a non ricevere adeguata attuazione nella gran parte degli istituti penitenziari⁷¹.

Si tratta di una situazione che, sia pur in maniera differente, riguarda anche l'organizzazione delle nuove REMS, alle quali è stato affidato l'impegnativo ruolo di segnare il definitivo superamento dei residui manicomiali ancora ravvisabili nel sistema degli ospedali psichiatrici giudiziari. Malgrado la (condivisibile) ambizione della svolta segnata dall'art. 3-ter del d.l. n. 211 del 2011 (convertito dalla legge n. 9 del 2012), che, rianodando le fila di un processo già avviato dal D.P.R. del 1 aprile 2008, prosegue poi con il d.l. n. 52 del 2014 (convertito dalla legge n. 81 del

⁶⁹ Corte cost., 24 giugno-28 luglio 1993, n. 349, § 4.2. del *Considerato in diritto*. Senza contare, se ci fosse ancora bisogno di ribadirlo, che l'art. 25, secondo comma Cost. impone di definire per legge non l'*an* della punizione, ma anche il *quomodo* della sua realizzazione: T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di V. Grevi, Padova, 1994, 155.

⁷⁰ V. GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di V. Grevi, Bologna, 1981, 6. Sulla progressiva espansione della discrezionalità amministrativa nel sistema inaugurato dalla riforma del 1975, che doveva servire a superare la fissità del regime precedente a favore dell'individualizzazione trattamento, v. T. PADOVANI, voce *Istituti penitenziari*, in *Noviss. dig. it.*, App. IV, Torino, 1983, 463.

⁷¹ G. M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1/2012, 188.

2014)⁷², il legislatore dell'emergenza non è intervenuto sulla misura dell'ospedale psichiatrico giudiziario così come prevista dal codice penale, né ha apportato modifiche al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario. L'ospedale psichiatrico giudiziario rimane inserito nel catalogo delle misure di sicurezza previste dall'ordinamento, senza veder neppure alterata la propria denominazione formale, così come gli "internati" restano accostati ai detenuti nella legge n. 354 del 1975, senza che la specificità della gestione sanitaria delle nuove strutture e, quindi, di coloro che sono "ricoverati" nelle stesse, riceva valorizzazione alcuna sul piano normativo: non è un caso che tra le prime questioni postesi in maniera evidente c'è stata quella della riferibilità (o meno) delle norme contenute dell'ordinamento penitenziario alle nuove strutture "sanitarizzate"⁷³.

Il decreto interministeriale del 1 ottobre 2012, nel suo Allegato A, precisa che, poiché i pazienti possono presentare caratteristiche psicopatologiche significativamente variabili, le Regioni, ferma restando la gestione sanitaria, assicurano un'implementazione adeguatamente diversificata delle REMS, anche in termini strutturali, organizzativi, di sicurezza e di vigilanza esterna, nonché per livelli di protezione, idonea a rispondere alle diverse caratteristiche psicopatologiche e alla loro evoluzione. Da ciò deriva quindi

⁷² *Amplius*, anche per i necessari riferimenti normativi e bibliografici, A. LAURITO, *Le REMS e la sfida del nuovo modello terapeutico-riabilitativo nel trattamento del "folle reo"*, in questo volume.

⁷³ F. DELLA CASA, *Basta con gli OPG! La rimozione di un "fossile vivente" quale primo passo di un arduo percorso riformatore*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1/2013, spec. 92 ss. e C. MAZZUCATO, G. VARRASO, *Chiudere o...aprire? Il "superamento" degli OPG tra istanze di riforma e perenni tentazioni di "cambiare tutto per non cambiare niente"*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2013, 1341 ss. sottolineano chiaramente la difficile riferibilità di molte delle disposizioni contenute nella legge sull'ordinamento penitenziario a soggetti "ricoverati" in residenze ad esclusiva gestione sanitaria: si pensi, per restare agli aspetti più evidenti, alle limitazioni relative alla permanenza all'aperto (art. 10 ord. penit.), all'apparato disciplinare (artt. 38-40 ord. penit.), all'impiego della forza fisica (art. 41 ord. penit.), al regime di sorveglianza particolare (art. 14-bis ord. penit.) o al regime c.d. di carcere duro (art. 41-bis ord. penit.). Sul punto v. anche R. PALMISANO, *Tema per Stati Generali dell'Esecuzione Penale - Tavolo 11*, in *www.giustizia.it* (ultimo accesso 12.04.2017) e, in particolare, l'accordo cui è pervenuta la Conferenza unificata Stato Regioni del 26 febbraio 2015, 11 ss., il cui testo è disponibile su *www.statoregioni.it* (ultimo accesso 12.04.2017). Già I. CARACCIOLI, *La posizione degli internati negli istituti per l'esecuzione delle misure di sicurezza detentive*, in *Rass. pen. e criminol.*, 1-2/1981, 19-20, sottolineava come le innovazioni più significative dell'ordinamento penitenziario in tema di individualizzazione del trattamento fossero relative più ai detenuti che agli internati. Con particolare riguardo ai nuovi artt. 35-bis e 35-ter ord. penit., A. LAURITO, *Reclamo giurisdizionale e rimedi compensativi a tutela degli internati: gli 'esclusi eccellenti' della riforma*, in *Giurisprudenzapenale.it*, 13 luglio 2016.

che, analogamente a quanto avviene per il carcere, l'accentuarsi di un profilo custodialistico all'interno delle nuove Residenze per far fronte ad esigenze di sicurezza resti affidato alla discrezionalità amministrativa⁷⁴.

Per contro, con altrettanto fedele "allineamento" a quanto si registra sul versante carcerario, la pur radicale riforma inaugurata dalla legge n. 9 del 2012, lascia sorprendentemente in ombra la distinzione tra ospedale psichiatrico giudiziario e casa di cura e custodia: la coppia OPG e CCC, anche in ragione della mancata predisposizione di strutture "separate" per l'esecuzione della misura meno restrittiva, è stata spesso trattata in passato come un'endiadi, ma rispondeva proprio, nell'impianto originario del codice Rocco, all'esigenza di una differenziazione tra soggetti che versavano in condizioni di differente pericolosità⁷⁵.

Varcando poi (solo metaforicamente, si intende, vista la difficoltà di accesso) la porta dei centri che il legislatore, eliminando lo scomodo riferimento linguistico all'espulsione, ha di recente etichettato come "di permanenza per i rimpatri", il vilipendio dell'art. 13 Cost. mostra senza reticenza tutta la sua carica offensiva⁷⁶. Come efficacemente chiarito sin da tempo, le questioni di spessore formalistico-terminologico rivelano in proposito tutta la loro sterile superfluità. Poco importa se la condizione degli stranieri irregolari negli ex CIE possa e debba essere definita come detenzione amministrativa, trattenimento, ospitalità coatta *et similia*: ciò

⁷⁴ Cfr. il programma della Regione Lombardia, che prevede la realizzazione delle strutture regionali articolata in tre diversi livelli di intensità assistenziale: Residenze ad Alta intensità terapeutico-riabilitativa e assistenziale (REMS-AI), Residenze per alta riabilitazione a media intensità assistenziale (REMS-MI), Residenze per alta riabilitazione a bassa intensità assistenziale (REMS-BI). Le REMS-AI sono destinate a ospitare gli internati ad elevata pericolosità sociale, anche provenienti dagli altri cinque OPG italiani: deliberazione n. X/122 del 14 maggio 2013 della Regione Lombardia, consultabile in *Penalecontemporaneo.it*, 25 luglio 2013, con commento di F. FEDERICI, *Il superamento degli O.P.G.: una riforma possibile?* In argomento anche G. DODARO, *Ambiguità e resistenze nel superamento dell'OPG in Regione Lombardia: verso l'istituzionalizzazione ospedaliera*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 3, 1387 ss. Per le questioni relative alla ripartizione delle responsabilità derivanti dalla sanitarizzazione delle strutture e, quindi, dall'estromissione dell'"apparato penitenziario" dalla gestione della sicurezza interna si rinvia a L. BRIZI, *Dallo psichiatra "medico-terapeuta" allo psichiatra "medico-direttore": forme e modelli di responsabilità penale nel nuovo volto delle REMS*, in *questo volume*.

⁷⁵ E. MUSCO, voce *Misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, Agg. I, 1997, 769-770 chiarisce come la casa di cura e custodia muove proprio dalla convinzione di poter fondere le esigenze terapeutiche e quelle di neutralizzazione sociale in un modello equilibrato e privo di tensione, adatto ai soggetti "meno pericolosi".

⁷⁶ Per un quadro d'insieme del d.l. Minniti si rinvia a L. MASERA, *op. cit.* e a P. GUALTIERI, *Il trattenimento dello straniero nel prisma sanzionatorio italiano*, in *questo volume*.

che importa è gli “ospiti” dei Centri di permanenza per i rimpatri sono sottoposti a restrizioni della libertà personale che rientrano senza dubbio nel raggio di garanzia dell’art. 13 Cost.⁷⁷. Non è un caso, del resto, che l’art. 5 CEDU (equivalente convenzionale dell’art. 13 Cost.) preveda esplicitamente l’ipotesi in cui uno straniero irregolare possa essere sottoposto a limitazioni della libertà personale⁷⁸: la detenzione è ammissibile solo se e nella misura in cui risulti conforme a quanto previsto dalla “base legale” interna e proporzionata e non arbitraria, anzitutto in riferimento ai termini di durata⁷⁹.

La base legale del trattenimento negli ex CIE era costituita essenzialmente dall’art. 14 del d.lgs. n. 286 del 1998⁸⁰ che, tra l’altro, nulla stabiliva in relazione alle condizioni minime dei Centri⁸¹ e al “residuo di libertà” da garantire agli immigrati irregolari: il riferimento al “pieno rispetto della dignità” contenuto nel secondo comma dell’art. 14 d. lgs. n. 286 del 1998 vale solo a confortare l’idea per cui fino a quando la dignità

⁷⁷ Per tutti A. DI MARTINO, *La disciplina dei «C.I.E.» è incostituzionale*, in *Penalecontemporaneo.it*, 11 maggio 2012, 2 ss. e M. PIERDONATI, *La restrizione della libertà personale nel “carcere amministrativo” dei C.I.E.: tradimento e riaffermazione del principio di legalità*, in *Stranieri e giustizia penale*, a cura di R. Del Coco, E. Pistoia, Bari, 2014, 243 ss.

⁷⁸ Art. 5 CEDU, § 1, lett. f): «se si tratta dell’arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d’espulsione o d’extradizione».

⁷⁹ Per tutti i necessari riferimenti bibliografici e giurisprudenziali L. MASERA, *Stranieri irregolari e misure detentive: una libertà diversa?*, in *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, in A. Gaboardi, A. Gargani, G. Morgante, A. Presotto, M. Serraino, Torino, 2013, 84-85; F. VIGANÒ, L. MASERA, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2010, 567 ss.

⁸⁰ Sulla violazione dell’art. 13 Cost. per mancata definizione dei “modi” di limitazione della libertà personale in riferimento alla disciplina “ante d.l. Minniti” v. A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa degli stranieri»*, cit., 580-581. Cfr. A. DI MARTINO, *La disciplina dei «C.I.E.» è incostituzionale*, cit., 4, il quale riteneva che anche rispetto alla determinazione dei «casi» di restrizione, declinati essenzialmente come “luoghi”, l’art. 14 presentasse profili di incostituzionalità. Sottolinea il carattere “fuori legge” della detenzione amministrativa negli ex CIE A. GABOARDI, *Difesa legittima e «C.I.E.»*. *La vulnerabilità giuridica di una detenzione “fuori legge”*, in *Penalecontemporaneo.it*, 10 ottobre 2013, 30. Per le questioni relative al problematico rispetto della riserva di giurisdizione A. MARLETTA, *Detenzione “amministrativa” e riserva di giurisdizione in materia di libertà personale*, in *Criminalia*, 2012, 603 ss. Sulla situazione successiva al d.l. n. 13 del 2017 si rinvia a P. GUALTIERI, *op. cit.*

⁸¹ «Eppure è lo spazio a disegnare la morfologia dello *status detentionis*»: A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa degli stranieri»*, cit., 580. In argomento, in particolare, AA. VV., *Il corpo e lo spazio della pena. Architettura, urbanistica e politiche penitenziarie*, a cura di S. Anastasia, F. Corleone, L. Zevi, Roma, 2011 e Av. Vv., *Volte e maschere della pena*, a cura di F. Corleone, A. Pugiotto, Roma, 2013, 39 ss.

non si articoli in una serie di diritti (giustiziabili), la stessa, specie a livello di legge ordinaria, non riesce ad andare oltre la consistenza di una formula di stile meramente declamatoria.

La stessa “ammissione di colpa” del legislatore sembra potersi leggere tra le righe dell’art. 19 d.l. n. 13 del 2017, il quale al terzo comma stabilisce anzitutto l’ampliamento della rete dei Centri, con la costruzione delle nuove strutture in siti e aeree esterne ai centri urbani (occhio non vede, cuore non duole?). Si stabilisce al contempo che le strutture in questione debbano avere una capienza limitata: contrariamente però alla scelta effettuata dal legislatore dell’emergenza in riferimento alle REMS, per cui si è stabilito che i posti massimi non possano essere più di venti, il d.l. Minniti opta per un criterio di limitazione di tipo “teleologico”, stabilendo che le condizioni dei Centri debbano essere «idonee a garantire condizioni di trattenimento che assicurino l’assoluto rispetto della dignità della persona». Torna dunque il riferimento alla panacea della dignità umana, che, da una parte, sembra certificare a livello normativo la consapevolezza istituzionale delle sistematiche violazioni della stessa registratesi nei Centri e, dall’altra parte, testimonia la rinuncia a una disciplina di dettaglio che riesca (o quanto meno provi) a tradurre il valore della dignità da valore potenziale a dimensione attuale.

Considerazioni almeno in parte analoghe sembra possano valere anche per i punti di crisi (*Hotspot*), osservati speciali in Europa soprattutto a seguito della sentenza *Khlaifia*⁸². Anche in questo caso, in effetti, il nuovo art. 10-ter del d.lgs. n. 286 del 1998 introduce una normazione solo apparente: per la definizione delle strutture in questione si rinvia infatti al d.l. n. 451 del 1995 (convertito dalla legge n. 563 del 1995), che però nulla dice in riferimento alla loro organizzazione interna, e al d.lgs. n. 142 del 2015 relativo ai CPA (Centri di prima accoglienza), anch’esso a dir poco laconico.

L’assenza della legalità, anche intesa nella sua accezione minima della riserva di legge, continua dunque a risuonare in maniera assordante e mentre si prende atto che la “detenzione amministrativa” nulla ha da invidiare a quella eseguita negli istituti penitenziari, senza però poter contare (almeno) sulle garanzie offerte dall’ordinamento penitenziario, si resta inermi di fronte a questa sconsolata constatazione. Se la cancellazione *tout court* del sistema di detenzione nei CPR non è evidentemente una soluzione né praticabile né auspicabile, una sua “riconduzione a legalità” sarebbe un’operazione molto più agevole da realizzare: prima che la miccia si surriscaldi troppo, fino a prendere fuoco.

⁸² *Infra*, § 6.2.

6. *Una nozione sostanzialistico-funzionale di “luogo di detenzione” quale necessario completamento della nozione autonoma di “materia penale” elaborata dalla Corte di Strasburgo*

Una nozione unitaria di “luogo di detenzione” o, se si preferisce, di “carcere” non risponde del resto a una mera constatazione che sta nei fatti. Quand’anche il riferimento al “solo” art. 13 Cost. non si ritenesse sufficiente, sarebbe pur sempre necessario fare i conti con la sempre più marcata europeizzazione del diritto penale, che, originariamente refrattario a ogni forma di “incursione” da parte di fonti sovranazionali, deve ormai confrontarsi con una progressiva ridefinizione dei contorni del principio di legalità nell’ambito di un sistema di fonti sempre più reticolare e, per certi aspetti, tentacolare⁸³.

L’aspetto più evidente è rappresentato dalla curvatura in senso sostanzialistico-funzionale dei concetti di “illecito penale” e, quindi, di “sanzione penale”, individuati sulla base di coordinate almeno apparentemente distanti da quelle che rappresentano la bussola tradizionale per il giurista di *civil law*, specie seguendo la rotta del diritto penale. Le cadenze scandite dalla giurisprudenza di Strasburgo fin dalla fine degli anni Sessanta con i “criteri Engel”⁸⁴, ma che solo dopo le prime sentenze gemelle della Corte costituzionale⁸⁵ hanno sprigionato pienamente il loro potenziale “sovversivo”, sono

⁸³ «Dalla “Cina imperiale” al labirinto penale», secondo la suggestiva immagine offerta da V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 5. Sulla dissoluzione della piramide kelseniana e della sistematica a gradini di matrice tedesca, sostituite da una struttura “reticolare” del sistema delle fonti, v. anche M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004, pp. 145 e ss.; C. E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2014, 1109 ss.

⁸⁴ Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel v. Netherlands*, n. ric. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72.

⁸⁵ Si tratta delle ormai celeberrime sentenze n. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale. Nell’impossibilità di dar conto delle innumerevoli indicazioni bibliografiche relative alle pronunce in questione, ci si limita a segnalare i rilievi critici, in larga parte condivisibili, di M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2008, 203 ss. e P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*, Torino, 2015, 232 ss. La portata delle “prime gemelle”, non immediatamente messa a fuoco in una prospettiva strettamente penalistica, ha veicolato una “rivoluzione europeista” anche nell’ambito del diritto nazionale per eccellenza: v., in particolare, O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell’interpretazione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2013, 160 ss. e V. MANES, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l’ordinamento (e per il*

all'apparenza agevolmente sintetizzabili: al fine di garantire un'omogenea applicazione degli artt. 6 e 7 CEDU in riferimento ad ordinamenti assai differenti tra loro, si rende necessario elaborare delle nozioni autonome di "legge" e di "materia penale", che, lungi dall'arrestarsi alle etichette formali attribuite dai singoli legislatori nazionali, valorizzino la "sostanza delle cose" in funzione di garanzia⁸⁶.

La nozione autonoma di "materia penale", muovendo dal concetto sostanziale di "sanzione penale" (e, a monte, di "illecito penale") si estende necessariamente ai contigui profili di carattere processuale, perimetrando l'area di operatività dell'art. 6 CEDU. Seguendo il filo conduttore irrobustito dalla *vis expansiva* mostrata dalla materia penale, sembrerebbe che i tempi siano maturi per assicurare che le nozioni autonome *made in Strasburgo* trovino applicazione anche nella fase più tipicamente esecutiva.

Il *genus* della materia penale elaborato dalla Corte di Strasburgo, detto altrimenti, sembra ormai scindersi nelle *species* di sanzione penale, processo penale e, infine, esecuzione penale. A venire in considerazione, quindi, sono altrettante "nozioni autonome", che ripetendo dalla comune origine della *matière pénale* una matrice sostanzialistico-funzionale, perseguono l'obiettivo di definire la natura giuridica degli istituti che si collocano nell'area del diritto punitivo, all'ulteriore scopo di individuare la disciplina applicabile.

giudice) penale interno, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes – V. Zagrebelsky, Giuffrè, Milano, 2011, 1 ss. Sul marchio di "parziale conformità" impresso dalle c.d. seconde gemelle (sentenze della Corte costituzionale n. 311 e 317 del 2009), che ribadiscono l'impianto complessivo per ciò che attiene alla collocazione della CEDU nel sistema delle fonti italiano, preoccupandosi però di allentare, almeno in parte, la vincolatività del precedente attraverso il riconoscimento di "margine di apprezzamento" del giudice nazionale, per tutti, R. CONTI, *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo*, in *Federalismi.it*, 24 marzo 2010, spec. 3-4. Con la sentenza n. 49 del 2015, infine, il Giudice delle Leggi giunge a un capovolgimento assiologico delle cadenze seguite in precedenza: non solo si passa dalla «soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo» della sentenza n. 39 del 2008 (§ 5 del *Considerato in diritto*) al «predominio assiologico della Costituzione sulle norme della CEDU» (§ 4 del *Considerato in diritto*), ma si precisa che il giudice italiano è vincolato a recepire la norma elaborata da Strasburgo solo in presenza di un "diritto consolidato o di una sentenza pilota" (§ 7 del *Considerato in diritto*). Sulla sentenza n. 49 del 2015 si rinvia alle incisive pagine di O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale. A proposito del caso Contrada, della confisca senza condanna e di poco altro*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, 20 ss.

⁸⁶ In argomento, a scopo meramente esemplificativo, V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *Jus17@unibo.it*, 1/2009, 60 ss.; G. UBERTIS, *L'autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Arch. pen. web*, 1/2012, 1 ss.; R. RUSSO, *Il diritto punitivo della CEDU e il "tranello" di civil law al banco di prova della confisca*, in *Cass. pen.*, 4/2016, 1805 ss.

6.1. *La nozione autonoma di “materia penale”: conseguenze nuove di un dibattito antico*

Sebbene la giurisprudenza della Corte EDU relativa a una delimitazione sostanziale della materia penale abbia alimentato un dibattito che sembrerebbe assumere i tratti di un'autentica “rivoluzione copernicana”, le questioni e le categorie tornate all'attenzione del giurista affondano le loro radici negli atavici dilemmi che involgono lo stesso “alfabeto” del diritto (non solo penale): l'impressione, in effetti, è quella di trovarsi nel bel mezzo della selva oscura di quei dibattiti relativi al concetto di sanzione e alla distinzione tra le varie tipologie di sanzione conosciute dall'ordinamento, che rinviano a uno dei nodi più complessi della teoria generale del diritto e del reato. Si pensi, solo per restare agli aspetti più evidenti, alle considerazioni relative alla distinzione tra delitti e contravvenzioni e, quindi, al c.d. diritto penale amministrativo⁸⁷, tornate alla ribalta specie a seguito dell'intervento di depenalizzazione organica realizzato dalla l. n. 689 del 1981 e della Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 19 dicembre 1983, relativa ai criteri di riparto tra illecito penale e illecito amministrativo⁸⁸. Oppure si pensi, più in generale, al concetto di “diritto punitivo”, che comprenderebbe il diritto penale ma non si esaurirebbe in esso⁸⁹.

⁸⁷ ART. ROCCO, *Sul così detto diritto penale amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, 385 ss.; S. LONGHI, *Repressione e prevenzione nel diritto penale attuale*, Milano, 1911, 760 e Id., *Sul così detto diritto penale amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1911, 355 ss.; L. RAGGI, *Lo svolgimento del diritto amministrativo penale*, in *Il Filangieri*, 1907, 349 ss.; G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, 10 ss.; G. BATTAGLINI, *La pena in rapporto alle sanzioni civili ed amministrative*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, spec. 403 ss. Per un'efficace ricostruzione del dibattito in questione si rinvia a M. PIFFERI, *Difendere i confini, superare le frontiere. Le “zone grigie” della legalità penale tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini*, 36, 2007, I, 771 ss.

⁸⁸ C. E. PALIERO, *La legge n. 689 del 1981: prima codificazione del “diritto penale amministrativo” in Italia*, in *Pol. dir.*, 1983, 117 ss.; M. SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983, spec. 129 ss.; F. SGUBBI, *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, in *Ind. pen.*, 1983, 253 ss.; F. PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Ind. pen.*, 1986, 37 ss.; E. DOLCINI, *Sui rapporti tra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/1987, 777; T. PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1984, 952 ss. Per considerazioni di taglio comparatistico M. DELMAS-MARTY, *I problemi giuridici e pratici posti dalla distinzione tra diritto penale e diritto amministrativo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/1987, 731 ss.

⁸⁹ P. NUVOLONE, *Il diritto punitivo nella nuova legislazione*, in *Ind. pen.*, 1982, 79 ss.; A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925, *passim*; G. ZANOBINI, *op. cit.*, 38 ss. Sul concetto di “illecito di diritto pubblico”, capace di ricomprendere

Tanto i criteri volti a individuare una distinzione “sostanziale” tra l’illecito penale e quello amministrativo, anche sul versante di una più marcata linea di confine tra delitti e contravvenzioni, quanto le più generali riflessioni sul *genus* della sanzione punitiva di cui quella criminale sarebbe solo una *species*, se collocati in una prospettiva di diritto positivo e in un ordinamento a legalità formale, o si esauriscono su un piano meramente descrittivo o, il più delle volte, aspirano a indirizzare gli interventi del legislatore. Per ciò che attiene alla disciplina applicabile, le sanzioni penali sono “semplicemente” quelle che il legislatore sceglie di qualificare come tali e ciò che distingue l’illecito penale dalle altre tipologie di illecito previste dall’ordinamento è unicamente il criterio formale della sanzione⁹⁰.

L’esigenza che derivava (e deriva ancora) da una riflessione sui rapporti tra illecito penale e illecito amministrativo sembra delinarsi con sufficiente nitidezza se collocata in una prospettiva storica⁹¹. Il principio di legalità formale, in effetti, ha subito un’autentica eterogenesi dei fini rispetto alle sue origini di stampo illuministico-liberale. Queste ultime affondano le loro radici in un inequivoco substrato garantista, teso a imbrigliare l’azione pubblica capace di incidere sui diritti individuali entro il capestro del diritto penale. In quest’ottica l’obiettivo era quello di circoscrivere l’area della “materia penale”, perché tutto ciò che risultava collocato all’esterno della stessa si trovava attratto nella sfera della libertà. L’ampio raggio del diritto amministrativo si prestava però a divenire il fin troppo comodo espediente per sottrarre determinate azioni dei pubblici poteri al giogo delle garanzie, posto che al di fuori del recinto del diritto penale, “formalisticamente” individuato, potevano giustificarsi interventi repressivi fondati sul mero sospetto e sulla discrezionalità-arbitrio dei pubblici poteri. Di qui la necessità di recuperare criteri di controllo sostanziale che consentissero di arginare il rischio di una truffa delle etichette, finalizzata all’elusione di un sistema di garanzie connesso alla sola legalità penale. Di qui, inoltre, la convinzione che la sola via per uscire indenni dallo sterile sentiero del formalismo fosse quella di estendere anche al

l’illecito penale, l’illecito amministrativo e l’illecito depenalizzato-amministrativo v. M. SINISCALCO, *op. cit.*, 143 ss. Per un più organico inquadramento della materia si rinvia F. MANTOVANI, *Diritto penale*, IX, Padova, 2015, 945 ss.; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2012, 39 ss.

⁹⁰ Tra gli altri M. GALLO, *op. cit.*, 6; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 17; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII, Bologna, 2014, 168. Sullo spostamento dal *prius* al *posterius* da parte della dottrina italiana, con conseguente svalutazione del momento di scelta dell’oggetto della regolamentazione penalistica, v. G. LICCI, *Misure sanzionatorie e finalità afflittiva: indicazioni per un sistema punitivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1982, 1009.

⁹¹ M. PIFFERI, *Difendere i confini, superare le frontiere. Le “zone grigie” della legalità tra Otto e Novecento*, in *Quaderni Fiorentini*, 1/2007, 743 ss.

diritto penale amministrativo le garanzie del diritto penale in senso stretto, in modo da sottrarre alle distinzioni in questione buona parte della loro ragion d'essere.

La feritoia aperta dalla nozione autonoma di materia penale è riconducibile alla medesima *ratio* di evitare facili scappatoie all'applicazione degli artt. 6 e 7 CEDU, ammantate da una legalità formale esposta a degenerazioni formalistiche. Il dibattito relativo al diritto punitivo è però costretto, per dir così, a un passo indietro e ad uno in avanti. Il passo indietro consiste nella spasmodica ricerca di criteri sostanziali che consentano di "scovare" il penale al di là delle qualifiche formali scelte dai singoli ordinamenti nazionali. Il passo in avanti deriva dal fatto che l'applicazione della disciplina di garanzia propria della materia penale non è più solo eventuale e, al massimo, confinata nelle discussioni relative alle linee guida da suggerire alla politica legislativa, ma diviene una conseguenza necessaria, che si produce "per il sol fatto" che i criteri sostanziali abbiano portato a compimento la loro operazione di "disinganno".

La problematicità della questione non si annida tanto a valle, sul versante degli effetti, quanto a monte, sul piano dell'individuazione dei presupposti. Ciò in quanto i criteri *Engel* si mostrano essenzialmente dei criteri vuoti⁹², capaci di risultare orientati a favore di risultati anche opposti l'uno rispetto all'altro.

Nella loro scarna formulazione originaria gli *Engel criteria* si mostrano quanto mai laconici: se, come ampiamente noto, la qualifica formale attribuita a una certa sanzione da parte del singolo ordinamento ha un valore solo relativo⁹³, ciò che importa verificare sarebbe la natura dell'infrazione (*very nature of the offence*) e il grado di severità della sanzione (*the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring*)⁹⁴. Nella giurisprudenza successiva il criterio che finisce per accentrare su di sé la verifica del carattere penale è quello relativo alla natura dell'infrazione, il più delle volte specificato dagli aggettivi *deterrent and punitive* riferiti allo scopo della stessa (*the purpose of the penalty*) e a volte affiancato dalla portata generale della sanzione⁹⁵. In altri casi, poi, si esplicita il riferimento al

⁹² Di recente F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale"?*, in *Penalecontemporaneo.it*, 5 aprile 2017, 18.

⁹³ Per tutte, dopo la sentenza *Engel*, Corte EDU, 26 marzo 1982, *Adolf v. Austria*, § 30.

⁹⁴ Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, § 82.

⁹⁵ Si segnalano, in particolare, Corte EDU, *Jussila v. Finland*, 23 novembre 2006, n. ric. 73053/01, § 38: «The second criterion, the nature of the offence, is the more important. [...] It may therefore be concluded that the surcharges were imposed by a rule whose purpose was deterrent and punitive. The Court considers that this establishes the

carattere “punitivo” (della sanzione o del procedimento)^{96 97}.

Non si comprende con esattezza, in particolare, se nelle “norme” elaborate dai giudici di Strasburgo i parametri sostanziali su cui si fonderebbe

criminal nature of the offence». Corte EDU, *Öztürk v. Germany*, 13 novembre 1982, n. ric. 8544/79, § 53: «Above all, the general character of the rule and the purpose of the penalty, being both deterrent and punitive, suffice to show that the offence in question was, in terms of Article 6 (art. 6) of the Convention, criminal in nature», su cui C. E. PALIERO, “Materia penale” e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: una questione “classica” a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/1985, 894 ss.; Corte EDU, *Bendenoun v. France*, 24 febbraio 1996, n. ric. 12547/86, § 47: «That provision covers all citizens in their capacity as taxpayers, and not a given group with a particular status. It lays down certain requirements, to which it attaches penalties in the event of non-compliance. Secondly, the tax surcharges are intended not as pecuniary compensation for damage but essentially as a punishment to deter reoffending. Thirdly, they are imposed under a general rule, whose purpose is both deterrent and punitive»; Corte EDU, *Grande Stevens v. Italy*, 4 marzo 2014, n. ric. 18640/10, § 96: «Per quanto riguarda la natura dell’illecito, sembra che le disposizioni la cui violazione è stata ascritta ai ricorrenti si prefiggessero di garantire l’integrità dei mercati finanziari e di mantenere la fiducia del pubblico nella sicurezza delle transazioni. La Corte rammenta che la CONSOB, autorità amministrativa indipendente, ha tra i suoi scopi quello di assicurare la tutela degli investitori e l’efficacia, la trasparenza e lo sviluppo dei mercati borsistici (paragrafo 9 *supra*). Si tratta di interessi generali della società normalmente tutelati dal diritto penale (si veda *mutatis mutandis*, *Menarini Diagnostics S.r.l.*, sopra citata, § 40; si veda anche *Société Stenuit c. Francia*, rapporto della Commissione europea dei diritti dell’uomo del 30 maggio 1991, § 62, serie A n. 232 A). Inoltre, la Corte è del parere che le sanzioni pecuniarie inflitte mirassero essenzialmente a punire per impedire la recidiva. Erano dunque basate su norme che perseguivano uno scopo preventivo, ovvero dissuadere gli interessati dal ricominciare, e repressivo, in quanto sanzionavano una irregolarità (si veda, *mutatis mutandis*, *Jussila*, sopra citata, § 38). Dunque, non si prefiggevano unicamente, come sostiene il Governo (paragrafo 91 *supra*), di riparare un danno di natura finanziaria. Al riguardo, è opportuno notare che le sanzioni erano inflitte dalla CONSOB in funzione della gravità della condotta ascritta e non del danno provocato agli investitori».

⁹⁶ Corte EDU, 2 settembre 1998, *Kadubec v. Slovakia*, n. ric. 27061/95, § 52: «The fine imposed on the applicant was intended as a punishment to deter reoffending. It has a punitive character, which is the customary distinguishing feature of criminal penalties»; Corte EDU, 10 giugno 1996, *Benham v. United Kingdom*, n. ric. 19380/92, § 56: «In addition, the proceedings had some punitive elements. For example, the magistrates could only exercise their power of committal to prison on a finding of wilful refusal to pay or of culpable neglect»; Corte EDU, 29 agosto 1997, *A.P., M.P., T.P. v. Switzerland*, n. ric. 19958/92, § 41: «The penalties, which in the present case take the form of fines, are not intended as pecuniary compensation for damage but are essentially punitive and deterrent in nature».

⁹⁷ Sul contiguo versante della Corte di Giustizia, che si uniforma essenzialmente alle indicazioni fornite dalla Corte EDU, v., in particolare, Corte Giust., 23 dicembre 2009, *Spector Photo Group NV e altri contro Commissione*, C-45/08, § 42; Corte Giust., *Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson*, 26 febbraio 2013, § 35; Corte Giust., 5 giugno 2012, *Bonda contro Commissione*, C-489/10, § 37.

la nozione autonoma di materia penale attribuiscono prevalenza a criteri teleologici, a criteri contenutistici o se si propongano di valorizzare entrambi⁹⁸. Inutile precisare che una chiara distinzione tra “contenuto” e “scopo” della sanzione rappresenti l’operazione preliminare necessaria per non incorrere in fraintendimenti⁹⁹, specie quando, come in questo caso, dalla stessa si pretenda di ricavare conseguenze in termini di disciplina.

Semplificando un quadro in realtà ben più complesso¹⁰⁰, il criterio capace di valorizzare il contenuto della sanzione è quello che, attraverso il formale riferimento alla gravità, va alla ricerca di un suo contenuto afflittivo¹⁰¹. Trascurando il fatto che lo stesso concetto di “sanzione” è stato spesso costruito attorno alla presenza di una conseguenza negativa per il suo destinatario (con conseguente esclusione dalla categoria delle misure premiali)¹⁰², si rende quanto mai ardua una graduazione “controllabile” del grado di gravità-afflittività, tale da delimitare gli stessi contorni della materia penale. Non è un caso, probabilmente, che anche i tentativi volti a circoscrivere il concetto di “contenuto necessariamente penale” non sempre riescono a sottrarsi al rischio di innescare un autentico circolo vizioso. Si è sostenuto, ad esempio, che tutte le sanzioni idonee a incidere, attualmente (pena detentiva) o potenzialmente (pena pecuniaria), sulla libertà personale del soggetto, dovrebbero necessariamente essere qualificate dal legislatore come penali¹⁰³: *nulla quaestio* per la pena detentiva, ma quella

⁹⁸ Sottolineano la prevalenza del criterio teleologico C. E. PALIERO, “Materia penale” e *illegittimo amministrativo*, cit., 912-913; M. COLACURCI, *La nozione di “materia penale” nella sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale: un argine alla pan-penalizzazione?*, in *Cass. pen.*, 2/2016, spec. 799 ss.; F. MAZZACUVA, *La materia penale e il “doppio binario” della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2013, 1899 ss. Per un’attenta e documentata ricostruzione critica v. di recente R. RUSSO, *op. cit.*, spec. 1809 ss. L’Autrice, in particolare, evidenzia come la Corte europea abbia in non rare occasioni svalutato il criterio finalistico per privilegiare quello relativo alla gravità, giungendo in definitiva ad escludere la natura penale di una sanzione cui pure veniva riconosciuta finalità punitiva (Corte EDU, *Ezeh and Connors v. United Kingdom*, 9 ottobre 2003, n. ric. 39665/98, 40086/98; Corte EDU, *Morel v. France*, 6 giugno 2000, n. ric. 34130/96).

⁹⁹ C.E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988, 91 e voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 354.

¹⁰⁰ Per più ampie considerazioni v. P. GUALTIERI, *op. cit.*

¹⁰¹ Cfr. F. GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2/2014, 356, il quale propone di recuperare un concetto di sanzione in senso stretto valorizzando «la significatività delle conseguenze negative per il destinatario (pur indipendentemente da ogni ulteriore considerazione sulle finalità dell’atto)».

¹⁰² Per tutti G. ZANOBINI, *op. cit.*, 1-2. Una nozione ampia di sanzione è invece quella proposta, tra gli altri, da N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1969, 533.

¹⁰³ T. PADOVANI, *Diritto penale*, X, Milano, 2012, 5.

pecuniaria in tanto è in grado di incidere potenzialmente sulla libertà personale dell'individuo in quanto il legislatore la qualifichi come pena, assoggettandola quindi al meccanismo di conversione previsto dagli artt. 102 e 108 l. n. 689 del 1981.

Neppure il criterio teleologico pare destinato a maggior successo, almeno nella misura in cui lo stesso si risolve nella dicotomia tra prevenzione e repressione, con la prima sostanzialmente estranea dalla logica del diritto penale in senso stretto, che risulterebbe pertanto limitato a interventi di tipo repressivo.

Se si intende il concetto di prevenzione come legato a filo doppio a quello di deterrenza, magari articolata nelle due accezioni della prevenzione generale e speciale, si pretenderebbe di rinvenire un'effettiva capacità euristica negli ondivaghi scopi della pena, che, oltretutto, ben potrebbero rivelarsi comuni alle sanzioni amministrative.

Qualora invece, come appare più "fondato", si collochi la prevenzione nella prospettiva della neutralizzazione del soggetto pericoloso, l'ampliamento del diritto penale anche a una prospettiva più propriamente preventiva e il solco storico-politico entro il quale si collocano le misure di prevenzione e le misure di sicurezza¹⁰⁴, suggeriscono già da soli quanto in salita si riveli la via di chi intendesse assumere il criterio in questione come ago della bilancia in grado di decidere i casi dubbi.

Da questo punto di vista risultano emblematiche le vicende interpretative che hanno riguardato la "nuove" forme di confisca¹⁰⁵, con particolare riguardo a quelle antimafia. La confisca di prevenzione, in particolare, non risponderebbe né a un intento repressivo né a una funzione propriamente preventiva, collocandosi piuttosto nel perimetro di un *tertium genus*

¹⁰⁴ «Le basi del "diritto penale attuale" consistono nella *repressione* e nella *prevenzione*» scriveva S. LONGHI, *Repressione e prevenzione nel diritto penale attuale*, Milano, 1911, 13. P. NUVOLONE, *La prevenzione nella teoria generale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1956, 25-26 concludeva che «il diritto penale [...] ha innanzitutto *finalità preventive*» e che anzi la prevenzione «è il fondamento logico-razionale di tutto il diritto penale». Amplius F. MAZZACUVA, *La materia penale*, cit., 1928 ss. Con particolare riguardo alle misure di sicurezza detentive v. A. MENCARELLI, *Le misure di sicurezza detentive al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *questo volume*.

¹⁰⁵ «Sempre che al *nomen* corrisponda davvero una figura unitaria o non piuttosto un caleidoscopio di istituti, ciascuno dei quali iscritto in un differenziato regime, fortemente condizionato dalla specifica natura della *res* da assoggettare alla misura, al reato cui la cosa pertiene, e, da ultimo ma non certo per ultimo, dagli esiti del processo in cui la confisca viene applicata»: Cass., Sez. un. pen., 26 giugno 2015, Macchia, n. 31617, in *Cass. pen.*, 4/2016, 1364. Si rinvia sul punto alle ampie indagini di D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale: ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007 e E. NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012.

costituito da una sanzione amministrativa equiparabile negli effetti alla misura di sicurezza *ex art. 240*, secondo comma c.p.¹⁰⁶. Pur senza entrare nel dettaglio dei tratti distintivi di questo preteso *tertium genus*, non può fare a meno di osservarsi come le conclusioni in questione, sostanzialmente trasposte anche sul piano della confisca allargata¹⁰⁷, non abbiano incontrato opposizione alcuna sul versante “europeo”. A fronte della disinvoltura con cui la Corte di Strasburgo ha riconosciuto il carattere sanzionatorio della confisca urbanistica *made in Italy*, affidandosi a motivazioni di fatto ellittiche e/o apodittiche¹⁰⁸, si registra un orientamento altrettanto compatto nel lasciare fuori le misure antimafia dall’area della materia penale: atteggiamento, sembrerebbe, poggiato più su preoccupazioni di tipo politico-criminale che su solide fondamenta di tipo normativo¹⁰⁹. In

¹⁰⁶ Cass., Sez. VI pen., 18 ottobre 2012, n.10153, in *Cass. pen.*, 1/2014, 256 ss., con nota di A.M. MAUGERI, *Un’interpretazione restrittiva delle intestazioni fittizie ai fini della confisca misura di prevenzione tra questioni ancora irrisolte*; Cass., Sez. un. pen., 26 giugno 2014, Spinelli, n. 4880, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2015, 942 ss., con nota di A.M. MAUGERI, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civil forfeiture*. Aveva invece sostenuto la natura sanzionatoria della confisca di prevenzione, come ampiamente noto, Cass., Sez. V pen., 13 novembre 2012, Occhipinti, n. 14044, in *Penalecontemporaneo.it*, 26 luglio 2013, con nota di A.M. MAUGERI, *La confisca misura di prevenzione ha natura “oggettivamente sanzionatoria” e si applica il principio di irretroattività: una sentenza “storica”?*

¹⁰⁷ Cass., Sez. un., 17 dicembre 2013, Montella, n. 920, in *Cass. pen.*, 4/2004, 1182 ss.; Cass., Sez. VI pen., 06 marzo 2009, n. 25096; Cass., Sez. VI, 19 ottobre 2010, n. 40537; Cass., Sez. VI, 15 febbraio 2011, n. 13582. Per maggiori indicazioni al riguardo v. M.F. CORTESI, *Confisca di prevenzione “antimafia” e confisca “allargata”: rapporti ed interferenze processuali*, in *Arch. pen.*, 3/2014, 6 ss.

¹⁰⁸ Valga per tutti l’opinione in parte concordante, in parte dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque a Corte EDU, 29 ottobre 2013, *Varvara v. Italy*, n. ric. 17475/09: il giudice portoghese esordisce rilevando come «la presente causa avrebbe potuto consentire alla Corte di chiarire le condizioni e le modalità di questo fondamentale strumento della politica penale contemporanea, tenendo conto degli sviluppi del diritto internazionale dei diritti dell’uomo, del diritto penale internazionale, del diritto penale comparato e del diritto dell’Unione europea. La camera ha scelto di non farlo», per poi pervenire alla considerazione secondo cui «classificare la confisca tra le «pene» è molto discutibile, dal punto di vista sia dei criteri della dogmatica penale classica che dei criteri, tratti dalla giurisprudenza Engel, di qualificazione giuridica del reato nel diritto della Convenzione».

¹⁰⁹ V. le efficaci considerazioni di G. CIVELLO, *La sentenza “Spinelli” sulla confisca di prevenzione: resiste l’assimilazione alle misure di sicurezza, ai fini della retroattività della nuova disciplina normativa*, in *Arch. pen. web*, 1/2015, 7 ss., il quale (nota 20) riporta in proposito, in particolare, Corte EDU, 5 gennaio 2010, *Bongiorno and others v. Italy*, n. ric. 4514/07, § 45: «Il fenomeno della criminalità organizzata ha raggiunto in Italia delle proporzioni ben preoccupanti. I profitti smisurati che le associazioni di tipo mafioso ricavano dalla loro attività illecita gli danno un potere la cui esistenza mette in discussione il primato del

questo caso, potrebbe dirsi, il concetto di prevenzione si trova assimilato più a quello di deterrenza, in un contesto in cui la confisca pare ormai aver stabilizzato la propria «legittimazione come “controspinta motivazionale” al crimine lucrativo»^{110 111}. È tuttavia fin troppo evidente come in questa slabbrata accezione generalpreventiva il concetto di prevenzione perderebbe ogni reale capacità selettiva, riducendosi a un riferimento vuoto, buono per tutti gli usi e per tutti i fini.

Un criterio che, valorizzando gli effetti della sanzione e ponendosi per certi aspetti a mezza via tra quelli attinenti al contenuto e quelli che enfatizzano anche (o solo) lo scopo, sembra in grado di assicurare un sufficiente grado di controllabilità, è rappresentato dalla nota distinzione tra sanzioni esecutive e sanzioni punitive. Le sanzioni esecutive consisterebbero nell'esecuzione del precetto giuridico violato, realizzando una situazione di fatto identica o equivalente a quella che si sarebbe realizzata se si fosse adempiuta la regola trasgredita e mirando quindi all'attuazione della stessa. Le sanzioni punitive, che non si esauriscono in quelle criminali, hanno come contenuto la diminuzione di beni giuridici (libertà personale, patrimonio) applicate all'autore della trasgressione, al fine di assicurare

diritto nello Stato. Così, i mezzi adottati per combattere questo potere economico, in particolare la confisca in questione, possono apparire indispensabili per lottare efficacemente contro le suddette associazioni». Sul punto anche A. MACCHIA, *Le diverse forme di confisca: personaggi (ancora) in cerca d'autore*, in *Cass. pen.*, 7-8/2016, § 2. Sulla possibilità (e opportunità) di qualificare la confisca di prevenzione come sanzione penale in base ai criteri Engel, per tutti, V. MAIELLO, *Confisca, CEDU e diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*, in *Penalecontemporaneo.it*, 11 luglio 2012, 15.

¹¹⁰ V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2015, 1261-1262.

¹¹¹ La connotazione prevalentemente afflittiva della misura e la finalità repressiva della stessa hanno invece “avuto la meglio” in riferimento alla confisca per equivalente ex art. 322-ter c.p. (Corte cost., ord. 2 aprile 2009, n. 97, che ha valorizzato in proposito l'assenza di un nesso di pertinenzialità rispetto al reato commesso: v. P. CORSO, *La confisca per equivalente non è retroattiva*, in *Corr. trib.*, 2009, 1775 ss. Sul punto v. anche F. MAZZACUVA, *Confisca per equivalente come sanzione penale: verso un nuovo statuto garantistico*, in *Cass. pen.*, 9/2009, 3420 ss.) e per la confisca del veicolo prevista dall'art. 186 c.d.s. A quest'ultimo riguardo Corte cost., 26 maggio-4 giugno 2010, n. 196, § 5.1. del *Considerato in diritto* ha osservato che la misura è applicabile anche quando il veicolo dovesse risultare incidentato e temporaneamente inutilizzabile (e, dunque, «privo di attuale pericolosità oggettiva») e la sua operatività non impedisce in sé l'impiego di altri mezzi da parte dell'imputato, dunque un rischio di recidiva, con la conseguenza per cui la confisca si presenta non idonea a neutralizzare la situazione di pericolo per la cui prevenzione è stata concepita: sulla pronuncia in questione, per tutti, V. MANES, *La confisca “punitiva” tra Corte costituzionale e CEDU: sipario sulla “truffa delle etichette”*, in *Cass. pen.*, 2/2011, 534 ss.

l'effettività della regola violata¹¹².

Qualora evidentemente si ritenga che tra le sanzioni punitive criminali e quelle punitive amministrative possa e debba sussistere una eterogeneità di disciplina, è evidente come il criterio in questione valga a ben poco, perché solo il criterio formale sarà in grado di delineare l'area del "penale in senso stretto". Se per contro si convenga sulla necessità che le sanzioni punitive siano sottoposte a un regime di garanzia unitario, la questione diviene più nitida e, soprattutto, conforme alle indicazioni provenienti dal sistema EDU.

Una considerazione, per quanto banale, può forse valere a riassumere il senso di queste considerazioni. Se davvero fosse possibile, sulla base di criteri sostanziali, attribuire natura penale a ciò che penale non è, dovrebbe per ciò solo considerarsi illegittimo un intervento di depenalizzazione che, lasciando ogni altro elemento inalterato, si limiti a sostituire una pena pecuniaria con una sanzione amministrativa del medesimo contenuto. A meno che l'intervento in questione non assicuri le stesse garanzie che l'assetto precedente riconduceva a quelle sanzioni. La forza pervasiva della materia penale di derivazione convenzionale rischia in effetti di tradursi nella tendenza a una panpenalizzazione¹¹³ o, comunque di scoraggiare quegli interventi di depenalizzazione che rappresentano la necessaria boccata d'ossigeno nell'asfissiante contesto di un diritto penale "massimo": l'effetto in questione può scongiurarsi solo estendendo le garanzie del diritto penale, a partire da quelle del diritto penale sostanziale, anche alle

¹¹² M. GALLO, *op. cit.*, 4-5. Obbligato il riferimento a N. BOBBIO, voce *Sanzione*, cit., 531, il quale, muovendo dalla preliminare dicotomia tra sanzioni preventive e successive, distingue nell'ambito di queste ultime le misure punitive (che infliggono un male) e le misure riparative (che estinguono, in tutto o in parte, il male prodotto). P. NUVOLONE, voce *Pena (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 787, colloca la pena nell'ambito delle sanzioni eterogenee, intese come le conseguenze giuridiche di carattere impeditivo (la nullità) o di carattere afflittivo (la pena) che l'ordinamento fa derivare coattivamente dalla violazione di un obbligo e che non partecipano della stessa natura della prestazione o comportamento dovuti. Le sanzioni omogenee, per contro, sarebbero le conseguenze giuridiche "coattive" che partecipano della stessa natura della prestazione o comportamento dovuti (come il risarcimento del danno). Anche G. LICCI, *op. cit.*, 1027 muove dalla distinzione tra funzione ripristinatoria e funzione punitiva per delineare il concetto di afflittività, che verrebbe a connotare la sanzione penale rispetto a quella amministrativa: con la conseguenza per cui la sanzione penale si distinguerebbe per l'assenza di omogeneità tra la parte ipotetica e quella sanzionatoria della norma (1030).

¹¹³ Cfr., per i possibili effetti estensivi della penalità derivanti dagli obblighi di tutela penale, S. MANACORDA, "Dove di punire?" *Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2012, 1364 ss.

sanzioni amministrative punitive¹¹⁴.

Torna attuale, altrimenti detto, il dibattito relativo alla reale portata dell'art. 25, secondo comma Cost., che nella sua formulazione letterale sembra riferirsi all'intero diritto punitivo¹¹⁵, ma che ha visto storicamente

¹¹⁴ Particolarmente indicative al riguardo le considerazioni di Corte EDU, *Öztürk v. Germany*, 13 novembre 1982, cit., § 49, che sembra opportuno riportare per esteso: «The Convention is not opposed to States, in the performance of their task as guardians of the public interest, both creating or maintaining a distinction between different categories of offences for the purposes of their domestic law and drawing the dividing line, but it does not follow that the classification thus made by the States is decisive for the purposes of the Convention. By removing certain forms of conduct from the category of criminal offences under domestic law, the law-maker may be able to serve the interests of the individual (see, mutatis mutandis, the above-mentioned Engel and others judgment, ibid., p. 33, § 80) as well as the needs of the proper administration of justice, in particular in so far as the judicial authorities are thereby relieved of the task of prosecuting and punishing contraventions - which are numerous but of minor importance - of road traffic rules. The Convention is not opposed to the moves towards “decriminalisation” which are taking place - in extremely varied forms - in the member States of the Council of Europe. The Government quite rightly insisted on this point. Nevertheless, if the Contracting States were able at their discretion, by classifying an offence as “regulatory” instead of criminal, to exclude the operation of the fundamental clauses of Articles 6 and 7 (art. 6, art. 7), the application of these provisions would be subordinated to their sovereign will. A latitude extending thus far might lead to results incompatible with the object and purpose of the Convention».

Si pensi, solo per restare agli aspetti maggiormente evidenti del dibattito più recente, alla possibile operatività del principio di retroattività della *lex mitior* anche alle sanzioni amministrative. La Corte costituzionale, chiamata di recente a pronunciarsi sulla mancata previsione del principio di retroattività della legge favorevole nell'art. 1 della l. n. 689 del 1981, ha chiarito che né dall'art. 3 Cost. né dall'art. 7 CEDU può ricavarsi che il principio in questione debba essere esteso in maniera generalizzata anche alle sanzioni amministrative, rientrando nella discrezionalità del legislatore - nel rispetto del limite della ragionevolezza - modulare le proprie determinazioni secondo criteri di maggiore o minore rigore in base alle materie oggetto di disciplina: Corte cost., 6 luglio 2016, n. 193, § 3.4. e ss. del *Considerato in diritto*, su cui v. il commento di A. CHIBELLI, *La problematica applicabilità del principio di retroattività alle sanzioni amministrative*, e P. PROVENZANO, *Sanzioni amministrative e retroattività in mitius: un timido passo in avanti*, entrambi in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3/2016, 247 ss. Del resto, anche in riferimento a sanzioni esplicitamente qualificate come punitive da parte della Corte EDU, la giurisprudenza di legittimità ha mostrato qualche resistenza di troppo nell'applicazione dei principi della legalità sostanziale, limitandosi a fare applicazione dell'art. 6 CEDU: in riferimento alle sanzioni applicate dalla CONSOB Cass., Sez. I civ., 2 marzo 2016, n. 4114, in *Penalecontemporaneo.it*, 7 marzo 2016, con nota di F. VIGANÒ, *Il dialogo difficile: ancora fraintendimenti della Cassazione civile sulla giurisprudenza della Corte EDU in materia di sanzioni CONSOB e retroattività* in mitius. Nella giurisprudenza amministrativa v. Cons. Stato, Sez. VI, 3 giugno 2010, n. 3497, in *Resp. civ. e prev.* 7-8/2010, 1638.

¹¹⁵ Sull'individuazione di un diritto punitivo che comprende ma non si esaurisce nel diritto penale e sulla lettura “ampia” dell'art. 25, secondo comma Cost., necessario è sufficiente il

ridimensionata la sua portata applicativa al solo diritto penale in senso stretto¹¹⁶. Nell'era dell'interpretazione "convenzionalmente orientata", posto che il sistema CEDU ha reso pressoché evanescente il concetto di diritto penale formal(istica)mente inteso, sono forse maturi i tempi per proiettarsi verso il futuro volgendo lo sguardo al passato, nel senso di ritenere riferibili le garanzie costituzionalconvenzionali al diritto punitivo nel suo complesso, i cui contorni, lungi dal restare affidati a evanescenti suggestioni teleologiche, possono essere tracciati muovendo dagli effetti prodotti dalla singola misura e, quindi, affidandosi alla più controllabile distinzione tra sanzioni punitive e sanzioni esecutive¹¹⁷.

6.2. *L'indipendenza logico-giuridica tra la nozione autonoma di sanzione penale e quella di carcere (e dunque di esecuzione penale). Conseguenze "di disciplina" derivanti da una nozione autonoma di luogo di detenzione*

Sebbene i criteri *Engel* non abbiano ancora raggiunto un sufficiente grado di stabilizzazione, la questione parrebbe porsi in termini "più semplici" disarticolando il concetto di materia penale nei tre momenti già evidenziati: sostanziale, processuale ed esecutivo.

Pare opportuno precisare che ogni operazione volta a ricondurre una qualunque situazione giuridicamente rilevante a una categoria generale (in questo caso quella ampia di "luogo di detenzione") assume significato e importanza solo quando, oltre a soddisfare un'esigenza di classificazione, conduca all'applicazione di una determinata disciplina: quella, cioè, caratteristica della categoria generale richiamata¹¹⁸.

Sul versante sostanziale le conseguenze di disciplina che deriverebbero dalla categoria generale della "materia penale" non sempre risultano

riferimento a P. NUVOLONE, *Il diritto punitivo nella nuova legislazione*, cit., 79 ss. e Id., voce *Pena*, cit., 787-788. Cfr. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2016, 51, il quale sottolinea che, indipendentemente dalla lettura più o meno ampia dell'art. 25, secondo comma Cost., si registra un ampio consenso in merito all'applicazione anche al diritto amministrativo punitivo di principi di garanzia relativi all'illecito penale.

¹¹⁶ Per tutti C.E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 137 e voce *Sanzioni amministrative*, 371 ss., ai quali si rinvia anche per più ampie indicazioni.

¹¹⁷ La distinzione tra sanzioni punitive e sanzioni esecutive in funzione di garanzia è quella proposta anche da M. TRAPANI, la cui opinione ho avuto modo di conoscere in occasione delle lezioni di diritto penale da lui tenute presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi "Roma Tre" e attraverso numerosi colloqui personali sul punto.

¹¹⁸ Pressoché testualmente M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, I, Torino 2014, 516-517.

delineate con sufficiente chiarezza. Le vicende che stanno interessando la confisca urbanistica, per esempio, suggeriscono che l'attribuzione della natura penale a una sanzione non comporti necessariamente l'applicazione, per intero, dello statuto della pena in senso stretto, previsto cioè dall'ordinamento nazionale. Accanto a una "pena nazionale" prende dunque corpo una "pena CEDU"¹¹⁹, che, sempre per restare al caso della confisca conseguente a lottizzazione abusiva, può applicarsi a terzi e in assenza di una sentenza di condanna. *Rectius*: può applicarsi in presenza di una sentenza di condanna individuata a sua volta sulla base di una nozione autonoma, la quale valorizzi il dato sostanziale di «un pieno accertamento di responsabilità» e che per questo non sarebbe incompatibile, né logicamente né giuridicamente, con una sentenza che dichiari l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione¹²⁰.

A ciò si aggiungano i non sempre chiari rapporti tra gli artt. 6 e 7 CEDU¹²¹, per quanto in molti casi la qualificazione di una sanzione come penale rappresenta l'operazione logicamente e giuridicamente preliminare per verificare la sussistenza delle garanzie processuali¹²².

La nozione sostanziale di carcere, tuttavia, appare sostanzialmente indipendente rispetto a quella di sanzione penale. Se, infatti, sul piano dell'ordinamento interno il diritto, il processo e l'esecuzione penale sono

¹¹⁹ Per più diffuse considerazioni al riguardo sia consentito il rinvio ad A. MASSARO, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei "doppi binari" nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della "materia penale"*, in *Penalecontemporaneo.it*, 15 luglio 2015, 10 ss.

¹²⁰ Corte cost., 14 gennaio 2015-26 marzo 2015, n. 49, § 6.2. del *Considerato in diritto*. Sulla pronuncia in questione, in particolare, V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Cass. pen.*, 6/2015, 2204 ss.; F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *Penalecontemporaneo.it*, 30 marzo 2015; II. G. CIVELLO, *La sentenza Varvara c. Italia "non vincola" il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?*, in *Arch. pen.*, 2/2014; XII. D. PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in *Penalecontemporaneo.it*, 22 giugno 2015.

¹²¹ R. Russo, *op. cit.*, 1816 rileva, ad esempio, come i giudici di Strasburgo mostrino maggiore cautela nell'ampliare i confini della materia penale quando a venire in considerazione non siano le "mere" garanzie processuali, ma quelle sostanziali, a partire del principio di irretroattività, ex art. 7 CEDU (Corte EDU, *Traktörer Aktiebolag v. Sweden*, 7 giugno 1989, n. ric. 10873/84).

¹²² Emblematica in tal senso Corte EDU, *Grande Stevens v. Italy*, 4 marzo 2014, n. ric. 18640/10, cit., su cui, per tutti, A.F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) da due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *Penalecontemporaneo.it*, 9 marzo 2014.

tenuti insieme da un vincolo sistematico inscindibile e inevitabile¹²³, l'assenza di un ordinamento CEDU allenta di molto il legame strutturale tra "pena" e "carcere". Si può essere "detenuti" anche senza aver commesso un "illecito penale" e, quindi, non necessariamente in esecuzione di una "sanzione penale". Ciò che importa è che il soggetto sia sottoposto coattivamente, da parte della pubblica autorità, a limitazioni prolungate della propria libertà personale, in esecuzione di una sanzione non altrimenti specificata¹²⁴: muovendo da queste premesse, per esempio, si "stempera" il dibattito relativo alla natura giuridica del trattenimento dello straniero, che finirebbe per imbrigliare entro pastoie formalistiche la possibile applicazione di strumenti di garanzia al soggetto detenuto¹²⁵.

Anche la prospettiva entro la quale si colloca l'ordinamento penitenziario, a ben vedere, si muove in una logica per certi aspetti simile: le sue disposizioni trovano applicazione nei confronti di imputati, detenuti e internati, senza che la natura giuridica delle misure di sicurezza e, *a fortiori*, quella della custodia cautelare si riveli in qualche modo decisiva. Quel che importa, detto altrimenti, è la comune condizione dei soggetti in questione, indipendentemente da come possa o debba essere qualificato giuridicamente il presupposto che ha determinato lo stato di detenzione.

La perdurante inerzia del legislatore in riferimento ai centri di trattenimento degli stranieri irregolari è ormai circostanza che parrebbe a dir poco superfluo sottolineare. La vicenda dei CPR, almeno fino a questo momento, dimostra però che anche il diritto penale giurisprudenziale¹²⁶, al quale si potrebbe essere tentati di guardare come salvifico *deus ex machina* capace di assicurare che, se non altro, "ci sarà un giudice a Strasburgo", mostra tutta la propria inaffidabilità. Non può fare a meno di rilevarsi come,

¹²³ Sull'inscindibile legame tra il diritto penitenziario, il diritto penale sostanziale e quello processuale, per tutti, M. GALLO, *Linee di tendenza per la riforma della parte generale del codice penale*, in *Carcere e società*, a cura di M. Cappelletto, A. Lombroso, Venezia, 1976, 11 e G. NEPPI MODONA, *Vecchio e nuovo nella riforma dell'ordinamento penitenziario*, ivi, cit., 65.

¹²⁴ Sulla riconducibilità del trattenimento al *genus* delle sanzioni v. P. GUALTIERI, *op. cit.*

¹²⁵ Per una valorizzazione, a proposito della detenzione nei CIE (ora CPR), dell'art. 7 CEDU, v. A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa degli stranieri»*, 598 e ss., il quale sottolinea come la natura "penale" del trattenimento si ricaverebbe agevolmente tanto da considerazioni di tipo teleologico (la detenzione nei CIE ha uno scopo preventivo, rispetto alla commissione di illeciti penali, ma anche retributivo e specialpreventivo, rispetto alla mancata collaborazione dello straniero trattenuto nelle procedure per la sua identificazione), quanto per la gravità del regime del trattenimento, caratterizzato da condizioni intrinsecamente afflittive.

¹²⁶ M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2016, 3 ss.; G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008.

analogamente a ciò che avviene sul versante dello statuto speciale predisposto dall'ordinamento nazionale in materia di criminalità organizzata (*sub specie* tanto di confisca quanto di carcere duro), l'atteggiamento della Corte EDU per ciò che attiene al trattenimento dello straniero irregolare sembra ispirato a un atteggiamento di estrema prudenza.

Se la privazione della libertà personale deve essere “regolare”, per la determinazione del requisito in questione la Corte non può che rinviare alla legislazione nazionale, esigendo che l'intervento in questione sia dotato di una base legale tanto sostanziale quanto processuale. Certo, non può trattarsi di un meccanico e acritico rinvio alla normativa interna, posto che è necessario non solo preservare la *ratio* dell'art. 5 CEDU (ovvero la tutela della libertà individuale a fronte di invasioni arbitrarie da parte dei pubblici poteri), ma anche assicurare la “preminenza del diritto”¹²⁷, intesa come compatibilità con l'intero sistema della Convenzione: da ciò deriva, anzitutto, la necessità di garantire la generale esigenza di certezza del diritto (*legal certainty, sécurité juridique*) attraverso previsioni di diritto interno chiare e prevedibili nella loro applicazione, in modo che il singolo sia posto nella condizione di prevedere in maniera ragionevole le conseguenze derivanti da una propria condotta¹²⁸.

Con particolare riguardo all'ordinamento italiano, la recente sentenza della Grande Camera della Corte EDU relativa al caso *Khlaifia* da una parte ha mostrato di valorizzare i controlli “sostanziali” escludendo la chiarezza/prevedibilità della normativa di riferimento per il CSPA di Lampedusa, ma dall'altra ha individuato negli ex CIE quasi un modello virtuoso di riferimento: in quello che formalmente è considerato un luogo di accoglienza e non di detenzione – osservano i giudici di Strasburgo – i soggetti non possono beneficiare delle garanzie previste in caso di collocazione in un CIE, per la quale è necessaria una decisione amministrativa

¹²⁷ V. ESPOSITO, *La preminenza del Diritto oltre lo Stato*, Arch. pen. web, 1/2015, 1 ss.

¹²⁸ Si rinvia alla recente Corte EDU (Grande Camera), *Khlaifia and others v. Italy*, 15 dicembre 2016, n. ric. 16483/12, §§ 88 ss., anche per il grado di interesse che la pronuncia in questione riveste in riferimento all'ordinamento italiano. Relativa al medesimo caso Corte EDU, *Khlaifia and others v. Italy*, 1 settembre 2015, n. ric. 16483/12, in *Penalecontemporaneo.it*, 16 ottobre 2015, con nota di A. GILIBERTO, *Lampedusa: La Corte EDU condanna l'Italia per la gestione dell'emergenza sbarchi nel 2011* (v. anche L. KALB, *La privazione della libertà personale (art. 5 CEDU)*, in *CEDU e ordinamento italiani*, a cura di A. Di Stasi, Padova, 2016, 256 ss.). In precedenza, tra le altre, Corte EDU, *Saadi v. United Kingdom*, 29 gennaio 2008, n. ric. 13229/03, §§ 67 ss.; Corte EDU, *Amurr v. France*, 25 giugno 1996, n. ric. 19776/92, §§ 50 ss.; Corte EDU, *Bozano v. France*, 18 dicembre 1986, n. ric. 9990/82, § 54; Corte EDU, *Nasrullojev v. Russia*, 11 ottobre 2007, n. ric. 656/06, § 71; Corte EDU, *Shamsa v. Pologne*, 27 novembre 2003, n. ric. 43355/99, 43357/99, §§ 48 ss.

suscettibile di controllo da parte del giudice di pace. Con l'ulteriore conseguenza per cui i ricorrenti non solo sono stati privati della libertà personale in assenza di una base legale chiara e accessibile, ma neppure hanno potuto beneficiare delle garanzie fondamentali dell'*habeas corpus*, previste, per esempio, dall'art. 13 della Costituzione italiana¹²⁹.

È tuttavia significativo che il CIE sia indicato come "modello di garanzia" in riferimento al controllo giurisdizionale previsto dalla normativa interna, non anche quanto alle condizioni di detenzione¹³⁰. Proprio a questo riguardo, per contro, una nozione ampia di carcere, capace di comprendere anche i centri di trattenimento degli stranieri irregolari, potrebbe produrre i suoi effetti. Posto che la necessità è quella di rinvenire una base legale sufficientemente chiara e posto che la stessa per le modalità di detenzione nei CPR sembra mancare, una terza via rispetto all'alternativa illegittimità costituzionale e/o convenzionale potrebbe forse rivenirsi nell'estensione analogica dell'ordinamento penitenziario. Si tratta in effetti di un'operazione che sembra agevolmente praticabile per buona parte delle condizioni generali indicate nel Capo II della l. n. 354 del 1975 (artt. 5-12), nelle quali, non a caso, rientra anche l'art. 11, rubricato "servizio sanitario".

Se, altrimenti detto, l'universo carcerario "in senso stretto" diviene spesso il facile bersaglio di considerazioni critiche, volte a stigmatizzarne la consistenza di "disarica sociale" assunta dalle strutture penitenziarie italiane, che, con l'ormai celeberrima "sentenza Torreggiani", sono divenute motivo di imbarazzo giuridico e politico nel contesto sovranazionale, il respiro garantistico della legge sull'ordinamento penitenziario potrebbe forse insinuarsi nelle maglie del carcere "in senso ampio", offrendo una base quanto meno riconoscibile ai diritti degli ospiti in "campi" di trattenimento a cui, per ragioni di sicurezza, nessuno sembra voler (e/ poter) rinunciare¹³¹.

¹²⁹ Corte EDU (Grande Camera), *Khlaifia and others v. Italy*, cit., § 105.

¹³⁰ Sulla violazione dell'art. 3 CEDU nel centro di prima accoglienza di Lampedusa Corte EDU (Grande Camera), *Khlaifia and others v. Italy*, cit., §§ 136 ss.

¹³¹ Del resto «i diritti umani si sono rivelati inapplicabili, persino nei paesi che basavano su di essi la loro costituzione, ogni qual volta sono apparsi degli individui che non erano più cittadini di nessuno stato sovrano». Senza contare che «uno degli aspetti più sorprendenti dell'esperienza moderna è che è manifestamente più facile privare della capacità giuridica una persona completamente innocente che l'autore di un reato»: H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Torino, 2004, 406 e 408.

7. I mille volti della “sicurezza”

Quelle compendiate sotto l’etichetta della “sicurezza”, come già precisato, sono premesse a volte talmente generiche da risultare prive di reale contenuto fino a quando non se ne precisi più nel dettaglio la portata applicativa¹³². Si tratta del resto di un’etichetta tanto sfuggente quanto, al tempo stesso, affascinante. Da una parte, infatti, il concetto di “sicurezza” risulta semanticamente ondivago, prestandosi a letture molto differenti tra loro che giungono a lambire i confini di un’inafferrabile nozione massmediatica di “ordine pubblico ideale”¹³³. Dall’altra parte, e forse proprio in ragione della sua strutturale indeterminatezza, il concetto in questione denota un innegabile “*appeal*”, rendendosi interprete di sentimenti diffusi e rappresentando il volano attraverso il quale veicolare risposte simboliche da parte dell’ordinamento¹³⁴: la sicurezza diviene cioè una «parola d’ordine o parola magica [...] periodicamente evocata come un bisogno collettivo»¹³⁵. Ciò anche e soprattutto in un momento storico in cui, specie in ragione del consolidarsi delle minacce derivanti dal terrorismo internazionale, la questione non si pone più nei termini di un regime giuridico che determini una formale ma momentanea sospensione delle garanzie costituzionali, quanto piuttosto in quelli di una “normalizzazione” dell’emergenza, affidata alla legislazione ordinaria e destinata a far fronte a fenomeni strutturali e non più transeunti¹³⁶.

Non è un caso, a conferma dello strutturale polimorfismo del *genus* “sicurezza”, che la risposta penale alle esigenze di cui lo stesso si fa portatore possano assumere volti molto diversi tra loro¹³⁷: il ricorso sempre più

¹³² Nella letteratura penalistica, per tutti, M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale. La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penale*, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini, M. Pavarini, Bologna, 2011, 13 ss. (anche in *Cass. pen.*, 2008, 10, 3558 ss.).

¹³³ M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, cit., 17.

¹³⁴ S. BUZZELLI, voce *Processo penale europeo*, in *Enc. dir.*, Annali II-1, 2008, 706.

¹³⁵ M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, cit., 17.

¹³⁶ G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2004, 262; T. E. FROSINI, *Teoremi e problemi di diritto costituzionale*, cit., 118; G. M. FLICK, *I diritti fondamentali della persona*, cit., 783. Sulla irriducibile contrapposizione tra diritto penale e guerra v. la recente ricostruzione proposta da M. TRAPANI, *Guerra e diritto penale. Sull’adeguatezza degli strumenti penalistici nei confronti del c.d. terrorismo islamico*, in *Politica criminale e culturale giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, ESI, 2017, 245 ss.

¹³⁷ W. HASSEMER, *Sicurezza mediante il diritto penale*, in *Crit. dir.*, 2008, 15 ss.; G. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca dei limiti all’espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2013, 1679 ss.;

marcato a misure di sicurezza o addirittura di prevenzione¹³⁸, l'enfaticizzazione del tipo d'autore che lascia in secondo piano il "tipo di fatto"¹³⁹, la contrapposizione tra un diritto penale del cittadino e un diritto penale del nemico¹⁴⁰, l'introduzione di fattispecie incriminatrici fondate su un'esaasperata anticipazione della tutela penale, ma anche la valorizzazione del principio di precauzione per prevenire danni che sarebbe impossibile curare o la surrettizia individuazione di regole precauzionali (anziché cautelari) come presupposto su cui fondare il giudizio di responsabilità per colpa¹⁴¹.

Storicamente la "sicurezza" è stata individuata come *ratio* fondante del "patto sociale": la concentrazione di poteri in capo allo Stato si giustificherebbe proprio in quanto lo stesso sia in grado di assicurare la sicurezza dei consociati come stabile alternativa a una condizione di guerra¹⁴². La sicurezza assume dunque non tanto la consistenza di diritto fondamentale, quanto piuttosto quella dell'obiettivo cui tende il (e a cui è la legata la

¹³⁸ Non a caso accostate concettualmente in P. NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 632 ss. nonché in ID., *La prevenzione generale nel diritto penale*, cit., 13 ss.

¹³⁹ Per tutti G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale: uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2011, 1 ss.

¹⁴⁰ Il riferimento è ovviamente a G. JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *HRRS*, 3/2004, 88 ss. Nell'impossibilità di dar conto delle (a dir poco) alluvionali discussioni registratesi sulla teorica del diritto penale del nemico, a volte forzatamente dilatata ben oltre i limiti della sua formulazione originale, si rinvia a scopo meramente esemplificativo a T. PADOVANI, *Diritto penale del nemico*, Pisa, 2014; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cass. pen.*, 2/2006, n.2, 735 ss.; R. ZAFFARONI, *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano 2006, 757 ss.; L. FERRAJOLI, *Il diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale*, in *Quest. Giust.*, 4/2006.

¹⁴¹ Solo per restare alle più recenti trattazioni monografiche D. CASTRINUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale: paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012; F. CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione: profili attuali, problematicità, possibili sviluppi*, Torino, 2013; E. CORN, *Principio di precauzione nel diritto penale: studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale*, Torino, 2013; A. ORSINI, *Rischio da incertezza scientifica e modelli di tutela penale*, Torino, 2015.

¹⁴² T. HOBBS, *Leviatano*, Cap. XVII: «La causa finale, il fine o il disegno degli uomini (che per natura amano la libertà e il dominio sugli altri), nell'introdurre quella restrizione su se stessi sotto la quale li vediamo vivere negli Stati, è la previdente preoccupazione della propria conservazione e di una vita più soddisfatta; cioè a dire, di trarsi fuori da quella miserabile condizione di guerra che è un effetto necessario (come è stato mostrato) delle passioni naturali degli uomini, quando non ci sia alcun potere visibile che li tenga in soggezione e li vincoli con la paura di punizioni all'adempimento dei loro patti e all'osservanza delle leggi di natura». Sulla "sicurezza come problema hobbesiano" v. D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2009, 547 e ID., *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, ivi, 2/2016, 641 ss.

permanenza del) patto sociale.

Rovesciando almeno parzialmente la prospettiva, ma restando nell'ambito del medesimo orizzonte ricostruttivo, potrebbe ritenersi che la sicurezza, lungi dal configurarsi come *télos* cui è orientato lo Stato di diritto, ne divenga addirittura il presupposto: da causa finale delle comunità che si organizzano secondo diritto si converte (anche) in causa efficiente delle stesse. La sicurezza, altrimenti detto, diverrebbe la pre-condizione necessaria affinché gli altri diritti possano essere esercitati e, dunque, si tradurrebbe nel "primo", logicamente e giuridicamente, tra i diritti fondamentali¹⁴³: il "diritto che consente di avere diritti", garantendo una condizione di certezza giuridica indispensabile al loro esercizio.

Una delle conseguenze derivanti dalla natura di diritto fondamentale riconosciuta alla sicurezza diviene quella per cui il rapporto con gli altri diritti, quali la vita e la libertà, potrebbe e dovrebbe essere risolto secondo la logica del bilanciamento: la "priorità logica" riconosciuta alla sicurezza la renderebbe anzi il diritto "collettivo" al cui altare sacrificare la tutela dei diritti "individuali", risolvendo l'eterna dialettica tra libertà e sicurezza¹⁴⁴ nettamente a favore del secondo polo dell'alternativa¹⁴⁵.

In posizione esattamente speculare si pone chi, pur riconoscendo che «la sicurezza è un bisogno umano e una funzione generale del sistema giuridico», ritiene che in un sistema giuridico il bisogno di sicurezza non sia primario, ma accessorio rispetto agli altri bisogni riconosciuti come diritti nell'ambito di quel sistema. Con l'ulteriore conseguenza per cui un preteso "diritto fondamentale alla sicurezza" sarebbe il risultato di

¹⁴³ Così, di recente, M. TRAPANI, *Considerazioni su legittimazione e limiti del diritto penale*, in *Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici*, a cura di G.L. Falchi, A. Iaccarino, Città del Vaticano, 2012, 795. In tema di sicurezza come diritto fondamentale, obbligato il riferimento a J. ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Berlin-New York, 1983, anche per una "non convenzionale" impostazione del rapporto tra sicurezza e libertà spec. 1 ss. e 21 ss.). V. anche T. E. FROSINI, *Il diritto costituzionale alla sicurezza*, in *Forumcostituzionale.it*; per un'esauritiva sintesi della questione e le necessarie indicazioni bibliografiche sono offerte Id., *Teoremi e problemi di diritto costituzionale*, Milano, 2008, 119 ss.

¹⁴⁴ Per tutti L. RISICATO, *Verso un diritto penale illiberale? La crisi di senso dell'intervento penale tra derive securitarie e paternalistiche*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, 2011, 531-533 e D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, cit., 548 ss. Un recente bilancio, con ampie indicazioni bibliografiche, è offerto da G. MARINO, *Il sistema antiterrorismo alla luce della L. 43/2015: un esempio di "diritto penale del nemico"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2016, 1389 ss. Nella letteratura tedesca si segnala, per tutti, l'ampia indagine G. KATRIN, *Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht. Eine Untersuchung zu den Grundlagen und Kriterien legitimer Terrorismusprävention*, Berlino, 2013.

¹⁴⁵ W. HASSEMER, *Libertà e sicurezza alla luce della politica criminale*, in *Sicurezza e diritto penale*, cit., 72.

una costruzione costituzionale «falsa o perversa»¹⁴⁶. Il “diritto ad avere diritti”¹⁴⁷ si risolverebbe quindi nella “sicurezza dei diritti”, la quale, a sua volta, richiede che i diritti siano previsti da norme sufficientemente chiare e che degli stessi sia assicurata la giustiziabilità¹⁴⁸.

Può certamente convenirsi con chi osserva che la pretesa di sicurezza, in assenza di specificazioni ulteriori, sia caratterizzata da un contenuto troppo ampio per poter assumere la consistenza di un “diritto” che, in quanto tale, sia anche giustiziabile¹⁴⁹.

Il “diritto alla sicurezza” di ciascuno si tradurrebbe quindi, di volta in volta, nel diritto alla vita, all’integrità personale o alla riservatezza.

Non è un caso, forse, che nelle Convenzioni internazionali in cui si rinviene un esplicito riferimento a un “diritto alla sicurezza” ciò avvenga nella prospettiva di un diritto strettamente individuale, che, lungi dal contrapporsi alla libertà personale, ne diviene precisazione e completamento: secondo quanto previsto dall’art. 5 CEDU, ad esempio, «ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge» e analoghe formulazioni si trovano all’art. 9, primo comma del Patto internazionale sui diritti civili e politici¹⁵⁰ o all’art. 6 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea¹⁵¹. Il concetto di “sicurezza” in questo caso sta a ribadire l’esigenza che ogni forma di privazione della libertà personale sia sottratta a qualsivoglia forma arbitrio¹⁵².

¹⁴⁶ A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti*, in M. Palma, S. Anastasia (a cura di), *La bilancia e la misura*, Milano, 2001, 19-21. Una costruzione di questo tipo, precisa l’Autore, è superflua se individua la legittima domanda di sicurezza di tutti i diritti da parte dei cittadini oppure è ideologica, se implica la selezione di alcuni diritti di gruppi privilegiati, che, divenendo la priorità di azione per l’apparato amministrativo e giudiziale, comporta limitazioni per i diritti fondamentali riconosciuti nella Costituzione e nelle Convenzioni internazionali.

¹⁴⁷ La suggestione terminologica, ovviamente, è presa a prestito da H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, cit., 410 e di recente si trova anche in S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012.

¹⁴⁸ A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti*, 20-21. In senso adesivo M. RUOTOLO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, in *Democraziae sicurezza.it*, 2013, n. 2, spec. 3. Sulla secondarietà del diritto alla sicurezza rispetto agli altri diritti “basici” v. anche ID., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 10 e

¹⁴⁹ D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, cit., 548.

¹⁵⁰ Art. 9, primo comma PIDCP: «Ogni individuo ha diritto alla libertà e alla sicurezza della propria persona. Nessuno può essere arbitrariamente arrestato o detenuto. Nessuno può essere privato della propria libertà, se non per i motivi e secondo la procedura previsti dalla legge».

¹⁵¹ Art. 6 CDFUE «Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza».

¹⁵² Per tutte Corte EDU, 5 aprile 2011, *Sarigiannis c. Italia*, n. 14569/05, con cui la

Affinché l'obiettivo della sicurezza del singolo diritto possa essere perseguito, possono rendersi necessarie politiche di marca securitaria, volte a "sacrificare" certi diritti individuali¹⁵³. Il bilanciamento, beninteso, può riguardare diritti diversi che hanno (o possono avere) un medesimo titolare oppure diritti uguali o diversi riferibili però a differenti titolari: si può, per esempio, sacrificare la riservatezza di un soggetto per garantire l'incolumità di quello stesso o di altri soggetti, ma si potrebbe giungere a sacrificare la vita di un soggetto per salvaguardare quella di un altro.

Si pensi, a quest'ultimo proposito, all'evocativa vicenda che ha interessato la celeberrima legge federale tedesca sulla sicurezza dei voli (*Luftsicherheitsgesetz*, dell'11 gennaio 2005), il cui § 14, comma 3, prevedeva che l'autorità competente (il Ministro della Difesa o un altro membro del Governo) potesse autorizzare l'abbattimento di un aereo, anche di linea, nel caso in cui in base alle circostanze si fosse dovuto desumere che lo stesso potesse essere utilizzato contro la vita di persone e

Corte ha escluso la violazione dell'art. 5 CEDU per una pretesa detenzione irregolare subita da due cittadini francesi presso l'aeroporto di Roma Fiumicino, ritenendo per contro violato l'art. 3 della Convenzione in ragione delle sofferenze fisiche e mentali inflitte dai ricorrenti da quattro poliziotti, attraverso un uso della forza probabilmente necessario ma non proporzionato alle esigenze del caso. Al § 39 si legge che «l'articolo 5 § 1 esige innanzitutto la «regolarità» della detenzione, compresa l'osservanza dei modi previsti dalla legge. In materia, la Convenzione rinvia essenzialmente alla legislazione nazionale ed enuncia l'obbligo di rispettarne le disposizioni normative e procedurali. Essa prescrive però, in aggiunta, la conformità di qualsivoglia privazione della libertà allo scopo dell'articolo 5: tutelare l'individuo dall'arbitrio. L'articolo 5 § 1 enumera i casi in cui la Convenzione consente di privare una persona della libertà. L'elenco è esaustivo e solo un'interpretazione stretta si confà allo scopo della disposizione: garantire che nessuno sia privato arbitrariamente della libertà (*Vasileva c. Danimarca*, n. 52792/99, 25 settembre 2003, §§ 32-33; K.-F. c. Germania, 27 novembre 1997, § 70, Recueil des arrêts et décisions 1997 VII). Su quest'ultimo punto, la Corte fa notare che, in caso di privazione della libertà, è di fondamentale importanza osservare il principio generale della sicurezza giuridica. È quindi essenziale che le condizioni della privazione della libertà in virtù del diritto interno siano chiaramente definite e la legge stessa sia prevedibile nella sua applicazione, così da soddisfare il criterio di «legalità» stabilito dalla Convenzione, secondo il quale qualsiasi legge deve essere sufficientemente precisa per evitare ogni rischio di arbitrio (*Nasrullojev c. Russia*, n. 656/06, § 71, 1° ottobre 2007; *Khudoyorov c. Russia*, n. 6847/02, § 125, CEDU 2005-X (estratti); *Ječius c. Lituania*, n. 34578/97, § 56, CEDU 2000-IX; *Baranowski c. Polonia*, n. 28358/95, §§ 50-52, CEDU 2000-III, e *Amuur c. Francia*, sentenza del 25 giugno 1996, Recueil 1996 III)».

Per la lettura della coppia concettuale "libertà e sicurezza" nei termini di un'endiadi S. LONGO, F. ZACCHE', *Art. 5. Diritto alla libertà e alla sicurezza*, cit., 98.

¹⁵³ Sul bilanciamento come "soppressione" di un diritto a vantaggio di un altro R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 219. *Contra* G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., 26.

l'abbattimento rappresentasse l'unico strumento per evitare questo pericolo attuale. La Corte costituzionale tedesca ha dichiarato incostituzionale la previsione *de qua*, (anche) in quanto incompatibile con la tutela della vita umana assicurata dall'ordinamento giuridico tedesco: l'abbattimento di un aeromobile risulterebbe legittimo nei confronti di un velivolo ipoteticamente vuoto o con a bordo i soli dirottatori, ma non anche in presenza di membri dell'equipaggio e/o passeggeri. Se infatti si ammettesse che questi ultimi possano essere "sacrificati" dallo Stato per preservare la vita di coloro che si trovano a terra, si tratterebbero degli uomini come oggetti: conclusione cui si oppongono la tutela della vita e della dignità umana, che l'ordinamento assicura a ogni persona¹⁵⁴.

Di fronte a una disposizione come quella approvata dal legislatore tedesco l'impressione è stata quella del superamento anche dell'ultimo tabù¹⁵⁵, attraverso il tentativo di risposta a un interrogativo la cui sola formulazione parrebbe suonare come paradossale: quando e per quali ragioni allo Stato è consentito uccidere?¹⁵⁶. Al di là della risposta che si ritenga di poter/dover fornire, appare evidente come il compito di uno "Stato di diritto" e, ancor di più, quello di uno "Stato dei diritti" divenga quello di dettare le regole inderogabili per un bilanciamento ispirato alla logica del "sacrificio" all'altare della sicurezza, che risulterebbe altrimenti guidato dal mero arbitrio politico. La parola d'ordine diviene allora quella della "proporzione"¹⁵⁷, dietro la quale, a ben vedere, si cela in maniera non troppo nascosta la logica dell'*extrema ratio*.

8. La sicurezza penitenziaria

Il dibattito rapidamente riassunto, funzionale all'individuazione (o alla

¹⁵⁴ BVerfG, 15 febbraio 2006, 357/05, su cui, in lingua italiana, M. MANTOVANI, *Le condotte con finalità di terrorismo*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R. E. Kostoris – R. Orlandi, Giappichelli, 2006, 95 ss.; B. HIRSCH, *Diritto all'uccisione di innocenti? La lotta sulla sicurezza aerea*, in *Criminalia*, 2009, 189 ss. V. BALDINI, *Stato di prevenzione vs. Stato costituzionale di diritto: un nuovo capitolo di una storia infinita (A proposito di una decisione della Corte costituzionale federale tedesca sulla legge federale in materia di sicurezza dei voli)*, in *Rivistaaic.it*.

¹⁵⁵ M. PAWLICK, § 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes - ein Tabubruch?, in *JZ*, 2004, 21, 1045.

¹⁵⁶ R. MERKEL, § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten?, in *JZ*, 2007, 8, 373 ss.

¹⁵⁷ G. M. FLICK, *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, in *Giur. it.*, 2008, 785; R. MERKEL, § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz, cit., 374 ss.

negazione) di una base giuridica sufficientemente solida sulla quale edificare politiche di marca securitaria e teleologicamente rivolte alla pretesa costituzione di uno “Stato di prevenzione”¹⁵⁸, sembrerebbe muoversi in una prospettiva assai distante dalle questioni che interessano la sicurezza penitenziaria. A ben vedere, tuttavia, anche la “sicurezza penitenziaria” si iscrive, sia pur in maniera peculiare, entro la cornice più generale delineata dalla “sicurezza senza aggettivazioni”. Ciò per almeno due ordini di ragioni.

Anzitutto, un aforisma talmente diffuso da aver ormai perduto ogni contatto con la sua paternità originaria, insegna che “il carcere è lo specchio della società”. Questo significa anzitutto che il carcere riproduce icasticamente (e impietosamente) i tratti più caratterizzanti di quella compagine sociale della quale è il prodotto¹⁵⁹; ma significa anche, nell’ottica più particolare che qui interessa, che la «“ossessione securitaria” organizzata intorno alla risposta penale e alla centralità del carcere»¹⁶⁰ rende le strutture penitenziarie l’ultimo anello, quello più insidioso e nascosto, di una “gestione sicurezza” che di *extrema ratio* ha davvero ben poco.

Il panpenalismo degli ultimi decenni, esibendo i muscoli del proibizionismo e brandendo la spada della pena detentiva, ha mostrato chiaramente come la sicurezza, lungi dal rimanere confinata in un’accezione prevalentemente oggettiva, abbia assunto troppo spesso le vesti di uno slabbrato e fuorviante “bisogno di tranquillità” di connotazione soggettiva.

Ciò ha comportato, in primo luogo, un’autentica schizofrenia sistematica, posto che, mentre gli interventi sul versante del diritto penale sostanziale si muovevano nella logica di un “diritto penale massimo”, le riforme realizzate sul versante processuale ed esecutivo si preoccupavano di potenziare gli strumenti di deflazione, per esempio attraverso un rafforzamento dei riti alternativi o delle misure alternative alla detenzione¹⁶¹.

¹⁵⁸ V. in particolare E. DENNINGER, *Vom Rechtsstaat zum Präventionstaat*, in ID., *Recht in globaler Unordnung*, Berlino, 2005, 223 ss. e S. HUSTER – K. RUDOLPH, *Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat*, Berlino, 2008, 221 ss.; J. HIRSCH, *Der Sicherheitsstaat. Das «Model Deutschland», seine Krise und die neuen sozialen Bewegungen*, Frankfurt am Main, 1986.

¹⁵⁹ Per tutti G. MOSCONI, *La crisi postmoderna del diritto penale e i suoi effetti sull’istituzione penitenziaria*, in *La bilancia e la misura*, cit., 54: il carcere, pur rappresentando un residuo marginale, anonimo e poco considerato della società, ne costituisce al contempo «lo specchio più fedele e significativo, apparendo al suo interno rappresentate, per quanto spesso in modo mostruosamente deformato, molte delle caratteristiche e delle tendenze che la contrassegnano».

¹⁶⁰ F. CORLEONE, *Il carcere, specchio (deformato) della società*, in “*Ossessione della sicurezza o cultura della convivenza?*”, a cura di P. Del Pasqua, S. Saccardi, 2009, Firenze, 82 ss.

¹⁶¹ L. FERRAJOLI, *Sulla crisi della legalità penale. Una proposta: la riserva di codice*, in *La bilancia e la misura*, cit., 71. Evidenzia le diverse velocità che hanno interessato gli interventi legislativi in materia di processo penale, carcere, ordinamento giudiziario e diritto

Senza contare che i discorsi sulla sicurezza hanno pericolosamente assecondato la tendenza «a dividere il mondo in campi contrapposti: da un lato i cattivi (spesso brutti e sporchi) che mettono in pericolo la sicurezza, dall'altro lato i cittadini perbene, preoccupati della loro sicurezza». Il diritto penale, altrimenti detto, non ha mostrato un volto classicamente e compattamente autoritario, ma quello di un diritto «che differenzia fra noi e loro, fra i salvati e i sommersi; fra i normali cittadini, destinatari della protezione legale dal crimine, e i criminali da neutralizzare con qualsiasi mezzo. Un sistema garantista e securitario per noi, repressivo per loro»¹⁶². Si tratta degli stessi “sommersi” che giungono a popolare le carceri, proiettando spesso nell'universo penitenziario le stesse istanze di sicurezza che, congiunte all'assenza di politiche sociali¹⁶³, sono valse a imprimere loro lo stigma di “soggetto pericoloso”: «non può essere un caso se le carceri sono piene di immigrati e tossicodipendenti!»¹⁶⁴.

Lo statuto differenziato sul versante del diritto penale sostanziale si trova dunque completato da uno statuto differenziato sul piano dell'esecuzione.

In secondo luogo, la medesima logica del bilanciamento-sacrificio che parrebbe caratterizzare in maniera strutturale il concetto di sicurezza “fuori le mura” si rinviene anche una volta varcata la soglia dei luoghi di detenzione.

In quest'ultimo contesto, evidentemente, il rapporto tra libertà e sicurezza assume connotati peculiari. Non si tratta, in nome di una sicurezza “potenziale” votata alle esigenze di una prevenzione a tutti i costi, di immaginare “deviazioni” rispetto al modello liberale di diritto penale (anche processuale) tali da giustificare una compressione dei diritti fondamentali. Si tratta, piuttosto, di affrontare questioni relative a una sicurezza “attuale”, relativa a soggetti che già si trovano sottoposti a limitazioni della propria libertà personale “nei casi e modi previsti dalla legge”. L'esigenza, per ricorrere all'esemplificazione più banale, non è quella di costruire fattispecie incriminatrici disancorate dalla tutela di un vero e proprio bene giuridico, al fine di edificare una barriera ad ampio raggio a fronte di “terroristi” o “mafiosi” né di corredare le fattispecie in questione di strumenti di indagine

penale sostanziale anche E. RESTA, *Tra responsabilità e pena*, *ivi*, 184.

¹⁶² D. PULITANO, *Sicurezza e diritto penale*, cit., 556-557. Sulla «discutibile selezione dei “clienti” del carcere» v. anche E. DOLCINI, *Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali*, cit., 36.

¹⁶³ A. MARGARA, *Sorvegliare e punire: storia di 50 anni di carcere*, in *Quest. giust.*, 2009, 109.

¹⁶⁴ M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014, 94. Ancora più icastiche le considerazioni di F. CORLEONE, *Il carcere malato*, consultabile in *Ristretti.org*: «Basta un'analisi anche superficiale della composizione sociale dei detenuti presenti in un giorno dell'anno per avere la rappresentazione plastica, o meglio in carne e ossa, dei rifiuti umani della nostra società».

di carattere eccezionale, ma quella di gestire il terrorista o il mafioso (o pretesi tali, qualora si tratti di indagati) già approdati in un luogo di detenzione e dunque già sottoposti a limitazioni della propria libertà personale.

8.1. *La distinzione tra pena minacciata, pena applicata e pena eseguita: il fuorviante monopolio del dibattito relativo agli scopi della pena e il passaggio dalla "funzione" alla "proporzione"*

Ogni considerazione relativa al complesso universo delineato dalla sicurezza penitenziaria muove da un presupposto tanto banale quanto a volte (come tutto ciò all'apparenza banale) sottovalutato: il concetto di sicurezza è indissolubilmente e, verrebbe da dire, ontologicamente, legato non solo alla detenzione in carcere, ma a ogni forma di limitazione della libertà personale.

Pare opportuno precisare che il dibattito sull'esecuzione della pena è rimasto a lungo offuscato dall'influenza forse eccessiva esercitata dalle riflessioni relative alla funzione (*rectius*, alle funzioni) che la sanzione penale, con particolare riguardo a quella detentiva, si vedrebbe attribuita. L'attenzione pressoché esclusiva alla riflessione teorica sugli scopi della pena, del resto, è stata per molto tempo il fattore di più evidente miopia di una scienza penalistica così tanto arroccata nella torre d'avorio dei principi filosofici di valenza universale da perdere di vista i più contingenti problemi legati alla "banale" esecuzione penitenziaria¹⁶⁵. Chiunque abbia avuto occasione di oltrepassare la porta di un carcere, in qualità di imputato o indagato, di operatore del diritto, di volontario o di semplice osservatore esterno, può probabilmente concordare sul fatto che l'effettivo o solo illusorio commiato da Kant e da Hegel¹⁶⁶, in grado di appassionare e dividere intere generazioni di giuristi, si dissolva con una rapidità tale da suscitare

¹⁶⁵ ART. KAUFMANN, *Strafrecht und Strafvollzug*, in *Die Strafvollzugsreform*, a cura di ART. KAUFMANN, C.F. Müller, 1971, 35 e W. HASSEMER, *Strafzumessung, Strafvollzug und die „Gesamte Strafrechtswissenschaft“*, ivi, 53. Con specifico riguardo alla questione del sovraffollamento carcerario A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2016, 1211-1212. Il carcere rappresenta del resto una sorta di «rimosso collettivo», ignorato o dimenticato, eppure capace di riassumere un enorme potenziale simbolico, condensando le immagini del pericolo, della sicurezza, del castigo, del nemico, dell'autorità e dell'autorevolezza dello Stato, dell'onestà, della giustizia: G. MOSCONI, *La crisi postmoderna del diritto penale e i suoi effetti sull'istituzione penitenziaria*, cit., 55.

¹⁶⁶ Il riferimento è ovviamente a U. KLUG, *Il commiato da Kant e da Hegel*, in *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, a cura di L. Eusebi, Milano, 1989, 3 ss.

un certo imbarazzo in chi osservi quei luoghi indossando (anche) le lenti del diritto¹⁶⁷. Senza contare che qualsiasi riflessione sulla pena disancorata dal dato positivo rischia di suonare come mero esercizio di stile, utile a fini storico-descrittivi, capace di alimentare la discussione filosofica o quella di politica del diritto, ma non anche di offrire efficienti strumenti di lettura di un ordinamento giuridico “storicamente dato”.

Per restare alle cadenze del dibattito tradizionale, potrebbe forse osservarsi che anche dietro alle (ri)costruzioni che hanno ad oggetto le funzioni della pena la dimensione della sicurezza si staglia in maniera piuttosto riconoscibile. Ciò è evidente in quelle teoriche che valorizzano la funzione preventiva della pena, *sub specie* tanto di prevenzione generale quanto di prevenzione speciale¹⁶⁸, ma a ben vedere la stessa finalità rieducativa, se affrancata da residue incrostazioni di marca eticizzante, si trova ricondotta entro il perimetro della “risocializzazione”¹⁶⁹, la quale, evidentemente, proietta l’interesse del singolo in una dimensione collettiva, orientata (anche) a una ritrovata “pace sociale”¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Cfr. L. EUSEBI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., 115-116, il quale prende atto che la mole del dibattito sulla funzione della pena appare sproporzionato per eccesso rispetto ai mutamenti che lo stesso è stato in grado di indurre nella pratica penale, lasciando l’impressione che si sia trattato più di una disputa intellettuale sostanzialmente fine a se stessa che non di una riflessione fra strategie concretamente alternative sulle modalità con le quali far fronte al problema criminale.

¹⁶⁸ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XII, accostando concettualmente i due piani della prevenzione in una prospettiva di marca utilitaristica, osservava che «il fine dunque non è altro che d’impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali». Nell’impossibilità di dar conto, anche in maniera sommaria, delle costruzioni teoriche sviluppatasi attorno alle diverse finalità della pena e delle basi normative rinvenibili a sostegno dell’una o dell’altra nel nostro ordinamento, si rinvia, rispettivamente, alle indagini di S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 39 ss. e E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Cedam, 1979, 77 ss.

¹⁶⁹ V. AA. VV., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di P. Corso, VI, Milano, 2015, 5 ss., in cui si fa riferimento alla pena rieducativa «come interesse sociale più che individuale». Per le varie sfumature assunte dalla prevenzione speciale, intesa di volta in volta come ri-educazione alla moralità, alla legalità o all’autodeterminazione, v. M. PAVARINI, *La pena «utile», la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo*, in *Rass. dir. penit.*, 1983, 16 ss. Sulle diverse accezioni attraverso le quali la giurisprudenza costituzionale ha concretizzato il concetto di rieducazione si rinvia a G. M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 190-191.

¹⁷⁰ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 729, il quale avverte chiaramente come l’idea specialpreventiva sia esposta al rischio costante di una degenerazione, consistente nel carattere autoritario di una risocializzazione perseguita attraverso un mutamento coattivo della personalità. L’esigenza, di conseguenza, diviene quella di individuare precisi limiti di legittimità della risocializzazione, con riferimento ai diritti inviolabili della persona umana.

Solo una ricostruzione della pena in termini retributivi risolve la sua giustificazione teorica in una dimensione esclusivamente individuale, relegando le esigenze di sicurezza in un orizzonte più strettamente esecutivo¹⁷¹. Non è un caso che i caratteri coesenziali della pena retributiva siano in larga parte quelli che compongono attualmente il volto costituzionale della sanzione penale: la personalità, la proporzionalità, la determinatezza e la inderogabilità¹⁷².

Senza voler sminuire un dibattito che affonda le sue radici nelle origini della riflessione filosofico-penalistica, l'impressione è quella per cui la complessità e la eterogeneità delle opinioni proposte non risulti del tutto proporzionata alla "ragion pratica" delle stesse.

Sullo sfondo di queste considerazioni si taglia la distinzione, anch'essa banale ma non sempre evidente, tra la "pena minacciata", la "pena commisurata" e la "pena eseguita": tra la pena prevista dal legislatore, quella applicata dal giudice e, infine, quella che trova attuazione attraverso i meccanismi dell'esecuzione penale¹⁷³.

¹⁷¹ Si tratta di considerazioni che valgono per le concezioni retributive nella loro versione classica, non contaminate cioè da quelle istanze generalpreventive che attribuiscono alla pena retributiva anche una funzione stabilizzatrice, in quanto capace di offrire risposta all'allarme sociale e al desiderio di punizione conseguenti alla commissione del reato, rafforzando il sentimento di fiducia dei consociati nei confronti dell'ordinamento. Per una compiuta disamina delle ricorrenti convergenze tra il modello retributivo e quello generalpreventivo v. L. EUSEBI, *La "nuova" retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1983, 938 ss. e, più di recente, C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Torino, 2016, 101 ss.

¹⁷² F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 718-719: la pena retributiva è personale e proporzionata in quanto il corrispettivo del male commesso non può che essere applicato al suo autore in misura proporzionata al male inflitto. Una pena indeterminata, inoltre, suonerebbe come un non senso dal punto di vista retributivo. Quanto all'aspetto più discusso, quello della inderogabilità della pena, lo stesso è riassunto dalla celebre opinione di Kant (*Metafisica dei costumi*), secondo cui se anche la società civile si dissolvesse con il consenso dei suoi componenti, l'ultimo assassino che si trovasse in prigione dovrebbe venir prima giustiziato, affinché ciascuno porti la pena della sua condotta e il sangue versato non ricada sul popolo che non ha reclamato quella funzione. V. anche M. GALLO, *Linee di tendenza per la riforma della parte generale*, cit., 16: «retribuzione significa proporzione, significa garanzia; tutto ciò che va al di là della responsabilità per un fatto suscettibile di controllo [le ipotesi di responsabilità oggettiva] non è compatibile con la retribuzione, costituisce la negazione dalla garanzia rappresentata da questa idea-guida». Sull' "eterno ritorno" delle concezioni retributive della pena, che, malgrado le persistenti e significative critiche, mostrano una vitalità mai del tutto compromessa, si rinvia alla recente e dettagliata indagine di C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale*, cit., 99 ss., anche per i necessari riferimenti bibliografici.

¹⁷³ Si tratta della nota distinzione dialettica proposta, proprio in riferimento agli scopi della pena, da C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Jus*, 1966, 381 ss. (su cui S. MOCCIA, *Pena e colpevolezza nel pensiero di Claus Roxin*, in *Ind. pen.*, 1981, 155 ss.; H.J. RUDOLPHI, *Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen*, in

Una giustificazione in termini generalpreventivi, nell'attuale contesto costituzionale, può per esempio intendersi riferita solo alla "pena minacciata"¹⁷⁴: se, infatti, l'esecuzione della pena nei confronti del singolo fosse orientata a una finalità di intimidazione o deterrenza, il principio personalistico ne uscirebbe irrimediabilmente frustrato¹⁷⁵. A ben vedere la "pena minacciata", in ragione del suo carattere strutturalmente e irrinunciabilmente afflittivo, deve saldamente restare ancorata a fondamenta garantistiche, che tuttavia – questo è il punto – le pur raffinate ricostruzioni attorno al suo fine giustificativo non riescono ad assicurare. Si tratta piuttosto di valorizzare i principi costituzionali di riferimento, i quali, vale la pena precisarlo, costituiscono un vincolo per il legislatore prima e per gli operatori poi, indipendentemente da quale sia la funzione che si intenda attribuire alla pena: alla legalità della pena, non solo per ciò che attiene alla *species*, ma anche (soprattutto) per ciò che attiene al *quantum*, si affiancano i principi di proporzionalità e di personalità della stessa, valorizzati attraverso un consapevole "rinvigorimento" dei principi di offensività e di colpevolezza. Il tutto, evidentemente, inserito nella cornice del diritto penale come *extrema ratio*¹⁷⁶. La "bancarotta" del

Grundfragen des modernen Strafrechtssystems a cura di B. Schünemann, Berlino, 1984, 70 ss.; G. FIANDACA, *Art. 27, comma 3, Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna, 1991, 333). Nella dottrina tedesca cfr. W. HASSEMER, *Strafzumessung, Strafvollzug*, cit., 53 ss., con particolare riferimento alla fase di commisurazione a quella di esecuzione della pena e al complesso coordinamento tra fini astrattamente antinomici. Nella letteratura italiana T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 317-318 chiarisce che il limite delle tradizionali teorie in materia di funzione della pena risiede nel fatto che le stesse ignorano la «dinamica della pena, che non può essere considerata sempre uguale a se stessa, ma vive nell'esperienza giuridica in tre fasi distinte: a) *edittale* [...]; b) *giudiziale* [...]; c) *esecutiva* [...]». Ciascuna di queste fasi è caratterizzata da un diverso modo di atteggiarsi dei profili funzionali della pena». Sull'autonomia e le reciproche interazioni tra le tre fasi E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., spec. 80. V. anche F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1998, 433 ss., nella ricerca di un equilibrio tra certezza ed efficacia, quali due articolazioni distinte (ma non inconciliabili) dell'effettività della pena. Critico sulla possibilità/opportunità di scindere l'indagine relativa ai fini della pena a seconda della "fase" di riferimento A. PAGLIARO, *Il diritto penale fra norma e società*, Scritti 1956-2008, II, Giuffrè, 2009, 940-941.

¹⁷⁴ Sul "dominio" della funzione della prevenzione generale nella fase edittale T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 318; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 79.

¹⁷⁵ *Contra* A. PAGLIARO, *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1981, 25 ss.

¹⁷⁶ Il concetto di *extrema ratio* è «uno dei pezzi più prestigiosi, ma anche fra i meno sfruttati, nell'argenteria del penalista», che resta il solo reale elemento di raccordo tra funzione della pena e politica criminale: così L. EUSEBI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., 121.

sistema penale è del resto condensata dalle distorsioni di “un diritto penale massimo”, «sviluppatosi al di fuori di qualunque disegno razionale e nel quale sono perciò entrati in crisi tutti i classici principi di legittimazione»: il principio di tassatività e, quindi, di certezza del diritto penale, quello di offensività e di proporzionalità delle pene, l’obbligatorietà dell’azione penale, l’efficienza della macchina giudiziaria¹⁷⁷.

Nell’epoca della crisi della legge e del Parlamento e dell’ondata di europeizzazione del diritto penale, che, congiuntamente, sembrano segnare il ritorno al mutevole diritto giurisprudenziale di marca premoderna, un appello alla legalità “stretta” di stampo tradizionale potrebbe suonare come anacronistico. Un atteggiamento di disillusa rassegnazione, che tra i due mali del legislatore incapace e della supplenza giudiziaria (nazionale ed europea) si accontenti di scegliere quello minore identificato nella “democrazia giudiziaria”, significherebbe però abdicare del tutto al compito critico e garantista della scienza penale: e questa, perlomeno nell’attuale contesto storico-politico, non pare la soluzione più auspicabile¹⁷⁸.

Se la pena minacciata guarda essenzialmente al fatto commesso ed è dunque proiettata verso il passato, la pena eseguita guarda al reo ed è essenzialmente proiettata verso il futuro: proprio su quest’ultimo versante sembrerebbe trovare la sua ragion d’essere quel finalismo rieducativo della pena cui fa riferimento l’art. 27, terzo comma Cost.¹⁷⁹. Nell’ottica esecutiva il perno diviene ad ogni modo quello di una pena che, indipendentemente dalla ragione per la quale sia stata inflitta, risulti rispettosa delle esigenze compendiate dall’etichetta della “dignità” del detenuto, che si specifica poi nei singoli diritti (come tali giustiziabili) di cui lo stesso è titolare.

Potrebbe obiettarsi che una “pena senza scopo”¹⁸⁰ rischi di condurre a una

¹⁷⁷ L. FERRAJOLI, *Sulla crisi della legalità penale*, cit., 68.

¹⁷⁸ Sull’emersione di un pensiero dogmatico “debole”, motivato dal realismo dei penalisti, M. PAVARINI, *La penalistica civile e la criminologia ovvero discutendo di un diritto penale minimo*, in *La bilancia e la misura*, cit., 86-87.

¹⁷⁹ Il dibattito registratosi in Assemblea Costituente, per la verità, si concentrò sugli astratti principi in tema di funzione e di finalità della pena, trascurando quelli relativi alle sue concrete modalità di esecuzione e lasciando cadere nel vuoto gli emendamenti finalizzati all’introduzione nel dettato costituzionale di specifici collegamenti tra le finalità rieducative e l’«ambiente» o il «sistema» carcerario: G. NEPPI MODONA, voce *Ordinamento penitenziario*, in *Dig. disc. pen.*, IX, 1995, 46. *Contra*, rispetto all’opinione espressa nel testo, Corte cost., 26 giugno-2 luglio 1990, n. 313, § 8 del *Considerato in diritto*, secondo cui «la necessità costituzionale che la pena debba “tendere” a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l’accompagnano da quando nasce, nell’astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue».

¹⁸⁰ Cfr., sia pur in una dimensione più ampia e complessa, M. PAVARINI, *La pena «utile»*,

sorta di nichilismo teleologico, tipico tra l'altro dei regimi totalitari che non hanno alcun bisogno di "giustificare" l'esercizio del potere punitivo¹⁸¹.

Lo scopo della pena, in realtà, è immanente alla pena stessa ed è rappresentato, da una parte (à la von Liszt¹⁸²) dalla tutela di interessi giuridici; dall'altra parte (à la Kant) dall'uomo in sé, in quanto soggetto portatore di una dignità "innata" che neppure lo stato di detenzione può legittimamente sottrargli¹⁸³.

la sua crisi e il disincanto, cit., 1 ss.

¹⁸¹ «E infatti: spinto dalla sete, ho adocchiato, fuori di una finestra, un bel ghiacciolo a portata di mano. Ho aperto la finestra, ho staccato il ghiacciolo, ma subito si è fatto avanti uno grande e grosso che si aggirava là fuori, e mo lo ha strappato brutalmente. – Warum? – gli ho chiesto nel mio povero tedesco. – Hier ist kein Warum, – (qui non c'è perché), mi ha risposto, ricacciandomi dentro con uno spintone. La spiegazione è ripugnante ma semplice: in questo luogo è proibito tutto, non già per riposte ragioni, ma perché a tale scopo il campo è stato creato»: P. LEVI, *Se questo è uomo*, Bologna, 1996, 28. Anche la pena retributiva, almeno in apparenza, si presenta come "giusta in sé": v. sul punto L. EUSEBI, *La "nuova" retribuzione*, cit., 937, il quale critica l'idea di una retribuzione neutrale, da usare entro il quadro di qualsiasi finalità perseguita dalla pena (941). Sulla necessità che la retribuzione sia orientata a uno scopo anche F. EXNER, *La funzione di tutela e la funzione retributiva della pena*, in *La funzione della pena*, cit., 11 ss.

¹⁸² Sebbene il riferimento sia almeno parzialmente decontestualizzato, F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, a cura di A. Calvi, Giuffrè, 1962, spec. 29 ss. V. anche (65) la celebre affermazione per cui «la pena è prevenzione attuata attraverso la repressione; oppure, come parimenti ci è consentito dire, repressione attraverso la prevenzione».

¹⁸³ M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., 13-14, distingue tra una dimensione statica e una dimensione dinamica della dignità umana. La prima fa riferimento al concetto di dignità innata, che spetta in ogni caso a ciascun individuo, impedendo che lo stesso si trovi degradato a cosa e che le sue azioni o mancate azioni possano giustificare un trattamento inumano o degradante nei suoi confronti. La dignità acquisita, per contro, è il risultato delle azioni umane e come tale può essere non conquistata o (sia pur momentaneamente) perduta: l'Autore porta in proposito l'esempio dell'art. 48, ultimo comma Cost., il quale prevede che il diritto di voto non può essere limitato se non nei casi di indegnità morale indicati dalla legge. V. anche M. RONCO, *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2015, 139, il quale distingue tra tre dimensioni della dignità umana. Il primo livello è quello rappresentato dalla dignità come fondamento dei diritti che ineriscono all'uomo in quanto tale, che ha un carattere assoluto, non ammette transazioni e non è compensabile con altri beni. Al secondo livello si colloca la dignità come fondamento di quei diritti che attengono ai diversi gradi di consapevolezza e maturità cui la persona può attingere, quale, ad esempio, il diritto a un giusto processo e a un'esecuzione della pena che non strumentalizzi il soggetto per perseguire scopi eteronomi. Al terzo livello, infine, si rinviene la dimensione della dignità che si sostanzia in condotte corrispondenti a doveri politici, sociali e familiari e quindi in comportamenti rispettosi della dignità e della libertà delle altre persone. La pena, ad avviso dell'Autore, opera in maniera legittima quando incide esclusivamente sui diritti che afferiscono a questo terzo livello della dignità umana, mentre deve garantire in ogni caso il rispetto delle altre due dimensioni.

Le norme costituzionali che valorizzano il principio supremo della libertà-dignità umana¹⁸⁴ rappresentano un argine sufficientemente solido contro il rischio di derive nichilistiche, relativistiche o addirittura autoritarie¹⁸⁵.

La c.d. umanizzazione della pena, solo per restare all'esempio più evidente, non ha certo bisogno di "giustificarsi" attraverso una valorizzazione del finalismo rieducativo. L'art. 27, terzo comma Cost. pone il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità in posizione correlata ma distinta rispetto alla "tendenza" alla rieducazione del condannato. Senza contare che in riferimento al finalismo rieducativo, come ampiamente noto, l'Assemblea Costituente ebbe molto a discutere, temendosi da parte di alcuni che il suo inserimento nella Carta fondamentale potesse essere intesa come accoglimento troppo netto delle istanze della c.d. Scuola positiva: l'umanità della pena, invece, non solo non viene messa in discussione, ma si trova messa "al primo posto" nella definitiva formulazione dell'art. 27, terzo comma Cost.¹⁸⁶: una pena "non umana" o "disumana", nell'attuale contesto costituzionale, sarebbe un non senso giuridico, indipendentemente da quale sia la finalità prevalente che alla pena si intenda riconoscere.

In riferimento alla pena eseguita, detto altrimenti, più che lo scopo a rivelarsi decisivo è il suo contenuto¹⁸⁷: si tratta di una misura afflittiva, che comporta una restrizione della libertà personale, ma non della dignità "innata" della persona, che spetta sempre e comunque a ciascun individuo.

L'unica dimensione della pena in cui la precisazione del suo scopo può assumere valore "costitutivo" è quello della "pena applicata" dal giudice, anello intermedio tra la pena minacciata dal legislatore e quella eseguita negli istituti penitenziari. Sono fin troppo note le questioni relative alla "cecità assiologica" dell'art. 133 c.p. che, pur estremamente dettagliato nella sua formulazione, non sarebbe in grado di orientare la discrezionalità del

¹⁸⁴ Per approfondimenti e ampie indicazioni bibliografiche si rinvia a M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 49 ss. e Id., *Dignità e carcere*, cit., 9 ss.

¹⁸⁵ Cfr., per la neutralità dell'art. 3 CEDU rispetto alle dispute sulla funzione della pena, M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, 65 ss.

¹⁸⁶ Una compiuta ricostruzione dei lavori preparatori relativi all'art. 27, terzo comma Cost. è offerta da M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., 38 ss. Sulla "portata" dell'art. 27, terzo comma Cost., per tutti, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 93 ss., il quale (157 ss.) perviene alla conclusione per cui la norma in questione orienti la ricerca dei criteri finalistici nella commisurazione della pena nella sfera della prevenzione speciale.

¹⁸⁷ Cfr. B. PETROCELLI, *La funzione della pena*, in *Scritti giuridici in memoria di Massari*, Napoli, 1938, 171, il quale avverte che la retribuzione debba considerarsi non tanto lo scopo della pena, quanto piuttosto il carattere, il modo di essere della stessa.

giudice¹⁸⁸. È forse proprio in questo contesto che può trovare una più coerente collocazione il riferimento alle concezioni polifunzionali della pena. Se, in assenza di ulteriori specificazioni, l'affermazione per cui la pena assolve a più funzioni rischia di suonare come l'implicita ammissione che di fatto non riesce a svolgerne nessuna, la polifunzionalità della pena può senz'altro concepirsi quale strumento che valga a orientare la discrezionalità del giudice in fase di commisurazione: il giudice, detto altrimenti, privilegerà una tra le tante anime della pena a seconda di quale risulti più confacente al caso concreto. Provando a semplificare un discorso in realtà più complesso e pur nella consapevolezza dei rilievi critici con cui un simile modo di argomentare debba fare i conti, potrebbe dirsi, per esempio, che di fronte a un soggetto che ha commesso per la prima volta un reato poco grave e motivato da circostanze del tutto contingenti, la finalità di prevenzione speciale potrebbe trovare fertile terreno di applicazione; per converso, a fronte di un recidivo inserito in contesti criminali piuttosto radicati, il giudice potrebbe optare per una pena ispirata prevalentemente a esigenze retributive. In ogni caso – questo è il punto – l'esecuzione di quella pena si svolgerà secondo la direzione indicata dall'art. 27, terzo comma Cost.

Il filo rosso che taglia trasversalmente la pena minacciata, comminata ed eseguita sembrerebbe potersi individuare nella proporzione della stessa. La pena astrattamente prevista dal legislatore deve risultare proporzionata in un'ottica di sistema, così come quella applicata dal giudice deve risultare proporzionata al fatto concretamente commesso dal reo. Anche la sua esecuzione, sebbene questo aspetto si trovi raramente valorizzato, deve essere ispirata ai canoni della proporzione, solo che in questo caso il secondo termine di paragone non è offerto dal fatto (astratto o commesso), ma dai diritti fondamentali del detenuto, i quali potranno risultare compresi solo nella misura in cui la loro restrizione o il loro annullamento non possa essere altrimenti evitato come conseguenza della libertà personale del soggetto: di modo che, per l'appunto, la pena risulti nel suo complesso proporzionata anche nella sua dimensione esecutiva.

La premessa in questione presuppone però che il diritto di cui il detenuto è titolare e della cui "compressione proporzionata" si discute, rientri nel novero di quelli astrattamente comprimibili. Ciò non vale per il diritto alla salute, almeno nella misura in cui lo stesso venga ricondotto a una nozione restrittiva che, lungi dal frustrare il graduale superamento di uno sterile paradigma organicista, valga a recuperare l'effettività della

¹⁸⁸ Per tutti, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 34 ss. e F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, I, *Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, 80 ss.

sua tutela, specie in riferimento ai soggetti ristretti.

Risulta quasi superfluo precisare che il concetto di proporzione, in quanto libero da pastoie teleologiche ritagliate attorno al peculiare modello della pena detentiva in senso stretto, si presta a funzionare quale parametro di legittimità per tutte le misure eseguite in luoghi di detenzione, anche nel caso in cui, come avviene per il trattenimento dei CPR, le stesse non rappresentino la conseguenza di un illecito (in senso stretto)¹⁸⁹.

Risulta ancor più superfluo, tuttavia, precisare come il riferimento alla proporzione rischi di sovraccaricare il dibattito relativo alla pena in senso ampio dell'ennesimo concetto "incalcolabile", che, come la sicurezza e la dignità, diviene buono per tutte gli usi e refrattario a ogni tentativo di definizione che possa dirsi ancorato a criteri oggettivi.

Il principio di proporzionalità, come ampiamente noto, sta assumendo una fisionomia sempre più delineata nella giurisprudenza della Corte costituzionale, anche a seguito della rilevanza che lo stesso si vede attribuito in ordinamenti diversi da quello italiano¹⁹⁰ e nella giurisprudenza delle Corti europee¹⁹¹. Si tratta di un principio che viene da molto lontano,

¹⁸⁹ Sul ruolo della proporzione nello "statuto speciale" delineato per lo straniero irregolare v. F. B. MORELLI, *Stranieri irregolari e misure detentive: una libertà diversa*, in *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere*, cit., 96 ss.

¹⁹⁰ È indubbiamente nell'esperienza giuridica tedesca che il principio di *Verhältnismäßigkeit* riferito all'esercizio dell'attività dei pubblici poteri ha conosciuto i più compiuti tentativi di ricostruzione sistematica, attraverso la distinzione di (almeno) tre diverse componenti del giudizio di proporzione: la *Geeignetheit* (idoneità dei mezzi), la *Erforderlichkeit* (necessità) e la *Angemessenheit* o *Verhältnismäßigkeit in engeren Sinn* (proporzionalità in senso proprio). Il potere di intervento dello Stato in settori che hanno ad oggetto diritti fondamentali può dunque esercitarsi nei limiti in cui i mezzi impiegati si rivelino adeguati al perseguimento degli scopi avuti di mira, non siano disponibili mezzi più efficaci o comunque più miti e l'esito del bilanciamento tra la gravità dell'intervento e gli interessi coinvolti risulti ragionevole: per tutti P. KIRCHHOF, *Mittel des staatlichen Handelns*, in *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, a cura di J. Isensee, P. Kirchhof, 5, 2007, 37 e, per ciò che attiene all'impiego del criterio in questione nella giurisprudenza della Corte costituzionale, B. SCHLINK, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlino, 1976. Per la poliedrica versatilità del principio, di recente, AA. VV., *Verhältnismäßigkeit*, a cura di M. Jestaedt, O. Lepsius, Mohr Siebeck, 2015. In lingua italiana, anche per le necessarie indicazioni bibliografiche, G. SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2002, 409 ss.; D. SCHEFOLD, *Aspetti di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1992, 128 ss.; A. M. MAUGERI, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, 2010, 36 ss.

¹⁹¹ Sul principio di proporzionalità nel diritto eurounitario e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in *L'ordinamento europeo. L'esercizio delle competenze*, Milano, 2006, 233 ss. V. anche C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzio-*

funzionando da linea guida nello svolgimento dell'attività amministrativa e, dunque, nella regolazione dei rapporti tra autorità e libertà¹⁹². Nella peculiare veste di "proporzionalità della pena", in particolare, affonda le sue radici nel garantismo utilitarista di stampo illuminista, atteggiandosi a necessario corollario di una pena intesa in un'accezione rigorosamente individuale e retributiva, spesso affiancato all'esigenza di una pena "dolce" e quindi "non disumana"¹⁹³.

Non è certo questa la sede per ricostruire, sia pur sommariamente, i sentieri percorsi dal principio di proporzionalità della pena che, spesso confondendosi tra le maglie della ragionevolezza e/o del finalismo rieducativo, conducono al complesso (ma sempre meno timido) dialogo intercorrente tra la Corte costituzionale e il legislatore¹⁹⁴.

nalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2012, 1, 111 ss.; V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, ivi, 106-107. Per i rapporti tra sussidiarietà e proporzione M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1-2/2013, 149 ss.

¹⁹² Per un'efficace e documentata ricostruzione delle origini storiche del canone della proporzionalità, muovendo dallo Stato di polizia prussiano per giungere allo Stato costituzionale, si rinvia a G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 227 ss. L'Autore sottolinea, tra l'altro, che proprio con il mutamento di prospettiva teso a collocare i diritti fondamentali in posizione ontologicamente anteriore rispetto all'organizzazione dei pubblici poteri, che resta funzionalizzata alla loro tutela, la proporzionalità (*Verhältnismäßigkeit*) dell'azione statale si trova messa in relazione con il meccanismo del bilanciamento (*Abwägung*) tra i diritti costituzionalmente protetti e gli interessi statali con essi concorrenti (230-231). Sull'impiego del principio nella giurisprudenza costituzionale, tra i molti, M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Cortecostituzionale.it*, 2013 e AA. VV., *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti europee*, ivi, 2013.

¹⁹³ Valga per tutti il riferimento a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, spec. § XXVII.

¹⁹⁴ Cfr. E. BELFIORE, *Le Corti costituzionali italiana e tedesca a confronto. I principi di ragionevolezza e di Verhältnismäßigkeit in materia penale*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, 39 ss. Di recente A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2016, 1427 ss. e, con particolare riguardo alla sentenza n. 68 del 2012, V. MANES, *Viola i principi di ragionevolezza e proporzione la mancata attenuante analoga al reato gemello*, in *Guida dir.*, 20/2012, 67 ss.; C. SOTIS, *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione una diminuzione di pena per i fatti di lieve entità. Il diritto vivente «preso - troppo? - sul serio?»*, in *Giur. cost.*, 2/2012, 906 ss. Sulla recente sentenza n. 236 del 2016 v. F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Penalecontemporaneo.it*, 14 novembre 2016, il quale sottolinea come la Corte costituzionale abbia (finalmente) valorizzato la proporzione "in quanto tale" e non nella veste di disparità di trattamento rispetto a un *tertium comparationis*. In una prospettiva

Si può solo osservare come, assecondando la distinzione tra pena minacciata, comminata ed eseguita, sarebbe riduttivo ritenere che la proporzione della pena possa funzionare “solo” da criterio in grado di “mettere in discussione” le scelte legislative. Sul piano della pena comminata, la proporzione funziona strutturalmente da criterio capace di orientare la scelta del giudice o, meglio, capace di orientare i criteri indicati dall’art. 133 c.p. verso la funzione che il giudice ritenga prevalente nel caso concreto. Sul piano, infine, della pena eseguita, il criterio della proporzione potrebbe costituire il banco di prova sul quale valutare la congruità delle limitazioni dei diritti dei detenuti “comprimibili”, utilizzando come secondo termine di paragone tanto la libertà personale quanto le esigenze di sicurezza: ammesso che il diritto di cui si discute sia astrattamente comprimibile, si tratta anzitutto di verificare se la sua limitazione sia necessaria per assicurare la restrizione della libertà personale in cui si sostanzia la pena detentiva e, qualora questo primo giudizio restituisca un esito positivo, di accertare che la limitazione praticata sia proporzionata alle esigenze di sicurezza di volta in volta rilevanti. Il controllo in questione, ovviamente, resta affidato al “giudice dei diritti” competente: il magistrato di sorveglianza per detenuti e internati e, *de iure condito*, il giudice di pace per gli ospiti dei CPR.

8.2. *L'inscindibile legame tra pena eseguita e sicurezza*

Restando dunque alla prospettiva della pena eseguita, è fin troppo evidente come la gestione di un istituto penitenziario sia ispirata anzitutto (anche se non in maniera esclusiva) a esigenze di sicurezza, solitamente compendiate nelle due etichette della sicurezza esterna e della sicurezza interna¹⁹⁵.

Non si tratta, beninteso, di una premessa da leggersi in un’ottica esclusivamente custodialistica, visto che il mantenimento dell’ordine e della sicurezza all’interno dell’istituto diviene il presupposto irrinunciabile per una possibile riuscita del trattamento rieducativo¹⁹⁶: permane tuttavia

indubbiamente peculiare v. la valorizzazione del principio di proporzionalità della pena da parte di G. ELLScheid, W. HASSEMER, *Strafe ohne Vorwurf. Bemerkungen zum Grund strafrechtlicher Haftung*, in *Seminar: Abweichendes Verhalten*, II, *Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, Frankfurt am Main, 1975, 281 ss.

¹⁹⁵ *Infra*, § successivo.

¹⁹⁶ L. CESARIS, *Art. 14*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, I, a cura di F. Della Casa, Padova, 2011, 179. Sulla reciproca compenetrazione tra le regole sulla sicurezza e regole sul trattamento S. ARDITA, L. DEGL’INNOCENTI, F. FALDI, *Diritto penitenziario*, III, Roma, 2016, 94.

la ineliminabile tensione tra la strutturale propensione dell'istituzione penitenziaria alla sicurezza e l'antagonistica finalità della rieducazione/risocializzazione, nell'ambito dell'intima contraddizione di un sistema che pretende di educare alla libertà sottoponendola a incisive limitazioni¹⁹⁷. Si rende necessario evitare che il primato del trattamento e dell'individuazione esecutiva si risolva nell'insidioso paravento dietro cui occultare una normativa flessibile e lacunosa, pronta all'occorrenza a piegarsi alle esigenze della sicurezza^{198 199}.

La spiccata dimensione trattamentale, che costituisce indubbiamente l'ossatura più riconoscibile della svolta normativa impressa dalla legge del 1975, ha rischiato tuttavia di lasciare nell'ombra le questioni legate alla sicurezza. Quest'ultima rappresenta per molti aspetti l'autentico convitato di pietra nell'impianto originario dell'ordinamento penitenziario, forse per demagogia o per falso pudore²⁰⁰, forse semplicemente affinché la svolta ideologica attuata con la riforma penitenziaria risuonasse in tutta la sua chiarezza: non è un caso che la "norma manifesto" rappresentata dall'art. 1

¹⁹⁷ T. PADOVANI, *Ordine e sicurezza negli stabilimenti penitenziari: una evasione della legalità*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, cit., 285 ss. Analogamente A. BERNASCONI, *La sicurezza penitenziaria*, Milano, 1991, 94. Cfr., per un più ampio inquadramento della questione, L. STORTONI, «Libertà» e «diritti» del detenuto nel nuovo ordinamento penitenziario, in *Il carcere "riformato"*, a cura di F. Bricola, Bologna, 1977, 35 ss.; C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, cit., 7 ss.

¹⁹⁸ V. ancora T. PADOVANI, *Ordine e sicurezza negli stabilimenti penitenziari*, cit., 300.

¹⁹⁹ La formulazione dell'art. 14 ord. penit., collocato subito dopo l'art. 13 relativo alla individualizzazione del trattamento, risulta emblematica del complesso rapporto tra la logica securitaria e quella trattamentale: l'articolo in questione individua criteri generali di assegnazione e di raggruppamento di detenuti e internati funzionali all'individualizzazione del trattamento (L. CESARIS, *Art. 14*, cit., 177 e *infra*, § successivo), sebbene lo stesso abbia subito una sorta di eterogenesi dei fini, divenendo la (fin troppo) labile base normativa sulla quale edificare una distinzione dei c.d. circuiti penitenziari ispirata da prevalenti esigenze di sicurezza. Il secondo comma dell'art. 14 ord. penit. stabilisce che «l'assegnazione dei condannati e degli internati ai singoli istituti e il raggruppamento nelle sezioni di ciascun istituto sono disposti con particolare riguardo alla possibilità di procedere a un trattamento rieducativo comune e all'esigenza di evitare influenze nocive reciproche. Per le assegnazioni sono, inoltre, applicati di norma i criteri di cui al primo e al secondo comma dell'art. 42». L'art. 42 ord. penit., rubricato "Trasferimenti", prevede al primo comma che questi ultimi possano essere disposti per gravi e comprovati motivi di sicurezza, per esigenze dell'istituto, per motivi di giustizia, di salute, di studio e familiari. Proprio i "gravi e comprovati motivi di sicurezza" sono quelli che storicamente si sono esposti al maggior rischio di abusi, specie per l'assenza di un esaustivo controllo giurisdizionale: M. G. COPPETTA, *Art. 42*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 491, alla quale si rinvia anche per una lettura restrittiva della disposizione *de qua*. V. anche C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, cit., 96 ss.

²⁰⁰ L. CESARIS, *Art. 14-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 183.

ord. penit., al suo terzo comma, contenga un prudente riferimento alle esigenze di ordine e disciplina («negli istituti devono essere mantenuti l'ordine e la disciplina»), al preminente scopo di vietare ogni restrizione non giustificabile attraverso una valorizzazione delle stesse²⁰¹.

Al primato del trattamento nell'ordinamento penitenziario fa da specular *pendant* il primato delle esigenze di sicurezza nel regolamento esecutivo²⁰²: si pensi, in particolare, agli artt. 31 e 32 del regolamento, che, dopo un generico riferimento ai criteri indicati nell'art. 14 ord. penit. per il raggruppamento dei detenuti, prendono esplicitamente in considerazione i detenuti e gli internati il cui comportamento richieda particolari cautele, anche al fine di assicurare un'idonea collocazione dei soggetti per i quali si possano temere aggressioni o sopraffazioni da parte dei compagni.

Già la legge n. 663 del 1986, del resto, accanto alla preoccupazione di allentare le maglie di una dimensione carcerocentrica scarsamente compatibile con il volto costituzionale della pena, si preoccupava di colmare la lacuna lasciata aperta dalla riforma del 1975 in materia di sicurezza, abrogando il generico e "arbitrario" art. 90²⁰³ (poi "rimpiazzato" dall'art. 41-*bis*) e introducendo con gli artt. 14-*bis* e ss. ord. penit. l'inedito meccanismo della sorveglianza particolare, tutto incentrato sul concetto di pericolosità

²⁰¹ Cfr. G. NEPPI MODONA, voce *Ordinamento penitenziario*, cit., 49, il quale sottolinea come «due significativi principi esprimono la decisa volontà di rottura di una secolare tradizione delle istituzioni penitenziarie italiane: i detenuti e gli internati debbono essere chiamati o indicati con il loro nome art. 1, 4° co.); non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con le esigenze di ordine e di disciplina o, se si tratta di imputati, non indispensabili a fini giudiziali art. 1, 3° co.)».

²⁰² A. BERNASCONI, *La sicurezza penitenziaria*, cit., 95, che fa riferimento al d.P.R. n. 431 del 1976.

²⁰³ L'art. 90 ord. penit. prevedeva che, al ricorrere di gravi ed eccezionali motivi di ordine e di sicurezza, il Ministro di Grazia e Giustizia avesse la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, l'applicazione in uno o più stabilimenti penitenziari, per un periodo determinato e strettamente necessario, delle regole di trattamento. Si trattava di una disposizione che, sebbene nelle intenzioni del legislatore sembrava delineare uno strumento eccezionale, ha conosciuto un'applicazione ampia e generalizzata a seguito dell'istituzione delle carceri speciali con il d.m. 4 maggio 1977 e del conferimento dell'incarico di "garante" dell'operazione al Generale Carlo Alberto Dalla Chiesa: AA. VV., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, cit., 177 ss. T. PADOVANI, *Ordine e sicurezza negli stabilimenti penitenziari*, cit., 306-307 evidenzia come, sebbene il decreto del 1977 risultasse in apparenza proiettato sulle questioni relative alla sicurezza esterna, contenesse disposizioni in grado di incidere sul ben più insidioso terreno (in termini di garanzia) della sicurezza interna. Sulle criticità del sistema in questione, per tutti, M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, 198, che parlano di «un sistema di controllo sulla sicurezza interna ed esterna degli istituti del tutto svincolato dalla legge penitenziaria e spesso in contrasto con la stessa».

penitenziaria dei “detenuti difficili”²⁰⁴. Il tentativo di edificare un argine a fronte dell’incombente «fallimento dell’ideologia del trattamento», dovuto alla mancata riforma del sistema sanzionatorio, alle carenze organizzative del sistema penitenziario e all’acuirsi di forme di criminalità organizzata comune e politica²⁰⁵ con l’ineliminabile esigenza di gestione dei «detenuti difficili» si persegue anche seguendo la via dei regimi differenziati, destinata a proseguire e a snaturarsi nel pernicioso sentiero dei circuiti penitenziari.

Anche il riferimento alla più limitata dimensione della sicurezza penitenziaria, come avviene per il più ampio *genus* della sicurezza, evoca però questioni che solo a fatica si lasciano ricondurre a un inquadramento unitario.

La sicurezza negli istituti penitenziari, anzitutto, è composta da elementi costanti ed elementi variabili²⁰⁶. L’esigenza di sicurezza è infatti legata in maniera pressoché strutturale all’esecuzione penale intramuraria, tanto sotto il profilo della “sicurezza esterna” quanto sotto quello della “sicurezza interna”²⁰⁷.

Il concetto di sicurezza “esterna” fa riferimento alla necessità di apprestare un adeguato filtro rispetto a quello che c’è oltre le mura, non solo per assicurare l’effettiva esecuzione della pena (contenendo il rischio di evasione), ma anche per evitare contatti con l’eventuale compagine criminale di provenienza.

La sicurezza “interna” si riferisce, per contro, alla necessità di garantire il rispetto delle norme di comportamento nei rapporti tra operatori e detenuti, nonché tra singoli detenuti.

Da parte di alcuno, con l’obiettivo di recuperare un maggiore rigore classificatorio, si precisa che mentre il concetto di “ordine” fa riferimento alla mera dimensione obiettiva della disciplina all’interno degli istituti penitenziari, quello di “sicurezza” attiene anzitutto alla salvaguardia degli interessi dei singoli detenuti e del personale penitenziario, comprendendo poi l’interesse “collettivo” all’effettiva esecuzione della sanzione²⁰⁸.

²⁰⁴ G. DI GENNARO, M. BONOMO, R. BREDI, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1987, 113; T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare*, cit., 156 ss.; V. GREVI, *Art. 1*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 13; A. BERNASCONI, *La sicurezza penitenziaria tra prassi amministrative e controllo giurisdizionale*, in *Ind. pen.*, 1990, 147 ss.

²⁰⁵ G. NEPPI MODONA, voce *Ordinamento penitenziario*, cit., 52. In termini pressoché coincidenti F. BRICOLA, *Introduzione*, cit., 10.

²⁰⁶ M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 196 ss.

²⁰⁷ Per una sintesi di questa distinzione, per tutti, R. GRIPPO, *Illegittimità dell’isolamento totale e della cella liscia. Rapporti tra sorveglianza particolare, sanzioni disciplinari, “41 bis” e circuiti: strumenti alternativi o in sovrapposizione?*, in *Penalecontemporaneo.it*, 12 marzo 2012, 3.

²⁰⁸ T. PADOVANI, *Ordine e sicurezza negli stabilimenti penitenziari*, cit., 285-286. Sottolinea l’impiego confuso e non sistematico dei concetti di ordine, disciplina e sicurezza

Pur nella fissità di questi elementi costanti, il trattamento può conoscere differenti modulazioni proprio in ragione delle peculiari esigenze di sicurezza ravvisabili rispetto al singolo detenuto o a gruppi di detenuti. L'obiettivo è anche quello di applicare misure più restrittive nei confronti dei soli soggetti per i quali si pongono reali esigenze di sicurezza, al fine di ridurre ai minimi termini il regime custodialistico per coloro che non risultino altrettanto pericolosi e di evitare quelle “influenze negative” tra i detenuti che potrebbero derivare da un regime di detenzione indefferenziata²⁰⁹. Il rischio sempre presente, tuttavia, è che i circuiti differenziati, lungi dal veicolare una virtuosa individualizzazione del trattamento, si trasformino in recinti (ulteriormente) ghettizzanti entro l'area segnata dai confini dell'istituzione totale.

Una rapida rassegna delle disposizioni previste dall'ordinamento penitenziario e dal suo regolamento di esecuzione mostra chiaramente come le insidie più evidenti derivino, ancora una volta, dall' “insostenibile indeterminatezza” del concetto di sicurezza.

8.3. “Circuito penitenziario” e “trattamento penitenziario”: differenziazioni all'insegna della sicurezza?

Di particolare interesse risulta la distinzione tra “circuito penitenziario” e “trattamento penitenziario”²¹⁰. La prima espressione, intesa in senso ampio, fa riferimento a entità di tipo logistico, costituite da istituti o sezioni di istituto cui i detenuti sono assegnati in ragione di particolari esigenze relative a condizioni di salute o di particolare vulnerabilità, ma anche per ragioni di sicurezza: si pensi ai circuiti differenziati per i tossicodipendenti, per le detenute madri²¹¹, per i collaboratori di giustizia.

Indubbiamente peculiare è poi la condizione dei c.d. *sex offenders*. Pur nell'assenza di una disciplina specifica relativa alla detenzione di autori di

nell'ordinamento penitenziario e nel suo regolamento esecutivo L. CESARIS, *Art. 14-bis*, cit., 183.

²⁰⁹ M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 197; F. FALZONE, *Il circuito detentivo dell'alta sicurezza e il procedimento di declassificazione*, in *Arch. pen. web*, 3/2015, 2.

²¹⁰ S. ARDITA, *Le disposizioni sulla sicurezza penitenziaria*, in *Rass. pen.*, 3/2007, 42-43; F. DELLA CASA, *Art. 59*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di G. Giostra, F. Della Casa, Padova, 2015, 570; F. FALZONE, *Il circuito detentivo dell'alta sicurezza*, cit., 1-2; F. FALZONE, F. PICOZZI, *L'organizzazione della vita penitenziaria delle sezioni speciali (art. 41-bis ord. penit.)*, in *Arch. pen. web*, 1/2016.

²¹¹ Sulla condizione dei detenuti tossicodipendenti e delle detenute madri si rinvia a G. CAMERA, *Liberi, detenuti in carcere e ristretti in strutture dedicate: diverse prospettive del diritto alla salute*, in *questo volume*.

reati sessuali, questi ultimi si trovano spesso assegnati a sezioni apposite allo scopo di proteggerli dalle reazioni violente che potrebbero derivare dal resto dei detenuti: se poi non sussistono le possibilità logistiche di ricavare sezioni apposite, i *sex offenders* si trovano costretti in condizioni assai prossime all'isolamento²¹². L'introduzione dell'art. 13-*bis* ord. penit. ha aperto un indubbio spiraglio trattamentale, prevedendo che i soggetti condannati per reati sessuali in danno dei minori possano sottoporsi a un trattamento psicologico con finalità di recupero e di sostegno, valutato ai sensi dell'articolo 4-*bis*, comma 1-*quinquies* ord. penit. ai fini della concessione dei benefici²¹³. Deve tuttavia rilevarsi come la disposizione in questione non affronti i nodi "di dettaglio" relativi alla sua attuazione²¹⁴, senza contare che l'immane clausola di invarianza finanziaria rischia di lasciare solo sulla carta le buone intenzioni del legislatore²¹⁵.

Con particolare riferimento alla differente allocazione dei detenuti per ragioni di sicurezza, il riferimento obbligato è alla circolare DAP 3359/5809 del 21 aprile 1993, la quale ha istituito tre differenti circuiti:

- il circuito di primo livello, di Alta Sicurezza, destinato ai detenuti più pericolosi, coincidenti essenzialmente con quelli imputati o condannati per uno dei reati previsti dall'art. 4-*bis* ord. penit.;
- il circuito di secondo livello, di Media Sicurezza, destinato ai detenuti "comuni", che non mostrano particolari indici di pericolosità: si tratta in effetti di un circuito residuale, destinato a coloro che non rientrano né nell'Alta Sicurezza né nella Custodia Attenuata²¹⁶;

²¹² A. NAPOLITANO, *I sex offenders: gestione e rieducazione negli istituti penitenziari. Un lungo cammino verso il progetto Bollate*, in *Quaderni ISSP*, n. 10, *Gli spazi della pena*, 2012, 79.

²¹³ M. BERTOLINO, *Il trattamento del delinquente sessuale tra legislazione e prassi. Introduzione al focus*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/2013, 1805.

²¹⁴ Non è esplicitato l'organo competente all'elaborazione e all'attuazione dei metodi terapeutici, non è chiarito se occorra un preliminare vaglio del magistrato di sorveglianza o del SSN sull'idoneità del programma, non sono indicati i parametri alla stregua dei quali valutare la partecipazione al trattamento: F. FIORENTIN, *Trattamento penitenziario severo per i sex-offenders*, in *Guida dir.*, 43/2012, 112 e, in senso adesivo, A. BERNASCONI, A. SPINELLI, *Art. 13-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 154.

²¹⁵ Art. 10, l. n. 172 del 2012: D. PETRINI, *Il trattamento del delinquente sessuale, tra esigenze e controllo della recidiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/2013, 1823.

²¹⁶ E. ANNICIELLO, *I circuiti penitenziari: biunivocità tra sicurezza e trattamento*, in *Gli spazi della pena. Tutela dei diritti umani e circuiti penitenziari*, *Quaderni ISSP*, n. 10, 2012. Per l'introduzione di "reparti aperti", ispirati al principio per cui il perimetro della detenzione non debba essere considerato quello della "cella" bensì quello della "sezione" v. Circolare DAP 3594/6044 del 25 novembre 2011, su cui A. DELLA BELLA, *Una rivoluzionaria circolare dell'Amministrazione penitenziaria che introduce un regime "aperto" per i detenuti comuni e che propone una nuova strategia per prevenire il rischio suicidario*

- il circuito di terzo livello, di Custodia Attenuata, riservato ai detenuti tossicodipendenti non particolarmente pericolosi.

La circolare DAP 3619/6069 del 21 aprile 2009, intervenuta a specificare la circolare n. 20 del 9 gennaio 2007, ha previsto un'ulteriore articolazione del circuito di Alta Sicurezza in tre sottocircuiti²¹⁷: il primo dedicato al contenimento dei detenuti ed internati appartenenti alla criminalità organizzata di tipo mafioso, nei cui confronti sia venuto meno il decreto di applicazione del regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit.; il secondo ideato per soggetti imputati o condannati per delitti di terrorismo; il terzo riservato ai soggetti già previsti dalla circolare n. 20 del 2007²¹⁸.

Il concetto di “trattamento (o regime) penitenziario”, per contro, individua le regole trattamentali di riferimento, che, essenzialmente per ragioni di sicurezza, possono subire delle deroghe al ricorrere dei presupposti di legge: a venire in considerazione sono anzitutto la «sospensione delle normali regole di trattamento dei detenuti e degli internati» *ex art.* 41-*bis* ord. penit.²¹⁹ e il regi-

all'interno delle carceri, in *Penalecontemporaneo.it*, 30 novembre 2011.

²¹⁷ L'istituzione di nuovo circuito AS ha determinato anche il superamento del circuito di istituti o sezioni di istituto con Elevato Indice di Vigilanza (EIV), istituito con la Circolare DAP 3479/5929 del 9 luglio 1998 per far fronte alle esigenze poste da quei «detenuti che, non avendo titolo di reato per essere inseriti nel circuito di primo livello, presentino tuttavia una pericolosità talmente spiccata da far risultare inopportuno il loro inserimento nel circuito di secondo livello (c.d. media sicurezza)». Si trattava, in particolare, di detenuti la cui particolare pericolosità fosse desumibile: «a) dall'appartenenza all'area della criminalità terroristica od eversiva nazionale od internazionale; b) dalla natura e dal numero dei fatti commessi, dal pervicace intento di evasione, dai fatti di violenza grave commessa in danno di altri detenuti o degli operatori penitenziari, dai fatti di grave nocimento per l'ordine e la sicurezza penitenziaria etc.». La circolare DAP 3619/6069 del 2009, nel prevedere un unico circuito di Alta Sicurezza, “dispone” il superamento di quello EIV e della sua denominazione foriera di fraintendimenti, «evitando che essa possa far pensare, sia pure solo in via teorica ad osservatori esterni, ad una diversificazione ovvero ad una modifica delle regole trattamentali». Sul punto S. ARDITA, *Le disposizioni sulla sicurezza penitenziaria*, cit. 49-50; A. MORRONE, *Il penitenziario di massima sicurezza nella lotta alla criminalità organizzata*, in *Dir. pen. proc.*, 6/2004, 752 ss.; I. FALCO, *La differenziazione trattamentale per ragioni di sicurezza e i circuiti penitenziari*, in *Temi romana*, 4/2014, 9 ss.

²¹⁸ La circolare n.20 del 2007 faceva riferimento alle seguenti categorie di detenuti: a) imputati o condannati per i delitti previsti dal primo comma primo periodo dell'art. 4-*bis* l. n. 354 del 1975; b) soggetti cui sia stata contestata l'aggravante di cui all'art. 7 l. n. 203 del 1991; c) soggetti detenuti per altri fatti, cui sia stato contestato a piede libero uno o più reati previsti dall'art. 4-*bis* n. n. 354 del 1975 ovvero nei cui confronti sia venuta meno l'ordinanza di custodia cautelare; soggetti imputati dei delitti previsti dal citato articolo, ma scarcerati solo formalmente per decorrenza dei termini di custodia cautelare.

²¹⁹ Per un inquadramento dell'art. 41-*bis* ord. penit. tra i regimi detentivi speciali, si

me di sorveglianza particolare introdotto con gli artt. 14-*bis* e ss. ord. penit.

L'assegnazione a un circuito differenziato, altrimenti detto, non comporta necessariamente una variazione delle regole di trattamento (pur non escludendone la possibilità) e quindi un'ulteriore restrizione dei diritti del detenuto; anche se, evidentemente, l'assegnazione al singolo circuito, specie quando la stessa sia motivata da esigenze di sicurezza, importa pressoché inevitabilmente una parziale variazione della concreta vita detentiva²²⁰, tanto più insidiosa in quanto "normativamente non esplicitata"²²¹.

Si pensi, in particolare, al circuito di Alta Sicurezza, che trova un fondamento solo generico nell'ordinamento penitenziario (artt. 13 e 14) e nel suo regolamento di esecuzione (artt. 31 e 32)²²², rinvenendo per contro la sua "disciplina" di dettaglio nelle circolari del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria. L'assegnazione a uno dei sottocircuiti in cui si articola l'Alta Sicurezza avviene automaticamente, in base al titolo di reato per il quale il soggetto fa il suo ingresso in carcere: l'uscita dal circuito AS e l'immissione in quello di media sicurezza può avvenire mediante la procedura c.d. di declassificazione, essenzialmente rimessa alla discrezionalità dell'Amministrazione penitenziaria²²³. Non può negarsi l'impressione per cui il circuito di Alta Sicurezza, pur non comportando formalmente l'applicazione di un regime più restrittivo, si atteggi spesso a rimedio cui ricorrere quando la coperta degli artt. 41-*bis* o 14-*bis* ord. penit. si riveli troppo corta²²⁴. Con la fondamentale differenza per cui il circuito

rinvia all'ampia indagine di A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis O.P.*, Milano, 2016, 166 ss.

²²⁰ S. ARDITA, *Le disposizioni sulla sicurezza penitenziaria*, cit., 43.

²²¹ Cfr. T. PADOVANI, *Relazione sullo stato dell'Amministrazione penitenziaria*, in *Convegni e Seminari*, 2, Senato della Repubblica, 2013 63, il quale precisa come il concreto contenuto di "sofferenza" in cui si sostanzia la pena detentiva, anche in ragione del circuito all'interno del quale il soggetto è inserito, non lo decidono né il legislatore né il giudice: «loro si limitano a stabilire un perimetro esterno: privazione della libertà personale. Quel che ci sta dentro è un lungo viaggio attraverso la discrezionalità amministrativa». V. anche A. DELLA BELLA, *"Il carcere duro"*, cit., 183.

²²² Si preoccupa di esplicitare questa base normativa la Circolare DAP 3479/5929 del 9 luglio 2008.

²²³ La circolare DAP n. 157181 del 2015 invita i Direttori delle sezioni dedicate al circuito dell'alta sicurezza a curare la regolarità e tempestività delle procedure relative alla declassificazione dei detenuti. Sul troppo ampio margine di discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria in riferimento al regime di sorveglianza particolare R. GRIPPO, *Illegittimità dell'isolamento totale e della cella liscia*, cit., 23.

²²⁴ R. GRIPPO, *Illegittimità dell'isolamento totale e della cella liscia*, cit., 24. Con particolare riguardo alla sorveglianza particolare, M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto*

dell'Alta sicurezza non prevede esplicite sospensioni delle ordinarie regole di trattamento, indicate tassativamente e suscettibili "in quanto tali" di controllo giudiziale, ma comporta (solo) surrettizie modifiche nell'ordinario svolgersi della vita detentiva²²⁵.

Se l'art. 14-*bis* ord. penit., relativo al regime di sorveglianza particolare, risponde storicamente all'esigenza di limitare la discrezionalità dell'amministrazione nella "gestione" dei detenuti pericolosi²²⁶, il circuito di Alta Sicurezza sembrerebbe riproporre il rischio della creazione di "zone franche", che, pur trovando la propria (generica) base legale negli artt. 13-14 ord. penit. e 31-32 reg. esec., restano tendenzialmente impermeabili a una tutela giurisdizionale davvero completa.

I circuiti penitenziari si reggono in (precaro) equilibrio su una condizione per certi aspetti paradossale. Da una parte deve necessariamente ammettersi l'esperibilità di una tutela giurisdizionale, anche per assicurare il rispetto dell'art. 6 CEDU²²⁷ e delle stesse indicazioni provenienti dalla Corte costituzionale²²⁸, ma dall'altra parte il circuito differenziato,

penitenziario, cit., 207, i quali avvertono che molti detenuti si trovano "di fatto" posti nelle condizioni proprie della sorveglianza particolare, senza però passare attraverso il filtro (e le garanzie) di cui agli artt. 14-*bis* ord. penit. e seguenti.

²²⁵ S. ARDITA, *Le disposizioni sulla sicurezza penitenziaria*, cit., 43.

²²⁶ Sull'elevato tasso di discrezionalità e la pressoché totale assenza di controlli che caratterizzava il sistema delineatosi in presenza dell'art. 90 ord. penit. (abrogato dalla legge n. 663 del 1986, che ha contestualmente introdotto gli artt. 14-*bis* e ss. ord. penit.) v. M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, 199; AA. VV., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, cit., 181; A. BERNASCONI, *La sicurezza penitenziaria*, cit., 97. *Amplius*, per le origini storiche della differenziazione trattamentale, D. DE GIOIELLIS, *op. cit.*

²²⁷ V. Corte EDU, 11 gennaio 2005, *Musumeci c. Italia*, n. 33695/96, relativa alla violazione dell'art. 6 della Convenzione per l'impossibilità di contestare, attraverso il ricorso a un giudice, il provvedimento di sottoposizione all'ormai superato circuito regime di EIV, con argomentazioni tuttavia riferibili anche al circuito AS. Con la successiva Corte EDU, 17 settembre 2009, *Enea c. Italia*, i giudici di Strasburgo, applicando i propri orientamenti già consolidati in materia di art. 41-*bis* ord. penit. e "allineandosi" sul punto agli approdi della giurisprudenza italiana, hanno precisato che l'impossibilità di ricorrere contro la decisione di inserimento nel circuito EIV non comportasse di per sé una violazione dell'art. 6 CEDU, in quanto nei confronti delle singole restrizioni che, in concreto, si fossero rivelate lesive dei diritti del detenuto, sarebbe stata pur sempre assicurata il controllo giurisdizionale della magistratura di sorveglianza: sul punto E. NICOSIA, *CEDU e ordinamento penitenziario nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 6/2010, 749, 755; F. CASSIBA, A. COLELLA, *Art. 3. Proibizione della tortura*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., 2016, 77, i quali sottolineano come la particolare rilevanza della pronuncia derivi anche dal fatto che il ricorrente avesse addotto anche le proprie gravi condizioni di salute per motivare la pretesa violazione dell'art. 3 CEDU.

²²⁸ Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26, che ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 35 e 69 ord. penit. nella parte in cui non prevedevano una tutela giurisdizionale nei confronti

non comportando strutturalmente modifiche dell'offerta trattamentale, non è suscettibile, "in quanto tale", di ledere diritti soggettivi: possono quindi costituire oggetto di reclamo al magistrato di sorveglianza²²⁹ solo

degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi dei diritti di detenuti ed internati: v. i commenti, tutti pubblicati in *Giur. cost.*, 1/1999, 199 ss. di S. BARTOLE, *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*; E. FAZZIOLI, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*; M. RUOTOLO, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*; C. SANTORIELLO, *Quale tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria?* Un ulteriore tassello nel microsistema della tutela dei diritti dei detenuti è posto da Corte cost., 23 ottobre 2009, n. 266, che, pur dichiarando inammissibile la questione proposta, chiarisce il valore "vincolante" delle pronunce del magistrato di sorveglianza: F. FALZONE, *La sentenza n. 266/2009 della Corte costituzionale: è innovativa dell'attuale sistema di tutela dei diritti dei detenuti?*, in *Rass. pen. e crimin.*, 3/2010, 107 ss.; A. MARCHESELLI, *La tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca della effettività – una ordinanza "rivoluzionaria" della Corte costituzionale*, ivi, 95 ss.; C. RENOLDI, *Una nuova tappa nella «lunga marcia» verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti*, in *Giur. cost.*, 5/2009, 3779 ss. Il principio in questione è stato sostanzialmente ribadito da Corte cost., 7 giugno 2013, n. 135, su cui A. DELLA BELLA, *La Corte costituzionale stabilisce che l'amministrazione penitenziaria è obbligata ad eseguire i provvedimenti assunti dal magistrato di sorveglianza a tutela dei diritti dei detenuti*, in *Penalecontemporaneo.it*, 13 giugno 2013.

²²⁹ Lo strumento, come ampiamente noto, era stato individuato nel reclamo al magistrato di sorveglianza, che avrebbe deciso con ordinanza ricorribile per Cassazione ex art. 14-ter ord. penit., previsto in riferimento al regime di sorveglianza particolare e investito dell'ingombrante compito di colmare le lacune di tutela giurisdizionale rinvenibili in sede esecutiva: v., in particolare, in materia di colloqui visivi e telefonici, Cass., Sez. un. pen., 26 febbraio 2003, n. 25079, Gianni, in *Cass. pen.*, 10/2003, 2941 ss., con nota di R. MURA, *Le Sezioni unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi legittimi del detenuto, ma mantengono in vita il procedimento de plano*, ivi, 4/2004, 1362. V. anche V. MINNELLA, *Le Sezioni Unite intervengono sulla caotica situazione in materia di tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto*, in *Rass. pen. crimim.*, 2004, 2, p. 149 ss. Nella giurisprudenza più recente Cass., sez. I pen., 20 marzo 2015, n. 20485; Cass. sez. I pen., 19 luglio 2016, n. 46201. F. GIUNCHEDI, *Esecuzione e modalità di espiazione della pena*, *Arch. pen. web.*, 1/2015, 24, sottolineando come il punto di equilibrio raggiunto dalla giurisprudenza non si riveli del tutto apprezzabile, parla di un circuito di Alta Sicurezza «in balia dell'Amministrazione penitenziaria». Attualmente sembrerebbe che il rimedio applicabile sia quello del generale reclamo giurisdizionale introdotto con l'art. 35-bis ord. penit., sempre che sia dato ravvisare il presupposto di cui all'art. 69, comma sesto, lett. b) ord. penit., secondo il quale il magistrato di sorveglianza provvede a norma dell'articolo 35-bis sui reclami dei detenuti e degli internati concernenti l'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti (cfr. Cass, sez. VII pen., 13 ottobre 2015, 8687). Si segnala però un orientamento restrittivo in riferimento all'applicazione dell'art. 35-bis ord. penit., che sarebbe limitato alle sole violazioni dell'art. 3 CEDU: Cass. Sez. I pen., 7 aprile 2015, n. 32470, in *Dejure*, su cui G. CAMERA, *op. cit.* Sul reclamo giurisdizionale previsto dall'art. 35-bis ord. penit., in generale e a titolo meramente esem-

i singoli atti esecutivi o le singole disposizioni che, esulando da valutazioni di opportunità rimesse alla discrezionalità dell'amministrazione, si rivelino concretamente lesive di un diritto²³⁰; restano invece esclusi dal sindacato del giudice tanto l'atto di assegnazione al circuito quanto le decisioni relative a eventuali istanze di declassificazione.

Il meccanismo *de quo* continua a suscitare non poche perplessità e necessiterebbe, a tacer d'altro, di una più riconoscibile base normativa: anche perché la situazione attuale continua a mostrare profili problematici non solo rispetto all'art. 6 CEDU, ma, a monte, rispetto all'art. 13 Cost. Senza entrare nel dettaglio delle criticità in commento, può forse risultare utile, nel tentativo di delineare coordinate più generali relative ai rapporti tra salute del detenuto e sicurezza penitenziaria, un riferimento al regime di sorveglianza particolare previsto dagli artt. 14-*bis* e ss. ord. penit.

Si tratta in effetti di una modulazione di trattamento chiaramente ispirata a ragioni di "sicurezza" per vicende verificatesi all'interno dell'istituto (art. 14-*bis*, primo comma ord. penit.) o per altri concreti comportamenti tenuti, indipendentemente dalla natura dell'imputazione, nello stato di libertà (art. 14-*bis*, quinto comma ord. penit.). L'art. 14-*quater* ord. penit. prevede, al quarto comma, che «in ogni caso le restrizioni non possono riguardare: l'igiene e le esigenze della salute; il vitto; il vestiario ed il corredo; il possesso, l'acquisto e la ricezione di generi ed oggetti permessi dal regolamento inter-

plificativo, L. MARAFIOTI, *Il procedimento per reclamo*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di P. Corso, Monduzzi, Milano, 20156; M. BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi preventivi: il nuovo reclamo giurisdizionale*, in *Arch. pen. web*, 2/2014; ID., *Art. 35-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. Della Casa, G. Giostra, Padova, 2015; F. FIORENTIN, *Il reclamo giurisdizionale per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, in *Rass. pen.*, 3/2013 235.

²³⁰ Con specifico riguardo ai circuiti penitenziari Cass., sez. I pen., 24 ottobre 2007, n. 46269, in *Dejure*, Cass., Sez. I pen., 30 gennaio 2014, n. 6737, ivi.

Non sembrerebbe, almeno nella situazione attuale e sempre che si acceda a una lettura ampia dell'art. 35-*bis* ord. penit., che quest'ultimo riesca a superare i limiti applicativi incontrati già in precedenza dall'art. 14-*ter* ord. penit. Di particolare rilievo risulta in proposito Cass., sez. VII pen., 2 ottobre 2014, n. 49193, relativa al caso di un detenuto in regime di Media Sicurezza che proponeva ricorso per Cassazione avverso il decreto con il quale il magistrato di sorveglianza aveva dichiarato inammissibile il suo reclamo teso ad ottenere la disapplicazione dell'atto del Direttore della Casa Circondariale che respingeva le richieste di "declassificazione". Il Magistrato aveva giustificato la sua decisione osservando che il reclamo *ex art. 35-bis* lett. b) ord. penit. deve riguardare "l'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge e dal relativo regolamento, mentre l'interessato non aveva allegato detta inosservanza, ma l'errata applicazione al suo caso di criteri stabiliti con varie circolari dall'Amministrazione stessa al fine di "classificare" i detenuti e destinarli ai consoni circuiti. Il detenuto aveva però rinunciato al ricorso, che viene quindi dichiarato inammissibile dalla Suprema Corte.

no, nei limiti in cui ciò non comporta pericolo per la sicurezza; la lettura di libri e periodici; le pratiche di culto; l'uso di apparecchi radio del tipo consentito; la permanenza all'aperto per almeno due ore al giorno salvo quanto disposto dall'articolo 10; i colloqui con i difensori, nonché quelli con il coniuge, il convivente, i figli, i genitori, i fratelli».

È indubbiamente peculiare la formulazione della disposizione *de qua*, specie se posta a confronto con quella dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater* ord. penit.: mentre infatti quest'ultimo prevede, in positivo, quali siano le misure restrittive che possono caratterizzare il regime di c.d. carcere duro, l'art. 14-*quater* ord. penit. si preoccupa di individuare, in negativo, i diritti del detenuto che restano incompressibili anche in regime di sorveglianza particolare.

Ancor più peculiare, tuttavia, è la previsione delle "esigenze di salute" accanto all' "uso di apparecchi radio", ma anche dei colloqui con il difensore e i familiari. Rispetto alle altre previsioni, in effetti, quella relativa alle esigenze di salute si rivela sostanzialmente ultronea, visto che in sua assenza nessun dubbio si sarebbe posto relativamente alla non comprimibilità delle stesse. L'esplicita menzione della salute potrebbe "giustificarsi", forse, proprio in ragione della presa d'atto che l'applicazione di un trattamento di rigore motivato da esigenze di sicurezza possa comportare almeno un affievolimento della tutela della salute del detenuto.

Anche in questo caso deve riconoscersi un ruolo fondamentale al concetto di proporzione²³¹, il quale implica che il diritto alla salute non possa mai cedere nel bilanciamento con esigenze di sicurezza. Sembrerebbe autoevidente l'affermazione per cui la tutela della salute rientra nel nucleo duro di "dignità innata" che neppure la pena detentiva può mettere in discussione. La "non trattabilità" del diritto alla salute configura quindi, in linea teorica, una regola che non ammette eccezioni e che comporta l'inevitabile stigmatizzazione di quegli indirizzi giurisprudenziali, rinvenibili anche presso le Corti europee, che, più o meno surrettiziamente, giungono a modulare la tutela della salute in funzione delle esigenze di sicurezza.

Le ragioni che rendono difficoltosa la concreta operatività di questa regola generale risiedono anzitutto nell'estrema complessità, a volte sottovalutata, del concetto di "salute", il quale si presta a comprendere una gamma di sfaccettature che solo a fatica si lasciano ricondurre entro una definizione unitaria.

Se dunque la gestione della sicurezza rappresenta un'esigenza struttu-

²³¹ Per tutti G. M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 190, il quale sottolinea come l'inviolabilità dei diritti fondamentali esige che l'eventuale loro compressione nello stato di detenzione sia comunque proporzionale alle effettive necessità del trattamento penitenziario e che, soprattutto, sia compatibile con la dignità, intesa come nucleo normativo minimo ed irriducibile degli stessi diritti fondamentali.

ralmente e inscindibilmente legata all'esecuzione penale intramuraria, la questione realmente problematica diviene quella di definire in maniera puntuale quei diritti che attribuiscono concretezza alla dignità intoccabile della persona umana. Diritti che, in quanto tali, devono essere sempre e comunque assistiti da una sicura e riconoscibile tutela giurisdizionale.

9. La salute dei detenuti in astratto: valorizzazione di una "nozione minima"

Focalizzando l'attenzione sul diritto alla salute, la sua collocazione nel catalogo dei diritti fondamentali, a partire dal secondo dopoguerra, ha ormai raggiunto un grado di sufficiente stabilità²³², sebbene si tratti di un'operazione che non può ancora ritenersi del tutto conclusa, almeno in riferimento alle implicazioni che possono derivare dal riconoscimento della salute come diritto "della persona". La partita ancora aperta resta quella della effettività del diritto in questione²³³, che passa anche attraverso una sua più puntuale definizione²³⁴.

Storicamente la tutela della salute si risolveva anzitutto in una dimensione collettiva, che, collocandosi nell'orizzonte dell'ordine pubblico, era rivolta essenzialmente ad impedire la diffusione di epidemie e malattie contagiose²³⁵. Il processo teso a valorizzare la dimensione individuale del diritto in questione è stato lento e per nulla scontato: quando, del resto, la visione collettiva ha lasciato il posto a quella sociale, quest'ultima ha rischiato di appannare la dimensione più autenticamente individuale²³⁶.

²³² Per tutti V. DURANTE, *op. cit.*, 579 ss.; M. BÉLANGER, *Origine et histoire du concept de santé en tant que droit de la personne*, in *Journal int. bioeth.*, 9/1998, 57 ss.; C. BYK, *The history of the right to health as a human right*, *ivi*, 15 ss.; P. C. KUSZLER, *Global Health and the Human Rights Imperative*, in *AJWH*, 2007, 99 ss.

²³³ V. DURANTE, *op. cit.*, 580.

²³⁴ Cfr. N. HASSOUN, *The Human Right to Health*, in *Philos. Compass*, 2015, 278 ss., la quale, passando in rassegna gli orientamenti "scettici" rispetto a un inserimento del diritto alla salute nel catalogo dei diritti umani, evidenzia come gli stessi, almeno in parte, osservino che un preteso diritto umano alla salute sarebbe troppo vago e in fondo non necessario.

²³⁵ Per le principali tappe di tipo storico R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 515 ss.; C.M. D'ARRIGO, voce *Salute (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, *Agg.* V, Milano, 2001, 1009 ss.; A. GRECO, *Il "nocciolo duro" del diritto alla salute*, in *Resp. civ.*, 4/2007, 304 ss.

²³⁶ G. ALPA, voce *Salute (diritto alla)*, *Noviss. dig.*, *App.* VI, Torino, 1983, 914, che addirittura ritiene di non dover condividere l'incerta qualificazione della salute come diritto sociale; M. LUCIANI, voce *Diritto alla salute (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, Roma, XXVII, Roma, 1991, 2 ss. Cfr. D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà di curarsi*, in *Trattamenti sanitari fra libertà e doverosità*, Napoli, 1983, 21, la quale, con specifico rife-

che pure, a ben vedere, rappresenta il presupposto logico e giuridico per ogni altro tipo di tutela del diritto *de quo*. Non è un caso che persino una norma cardine come quella contenuta nell'art. 32 Cost., nella quale convivono l'anima individuale e quella collettiva e/o sociale del diritto alla salute, abbia faticato a liberarsi dall'etichetta di disposizione meramente programmatica, anche per la convinzione che la sua attuazione avrebbe comportato un'incidenza economica eccessiva sulle strutture pubbliche e nei rapporti tra privati²³⁷. La perdurante assenza del diritto alla salute tra quelli previsti nel catalogo della CEDU²³⁸ rappresenta una delle testimonianze più eloquenti di come il peso sociale del diritto rischi di soffocare il suo respiro più autenticamente individuale.

Il diritto alla salute sembrerebbe dunque partecipare di una sorte per certi aspetti singolare. Da una parte si rivela legato al concetto stesso di dignità umana o, in ogni caso, individua il nucleo duro dei diritti "intoccabili" e "non bilanciabili". Dall'altra parte fatica a emergere in una dimensione "pregiudizialmente individuale".

Si tratta, evidentemente, di una questione che assume un valore ancor più significativo se calato nel contesto dei luoghi di detenzione, per almeno due ragioni.

Anzitutto per soggetti privati della libertà personale diviene fondamentale garantire la salute, prima ancora che come "diritto a" (nella *species*, in particolare, del diritto di prestazione), come "diritto di" (aspettativa negativa di non lesione)²³⁹, non comprimibile neppure per esigenze di sicurezza.

In secondo luogo la condizione dei soggetti ristretti mostra in maniera evidente la necessità di una nozione di salute sufficientemente determinata e, quindi, "giustiziabile". Si pensi, solo per restare all'aspetto più evidente, all'ampia nozione di malattia scolpita solennemente nella Costituzione istitutiva dell'Organizzazione mondiale della Sanità nel 1948, secondo la

rimento al "dovere di cura della propria salute", osserva come la lettura del primo comma dell'art. 32 Cost. suggerisca che «la collocazione della salute come diritto dell'individuo prima, come interesse della collettività poi, non possa esser letta altrimenti che nel senso di una netta priorità della tutela del bene individuale, rispetto all'interesse della collettività che per il suo tramite certamente si realizza».

²³⁷ G. ALPA, *op. cit.*, 913. Per un più generale inquadramento storico-sistematico dell'art. 32 Cost. e per le necessarie indicazioni si rinvia alla ricca indagine di S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano, 2015, 85 ss.

²³⁸ Si rinvia sul punto a F. CECCHINI, *op. cit.* Cfr. anche l'art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, in cui il diritto alla salute "si confonde" in un elenco comprensivo di altri diritti sociali.

²³⁹ Per tutti A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989 e M. LUCIANI, voce *Diritto alla salute*, cit., 2 ss.

quale la salute non si identificherebbe nella mera assenza di malattia, ma in uno «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale». Sono state già efficacemente evidenziate le debolezze insite in una nozione talmente ampia da sfumare nei contorni di un'aspirazione utopistica²⁴⁰, che, se da un lato rischia di alimentare l'illusione del potere taumaturgico della medicina, dall'altro mal si presta a costituire la base di un diritto giustiziabile. Il paradosso della nozione ampia di salute identificata con l'obiettivo sostanzialmente irraggiungibile del completo benessere psicofisico dell'individuo, la quale comporterebbe che nessun individuo possa dirsi davvero sano e che quindi tutti siano da considerare inevitabilmente malati²⁴¹, emerge in tutta la sua evidenza proprio in riferimento ai soggetti detenuti: lo stato di privazione della libertà personale mostra in effetti un'incompatibilità strutturale con un preteso benessere complessivo della persona.

Il superamento del paradigma organicistico che riduceva la salute all'assenza di malattia deve considerarsi, pare opportuno precisarlo, come un risultato che sarebbe poco auspicabile mettere in discussione: la premessa in questione vale certamente quando la salute divenga oggetto di riflessione sul piano bioetico, quando si tratti di meglio definire il rapporto medico-paziente²⁴² o quando si discuta della tutela della salute in una prospettiva politico-sociale (*sub specie*, in particolare, delle politiche di prevenzione). Se però la prospettiva è – lo si ripete ancora una volta – quella tendente a isolare un diritto individuale a fronte della cui violazione sia possibile ricorrere agli strumenti giurisdizionali, una nozione “restrittiva” di malattia, probabilmente, si rivela quella più funzionale allo scopo²⁴³.

²⁴⁰ D. CALLAHAN, *The WHO definition of “health”*, in *The Hastings Center Studies*, 1973, 77 ss. evidenzia come, sebbene un certo grado di astrazione sia inevitabile quando si abbia a che fare con concetti generali, il rischio è non solo quello di trovarsi di fronte a definizioni parziali, ma, soprattutto, quello di prestarsi a possibili “abusi”: la medicina, a tacer d'altro, diverrebbe lo strumento di una pretesa “ricerca della felicità” e si farebbe confluire nel concetto di salute la risoluzione di ogni questione di carattere etico e/o sociale. Sugli aspetti positivi di una definizione ampia di salute v. però S. ROSSI, *op. cit.*, Milano, 2015, 106.

²⁴¹ V. in particolare F. LEONARDI, *Il grande paradosso della salute. La salute non è uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale. Nuove prospettive*, Pisa, 2015 e R. CIOFI, *Verso una nuova definizione del concetto di salute - Oltre la definizione dell'OMS*, in *www.psychiatryonline.it*, 17 aprile 2015 (ultimo accesso 12.04.2017).

²⁴² Una nozione di salute che, incentrata sul concetto di “benessere per il singolo”, si mostri intrisa di connotazioni anche soggettivistiche, rappresenta indubbiamente una delle basi di quella “rivoluzione copernicana” che da una concezione meramente paternalistica del rapporto medico-paziente ha condotto alla centralità dell'alleanza terapeutica.

²⁴³ Posta l'innegabile connessione sussistente tra il concetto di salute e quello di malattia, potrebbe risultare interessante la vicenda interpretativa che interessa la nozione di malattia quale elemento costitutivo del delitto di lesione personale (art. 582 c.p.). Il superamento del

Potrebbe in particolare ritenersi che la salute, in via di prima approssimazione, debba essere intesa come la condizione di chi non necessita di cure mediche. Non si tratterebbe, dunque, di tutelare un non meglio precisato stato di complessivo benessere dell'individuo, ma "semplicemente" una condizione fisica e mentale che non necessiti di cure, sulla base, evidentemente, del sapere scientifico di riferimento.

Da una più puntuale delimitazione del concetto di salute potrebbero derivare almeno due effetti positivi. Si ridimensionerebbe anzitutto l'impressione che la salute del detenuto, già a livello definitorio, necessiti di adattamenti strutturalmente necessari, con effetti apprezzabili soprattutto sul piano della salute psichica. Se, in effetti, un generico benessere psichico servirebbe a ben poco sul piano della tutela, un più puntuale riferimento alla non necessità di cure di tipo psicologico o psichiatrico, forse, potrebbe contribuire alla messa a fuoco di una questione che troppo spesso resta in ombra nelle ricostruzioni di tipo scientifico e che invece, stando ai resoconti provenienti dalle voci di dentro, assume almeno in certi i casi i caratteri di autentica "emergenza psichiatrica"²⁴⁴.

paradigma organicistico si è tradotto nel passaggio dalla nozione "giuridica" a quella "medica" del concetto di malattia: si tratterebbe di valorizzare non tanto ogni alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, quanto piuttosto la sussistenza di un processo patologico (acuto o cronico, localizzato o diffuso) che implichi un'apprezzabile menomazione funzionale dell'organismo sotto il profilo fisico o psichico. Tralasciando i profili relativi all'esigenza di "graduare" l'intensità della malattia penalmente rilevante, la nozione medico-legale ha l'indubbio pregio di ricomprendere non solo le malattie nel corpo ma anche quelle nella mente, senza indulgere a un paradigma meramente organicistico, ma preservando, pur con le innegabili difficoltà di accertamento, parametri definitivi di tipo oggettivo. La nozione giuridica, come ampiamente noto, è anche quella proposta dalla *Relazione al progetto definitivo del codice penale*, II, 379 e, sebbene non abbia ricevuto particolari consensi in dottrina, è rimasta a lungo prevalente nella giurisprudenza di legittimità, che invece nell'ultimo decennio ha mostrato significative aperture nei confronti della nozione medico-legale: tra le tante Cass., Sez. IV pen., 19 aprile 2016, n. 22156 e, soprattutto, Cass., Sez. un. pen., 18 dicembre 2008, n. 2437, Giulini, cit.. Le pronunce più recenti, tuttavia, mostrano particolare predilezione per la valorizzazione di un'alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, con la conseguenza per cui, per esempio, l'ecchimosi continua ad essere ricondotta alla nozione di malattia rilevante ex art. 582 c.p.: Cass. sez. V pen., 18 marzo 2015, n. 38914; Cass. sez. IV pen., 19 aprile 2016, n. 22156; Cass. sez. V pen., 30 maggio 2014, n. 44026; Cass., sez. VI pen., 26 marzo 2014, n. 34174. A favore di una nozione medico-legale di malattia, che, a tacer d'altro, avrebbe il pregio di rendere meglio riconoscibili i confini tra lesioni e percosse, oltre alla prevalente manualistica, v. P. BAIMA BOLLONE, V. ZABREBELSKY, *Percosse e lesioni personali*, Milano, 1975, spec. 23 ss.; M.G. GALLISAI PILO, voce *Lesione e percosse nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 392-396; T. GALIANI, voce *Lesioni personali*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 144 ss.

²⁴⁴ A. DE ANGELIS, *Il disagio mentale in ambiente penitenziario: strategie e competenze della*

Il tema della salute mentale dei detenuti è emblematico. Se spesso tra il “dire e il fare c’è di mezzo il carcere”, nel senso che l’universo penitenziario è quello dei diritti affermati ma non attuati, in questo caso la lacuna sembra rinvenibile già a monte. È francamente inaccettabile, per uno Stato dei diritti (ma anche per un “semplice” Stato di diritto), la perdurante assenza nell’ordinamento di una disciplina organica relativa al trattamento della malattia mentale in carcere²⁴⁵. Così come francamente inaccettabile è la constatazione per cui la previsione di “circuiti differenziati” sia confinata tra le questioni che attengono all’organizzazione della singola struttura o che si perdano nel consueto oceano di circolari, *a fortiori* in un momento storico in cui il “definitivo superamento” degli OPG rischia di risolversi in un esponenziale aumento di sofferenti psichici in carcere²⁴⁶.

In secondo luogo una nozione circoscritta di salute potrebbe favorire una più sicura collocazione degli altri diritti fondamentali del detenuto, che pure contribuiscono a determinare il suo stato di “benessere” (sebbene non completo). Il riferimento è, in particolare, al diritto a un ambiente salubre inteso come ambiente carcerario “degno” (artt. 5 e 6 ord. penit.), ma anche alle prescrizioni relative al vestiario e al corredo (art. 7 ord. penit.), all’igiene personale (art. 8 ord. penit.), al vitto (art. 9 ord. penit.) e alla permanenza all’aria aperta. Pur trattandosi di norme che svolgono una funzione strumentale rispetto alla tutela della salute²⁴⁷, sul piano della tutela interna²⁴⁸ pare opportuno rimarcare la loro autonomia strutturale e giurisdizionale, in modo da assicurare la tutela dei corrispondenti diritti indipendentemente dagli effetti che la loro violazione comporti sul non meglio precisato “benessere” del detenuto.

polizia penitenziaria, in *Quaderni ISSP*, n. 11, *Riforma della sanità penitenziaria. Evoluzione della tutela della salute in carcere*, p. 60. V. anche F. FIORI, *I minorati psichici nel sistema penitenziario italiano, profili di gestione e compatibilità con l’esecuzione penale*, ivi, 91 ss.

²⁴⁵ Per una organica ricostruzione del dato normativo di riferimento si rinvia a M. CAREDDA, *op. cit.* e a G. CAMERA, *op. cit.*

²⁴⁶ Sia consentito sul punto il rinvio a A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire: l’eterna dialettica tra “cura” e “custodia” nel passaggio dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle residenze per l’esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/2015, 1363.

²⁴⁷ A. BERNASCONI, *Art. 11*, cit., parla di «salvaguardia preventiva» della salute dei reclusi. Per un inquadramento delle disposizioni in questione nella cornice più ampia del diritto alla salute v. anche M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 142.

²⁴⁸ Sul versante del sistema CEDU, per contro, si tratta di aspetti che tenderanno a confluire nell’ampio contenitore dell’art. 3 CEDU.

9.1. *La salute dei detenuti in concreto*

Se, dunque, da un punto di vista ricostruttivo la salute dei liberi e quella dei detenuti non sembrerebbe individuare il contenuto di diritti “diversi”, è innegabile che una completa equiparazione tra la salute fuori e dentro le mura si risolverebbe in un’operazione acritica e irrealistica.

A venire in considerazione è in primo luogo la consistenza del carcere come agente patogeno, in grado di aggravare condizioni di malattia già esistenti o di determinare l’insorgenza di nuove patologie come effetto della detenzione²⁴⁹. Si pensi, a tacer d’altro, alle questioni di salute/malattia derivanti dal peculiare regime cui è sottoposto il detenuto, quali, per esempio, il trauma da ingresso in carcere.

A ciò si aggiunge che le logiche della sicurezza condizionano indubbiamente tanto il rapporto tra operatore e paziente quanto le concrete misure da adottare a fronte di uno stato patologico lamentato dal soggetto detenuto: si pensi, in particolare, all’esigenza di individuare possibili simulazioni al fine di evitare che la tutela della salute divenga il pretesto per accedere a condizioni di detenzione più favorevoli²⁵⁰.

Il fatto che sia ravvisabile un problema di salute all’interno del carcere è confermato dall’elevato tasso di suicidi²⁵¹, non solo tra i detenuti ma anche tra gli agenti di polizia penitenziaria²⁵².

Questo però è un ambito in cui il compito del “giurista-non-operatore” necessariamente si arresta, non potendo andare molto al di là della mera denuncia di una situazione, è il caso di dirlo, patologica e a tratti incancrenita.

²⁴⁹ M. BARTOLINI, *La questione psichiatrica all’interno degli istituti di pena*, in *Ristretti.it*: «Il carcere pervertisce, aliena, disgrega, è un momento di vertigine dove tutto si proietta lontano. Non esistono spazi per la dimensione umana, fisica e affettiva. Paura di aggressioni, incertezze del proprio futuro, stati depressivi e di rovina, sindromi psicosomatiche, manifestazioni disforiche, crisi di ansia possono rendere la sopravvivenza in carcere ancora più difficile. Alle forme di patologia fisica si aggiungono forme di sofferenza psichica, di disturbi della personalità e, in rari casi, forme di patologia mentale a carattere reattivo psicogeno, determinate dalle condizioni di vita proprie di ogni carcere»; G. MOSCONI, *Il carcere come salubre fabbrica della malattia*, in *Rass. dir. penit. e crimin.*, 2005, 59 ss.

²⁵⁰ In generale S. FERRACUTI, *Simulazione e malattie simulate*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, a cura di F. Ferracuti, XXIII, Psichiatria forense generale e penale, Milano, 1990, 671 ss. Più nello specifico N. ANSELMINI, V. SAVOJA, *La simulazione della malattia mentale in ambito penitenziario*, in *Riv. psych.*, 3/2004, 208 ss.; A.M.A. NIVOLI [et al.], *La simulazione della malattia mentale nelle istituzioni penitenziarie*, in *Giorn. it. psicopat.*, 2011, 203 ss.;

²⁵¹ Per tutti L. BACCANO, F. MORELLI, *Morire di carcere*, in *Criminalia*, 2009, 435 ss.

²⁵² V. già E. CARLETTI, *Carcerati e carcerieri: tutti carcerati, in fondo*, in *Il carcere riformato*, cit., 177 ss.

Il “giurista-non-operatore”, tuttavia, può (deve?) prendere atto che la base legislativa su cui, anche nel carcere in senso stretto, si pretende di fondare la tutela della salute del ristretto è ancora troppo labile perché si possa desistere dallo sforzo di sottolinearne l’inadeguatezza: l’art. 11 ord. penit. tratteggia un sistema carente delle basilari garanzie in punto di contraddittorio e di controllo²⁵³.

Il giurista “teorico”, allora, può e deve perseguire nell’opera di “disinganno”, marciando al fianco degli operatori e proponendo costruzioni (o ricostruzioni) teoriche sufficientemente solide; anche perché l’apparente *pax Torreggianis*, se adagiata su fondamenta scricchiolanti, non tarderà a lasciare spazio a una nuova, ennesima emergenza²⁵⁴.

²⁵³ C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, cit., 45, che non esita a parlare di «più totale informalità».

²⁵⁴ Cfr. A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario*, cit., 1204 ss.

SEZIONE PRIMA
DIRITTO ALLA SALUTE
E CARCERE “IN SENSO STRETTO”

Giulia Camera

Liberi, detenuti in carcere e ristretti in strutture dedicate: diverse prospettive del diritto alla salute

SOMMARIO: 1. La normativa sul diritto alla salute in carcere: il difficile equilibrio tra le esigenze di tutela della collettività e la salvaguardia delle condizioni psico-fisiche del detenuto – 2. Il trasferimento dell'assistenza sanitaria del detenuto dal Ministero della Giustizia al Servizio Sanitario Nazionale – 2.1. L'art. 11 ord. penit. e l'allineamento costituzionale del diritto alla salute del detenuto: riconoscimento di una parità sostanziale o solo formale? – 3. Infermi di mente detenuti e internati in REMS – 4. Madri detenute e madri in ICAM – 5. Detenuti tossicodipendenti o malati di AIDS – 5.1. Tossicodipendenti: soluzioni dentro e fuori le mura del carcere – 5.2. AIDS e condizioni di detenzione – 6. Considerazioni conclusive.

1. *La normativa sul diritto alla salute in carcere: il difficile equilibrio tra le esigenze di tutela della collettività e la salvaguardia delle condizioni psico-fisiche del detenuto*

Le questioni relative alla tutela della salute dei soggetti privati, a vario titolo, della libertà personale e, più in particolare, quello della medicina penitenziaria, sono rimaste per molto tempo ai margini del dibattito scientifico, almeno di quello strettamente penalistico¹. Pare quasi superfluo precisare che in un ordinamento incentrato sul finalismo rieducativo della pena e sul divieto di trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27, terzo comma Cost.) si rende necessaria una peculiare attenzione alla salute del detenuto, anche quale condizione imprescindibile per il suo reinserimento nella società².

È, tuttavia, innegabile che il solo accostamento concettuale tra “pena detentiva” e “salute” riveli *ictu oculi* la sua complessità, lasciando emergere

¹ F. CERAUDO, *Principi fondamentali di medicina penitenziaria*, Pisa, 1988; A. DE FEO, *La medicina penitenziaria*, in *Trattato di criminologia e psichiatria forense*, a cura di F. Ferracuti, XI, *Carcere e trattamento*, Milano, 1989, 165 ss.; F. CERAUDO, *L'organizzazione sanitaria penitenziaria in Italia*, ivi, 175 ss.

² Così, in particolare, M. CAREDDA, *La salute e il carcere. Alcune riflessioni sulle risposte ai bisogni di tutela delle persone detenute*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2015, 6.

una fitta trama di ambiguità e paradossi non sempre agevole da dipanare³. Non tutti i predicati del diritto alla salute, si è osservato, sono suscettibili di essere riferiti alla persona detenuta, posto che la libertà del malato si trova di fatto subordinata alla necessità di assicurare la tutela delle esigenze di sicurezza istituzionalmente demandate all'amministrazione penitenziaria⁴. In una prospettiva più generale, muovendo dalla premessa - non del tutto scevra di criticità, ma ormai riconosciuta anche a livello normativo - per cui la "salute" identifica uno "stato di completo benessere fisico, psichico e sociale e non semplice assenza di malattia"⁵, l'obiettivo in questione diviene particolarmente problematico riguardo a quei soggetti i cui diritti fondamentali, primo fra tutti la libertà personale, subiscono una limitazione in conseguenza dell'applicazione della sanzione penale. Ciò comporta la necessità di un'adeguata attenzione alle condizioni psico-fisiche del detenuto, tramite un'analisi delle garanzie attualmente riconosciute a tale soggetto a livello legislativo nonché attraverso una valutazione della loro effettiva tenuta tanto sul piano teorico quanto su quello applicativo.

Occorre verificare se il diritto alla salute, che sembrerebbe uno dei diritti fondamentali e "incomprimibili" per eccellenza, subisca variazioni derivanti dallo stato di detenzione del soggetto e se, conseguentemente, le limitazioni imposte possano considerarsi legittime in ragione delle esigenze

³ G. MOSCONI, *Il carcere come salubre fabbrica della malattia*, in *Rass. dir. penit. e crimin.*, 2005, 59 ss.

⁴ C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, 2002, 44 ss.

⁵ Il concetto di salute, come ampiamente noto, è stato così formulato dall'OMS, Organizzazione Mondiale della Sanità, agenzia dell'ONU istituita nel 1948 con l'obiettivo di operare per far raggiungere a tutte le popolazioni il livello di salute più elevato possibile. Nel "preambolo" della sua Costituzione istitutiva è contenuta una definizione ampia di salute quale «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non la semplice assenza dello stato di malattia o di infermità». La nozione in questione è stata recepita dall'ordinamento italiano con il d.lgs. C.p.S. n. 1068 del 1947, con il quale si è approvato il Protocollo relativo alla costituzione dell'OMS. Per un inquadramento generale dell'OMS si rinvia a A. DAVÌ, voce *Organizzazione mondiale della sanità*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 359 ss. Con particolare riguardo alla nozione di salute, specie nella sua evoluzione storica, V. DURANTE, *Dimensioni della salute: dalla definizione dell'OMS al diritto attuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2/2001, 132 ss.; ID., *La salute come diritto della persona*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Milano, 2011, 579 ss.; N. HASSOUN, *The Human Right to Health*, in *Phil. Compass*, 2015, 276 ss.; B. PACCAGNELLA, *L'evoluzione del concetto di salute*, in *Pace diritti umani*, 3/2005, 21 ss. Per una lettura critica della definizione ampia di salute proposta dall'OMS v., per tutti, D. CALLAHAN, *The WHO definition of "health"*, in *The Hastings Center Studies*, 1973, 77 ss. e, per specifiche considerazioni relative ai soggetti ristretti, A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in *questo volume*.

di sicurezza strettamente connesse alla detenzione del reo⁶.

La tematica corre sul filo del difficile bilanciamento tra la tutela della salute e l'efficacia della pena, con il rischio costante di compromettere la salute del ristretto per salvaguardare la sicurezza della collettività (ma anche viceversa).

Uno dei possibili fili conduttori da seguire nel tentativo di ricondurre a unità una materia indubbiamente eterogenea e articolata può essere quello di un confronto tra le modalità di tutela della salute riconosciute rispettivamente al libero cittadino, al soggetto detenuto in carcere e al ristretto in strutture penitenziarie dedicate. Il riferimento è, in particolare, alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS) che, con la L. 9/2012 e successive modifiche, hanno sostituito gli ospedali psichiatrici giudiziari (OPG)⁷, agli istituti a custodia attenuata per detenute madri (ICAM) previsti dalla legge n. 62 del 2011 e agli istituti a custodia attenuata per detenuti tossicodipendenti (ICAT), che trovano il loro fondamento normativo nell'art. 96 del d.P.R. n. 309 del 1990 e nella circolare DAP 3359/5809 del 21 aprile 1993.

Un ulteriore spunto di riflessione deriva dai possibili canali di collegamento tra la struttura detentiva in senso stretto e quelle "dedicate", esaminando, da un punto di vista normativo, le possibilità per un soggetto ristretto di transitare da un luogo a un altro: il caso più evidente è indubbiamente rappresentato dai rapporti tra il carcere e l'ospedale psichiatrico giudiziario, ma il discorso può e deve essere esteso anche a strutture diverse.

2. *Il trasferimento dell'assistenza sanitaria del detenuto dal Ministero della Giustizia al Servizio Sanitario Nazionale*

Si rende necessaria, in via preliminare, una ricognizione del dato legislativo di riferimento, anche attraverso un rapido *excursus* storico dei cambiamenti più significativi registratisi negli ultimi decenni. Si tratta in effetti di un contesto normativo estremamente frammentato, all'interno del quale è dato senza dubbio rinvenire un difetto di coordinamento sistematico e che, almeno in certi casi, arrestandosi a una prospettiva meramente amministrativa e "spersonalizzata", rischia di non valorizzare

⁶ C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, 2002, 44 muove dalla premessa per cui il diritto alla salute della persona *in vinculis* pare ancora subire limitazioni più consistenti di quelle operanti per gli individui in libertà.

⁷ Si rinvia fin da ora ad A. LAURITO, *Le REMS e la sfida del nuovo modello terapeutico-riabilitativo nel trattamento del "folle reo"*, in *questo volume*.

adeguatamente “il caso singolo”.

Al fine di rispondere in maniera effettiva alle esigenze sanitarie della popolazione detenuta, il legislatore italiano ha dettato le prime disposizioni in materia di organizzazione dei servizi sanitari all'interno degli istituti penitenziari con la l. n. 354 del 1975⁸, la quale ha sostituito il Regolamento Carcerario Fascista del 1931, incentrato su una concezione della pena altamente afflittiva e mortificante⁹.

La normativa in materia di sanità penitenziaria risultava ampiamente ambigua e lacunosa, soprattutto in seguito all'entrata in vigore della legge n. 833 del 1978, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, che nulla disponeva al riguardo. La sanità penitenziaria rimaneva, pertanto, la “grande esclusa” di una delle svolte più significative registratesi a livello normativo in materia di diritto alla salute¹⁰.

⁸ Per tutti i necessari riferimenti relativi ai profili di carattere storico si rinvia a A. SALVATI, *L'evoluzione della legislazione penitenziaria in Italia*, in *Amministrazioneincammino.luiss.it*; B. BRUNETTI, *La tutela della salute in carcere. Organizzazione del servizio sanitario penitenziario. Evoluzione normativa*, in *Risretti.it*, 1-2; C. CANTONE, *La Riforma della sanità penitenziaria: Problemi e percorsi possibili*, in *Quaderni ISSP*, n. 11, *La Riforma della sanità penitenziaria. Evoluzione della tutela della salute in carcere*, 12 ss.; A. CARNEVALE, A. DI TILLO, *Medicina e carcere. Gli aspetti giuridici, criminologici, sanitari e medico-legali della pena*, Milano, 2006, 24 ss.

⁹ Il Regolamento per gli istituti di prevenzione e pena del 1931, mirante per lo più a disciplinare la dimensione organizzativa dell'amministrazione penitenziaria, con riguardo al diritto alla salute dei ristretti si limitava a regolare i profili attinenti alla presenza di personale sanitario all'interno degli istituti penitenziari, spettando per il resto al Ministero della Giustizia provvedere alle modalità di cura e assistenza sanitarie del popolo detenuto. L'affidamento della gestione dell'assistenza sanitaria dei detenuti al Ministero della Giustizia aderiva pienamente all'organizzazione del sistema sanitario dell'epoca che, in assenza di un organismo pubblico appositamente volto alla tutela del diritto alla salute dei cittadini, era gestito da enti previdenziali di tipo mutualistico ed era articolato diversamente, da un punto di vista sia quantitativo sia qualitativo, in ragione della categoria lavorativa di appartenenza del soggetto. Nonostante l'istituzione nel 1958 del Ministero della Salute preposto all'organizzazione unitaria dell'attività sanitaria, nell'ambito degli istituti penitenziari il legislatore disciplinava esclusivamente i rapporti di lavoro del personale sanitario esterno all'amministrazione penitenziaria. Si trattava, pertanto, di un'organizzazione del servizio sanitario piuttosto rudimentale che, per assumere connotati più moderni, doveva attendere l'intervento del Legislatore del 1975. Sui punti qualificanti del regolamento Rocco, in particolare, A. SALVATI, *L'evoluzione della legislazione penitenziaria in Italia*, cit.; F.S. FORTUNA, *Il carcere duro, negazione dell'ideologia penitenziaria*, in *Rassegnapenitenziaria.it*, 1/2004, 63 ss.; F. PIETRANCOSTA, *Carcerazione, diritti e condizione detentiva in Italia dal Regio Decreto 787/1931 alla riforma del 1975*, in *Studistorici.com*, 1/2010, 1 ss.

¹⁰ Sottolinea i conseguenti problemi di coordinamento normativo M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 144.

Il legislatore aveva ommesso di specificare quali fossero i (*rectius*: se ci fossero) rapporti intercorrenti tra il servizio sanitario penitenziario e il Servizio Sanitario Nazionale.

L'art. 11, comma 11 ord. penit. si limitava a riconoscere all'amministrazione penitenziaria la facoltà di avvalersi della collaborazione dei servizi pubblici sanitari locali, quando ciò si rendesse necessario in considerazione della circostanza concreta, non specificando se la sanità all'interno degli istituti penitenziari mantenesse una propria autonomia rispetto al Servizio Sanitario Nazionale o se, al contrario, ne risultasse assorbito in ragione della mancata previsione, nella legge istitutiva del SSN, di una deroga espressa in materia di assistenza sanitaria penitenziaria. Quest'ultima tesi sembrava trovare conferma sul piano normativo, in virtù dei principi egualitari enucleati dall'art. 1 legge n. 833 del 1978: una lettura della disposizione limitata ai soli cittadini liberi avrebbe dato adito a contestazioni circa la discriminazione e l'emarginazione delle persone *in vinculis*, ponendosi in aperto contrasto con la tendenza storico-normativa dell'epoca a riconoscere una parità dei diritti civili tra liberi e detenuti¹¹. Nonostante tali argomentazioni risultassero particolarmente convincenti, il Consiglio di Stato, intervenuto sul punto nel 1987, si schierava a favore della specialità ed autonomia del sistema sanitario penitenziario rispetto a quello nazionale, confermando la competenza del Ministero della Giustizia in materia di sanità penitenziaria¹².

Il quadro normativo vigente nei decenni successivi all'entrata in vigore della Carta Costituzionale, che all'art. 32 Cost. riconosce formalmente la salute quale diritto fondamentale dell'uomo e preminente interesse della collettività, presentava dunque possibili profili di disparità di trattamento tra il "cittadino libero" e il "cittadino detenuto", in quanto la tutela della salute del primo era garantita dal S.S.N., mentre la tutela della salute dei soggetti in stato di privazione della libertà personale era assicurata da un diverso apparato dello Stato, ossia dal Ministero della Giustizia.

È solo con la legge delega n. 419 del 1998 ("Delega al Governo per la razionalizzazione del servizio sanitario nazionale e per l'adozione di un testo unico in materia di organizzazione e funzionamento del servizio sanitario nazionale. Modifiche al decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502") che

¹¹ V. G. MAROTTA GIGLI, *L'assistenza sanitaria negli istituti penitenziari*, in *Rassegna penitenziaria*, it, 1984, 64; B. MAGLIONA, M. PASTORE, *La cartella clinica penitenziaria. Aspetti giuridici e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1991, 455; F.P.C. IOVINO, *Sul ricovero del detenuto in luogo esterno di cura*, in *Cass. pen.*, 1997, 1550.

¹² Cons. Stato, parere n. 305 del 7 luglio 1987: per tutti B. BRUNETTI, *La tutela della salute in carcere*, cit., 2.

si assiste a un complessivo riordino della medicina penitenziaria ispirato da una considerazione unitaria della tutela della salute tanto del cittadino libero quanto del detenuto, superando la vecchia impostazione che attribuiva al Ministero della Giustizia, nell'ambito del sistema penitenziario, il ruolo sia di gestore delle prestazioni di assistenza sanitaria sia di garante della loro effettiva ed efficace erogazione.

Tra gli aspetti più innovativi introdotti dalla legge-delega vi è l'inserimento del personale e delle strutture sanitarie dell'amministrazione penitenziaria all'interno del Servizio Sanitario Nazionale e l'affidamento alle Regioni e alle Aziende Unità Sanitarie Locali del controllo sul funzionamento dei servizi di assistenza sanitaria alle persone detenute o internate.

I criteri direttivi imposti dal Legislatore del 1998 sono stati recepiti dal Governo che, con il decreto legislativo del 22 giugno 1999 n. 230, ha espressamente dichiarato: "il Servizio sanitario nazionale assicura, in particolare, ai detenuti e agli internati livelli di prestazioni analoghi a quelli garantiti ai cittadini liberi". Il d.lgs. 230/1999 ha, inoltre, ripartito le competenze tra l'azienda sanitaria locale e l'amministrazione penitenziaria, attribuendo alla prima la gestione e il controllo dei servizi sanitari negli istituti penitenziari (art. 3) e alla seconda, in qualità di garante della sicurezza, il compito di disciplinare il regime autorizzatorio e le modalità di accesso del personale appartenente al Servizio Sanitario Nazionale (art. 4).

In altri termini, il sistema sanitario all'interno degli istituti penitenziari, disegnato dal delegante e dal delegato, è articolato su una sorta di doppio binario che affianca al Ministero della Salute, competente in materia di programmazione, indirizzo e coordinamento, il Ministero della Giustizia quale garante delle esigenze di sicurezza all'interno delle strutture sanitarie ubicate negli istituti penitenziari e nell'ambito dei luoghi esterni di cura ove siano ricoverati i detenuti e gli internati.

Si trattava indubbiamente di una scelta "politica", che interveniva in un contesto fortemente eterogeneo e contraddittorio: se sul territorio nazionale erano rinvenibili realtà di eccellenza, specie se supportate nel territorio di riferimento da ASL efficienti, l'accelerazione subita dalle emergenze penitenziarie (stranieri, patologie infettive, centuplicazione della presenza di tossicodipendenti, tassi sempre più elevati di accertato disagio psichico, sovrappollamento) mostrava la necessità di definire un nuovo modello assistenziale che valorizzasse anche i centri di politica sanitaria regionale e locale¹³.

¹³ Così, C. CANTONE, *op. cit.*, 14. Sugli scetticismi che hanno accompagnato la riforma in questione si rinvia a G. LA GRECA, *Delega al Governo per il riordino della medicina penitenziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 1/1999, 15 ss. e ID., *Riordino della medicina penitenziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 10/1999, 1218 ss. e, soprattutto, a G. STARNINI, *Il passaggio della sanità*

L'integrale trasferimento al Servizio Sanitario Nazionale delle funzioni sanitarie, dei rapporti di lavoro, delle risorse finanziarie e delle attrezzature e beni strumentali relativi alla sanità penitenziaria è avvenuto con la legge finanziaria del 2008 (in particolare ad opera dell'art.2, co. 283 e 284, l. 24 dicembre 2007, n. 244) alla quale hanno fatto seguito il d.P.C.M. 1 aprile 2008 e le allegate 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 al fine di disciplinare le modalità e i criteri del trasferimento¹⁴.

Il legislatore dunque, sia pur con estremo ritardo, ha provveduto ad adeguare la realtà carceraria ai principi costituzionali, provando a ripensare il carcere non più solo come luogo-contenitore, ma anche come luogo-sociale e, ancor più nel dettaglio, come luogo-clinico¹⁵.

La posizione paritaria tra liberi e detenuti nell'ambito dell'assistenza sanitaria, riconosciuta formalmente, sembra risultare di difficile attuazione pratica: il diritto alla salute del detenuto subisce, infatti, incisive limitazioni se si considera che il suo esercizio è subordinato all'emanazione di un provvedimento emesso dal magistrato di sorveglianza o, in casi di assoluta ed estrema urgenza, dal direttore dell'istituto¹⁶.

Occorre, in ogni caso, riconoscere alla legge n. 354 del 1975 il merito di aver attuato, quanto meno formalmente, il dettato costituzionale in

penitenziaria al Servizio sanitario nazionale, disponibile in *Ristretti.it*. Cfr. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 147, il quale sottolinea come anche la mera pregnanza simbolica del passaggio al SSN non sia da trascurare, posto che nell'assetto normativo precedente la competenza esclusiva dell'amministrazione penitenziaria ben poteva prestarsi a un uso strumentale della medicina penitenziaria, che asservisse gli interessi del singolo alle esigenze di ordine e disciplina degli istituti.

¹⁴ *Amplius* A. BERNASCONI, *Art. 11*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. Della Casa, G. Giostra, Padova, 2015, 125-126.

¹⁵ V. in particolare E. PIRFO, A. PELLEGRINO, *Disturbi mentali ed intervento psichiatrico in carcere: esiste una specificità del trattamento per gli autori dei reati sessuali?*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/2013, 1837.

¹⁶ Cfr. C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, 2002, pp. 4 e ss.: «Tuttavia, nonostante il recente inserimento della medicina penitenziaria nel servizio sanitario nazionale, il diritto alla salute della persona *in vinculis* pare ancora subire limitazioni più consistenti di quelle operanti per gli individui in libertà. 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, completamente 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, 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».

ordine sia al riconoscimento della salute quale diritto del singolo e interesse della collettività ai sensi dell'art.32 Cost. sia al divieto di adottare trattamenti contrari al senso di umanità nei confronti di chi sia privato della libertà personale *ex art. 27, terzo comma Cost.*

2.1. *L'art. 11 ord. penit. e l'allineamento costituzionale del diritto alla salute del detenuto: riconoscimento di una parità sostanziale o solo formale?*

Lungi dalla pretesa di esaminare nel dettaglio il complesso delle disposizioni dedicate alla salute del detenuto, il nucleo centrale dell'analisi è rappresentato dall'art. 11 ord. penit., così come modificato dalla legge n. 1 del 1977 prima e dalla legge n. 134 del 1989 poi. Tale norma si inserisce nell'alveo delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario a carattere specificamente terapeutico, volte ad assicurare ai detenuti e agli internati buone condizioni di salute, nonché le cure opportune in caso di infermità e di altre esigenze sanitarie¹⁷.

L'art. 11 ord. penit., integrato dagli artt.17-20 del regolamento esecutivo (d.P.R. n. 230 del 2000), delinea l'apparato organizzativo finalizzato all'analisi delle condizioni del detenuto e dell'internato e alla prestazione di cure somministrabili all'interno delle mura carcerarie. In ogni istituto, pertanto, deve essere garantita la presenza di un servizio medico e di uno farmaceutico, nonché di almeno uno specialista in psichiatria. Si tratta della base normativa volta ad assicurare la dimensione della salute come diritto sociale e, più esattamente, come diritto di prestazione¹⁸.

In attuazione del dettato costituzionale in materia di trattamento sanitario obbligatorio di cui all'art. 32, secondo comma Cost., l'art. 11, commi quinto e sesto ord. penit. prevede tre controlli medici da compiere indipendentemente

¹⁷ In materia di assistenza e medicina penitenziaria, l'ordinamento penitenziario contiene sia norme a carattere preventivo sia norme a contenuto più strettamente terapeutico, quali appunto, l'art. 11. Con le prime (artt. 5-10 ord. penit. integrati dagli artt. 6 e ss. del regolamento esecutivo) si mira ad assicurare la realizzazione di condizioni ambientali e igieniche e di un regime di cura compatibili con il rispetto dell'integrità fisica: queste disposizioni, difatti, disciplinano le caratteristiche degli edifici penitenziari, i locali di soggiorno e di pernottamento, il vestiario e il corredo, l'igiene personale, l'alimentazione, la permanenza all'aperto, le attrezzature per attività di lavoro, istruzione e ricreazione: C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, cit., 83 ss.

¹⁸ M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 143. Per un più generale inquadramento del diritto alla salute nel catalogo dei diritti sociali si rinvia, per tutti, a M. LUCIANI, voce *Diritto alla salute (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 2 ss.

dalla richiesta dell'interessato¹⁹: la visita medica generale all'atto dell'ingresso in carcere, i riscontri sanitari da effettuarsi periodicamente e frequentemente durante la permanenza nell'istituto e, infine, i controlli periodici sull'idoneità dei detenuti a svolgere le mansioni lavorative a cui sono adibiti.

Le visite mediche obbligatorie vengono compiute al fine di adottare tempestivamente i provvedimenti sanitari più opportuni a tutela non solo del singolo caso, ma anche della collettività carceraria.

Per quanto concerne il singolo individuo, infatti, la visita medica garantisce l'individuazione di condizioni patologiche che possono giustificare il rinvio dell'esecuzione della pena ovvero l'adozione di provvedimenti sanitari per apprestare le cure necessarie durante la detenzione.

Con riguardo alla collettività, la visita medica consente di tutelare gli interessi della comunità carceraria sotto un duplice profilo: riduce il rischio di diffusione di malattie contagiose e consente di individuare quei soggetti le cui condizioni di salute possono degenerare in atti di etero o auto aggressività.

Il primo presidio medico apprestato ad ogni detenuto o internato consiste nella visita medica generale che viene espletata non oltre il giorno successivo all'entrata nell'istituto, anche in caso di avvenuto trasferimento da altra struttura penitenziaria. In tale sede viene redatta una scheda che confluisce nel diario clinico del detenuto²⁰.

Molteplici sono i profili di rilevanza pratica della visita medica d'ingresso e, più in generale, dell'attività svolta dal "servizio nuovi giunti".

Innanzitutto, consente di evidenziare eventuali patologie psico-fisiche meritevoli di particolari attenzioni e cure durante il periodo di detenzione o di internamento.

In secondo luogo, opera a garanzia del soggetto che entra per la prima volta in un istituto penitenziario, in quanto consente di verificare se nel corso della cattura ovvero dello svolgimento di attività di polizia questi abbia subito lesioni o maltrattamenti.

Infine, l'importanza della visita medica d'ingresso si evince chiaramente laddove si consideri che l'entrata nella struttura penitenziaria è già di per sé evento traumatico per la generalità dei ristretti, ma può ingenerare maggiori sofferenze in soggetti particolarmente deboli e fragili quali i giovani, gli anziani, i tossicodipendenti ovvero persone già affette da patologie psico-fisiche. Una mancata tempestiva individuazione di specifiche

¹⁹ La previsione dell'art. 11 garantisce dunque il rispetto della riserva di legge per i trattamenti sanitari eseguiti in assenza di consenso dell'interessato *ex art. 32*, secondo comma Cost.: A. BERNASCONI, *op. cit.*, 127.

²⁰ C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, cit., 86 ss.; B. MAGLIONA, M. PASTORE, *La cartella clinica penitenziaria*, cit., 453.

patologie, in particolare di natura psichica, può sfociare in quegli atti di aggressività o di autoaggressività che spesso si registrano all'interno delle mura carcerarie²¹. Tali considerazioni hanno condotto l'amministrazione penitenziaria a introdurre, mediante circolari interne, il servizio "nuovi giunti" che è stato successivamente codificato nell'art. 23, terzo comma reg. esec. Tale disposizione prevede che all'ingresso nella struttura penitenziaria il soggetto svolga un colloquio con il direttore dell'istituto personalmente ovvero con operatori dallo stesso delegati con il duplice scopo di raccogliere le generalità e le informazioni rilevanti per la determinazione del regime detentivo e di esplicitare quali siano i diritti e doveri del detenuto. Al c.d. colloquio di primo ingresso segue la visita medica e un ulteriore colloquio condotto da psicologi e criminologi e volto a stabilire il livello di rischio a cui il soggetto è esposto con riguardo al compimento di atti etero o auto aggressivi.

In aggiunta alle visite obbligatorie, la legge di ordinamento penitenziario consente ai ristretti di richiedere ai sanitari controlli medici, anche giornalieri, e al direttore dell'Istituto di essere visitati da un medico di fiducia, nonché di essere sottoposti a trattamenti medici, chirurgici e terapeutici a proprie spese nelle infermerie o nei reparti clinici all'interno del carcere²². Il provvedimento con il quale il direttore autorizzi o meno il ristretto a sottoporsi a proprie spese a visite, trattamenti terapeutici o chirurgici ad opera di un medico di fiducia è inoppugnabile, non prevedendo la legge alcun mezzo di impugnazione. Non si ritiene, inoltre, che tale provvedimento incida sulla libertà personale, riconoscendosi ad esso natura meramente amministrativa²³.

²¹ Sul punto si rilevano numerose circolari dell'amministrazione penitenziaria emesse negli anni 80 del secolo scorso e volte a sollecitare un pronto e approfondito controllo sulle condizioni fisiche e psichiche del neo-ristretto sia per evitare che, se trascurate, le patologie sofferte possano degenerare in atti di aggressività, autoaggressività ovvero di autolesionismo, sia per garantire un miglioramento del quadro clinico generale del detenuto. L'attenzione rivolta in questi anni dall'amministrazione penitenziaria alle possibili conseguenze che l'impatto dell'esperienza carceraria può avere sulla persona ha condotto all'adozione della circolare DAP n. 3233/5683 del 30 dicembre 1987 con cui è stato istituito il servizio "nuovi giunti", incentrato sullo svolgimento del c.d. colloquio di primo ingresso con il direttore dell'istituto ovvero con operatore dallo stesso delegato e di un colloquio a carattere psicologico condotto da esperti del settore: C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, cit., 88. C. GARUTI, *Il "Servizio Nuovi Giunti": un quarto di secolo di circolari, normative e attività dello psicologo*, in *Psicologia e Giustizia*, 2/2012, 1 ss.; A. MORRONE, *La tutela della salute in carcere ed il Servizio Nuovi Giunti*, in *Ristretti.it*.

²² Cfr. P. CATARINELLA, *Osservazioni in tema sia di richiesta dell'indagato detenuto in carcere di essere visitato da un medico di fiducia sia di individuazione dell'autorità giudiziaria competente a provvedere in merito*, in *Giur. mer.*, 1/1999, 1058 ss.

²³ Così già Cass., Sez. I pen., 14 marzo 1986.

Qualora gli accertamenti diagnostici o le cure necessarie non possano essere adeguatamente apprestati all'interno dell'istituto penitenziario, l'art. 11, secondo comma ord. penit. consente il trasferimento del ristretto in ospedali civili o in altri luoghi esterni di cura, con o senza piantonamento. La disposizione in esame riconosce espressamente la competenza a disporre il trasferimento in capo al magistrato di sorveglianza quando sia stata già pronunciata la sentenza di primo grado²⁴. La direzione dell'istituto penitenziario deve inviare all'autorità competente, con la massima sollecitudine e completezza, la documentazione sanitaria per consentire una valutazione ponderata circa l'opportunità e la necessità di disporre il ricovero in strutture esterne.

Il ricovero in strutture esterne, infatti, si configura quale strumento residuale di assistenza sanitaria apprestata al ristretto, in quanto esso può essere disposto esclusivamente qualora i servizi sanitari, terapeutici e diagnostici presenti all'interno del carcere non siano idonei a fronteggiare le esigenze, *rectius* le necessità, che ivi si presentino. L'autorità competente ha, pertanto, l'oneroso e complesso compito di verificare l'assoluta necessità del trasferimento del detenuto in luoghi di cura esterni all'istituto penitenziario, dovendosi muovere sulla linea sottile che separa da una parte le esigenze di prevenzione della comunità carceraria e quelle di assistenza sanitaria del singolo detenuto e dall'altra le esigenze di sicurezza della collettività²⁵. Occorre precisare che l'assoluta necessità del ricovero esterno va valutata non solo sulla base della relazione sanitaria del personale specialistico dell'istituto e della perizia medico-legale, ma anche e soprattutto in considerazione della dimostrazione dell'inidoneità del servizio sanitario carcerario a somministrare le cure prescritte.

Nei casi di assoluta urgenza, quando non sia possibile ottenere prontamente la decisione dell'autorità giudiziaria procedente o del magistrato di sorveglianza, l'art.17, ottavo comma reg. esec. dispone che sia il direttore dell'istituto a provvedere direttamente al trasferimento del detenuto o internato, dandone comunicazione al giudice competente, nonché al DAP e al provveditore regionale.

Come già evidenziato con riguardo al provvedimento con cui il direttore

²⁴ Per risolvere i problemi di individuazione dell'autorità competente ad adottare il provvedimento di ricovero quando ancora non sia stata pronunciata la sentenza di primo grado occorre avere riguardo alla disciplina contenuta nell'art. 240 disp. coord. c.p.p.: il trasferimento viene disposto con ordinanza del giudice che procede e, prima dell'esercizio dell'azione penale, dal giudice delle indagini preliminari.

²⁵ Il rischio che si corre è che il detenuto simuli patologie fisiche o psichiche non esistenti o esageri quelle esistenti allo scopo di ottenere un beneficio non dovuto o, nella peggiore delle ipotesi, di sfruttare il ricovero esterno per la fuga o per finalità criminose.

dell'istituto autorizza o nega le visite da parte di un medico di fiducia a spese del soggetto ristretto, anche il diniego di ricovero in una struttura sanitaria esterna all'istituto non è impugnabile, posto che, come chiarito da una giurisprudenza ormai costante, l'atto in questione avrebbe una natura meramente amministrativa e non inciderebbe sulla libertà personale, ma semplicemente sulle modalità di detenzione²⁶.

La mancata previsione di un sistema giurisdizionale di controllo sui provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria riguardanti la salute del ristretto solleva non pochi dubbi di legittimità costituzionale con riferimento alle disposizioni contenute nell'art. 11 ord. penit. Il riconoscimento della natura amministrativa dei suddetti provvedimenti, che consente di escludere anche il ricorso in Cassazione a norma dell'art. 111 Cost., comprime fortemente i diritti del ristretto, dal momento che questi possono estrinsecarsi esclusivamente attraverso delle richieste all'amministrazione penitenziaria il cui eventuale diniego è privo di qualsivoglia controllo in sede giurisdizionale.

Trattasi, peraltro, di una problematica che, a ben vedere, potrebbe agevolmente risolversi se si considera che non solo il riconoscimento di una capacità incisiva sulla libertà personale di tali provvedimenti consentirebbe un controllo ad opera della Suprema Corte *ex art.* 111 Cost.²⁷, ma altresì che la Corte Costituzionale ha già da tempo riconosciuto ai detenuti e agli internati il diritto d'azione ogniqualvolta l'amministrazione penitenziaria abbia adottato provvedimenti mediante procedimenti aventi carattere giurisdizionale, a prescindere dalla natura dell'atto produttivo della lesione²⁸: in quest'ultimo caso, in particolare, la via percorribile sarebbe quella di estendere in via analogica la soluzione derivante dagli artt. 30-*bis* e 14-*ter* ord. penit.²⁹.

²⁶ Cass., Sez. I pen., 30 gennaio 1991, in *Cass. pen.*, 1992, 2817 (s.m); Cass., Sez. I, 27 novembre 1991, in *Cass. pen.* 1993, 434 (s.m); Cass., Sez. I pen., 7 giugno 2002, n. 25830, Cass., Sez. VI pen., 25 marzo 2009, n. 15703, in *Dejure*.

²⁷ Sull'auspicabile riconducibilità dei provvedimenti *de quibus* al controllo giurisdizionale operato dalla suprema Corte *ex art.* 111 Cost., cfr. A. GAITO, E. RINALDI, *Esecuzione penale*, Milano, 2000, 229 ss.; A. SCALFATI, *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Padova, 2004, 2 ss.; C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, cit., 280.

²⁸ Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26, su cui, in particolare, M. RUOTOLO, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*, *Giur. cost.*, 1/1999, 203 ss. e C. SANTORIELLO, *Quale tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria?*, *ivi*, 222 ss.

²⁹ Si tratta della nota soluzione indicata da Cass., Sez. un. pen., 26 febbraio 2003, n. 25079, Gianni, in *Cass. pen.*, 10/2003, 2941 ss., con nota di R. MURA, *Le Sezioni unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi legittimi del detenuto, ma*

Deve, tuttavia, segnalarsi il perdurante orientamento restrittivo della giurisprudenza di legittimità, confermato anche a seguito dell'introduzione del reclamo giurisdizionale di cui all'art. 35-*bis* ord. penit.³⁰: sebbene, in effetti, il dato letterale della disposizione possa ricomprendere senza particolari forzature anche le situazioni in questione³¹, la Corte di cassazione ha di recente escluso tale possibilità, affermando che il rimedio introdotto dall'art. 35-*bis* riguarda esclusivamente i diritti di cui all'art. 3 CEDU. I giudici di legittimità hanno confermato il costante orientamento secondo cui le ordinanze di rigetto delle istanze di permesso o di ricovero in ospedale, avanzate *ex art.* 11 della l. n. 354 del 1975, hanno carattere amministrativo inerente alle modalità della detenzione, ma non incidente sulla libertà personale del soggetto. La posizione del detenuto, peraltro, non resterebbe priva di garanzia, posto che l'ordinamento appresterebbe a tutela dell'integrità fisica dei soggetti *in vinculis* lo strumento del differimento obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena³².

Il quadro normativo e giurisprudenziale fin qui esaminato, limitatamente ai profili ritenuti di maggiore rilevanza ai fini di una seppur sintetica analisi della materia dell'assistenza sanitaria apprestata ai detenuti o internati a confronto con i diritti riconosciuti ai cittadini liberi, conduce a una riflessione conclusiva sull'effettività ed efficacia delle garanzie riconosciute all'interno delle mura carcerarie.

Si tratta, in particolare, di verificare quale sia il sistema più adeguato per rispondere alle specifiche esigenze sanitarie che si presentano all'interno degli istituti penitenziari.

L'inclusione della sanità penitenziaria nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale rappresenta il traguardo di un lungo e tormentato percorso volto al riconoscimento al detenuto di una posizione egualitaria rispetto al soggetto libero, con specifico riferimento a uno dei più rilevanti diritti della persona quale quello alla salute.

La premessa indiscussa da cui muove la giurisprudenza costituzionale, del resto, è quella per cui la restrizione della libertà personale non può

mantengono in vita il procedimento de plano, ivi, 4/2004, 1362.

³⁰ Su cui, senza alcuna pretesa di esaustività, F. FIORENTIN, *Il reclamo "giurisdizionale" per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, in *Rass. pen.*, 3/2013, 235; L. MARAFIOTI, *Il procedimento per reclamo*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di P. Corso, Milano, 20156; M. BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale*, in *Arch. pen. web*, 2/2014.

³¹ V. in questo senso A. BERNASCONI, *op. cit.*, 131.

³² Cass. Sez. I pen., 7 aprile 2015, n. 32470, in *Dejure*. In precedenza Cass., Sez. VI pen., 25 marzo 2009, n. 15703.

comportare il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria che è estraneo al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti. I diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 Cost. sono senza dubbio soggetti ai limiti legittimamente imposti in considerazione dell'applicazione e conseguente esecuzione della pena detentiva, ma tale condizione restrittiva della libertà personale non può giustificare in alcun modo un loro annullamento³³.

L'estensione ai detenuti delle garanzie riconosciute ai soggetti liberi in materia di tutela della salute, tuttavia, potrebbe non rappresentare il metodo più adeguato per fronteggiare le peculiari esigenze fisiologicamente connesse allo stato detentivo. Una lettura del principio di uguaglianza che non si arresti alla soglia della mera uguaglianza formale comporta, come noto, non solo un uguale trattamento dell'uguale ma anche un ragionevolmente diversificato trattamento del diverso³⁴: prescindere dalle circostanze concrete in cui si svolge la vita penitenziaria e, soprattutto, parificare *sic et simpliciter* al soggetto libero colui che libero non è, significa privare di contenuto le garanzie al cui riconoscimento si è tanto faticosamente giunti.

Con ciò non vuole certo auspicarsi un "ritorno al passato" o, meglio, un "acritico ritorno al passato": l'adozione di un sistema sanitario penitenziario autonomo ha, infatti, rappresentato per lungo tempo l'*escamotage* ideale per comprimere i diritti dei detenuti, che restavano quindi confinati nel ruolo di "malati di serie B". Pur tuttavia, chi teme uno sguardo al passato non tiene conto che la creazione di un sistema speciale non necessariamente dovrebbe tradursi in un mero espediente per riconoscere al detenuto minori garanzie, ma, al contrario, ben potrebbe risolversi in un opportuno adeguamento dell'assistenza sanitaria ai peculiari bisogni del ristretto.

Il sistema dell'assistenza sanitaria in carcere, in altri termini, potrebbe essere proficuamente plasmata sulle esigenze proprie degli istituti penitenziari, anche in considerazione delle problematiche in concreto presenti in tali luoghi.

Ad ordinamento giuridico invariato, l'obiettivo minimo resta comunque quello di assicurare una piena tutela giurisdizionale ad oggi fortemente limitata da orientamenti giurisprudenziali anacronistici e costituzionalmente

³³ Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26, cit., punto 3.1. del *Considerato in diritto*.

³⁴ Cfr. C. CANTONE, *op. cit.*, 12, il quale rileva come chi sosteneva la legittimità di un sistema sanitario penitenziario alle dipendenze dell'Amministrazione Penitenziaria fondava la propria opinione proprio sulla "specificità" della sanità penitenziaria che, a sua volta, dipendeva dalla specificità della condizione dei soggetti detenuti: da qui, per esempio, l'esigenza di studi di settore e di un rapporto stretto con il mondo della ricerca criminologica, con particolare riguardo alla psicopatologia forense.

ingiustificabili. A questo scopo, in particolare, sembra prestarsi lo strumento del reclamo *ex art. 35-bis* ord. penit., che, sebbene introdotto come rimedio legato alle contingenze “post Torreggiani”, è strutturato come meccanismo di carattere generale, finalizzato proprio a colmare i vuoti di tutela ravvisabili nel precedente assetto normativo.

3. *Infermi di mente detenuti e internati in REMS*

La questione attinente l’effettività e l’efficacia dell’assistenza sanitaria garantita al ristretto tramite il Servizio Sanitario Nazionale si ripresenta, con profili di ancor più spiccata problematicità, con riferimento ai soggetti affetti da particolari patologie di natura psichica ai quali si riconoscono diversi livelli di tutela a seconda che si trovino all’interno degli istituti penitenziari ovvero siano internati in una Residenza per l’esecuzione di una misura di sicurezza.

Pur senza entrare nelle complesse questioni relative alla collocazione delle misure di sicurezza all’interno del sistema sanzionatorio italiano³⁵, è innegabile come l’ordinamento penitenziario si fondi sulla sostanziale equiparazione tra detenuti e internati, che, ferme restando poche eccezioni, rappresentano il binomio costante di una normativa la quale, per gli uni e per gli altri, dichiara di ispirarsi a finalità rieducative, lasciando nell’ombra le specificità derivanti dalla condizione dei “ricoverati”³⁶. Non è un caso, del resto, che la classica questione relativa all’applicabilità agli internati di tutte le norme dell’ordinamento penitenziario³⁷, si sia posta con profili di complessità se possibile ancora più accentuati in occasione del passaggio dagli OPG alle REMS, che, in maniera per la verità abbastanza sorprendente, non ha comportato interventi normativi sul codice

³⁵ A scopo meramente esemplificativo F. ANTOLISEI, *Pene e misure di sicurezza*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1933, 120 ss.; A. DE MARSICO, *Natura e scopi delle misure di sicurezza*, in *Riv. it. dir. penit.*, 1933, 1259 ss.; E. MUSCO, voce *Misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, Agg. I, 1997, 762 ss.; M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, I, Torino 2014, 146 ss.

³⁶ T. PADOVANI, *L’ospedale psichiatrico giudiziario e la tutela costituzionale della salute*, in *Tutela della salute e diritto privato*, a cura di D. Busnelli, U. Breccia, Milano, 1978, 241 (nota 12) e 250 ss., con considerazioni che, sia pur riferite a un assetto normativo almeno in parte superato, focalizzano alcune criticità di fondo del trattamento dei soggetti internati che possono considerarsi ancora attuali.

³⁷ Su cui T. PADOVANI, *L’ospedale psichiatrico giudiziario*, cit., 252 ss.

penale, sul codice di rito e (soprattutto) sull'ordinamento penitenziario³⁸. La sanitarizzazione delle nuove strutture e, dunque, l'obiettivo di sottrarle il più possibile a una logica meramente custodialistico-penitenziaria, ha corso l'evidente rischio di decontestualizzare l'esecuzione di quella che resta, anche dopo la riforma, una misura di sicurezza, rendendo ancora più visibili lacune normative che non sempre risulta agevole colmare per via interpretativa³⁹.

Non può del resto trascurarsi la circostanza per cui storicamente il manicomio giudiziario si atteggia a forma di coercizione intermedia tra il manicomio vero e proprio e il vero carcere, che tuttavia, vista l'eterogeneità degli infermi di mente nei confronti dei quali poteva essere disposto l'internamento, solo a fatica si lasciava giustificare con la "specificità patologica" dei soggetti in questione⁴⁰.

L'eterogeneità della popolazione degli internati rappresenta ancora un tratto caratterizzante della normativa di riferimento. Il ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario viene altresì disposto, ai sensi dell'art. 222 c.p., nel caso di proscioglimento per infermità psichica *ex art.* 88 c.p.⁴¹, ovvero per intossicazione cronica da alcool o da sostanze stupefacenti *ex art.* 95 c.p., ovvero per sordomutismo *ex art.* 96 c.p.

Il giudice, tuttavia, è autorizzato a disporre il ricovero del condannato

³⁸ Per tutti A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire: l'eterna dialettica tra "cura" e "custodia" nel passaggio dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/2015, 1360 e, anche per i necessari riferimenti bibliografici, A. LAURITO, *op. cit.*

³⁹ V., in particolare, F. DELLA CASA, *Basta con gli OPG! La rimozione di un "fossile vivente" quale primo passo di un arduo percorso riformatore*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1/2013, spec. 92 ss. e C. MAZZUCCATO, G. VARRASO, *Chiudere o...aprire? Il "superamento" degli OPG tra istanze di riforma e perenni tentazioni di "cambiare tutto per non cambiare niente"*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2013, 1341 ss.

⁴⁰ T. PADOVANI, *L'ospedale psichiatrico giudiziario*, cit., 246.

⁴¹ Sono fin troppo note le incertezze cui ha dato luogo la definizione di infermità psichica, con le conseguenti difficoltà evidenziatesi in sede applicativa: l'esigenza era anzitutto quella di evitare sovrapposizioni concettuali tra l'infermità psichica e altri stati patologici, quali disturbi della personalità, anomalie comportamentali, condotte *borderline*, ma anche quella di "liberare" il concetto di infermità dalle pastoie. Le Sezioni unite, con la "sentenza Raso", hanno cercato di individuare un punto di equilibrio, emancipando la nozione di vizio di mente da un paradigma meramente organicista (la nozione di infermità mentale rilevante *ex artt.* 88 e 89 c.p. è diversa e più ampia rispetto a quella di malattia mentale) ed enfatizzando la componente normativa dell'accertamento: Cass., Sez. un. pen., 8 marzo 2005, n. 9163, Raso, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 837 ss., con ampia nota di M. BERTOLINO, *L'infermità mentale al vaglio delle Sezioni unite*, alla quale si rinvia per tutte le necessarie indicazioni. Per un inquadramento più generale M.T. COLLICA, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, Torino, 2007; F. CENTONZE, *L'imputabilità, il vizio di mente e i disturbi della personalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2005, 247 ss.

in un ospedale psichiatrico giudiziario ovvero in una casa di cura e di custodia (misure ora eseguite nelle REMS) anche nel caso in cui al condannato sopravvenga un'infermità psichica prima dell'esecuzione di una pena restrittiva della libertà personale o durante l'esecuzione, secondo quanto previsto dall'art. 148 c.p. che stabilisce, inoltre, il differimento e la sospensione della pena qualora l'infermità sia tale da impedirne l'esecuzione.

La condizione di chi abbia commesso il reato "a causa" della propria infermità e quella di chi si trovi in uno stato di infermità mentale sopravvenuta - magari proprio in ragione dello stato detentivo cui si è trovato sottoposto - danno luogo a situazioni già *prima facie* molto differenti tra loro. A ciò si aggiunga che dalle disposizioni alle quali si è fatto riferimento emerge come residuino ipotesi nella quali il condannato, seppur affetto da infermità mentale, scontò la propria pena all'interno dell'istituto penitenziario. In assenza delle condizioni previste dagli artt. 148 e 222 c.p., infatti, l'infermo reo è detenuto in un istituto penitenziario e, in tale luogo, deve trovare l'assistenza sanitaria e le cure specifiche di cui abbisogna.

L'art. 111 reg. esec, in particolare, prevede il ricovero in OPG/REMS di coloro nei cui confronti sia stata applicata, in via definitiva o provvisoria, la misura di sicurezza prevista dal n. 3 del secondo comma dell'articolo 215 del codice penale, nonché degli imputati, condannati e internati che vengono a trovarsi, rispettivamente, nelle condizioni previste dagli artt. 148, 206 e 212, secondo comma, del codice penale (terzo comma)⁴²; stabilisce poi che gli imputati e i condannati, ai quali nel corso della misura detentiva sopravviene un'infermità psichica che non comporti, rispettivamente, l'applicazione provvisoria della misura di sicurezza o l'ordine di ricovero in OPG o in casa di cura e custodia, siano assegnati a un istituto o sezione speciale per infermi e minorati psichici ove sono ricoverati altresì i soggetti condannati a pena diminuita per vizio parziale di mente, qualora le loro condizioni siano incompatibili con la permanenza negli istituti ordinari (quinto e settimo comma).

È lo stesso art. 65 ord. penit. a prevedere che i soggetti affetti da infermità

⁴² Un'analogia disposizione è contenuta nel quarto comma dell'art. 111 in ordine al ricovero in una casa di cura e di custodia. L'applicazione provvisoria delle misure di sicurezza rappresenta evidentemente uno degli elementi di criticità del sistema, anche in considerazione dell'elevato numero di soggetti internati *ex art.* 206 c.p.: si tratta di un meccanismo che presenta innegabili affinità con le misure cautelari, anche per i problemi di tenuta dei principi fondamentali: P. NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 659. Per le necessarie indicazioni sul punto di rinvia a S. GIULIANI, *Art. 206*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, diretto da G. Lattanzi, E. Lupo, III, Milano, 2015, 1120 ss.

o minorazioni fisiche o psichiche debbano essere assegnati ad istituti o sezioni speciali per idoneo trattamento, precisando altresì, al secondo comma, che i soggetti in questione, a causa delle loro condizioni, non possono essere sottoposti al regime degli istituti ordinari. Analogamente a quanto avviene per le strutture destinate all'esecuzione delle misure di sicurezza, anche gli istituti in questione dovrebbero poter contare su una qualificazione professionale sia dei preposti alla direzione sia degli operatori penitenziari, posto che, lungi dal perseguire intenti ghehettizzanti, la disposizione in questione mira ad assicurare un trattamento adeguato alle peculiari condizioni di salute del detenuto⁴³.

In considerazione delle diverse strutture nelle quali l'infermo di mente può essere detenuto-ricoverato, si tratta di verificare quale tutela sia accordata ai detenuti o internati in carcere e in che modo essa si differenzi da quella garantita all'interno delle REMS.

La materia attinente l'infermità o la seminfermità mentale dei detenuti o internati in carcere trova la propria base normativa ancora una volta nell'art. 11 ord. penit. il quale prevede, al primo comma ultima parte, che ogni istituto penitenziario disponga dell'opera di almeno uno specialista in psichiatria e, al settimo comma ultima parte, che nel caso di sospetto di malattia psichica siano adottati senza indugio i provvedimenti del caso col rispetto delle norme concernenti l'assistenza psichiatrica e la sanità mentale.

Tale normativa, la cui formulazione appare piuttosto generica⁴⁴, trova un completamento nel regolamento esecutivo, agli artt. 20, 111, 112 e 113 i quali, tuttavia, se sottoposti ad un'attenta analisi, mostrano la loro inadeguatezza a fornire criteri specifici di assistenza ai detenuti infermi di mente.

In particolare, l'art. 20 reg. exec. si articola in diversi commi i quali possono essere ricondotti sostanzialmente a due diverse tipologie di prescrizioni.

Da una parte, si individuano delle previsioni a contenuto specifico che disciplinano alcuni aspetti della vita carceraria del ristretto infermo di mente: il secondo comma consente di sottoporre la corrispondenza dei detenuti e degli internati infermi di mente a visto di controllo oltre che nei

⁴³ E. BERLOLOTTO, *Art. 65*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., II, 907.

⁴⁴ Per un vaglio critico della disposizione, definita "sostanzialmente priva di contenuto", si rinvia a C. TERRANOVA, *La tutela della salute in carcere*, *Quaderni CSM*, 1, 1983, 50. Le più generali criticità del trattamento delle infermità psichiche in carcere sono chiaramente evidenziate da A. DE ANGELIS, *Il disagio mentale in ambiente penitenziario: strategie e competenze della polizia penitenziaria*, in *Quaderni ISSP*, 11/2012, 59 ss.; F. FIORI, *I minorati psichici nel sistema penitenziario italiano, profili di gestione e compatibilità con l'esecuzione penale*, ivi, 75 ss. V. anche G. BERTOTTI, *Riflessioni e analisi in tema di tutela della salute mentale in carcere: la sentenza Murray c. Olanda*, in *Giurisprudenzapenale.com*, 2017, 3.

casi ordinari di cui all'art. 38 anche per esigenze connesse al trattamento terapeutico accertate dal sanitario; il quarto e quinto comma prevedono o escludono l'ammissione ai lavori produttivi o ai servizi utili sulla base del giudizio espresso dal sanitario il quale valuta, altresì, l'opportunità di assegnare il soggetto idoneo allo svolgimento dei suddetti lavori ad attività ergoterapiche; il settimo comma subordina l'applicazione delle sanzioni disciplinari alla valutazione compiuta dal sanitario circa la sufficiente capacità naturale del detenuto di avere coscienza dell'infrazione commessa e adeguata percezione della sanzione conseguente.

Dall'altra, il primo comma dell'art. 20 reg. esec. si configura quale norma di garanzia generale volta a riconoscere una più facile partecipazione dei ristretti infermi di mente «alle attività trattamentali e, in particolare, a quelle che consentano, in quanto possibile, di mantenere, migliorare o ristabilire le loro relazioni con la famiglia e l'ambiente sociale, anche attraverso lo svolgimento di colloqui fuori dei limiti stabiliti dall'articolo 37. Il servizio sanitario pubblico, territorialmente competente, accede all'istituto per rilevare le condizioni e le esigenze degli interessati e concordare con gli operatori penitenziari l'individuazione delle risorse esterne utili per la loro presa in carico da parte del servizio pubblico e per il loro successivo reinserimento sociale». Delle esigenze contemplate nel primo comma si deve tener conto, altresì, in sede di concessione dei permessi di colloquio e di autorizzazioni alla corrispondenza telefonica (terzo comma).

Sia l'*incipit* della disposizione sia le disposizioni che regolano alcuni profili concreti della vita carceraria di tali soggetti risultano, quindi, peccare di un'estrema genericità/indeterminatezza.

Per quanto attiene il complesso accertamento delle infermità psichiche, l'art. 112 ord. penit. si limita ad individuare l'autorità competente a richiedere l'espletamento della procedura e il luogo in cui esso deve avvenire, senza specificare in alcun modo i criteri a cui attenersi nella valutazione della patologia⁴⁵.

⁴⁵ Sembra opportuno riportare integralmente la formulazione dell'art. 112 ord. penit., rubricato *Accertamento delle infermità psichiche*: 1. L'accertamento delle condizioni psichiche degli imputati, dei condannati e degli internati, ai fini dell'adozione dei provvedimenti previsti dagli articoli 148, 206, 212, secondo comma, del codice di procedura penale, dagli articoli 70, 71 e 72 del codice di procedura penale e dal comma 4 dell'articolo 111 del presente regolamento, è disposto, su segnalazione della direzione dell'istituto o di propria iniziativa, nei confronti degli imputati, dall'autorità giudiziaria che procede, e, nei confronti dei condannati e degli internati, dal magistrato di sorveglianza. L'accertamento è espletato nel medesimo istituto in cui il soggetto si trova o, in caso di insufficienza di quel servizio diagnostico, in altro istituto della medesima categoria. 2. L'autorità giudiziaria che procede o il magistrato di sorveglianza possono, per

Infine, l'art. 113 ord. penit., disciplinando le convenzioni tra amministrazione penitenziaria e servizi psichiatrici pubblici, dispone che la prima, al fine di agevolare la cura delle infermità ed il reinserimento sociale dei soggetti internati negli ospedali psichiatrici giudiziari, organizzi le strutture di accoglienza tenendo conto delle più avanzate acquisizioni terapeutiche anche attraverso protocolli di trattamento psichiatrico convenuti con altri servizi psichiatrici territoriali pubblici.

L'estrema lacunosità degli interventi prescritti nei casi di detenzione in carcere di soggetti infermi o seminfermi di mente non può non sollevare forti perplessità. Prevedere quale garanzia massima per questi detenuti una più facile partecipazione ai trattamenti e alle attività "risocializzanti" non sembra assolutamente soddisfare le esigenze di tutela e cura richieste dalla peculiare materia dell'infermità mentale, soprattutto laddove si consideri che il carcere è luogo già di per sé idoneo a determinare l'insorgenza di disturbi psichici e psicologici di notevole rilevanza. Le condizioni di vita carcerarie idonee a innescare patologie psico-fisiche in soggetti ristretti sani possono produrre conseguenze ancor più gravi qualora interessino soggetti già affetti da infermità o seminfermità mentale al momento dell'ingresso in istituto.

In altri termini, le carenze normative in materia di tutela del diritto alla salute del detenuto o internato infermo di mente in carcere si accompagnano e si sommano a problematiche più strettamente pratiche connesse alla struttura e ai trattamenti previsti *in loco*.

La presenza all'interno dell'istituto penitenziario di almeno uno specialista in psichiatria *ex art.11 ord. penit.*, di psicologi, assistenti sociali e criminologi clinici contattati ai sensi dell'art. 80 ord. penit. così come il sostegno apprestato secondo il generico schema dei periodici e frequenti riscontri rappresentano misure inadeguate rispetto ai trattamenti terapeutici che si rivelano più proficui nel settore delle patologie psichiatriche e psicologiche, mancando soprattutto quella tipologia di assistenza individualizzata e continuativa che consente l'instaurazione di un rapporto tra l'operatore sanitario specializzato e il malato, necessario a comprendere le esigenze e,

particolari motivi, disporre che l'accertamento sia svolto presso un ospedale psichiatrico giudiziario, una casa di cura e custodia o in un istituto o sezione per infermi o minorati psichici, ovvero presso un ospedale civile. Il soggetto non può comunque permanere in osservazione per un periodo superiore a trenta giorni. 3. All'esito dell'accertamento, l'autorità giudiziaria che procede o il magistrato di sorveglianza, ove non adotti uno dei provvedimenti previsti dagli articoli 148, 206 e 212, secondo comma, del codice di procedura penale o dagli articoli 70, 71, e 72 del codice di procedura penale e dal comma 4 dell'articolo 111 del presente regolamento, dispone il rientro nell'istituto di provenienza.

di conseguenza, le cure da apprestare a quest'ultimo⁴⁶.

È stato efficacemente evidenziato, a conferma dell'impressione che nel carcere il concetto di salute si trovi costretto entro limiti piuttosto angusti, che l'approccio terapeutico nelle strutture penitenziarie si limita a predisporre un rimedio a una malattia già manifestatasi, senza però "prendere in carico" il soggetto e senza predisporre un programma individualizzato: non è un caso, del resto, che la prassi più diffusa sia quella di collocare i soggetti affetti da malattie mentali in apposite sezioni degli istituti di detenzione "ordinari", fornendo loro le terapie necessarie, ma al limitato fine del loro mantenimento all'interno della realtà carceraria⁴⁷. Si pensi, in proposito, alla persistente presenza in molti penitenziari italiani della c.d. cella liscia, intesa come una cella provvista solo di un arredamento essenziale, in cui spesso vige un sistema di controllo continuo e alla quale il detenuto è assegnato per esigenze di salute e/o di sicurezza, che il più delle volte (il che, ancora una volta, è emblematico) faticano a distinguersi nei loro contorni reciproci⁴⁸.

A ben vedere, quindi, si evidenziano possibili profili di disparità di trattamento, già "sulla carta", non solo in riferimento ai liberi cittadini che possono disporre delle prestazioni di psicoterapia erogate dai Dipartimenti di Salute Mentale (DSM) convenzionati con il Servizio Sanitario Nazionale – prestazioni che, in considerazione dell'assoggettamento dell'assistenza sanitaria dei detenuti o internati al SSN, dovrebbero essere riconosciute anche nei confronti dei soggetti *in vinculis* – ma anche in rapporto con i destinatari della misura del ricovero in REMS.

I criteri guida per il superamento degli OPG e delle CCC e la costituzione delle REMS fissati dall'art. 3-ter d.l. 22 dicembre 2011 n. 211, convertito in legge 17 febbraio 2012 n. 9, si sostanziano nella previsione

⁴⁶ Per alcune delle più evidenti criticità al riguardo M. CAREDDA, *La salute e il carcere*, cit., 14 ss.

⁴⁷ M. PALMA, *Relazione al Convegno Dagli OPG alle REMS. Il trattamento del malato psichiatrico autore di reato e la complessa attuazione della Legge 17 febbraio 2012 n. 9*, tenutosi a Roma il 19 febbraio 2016 e disponibile su www.radioradicale.it (ultimo accesso 12.04.2017), il quale sottolinea anche come spesso lo scopo perseguito sia quello di diminuire la conflittualità tra detenuto e istituzione e come in alcuni casi il rimedio sia quello del trasferimento continuo del soggetto, senza considerare il cumulo dei provvedimenti ispirati da ragioni di sicurezza (art. 41-bis ord. penit., art. 14-bis ord. penit., isolamento), da cui potrebbe addirittura derivare una violazione dell'art. 3 CEDU.

⁴⁸ M. PALMA, *Relazione al Convegno Dagli OPG alle REMS*, cit.; R. GRIPPO, *Illegittimità dell'isolamento totale e della cella liscia. Rapporti tra sorveglianza particolare, sanzioni disciplinari, "41 bis" e circuiti: strumenti alternativi o in sovrapposizione?*, in *Penalecontemporaneo.it*, 12 marzo 2012, 10 ss.

di un'esclusiva gestione sanitaria delle nuove strutture e di un'attività perimetrale di sicurezza e di vigilanza esterna, laddove necessaria in relazione alle condizioni dei soggetti ricoverati, nonché nella tendenziale destinazione delle strutture ai soggetti provenienti dal territorio regionale di ubicazione delle stesse⁴⁹.

In aderenza a tali criteri e, in particolare, in ordine alla gestione sanitaria delle REMS, il decreto attuativo del 1° ottobre 2012 ha introdotto un aspetto significativo e innovativo, individuando quali componenti l'organico delle nuove strutture personale appartenente esclusivamente al settore medico. A differenza di quanto avveniva all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari, in cui l'organico era prevalentemente composto da agenti di polizia penitenziaria, nelle REMS presta la propria opera un personale medico altamente specializzato (infermieri, operatori socio-sanitari, psichiatri, educatori e psicologi) idoneo a prestare l'assistenza adeguata alle specifiche esigenze dei soggetti ricoverati.

Il processo di superamento del vecchio sistema degli OPG può ritenersi ancora in fase di attuazione, se non altro perché i tempi non sono ancora maturi per un bilancio e, viste le differenti opinioni registratesi anche in riferimento alla gestione sanitaria⁵⁰, una prudente sospensione del giudizio sembra per certi aspetti doverosa. Certo è che la *ratio* della normativa in esame può ravvisarsi nella volontà del legislatore di accentuare l'importanza che il trattamento medico riveste in casi di reati commessi da infermi di mente, privilegiando l'adozione di strumenti di intervento volti a rispondere alle esigenze di cura, piuttosto che a quelle di controllo e di custodia. La sanitarizzazione delle nuove strutture, in altri termini, risponde, certamente in maniera più adeguata di quanto avvenisse in passato, alle esigenze di cura dell'internato/ricoverato attraverso un sistema che, pur lasciando aperta la problematica questione relativa alle perduranti esigenze di sicurezza delle REMS, segna un passo decisivo lungo la via del graduale superamento di una logica "manicomiale".

L'assistenza psicologica e psichiatrica in carcere diverge da quella garantita nelle Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza proprio sotto il profilo del bilanciamento operato dal legislatore tra le esigenze di

⁴⁹ Sui due aspetti della territorializzazione e della sanitarizzazione come linee portanti del nuovo "sistema REMS" si rinvia, anche per le necessarie indicazioni bibliografiche ad A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1357 ss. e ad A. LAURITO, *op. cit.*

⁵⁰ Emblematiche le incertezze relative ai profili di responsabilità penale del medico psichiatra per fatti che si verificano all'interno delle nuove residenze: sul punto L. BRIZI, *Dallo psichiatra "medico-terapeuta" allo psichiatra "medico-direttore": forme e modelli di responsabilità penale nel nuovo volto delle REMS*, in *questo volume*.

cura e quelle di custodia, privilegiandosi negli istituti penitenziari queste ultime. Come si è cercato di chiarire, in effetti, l'estrema laconicità del dato normativo di riferimento rende carente, già in astratto, il sistema di tutela. Non si tratta dunque di una delle manifestazioni di quella «effettività di tipo rinnegante»⁵¹ che pare caratterizzare in maniera pressoché strutturale l'universo penitenziario: in questo caso è già il “dover essere normativo” a rivelare chiaramente tutta la propria inadeguatezza.

Sebbene tale disparità possa trovare un ragionevole fondamento nel più attenuato stadio patologico in cui versano i soggetti detenuti in carcere rispetto a quelli ricoverati in REMS, preme sottolineare altresì che quello dell'infermità mentale è un campo particolarmente complesso e con potenziali esiti peggiorativi di estrema rilevanza, le cui probabilità di verifica possono aumentare sensibilmente in ragione del contesto logistico e delle condizioni in cui il malato si trova a vivere. Prescindere da questi fattori, significa aumentare quei casi di auto ed etero aggressività che rappresentano i profili più preoccupanti dell'ambiente carcerario.

4. *Madri detenute e madri in ICAM*

La questione delle tutele riconosciute alle madri detenute necessita di essere affrontata tenendo conto dei diversi profili di rilevanza costituzionale che vengono in rilievo. L'assistenza sanitaria prestata alle madri detenute, infatti, non può essere sottoposta ad adeguato vaglio critico senza considerare profili ulteriori rispetto a quello del diritto alla salute “in senso stretto” ex art. 32 Cost., quali il diritto-dovere di educare i figli, il diritto dei figli di beneficiare del rapporto genitoriale essenziale per la loro crescita psico-fisica e, più in generale, il valore della famiglia (artt. 29, 30, 31 Cost.)⁵².

È alla luce dei diversi interessi costituzionalmente garantiti ai quali si è fatto riferimento che va letta l'articolata normativa dedicata alle madri sottoposte a limitazioni della libertà personale.

Trattasi, infatti, di un quadro normativo particolarmente frammentato, ma nel quale, ciononostante, non fatica a riconoscersi una *ratio* di particolare favore volta a ridurre il più possibile l'ipotesi di immissione dell'infante nel circuito carcerario, stante non solo le ripercussioni negative che il regime

⁵¹ F. BRICOLA, *Introduzione a Il Carcere “riformato”*, Bologna, 1977, 9.

⁵² Cfr., anche per ampi riferimenti bibliografici D.M. SCHIRÒ, voce *Detenute madri*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., Torino, 2016, 242 ss.

detentivo produrrebbe sul suo processo di sviluppo psico-fisico, ma anche il rischio che le misure applicate alla madre finiscano di fatto per ripercuotersi su un soggetto del tutto incolpevole quale è, in questi casi, il minore. Potrebbe forse dirsi che ad essere centrale è non solo (e non tanto) l'interesse della madre, quanto piuttosto quello del figlio⁵³.

La disciplina di settore sembra muoversi lungo una linea progressiva che parte dalla fase cautelare e perviene fino a quella esecutiva in senso stretto: le norme contenute nel codice di rito (artt. 275, quarto comma, 284 e 285-*bis* c.p.p.) rispondono all'esigenza di evitare alla madre imputata, ma soprattutto al figlio, ogni contatto con l'ambiente carcerario, mentre, in presenza di una sentenza di condanna, vengono anzitutto in considerazione la disciplina in materia di rinvio dell'esecuzione della pena (artt. 146 e 147 c.p.) e, successivamente, quelle relative alla detenzione domiciliare e alla detenzione domiciliare speciale (artt. 47-*ter* e 47-*quinquies* ord. penit.). Nel caso in cui l'ingresso in carcere risulti inevitabile, residuerà l'applicazione della disciplina generale di cui all'art. 11 ord. penit. (commi otto e nove).

In quest'ottica possono essere lette le modifiche apportate dalla legge n. 62 del 2011⁵⁴ alle disposizioni di cui agli artt. 275, quarto comma e 284 c.p.p., nonché l'introduzione *ex novo* dell'art. 285-*bis* c.p.p.

In particolare l'art. 1, primo comma della suddetta legge, intervenendo sull'art. 275, quarto comma c.p.p., ha innalzato da tre a sei anni il limite di età della prole, quale presupposto di applicazione del divieto di disporre la custodia cautelare in carcere per la madre (o per il padre, qualora la madre sia assolutamente impossibilitata a prestare assistenza alla prole⁵⁵), salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza.

⁵³ Pare, tuttavia, opportuno precisare che anche la donna "non madre" è portatrice di esigenze di salute alle quali potrebbero meglio assolvere carceri interamente femminili, anziché, come spesso avviene in ragione del ridotto numero di donne detenute rispetto alla popolazione carceraria complessiva, in piccole sezioni di grandi carceri maschili: ciò, infatti, consentirebbe una maggiore specializzazione delle prestazioni mediche richieste da quella che qualcuno non esita ormai a definire una "medicina di genere". Per queste considerazioni M. GRAZIOSI, *Salute della donna e detenzione, Allegato 3 del Tavolo 3 – Donne e carcere degli Stati generali dell'esecuzione penale*, in www.giustizia.it, 2 (ultimo accesso 12.04.2017).

⁵⁴ Per un commento organico della legge v. C. FIORIO, *Madri detenute e figli minori*, in *Dir. pen. proc.*, 8/2011, 932 ss.; P. CORVI, *La n. 62/2011 rafforza almeno sulla carta la tutela delle detenute madri*, in *Corr. merito*, 8-9/2011, 838 ss.; S. MARCOLINI, *Legge 21 aprile 2011, n. 62 (Disposizioni in tema di detenute madri)*, in Penalecontemporaneo.it, 5 maggio 2011; A. BALSAMO, *Nuove disposizioni a tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori (l. 21 aprile 2011, n. 62)*, in Penalecontemporaneo.it, 23 maggio 2011.

⁵⁵ La giurisprudenza di legittimità ha chiarito al riguardo che il requisito dell'assoluta

L'innalzamento del limite di età della prole rilevante ai fini dell'esclusione della custodia cautelare è chiara manifestazione dell'intento del legislatore di privilegiare il rapporto genitore-figlio, in risposta al diritto-dovere all'educazione costituzionalmente tutelato, rispetto alle esigenze cautelari. Queste ultime, infatti, prevalgono sulle esigenze genitoriali solo in casi eccezionali, ravvisati dalla giurisprudenza prevalente ogniqualvolta sussistano puntuali e specifici elementi dai quali emerga un non comune, spiccato, allarmante rilievo dei pericoli di cui all'art. 274 c.p.p.⁵⁶.

Per contro, nei casi in cui si ravvisino quelle esigenze cautelari di eccezionale rilevanza che non consentono l'esclusione della misura cautelare detentiva, trova applicazione la norma introdotta *ex novo* dalla legge n. 62 del 2011 con l'art. 285-bis c.p.p., rubricato *Custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri*.

Ancora una volta, la riforma del 2011 si rivela, quanto meno sulla carta, indirizzata a favorire l'applicazione di strumenti alternativi a quelli detentivi in senso stretto quando destinatari di essi risultino essere madri (o padri) con prole. Nelle ipotesi di cui all'art. 275, quarto comma c.p.p. il giudice può disporre la custodia di donna incinta o madre di prole di età non superiore ai sei anni⁵⁷, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o

impossibilità della madre di prestare assistenza alla prole, ai fini dell'esclusione della custodia cautelare in carcere per il padre, deve individuarsi non solo in riferimento al soggetto chiamato a prestare assistenza, ma anche, e soprattutto, alla situazione del figlio, in considerazione del rischio in concreto derivante per quest'ultimo dal *deficit* assistenziale, sotto il profilo della irreversibile compromissione del processo evolutivo-educativo, dovuta alla mancata, valida ed efficace presenza di entrambi i genitori: Cass., Sez. VI pen., 23 giugno 2015, n. 35806, in *Dejure*. Si è inoltre ritenuto che la condizione di assolutezza dell'impedimento materno costituisce perciò il perno del bilanciamento tra esigenze di tutela dei minori e esigenze cautelari: l'intervento dei servizi sociali e un nucleo familiare esteso capace di sostenere il compito materno possono però compensare l'assenza del padre: Cass., Sez. VI pen., 4 aprile 2014 n. 36388, in *Dejure*.

⁵⁶ V. in particolare Cass., Sez. I, 3 ottobre 2012, n. 47861, in *Proc. pen. e giust.*, 3/2013, 77 ss., con nota di E. MARIUCCI, *Le "illusioni applicative" sulla tutela della maternità nella fase cautelare*; Cass., 15 giugno 2004, in *Guida dir.*, 2004, 47, 88; Cass., Sez. VI, 8 marzo 2012, n. 38763, CED Cass. 253372, secondo la quale non basta il riferimento alla "gravità dei fatti" e alla "disinvoltura" con cui sono stati commessi i reati.

⁵⁷ La previsione del limite dei sei anni di età ha suscitato dubbi di legittimità costituzionale per possibile contrasto con il principio di uguaglianza (rispetto ai minori di età di poco superiore ai sei anni), ma anche con l'art. 31 Cost.; senza considerare che l'automatico in questione eliminerebbe la possibilità per il giudice di esprimersi nel merito, rendendo non effettivo l'obbligo di motivazione. La Corte costituzionale, con la sentenza del 7 dicembre 2016, n. 17, in *Penalecontemporaneo.it*, 3 marzo 2017, con nota di E. ANDOLFATTO, *Custodia cautelare in carcere ed esigenze di tutela dei figli minori: la sentenza della Corte costituzionale sull'art. 275, comma IV, c.p.p.*, ha ritenuto infondate

assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri (ICAM)⁵⁸.

Gli ICAM si caratterizzano per un regime custodiale meno incisivo rispetto al carcere e per un ambiente più consono alle esigenze del minore. In questo senso, mancano gli elementi tipici dell'edilizia carceraria, a partire dalle sbarre, ed è presente personale di polizia penitenziaria non in divisa affiancato da esperti che coadiuvano i genitori nella cura dei figli e ne consentono una regolare uscita dall'istituto.

Trattasi, pertanto, di un luogo particolarmente idoneo alla detenzione di madri con prole dal momento che, se da una parte consente di dare una risposta a quelle esigenze di cautela che rappresentano il presupposto della misura, dall'altra assicura che lo sviluppo psico-fisico del minore non venga turbato sotto i profili cognitivo, relazionale ed educativo⁵⁹.

Sempre al fine di sottrarre il minore al regime carcerario, nell'ambito dell'art. 284 c.p.p. la legge n. 62 del 2011 ha previsto quale luogo per l'esecuzione degli arresti domiciliari, oltre che l'abitazione o altro luogo di privata dimora ovvero luogo pubblico di cura o di assistenza, anche una casa famiglia protetta, laddove istituita. Il legislatore ha poi delegato il Ministro di Giustizia a specificare con proprio decreto le caratteristiche tipologiche delle case famiglia protette e, conseguentemente, individuare convenzionalmente con gli enti pubblici o privati le strutture idonee per tale utilizzo.

L'aspetto innovativo della disposizione è da rintracciarsi nella possibilità di disporre la misura degli arresti domiciliari nei confronti di quei soggetti con figli minori di dieci anni che, essendo privi di domicilio o disponendo di un domicilio inidoneo non potrebbero usufruirne, essendo dunque destinati al carcere in maniera necessaria⁶⁰. Ciò si traduce, evidentemente,

le questioni, chiarendo che «l'individuazione normativa del limite dei sei anni di età del minore per l'applicazione del divieto di custodia cautelare in carcere non può essere accostata alle presunzioni legali assolute che comportano l'applicazione di determinate misure o pene sulla base di un titolo di reato»: il limite d'età dei sei anni rientrerebbe dunque nelle scelte discrezionali del legislatore, il quale ha operato in questo modo un bilanciamento tra le esigenze di difesa sociale e l'interesse del minore.

⁵⁸ S. MONETINI, *I bambini ospitati negli istituti penitenziari femminili con le madri detenute. Il ruolo dell'Amministrazione penitenziaria*, in *Rassegnapenitenziaria.it*, 2/2012, 92 ss.; I. DEL GROSSO, *ICAM e case famiglia protette, Allegato 2 del Tavolo 3 – Donne e carcere degli Stati generali dell'esecuzione penale*, in *www.giustizia.it*, 1 ss. (ultimo accesso 12.04.2017).

⁵⁹ Per tutti P. CORVI, *op. cit.*, 840.

⁶⁰ In tal senso G. MASTROPASQUA, *La legge 21 aprile 2011 n. 62 sulla tutela delle relazioni tra figli minori e genitori detenuti o internati: analisi e prospettive*, in *Dir. famiglia*, 4/2011, 1853 ss.

in un rafforzamento delle tutele funzionali al “benessere” del minore, consentendogli uno sviluppo più equilibrato sul piano affettivo, cognitivo e psico-fisico in un ambiente le cui caratteristiche divergono significativamente da quelle di un istituto penitenziario⁶¹.

Non possono tuttavia ignorarsi i profili di criticità che si sono di fatto concretizzati: il legislatore, laddove con l'art. 4, secondo comma della legge n. 62 del 2011 ha escluso che il ricorso alle case famiglie protette potesse comportare nuovi oneri per la finanza pubblica, ha di fatto vanificato l'accesso alla misura da parte degli indigenti⁶².

Non mancano voci critiche che individuano quale ulteriore pecca della riforma legislativa l'eccessiva rigidità della misura, posto che l'unico soggetto preposto alla sua applicazione è il giudice della cautela, privando così l'amministrazione penitenziaria della possibilità di procedere autonomamente alla collocazione nelle strutture in questione delle detenute che si rivelino meno pericolose in fase trattamentale⁶³.

Per quanto attiene alla normativa applicabile a donna incinta o madre nei confronti delle quali sia stata pronunciata una sentenza di condanna, a venire in considerazione sono le disposizioni contenute nel codice penale agli artt. 146 e 147, nonché quelle di cui agli artt. 47-ter e 47-quinquies della legge di ordinamento penitenziario, le quali, analogamente a quanto avviene in fase cautelare, rispondono all'intento di evitare o, quantomeno limitare temporalmente, la detenzione in senso stretto.

L'art. 146, primo comma, nn. 1 e 2 c.p. dispone il differimento obbligatorio della pena, che non sia pecuniaria, quando essa riguardi donna incinta o madre di infante di età inferiore ad anni uno. L'art. 147, primo comma, n. 3 c.p. consente il differimento dell'inizio dell'esecuzione della pena restrittiva della libertà personale applicata nei confronti di madre di prole di età inferiore a tre anni.

Pare opportuno precisare al riguardo, con considerazioni che valgono *a fortiori* per i detenuti affetti da AIDS e per quelli tossicodipendenti⁶⁴, che il rinvio dell'esecuzione della pena, evidentemente di carattere eccezionale rispetto all'inderogabilità dell'esecuzione, si giustifica storicamente proprio con precipuo riferimento alle esigenze di tutela della salute⁶⁵. In questo caso

⁶¹ G. MASTROPASQUA, *Esecuzione della pena detentiva e tutela dei rapporti familiari e di convivenza. I legami affettivi alla prova del carcere*, Bari, 2007, 104.

⁶² G. MASTROPASQUA, *Ibidem*.

⁶³ F. FIORENTIN, *Tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, in *Giur. merito*, 11/2011, 2616 ss.

⁶⁴ *Infra*, §§ successivi.

⁶⁵ C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, cit., 135. Per maggiori indicazioni si

a venire in considerazione sono più generali “ragioni umanitarie”, ma la preoccupazione del legislatore è in ogni caso quella di individuare un accettabile equilibrio tra le ragioni del singolo e quelle specialpreventive. Da una parte, quindi, si tratta di valorizzare il reale e “concreto” rapporto tra la madre e il figlio, capace di andare oltre il mero dato dell’affidamento formale⁶⁶. Dall’altra parte l’art. 147, quarto comma c.p., introdotto proprio dalla legge n. 40 del 2001, stabilisce che il rinvio facoltativo dell’esecuzione della pena non possa essere disposto (o se concesso, vada revocato) qualora emerga il concreto pericolo della commissione di altri delitti (quarto comma).

Non si rivela del tutto agevole il coordinamento tra la disciplina del rinvio dell’esecuzione della pena e quella della detenzione domiciliare. L’art. 47-ter, comma 1 lett. a) individua tra i possibili destinatari della misura alternativa la madre incinta o madre di prole di età inferiore a dieci anni con lei convivente⁶⁷. L’attuale formulazione dell’art. 47-ter, comma 1-ter ord. penit. prevede che la detenzione domiciliare venga concessa anche al di là dei limiti di pena previsti dal primo comma qualora possa essere disposto il rinvio della pena ex artt. 146 e 147 c.p. Il legislatore attribuisce, quindi, un potere discrezionale al tribunale di sorveglianza, senza però chiarire i criteri di valutazione cui lo stesso dovrebbe uniformarsi: l’impressione è quella per cui si sia voluto introdurre uno strumento duttile, anche al fine di superare l’alternativa secca tra carcerazione e libertà risultante dagli strumenti codicistici⁶⁸.

rinvia a M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, II, Milano, 2005, 394 ss., i quali sottolineano come la sede più consona delle disposizioni in questione sarebbe stata la legge sull’ordinamento penitenziario.

⁶⁶ V. Cass., Sez. I pen., 10 aprile 2013, n. 21367, in *Dejure*: «la norma, infatti, è diretta a tutelare il rapporto del figlio con la madre, sia durante la gravidanza che dopo il parto, ritenendo che detto rapporto, nel primo anno di vita del bambino, rivesta importanza tale, per la tutela dell’integrità psicofisica del minore, da sopravanzare l’interesse dello Stato ad eseguire una pena ormai definitivamente stabilita; ma tale eccezione - così come quella prevista dall’art. 146 c.p., comma 1, n. 3 - si giustifica solo con riferimento alla situazione concreta ed effettiva in cui la madre e il figlio si trovano, cosicché la veste giuridica eventualmente assunta da tale situazione fattuale è irrilevante. Ovviamente, un provvedimento formale di affidamento del bambino adottato da un giudice civile sarebbe indicativo di una situazione di fatto sottostante corrispondente a quanto disposto, ma la mancanza di tale provvedimento non impedisce di ritenere che un affidamento di fatto ad altri vi sia stato, così da valutare insussistente l’esigenza di tutela del minore approntata dall’art. 146 c.p.».

⁶⁷ La successiva lett. b) prevede poi l’accesso alla misura per il padre, esercente la responsabilità genitoriale, di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente, quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole.

⁶⁸ L. CESARIS, *Art. 47-ter*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. Della

La modifica alla legge di ordinamento penitenziario apportata dalla riforma del 2011 se con riguardo all'art. 47-ter ord. penit. si è limitata ad integrare il novero dei luoghi in cui è possibile espiare la pena della reclusione non superiore a quattro anni⁶⁹, anche se costituente parte residua di maggior pena, nonché la pena dell'arresto, includendovi espressamente le case famiglia, ha assunto profili più interessanti ed incisivi nell'ambito dell'art. 47-quinquies ord. penit., introdotto *ex novo*, che disciplina la c.d. detenzione domiciliare speciale⁷⁰: la misura, secondo quanto previsto dal primo comma, è riservata alle condannate madri di prole di età non superiore ad anni dieci che sono ammesse alla detenzione domiciliare anche quando non ricorrono le condizioni di cui all'art. 47-ter ord. penit., se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e se vi è la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli. Si tratta evidentemente di uno strumento destinato a trovare applicazione soprattutto in riferimento a soggetti che si trovino già in carcere in esecuzione della pena, posto che per le madri ancora libere nel momento dell'emissione dell'ordine di esecuzione gli strumenti più "incisivi" sono rappresentati dal rinvio della pena o dalla detenzione domiciliare "comune", fruibile anche dallo stato di libertà quando la pena inflitta non superi i quattro anni⁷¹.

Ai sensi del comma 1-bis, l'espiazione di almeno un terzo della pena o di almeno quindici anni, sempre che non si tratti di madre condannata per taluno dei delitti indicati nell'art. 4-bis ord. penit., può avvenire presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri (ICAM) ovvero, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga, nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo

Casa, G. Giostra, Padova, 2015, 566, a cui si rinvia per le necessarie precisazioni ulteriori relative al coordinamento tra il rinvio dell'esecuzione della pena e la detenzione domiciliare. V. anche M. ROMANO, G. GRASSO, *op. cit.*, spec. 397 e 404, i quali, in particolare, sottolineano come, specie in riferimento all'art. 147 c.p., la regola sembrerebbe essere quella della detenzione domiciliare, salvo che la situazione concreta suggerisca il rinvio della pena o, all'opposto, la sua esecuzione in via ordinaria; P. CANEVELLI, *Misure alternative al carcere a tutela delle detenute madri*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2001, 808.

⁶⁹ Per i profili problematici di tale estensione v. L. CESARIS, *Art. 47-ter*, cit., 573.

⁷⁰ La detenzione domiciliare speciale risponde all'evidente intento di attuare l'art. 31 Cost., rappresentando al tempo stesso un ulteriore adeguamento alle indicazioni sovranazionali relative proprio ai genitori detenuti: L. CESARIS, *Art. 47-quinquies*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 597-598.

⁷¹ L. CESARIS, *Art. 47-quinquies*, cit., 599. *Contra* P. CANEVELLI, *Misure alternative al carcere*, cit., 810. e M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, 322, ad avviso dei quali la disposizione riguarderebbe la donna "condannata", non importa se libera o detenuta.

di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli. Nel caso in cui la madre non possa indicare dei luoghi privati, la pena può essere espiata nelle case famiglia protette, ove istituite.

Al compimento del decimo anno di età del figlio, su richiesta del beneficiario della detenzione domiciliare speciale, il tribunale di sorveglianza può disporre la proroga della misura se ricorrono i requisiti per l'applicazione della semilibertà di cui all'art. 50, secondo, terzo e quinto comma, ovvero l'ammissione all'assistenza all'esterno dei figli minori di cui all'art. 21-*bis* in considerazione del comportamento tenuto dall'interessato nel corso della misura e risultante dalle relazioni redatte dal servizio sociale nonché della durata della misura e dell'entità della pena residua (comma otto).

Indicazioni significative in riferimento alla *ratio* della detenzione domiciliare speciale sono state fornite dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 239 del 2014, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 4-*bis* ord. penit. nella parte in cui non esclude la detenzione domiciliare dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, estendendo poi in via consequenziale la dichiarazione di illegittimità costituzionale all'art. 47-*ter*, primo comma, lettere a) e b)⁷².

Si tratta di una pronuncia rilevante non solo perché la Corte assesta un nuovo colpo alle preclusioni fondate su insuperabili automatismi presuntivi, specie in riferimento all'art. 4-*bis* ord. penit. che raramente è stato interessato da scelte manipolative *in bonam partem*⁷³, ma anche, come anticipato, perché offre al Giudice delle Leggi l'occasione per ricostruire il quadro di tutela del minore nell'ordinamento penitenziario⁷⁴. Di particolare interesse, poi, risulta la precisazione per cui, contrariamente a quanto affermato dal giudice *a quo*, ad avviso della Corte costituzionale

⁷² Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 239, in *Cass. pen.*, 1/2015, 111 ss., con nota di E. APRILE e in *Penalecontemporaneo.it*, 27 ottobre 2014, con nota di F. FIORENTIN, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4 bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*.

⁷³ Così F. SIRACUSANO, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, in *Giur. cost.*, 5/2014, 3940 ss. Sullo stesso aspetto v. anche L. PACE, *La "scure della flessibilità" colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, *ivi*, 3948 ss.; M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivistaaic.it*, 3/2016, 27-28; G. TABASCO, *La detenzione domiciliare speciale in favore delle detenute madri dopo gli interventi della Corte costituzionale*, in *Arch. pen. web*, 3/2015, 14 ss.

⁷⁴ Sul punto, in particolare, D.M. SCHIRÒ, *La "carcerazione degli infanti" nella lettura della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 3/2015, 1067 ss.

non può ritenersi che la detenzione domiciliare speciale prescindenda da qualsiasi contenuto rieducativo o trattamentale: pur risultando indubbiamente prioritario l'interesse del minore all'instaurazione di un rapporto il più possibile "normale" con la madre, «la misura in questione partecipa, [...] anch'essa della finalità di reinserimento sociale del condannato, costituente l'obiettivo comune di tutte le misure alternative alla detenzione: il che è comprovato tanto dal requisito negativo di fruibilità, rappresentato dalla insussistenza del pericolo di commissione di ulteriori delitti, quanto dalla disciplina delle modalità di svolgimento della misura e delle ipotesi di revoca»⁷⁵. L'attenzione non è, quindi, focalizzata unicamente sul minore, ma anche sulla madre. Anzi, l'attenzione all'interesse del minore sembra a tratti restare sullo sfondo: nessuna valorizzazione, in effetti, è attribuita alla gravità dei reati commessi dalla madre, al fine di valutare se gli stessi siano sintomatici di un'incapacità del genitore di accudire ed educare il minore⁷⁶.

Se le disposizioni sin qui esaminate sono chiara manifestazione della volontà del legislatore di tutelare il rapporto tra la madre condannata e il figlio mediante strumenti volti ad escludere o a ridurre i loro tempi di permanenza negli istituti penitenziari, a una logica parzialmente diversa risponde, l'introduzione *ex novo* da parte del legislatore del 2011 dell'art. 21-ter ord. penit. La nuova disposizione, infatti, presuppone che la madre condannata stia già scontando la propria pena all'interno del carcere e, dunque, si occupa di apprestare una tutela adeguata quando il minore versi in condizioni di salute particolarmente gravi.

Malgrado le perplessità relative all'introduzione dell'art. 21-ter ord. penit. e/o alla sua collocazione⁷⁷, il nuovo articolo rappresenta un elemento particolarmente innovativo nel panorama delle facoltà riconosciute a

⁷⁵ Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 239, cit., punto 8 del *Considerato in diritto*.

⁷⁶ Così L. CESARIS, *Art. 47-quinquies*, cit., 603-604.

⁷⁷ V. in particolare L. CESARIS, *Art. 47-quinquies*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 298, la quale osserva che la previsione riproduce essenzialmente quella contenuta nell'art. 30 ord. penit. relativa ai permessi di necessità, pur prevedendo accanto all'imminente pericolo di vita anche le gravi condizioni di salute del minore. L'Autrice sottolinea come, in ogni caso, si sarebbe rivelata più coerente una collocazione del nuovo articolo proprio tra le disposizioni relative ai permessi di necessità. Cfr. Cass. Sez. I pen., 13 marzo 2015, n. 32456, in *Dejure*, la quale ha chiarito che l'art. 21-ter non trova applicazione nel caso di figli maggiorenni colpiti da identiche infermità o *handicap*, atteso il tenore testuale della disposizione: questa esclusione, peraltro, non dà luogo ad un'irragionevole disparità di trattamento, sia perché rientra nella discrezionalità del legislatore la scelta di apprestare una più incisiva tutela per i minori che necessitano maggiormente della presenza dei genitori, sia perché il contatto tra i detenuti ed i figli disabili maggiorenni può essere assicurato nelle forme consentite dagli artt. 30 e 30-ter ord. penit.

soggetti *in vinculis* in ordine all'uscita dall'istituto penitenziario: la madre e il padre imputati, condannati o internati possono essere autorizzati dal magistrato di sorveglianza o, in caso d'urgenza, dal direttore dell'istituto a visitare il figlio che versi in imminente pericolo di vita o in gravi condizioni di salute ovvero, con provvedimento del giudice competente, ad assistere il minore durante le visite specialistiche di questo, relative a gravi condizioni di salute. La *ratio* della disposizione è chiaramente di stampo umanitario, in quanto finalizzata non tanto a responsabilizzare il genitore nei suoi compiti assistenziali, quanto piuttosto a garantire un supporto, anche solo affettivo, al minore che versi in gravi condizioni di salute⁷⁸.

⁷⁸ Ad un'attenta analisi dell'art. 21-ter ord. penit. emerge una sostanziale differenza tra il primo e il secondo comma. Il primo comma, infatti, attribuisce il diritto di visitare il figlio minore che versi in gravi condizioni di salute tanto alla madre imputata, condannata o internata, quanto al padre che si trovi nelle medesime circostanze. Il padre e la madre sono, dunque, titolari di tale diritto in posizione paritaria e senza alcuna discriminazione. Ai fini del riconoscimento ai genitori del diritto di visitare il figlio in gravi condizioni di salute, inoltre, rileva esclusivamente la minore età del figlio stesso, con ciò ravvisandosi una profonda differenza, tra l'altro, con tutte le disposizioni in materia di concessione di benefici ai genitori *in vinculis*, rigidamente ancorate a specifici limiti di età della prole. Ulteriore elemento peculiare riguarda l'autorità competente a concedere l'autorizzazione: per le esigenze di celerità che la particolare condizione di salute del minore importa, è prevista la competenza del magistrato di sorveglianza ovvero, in casi di particolare urgenza, del direttore dell'istituto, a differenza di quanto avviene con riguardo ai permessi ordinari a cui rilascio provvede il giudice competente secondo il riparto operato dall'art. 11 ord. penit. Per contro, il secondo comma riconosce al padre il diritto di assistere la prole durante le visite specialistiche esclusivamente qualora la madre sia deceduto o assolutamente impossibilitata, escludendo dunque quella parità nella titolarità e nell'esercizio del diritto che caratterizza l'ipotesi di cui al primo comma. La concessione dell'autorizzazione è, inoltre, subordinata all'età del figlio, che non deve avere più di dieci anni. Ai fini dell'individuazione del giudice competente a concedere l'autorizzazione si applicano qui i tradizionali criteri di riparto di cui all'art. 11 ord. penit. Nonostante il più ridotto ambito di operatività del secondo comma rispetto al primo, entrambe le norme configurano l'attribuzione ai genitori di un diritto soggettivo a cui corrisponde, pertanto, l'atto dovuto dell'autorità competente che, una volta riscontrata la sussistenza dei requisiti richiesti dalla legge per la concessione del beneficio, non può compiere alcuna valutazione discrezionale in ordine alla meritevolezza o alla pericolosità sociale del destinatario. Per un approfondimento sul confronto fra primo e secondo comma dell'art. 21-ter ord. penit. si rimanda a G. MASTROPASQUA, *La legge 21 aprile 2011 n. 62 sulla tutela delle relazioni tra figli minori e genitori detenuti o internati: analisi e prospettive*, in *Dir. famiglia*, 4/2011, 1853 ss. Per un vaglio critico dei differenti limiti di età considerati ai fini della concessione dei benefici di cui al primo e al secondo comma dell'art. 21-ter ord. penit. cfr. L. CESARIS, *L'art. 21-ter O.P. all'esame della Corte di Cassazione*, in *Rassegnapenitenziaria.it.*, 1/2015, 281 ss. Un inquadramento generale dell'art. 21-ter ord. penit. è offerto anche da C. CARILLO, *Il diritto di visita al minore infermo*, in *Leg. pen.*, 1/2015, 1 ss.

L'art. 11 ord. penit., con la consueta laconicità che lo contraddistingue, dedica alle donne detenute due disposizioni al fine di garantire l'assistenza sanitaria alle gestanti e alle puerpere attraverso la previsione di servizi speciali a ciò preposti all'interno di ogni istituto penitenziario (ottavo comma), nonché di consentire alle madri di tenere presso di sé i figli fino all'età di tre anni, per la cura e l'assistenza dei quali sono predisposti appositi asili nido (nono comma)⁷⁹. È l'art. 19 reg. esec. a specificare che l'assistenza sanitaria alle gestanti, alle madri e ai bambini deve essere prestata da specialisti in ostetricia e ginecologia, incaricati o professionisti esterni, da personale paramedico ostetrico e da professionisti specialisti in pediatria, prevedendo inoltre l'organizzazione di appositi reparti ostetrici e asili nido negli istituti o sezioni che ospitano gestanti e madri con bambini. Tale disposizione ha il merito di colmare la lacuna lasciata dall'art. 80 ord. penit. che, con riguardo agli esperti del cui operato l'amministrazione penitenziaria può avvalersi nell'ambito dell'assistenza sanitaria ai detenuti, non contempla specialisti in ostetricia e ginecologia né in pediatria.

Sebbene l'arsenale degli strumenti legislativi messi a disposizione della madre detenuta (e dei minori) sia particolarmente articolato e sebbene, già a livello astratto, non manchino difficoltà di coordinamento sistematico, a risultare decisivo è il dato sconcertante di una sostanziale incapacità della lettera della legge di tradursi in un cambiamento effettivo sul piano delle tutele. Non può, infatti, ignorarsi che il sistema di detenzione alternativo delineato dal legislatore del 2011 è rimasto per lo più inattuato. A fronte dell'esistenza sul territorio nazionale di soli 4 ICAM⁸⁰, l'unica strada percorribile sembra quella degli strumenti ordinari predisposti dal codice di rito con riguardo a tutti gli altri detenuti.

Il modello differenziato di ambiente detentivo riservato alla madre imputata avrebbe rappresentato e rappresenta, laddove attuato, un sistema virtuoso in grado di rispondere sia alle esigenze di sicurezza della collettività sia a quelle educative e relazionali del minore. In attesa di una più diffusa attuazione, non rimane che fare riferimento alla scarsa normativa in tema di rinvio dell'esecuzione della pena prevista dal codice penale agli artt. 146 e 147 c.p.

⁷⁹ Dalla lettura delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario dedicate alle detenute donne «emerge con evidente immediatezza che il carcere è un luogo pensato da uomini per “contenere” uomini»: G. BREZZI, *Detenzione femminile, Allegato 5 del Tavolo 3 – Donne e carcere degli Stati generali dell'esecuzione penale*, in www.giustizia.it, 1 (ultimo accesso 12.04.2017).

⁸⁰ Al 31 dicembre 2016, secondo i dati forniti dal DAP e disponibili sul sito www.giustizia.it (ultimo accesso 12.04.2017), gli ICAM presenti sul territorio nazionale sono quelli di Torino “Lorusso e Cutugno”, Milano “San Vittore”, Venezia “Giudecca” e Cagliari.

5. *Detenuti tossicodipendenti o malati di AIDS*

Le questioni relative al detenuto tossicodipendente sintetizzano in maniera emblematica alcuni degli aspetti più significativi del complesso rapporto tra salute e sicurezza.

In primo luogo, le scelte effettuate dal legislatore più recente, ispirate a politiche di evidente marca securitaria dirette alla criminalizzazione del “nemico pericoloso”, hanno senza dubbio contribuito ad arricchire la già folta schiera di detenuti tossicodipendenti, che rappresentano ormai da tempo una parte considerevole della popolazione carceraria⁸¹. Il riferimento è anzitutto alla c.d. legge Fini-Giovanardi (legge n. 49 del 2006), ispirata all’evidente intento di inasprire il trattamento sanzionatorio per i reati legati alla droga⁸².

Non si è esitato a rinvenire, nella stagione di riforme che va dall’inizio degli anni Novanta del secolo scorso fino alla legge n. 251 del 2005 (c.d. legge *ex Cirielli*), un’autentica controriforma rispetto alla scommessa anticustodialistica della legge Gozzini: la pena detentiva diviene una sorta di panacea non solo per gli appartenenti alla criminalità organizzata, ma anche per i recidivi reiterati e persino per i consumatori-spacciatori di droghe c.d. leggere⁸³. Il “cuore” della legge n. 49 del 2006, come ampiamente noto, è stato smantellato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 32 del 2014⁸⁴ che, tralasciando le labirintiche questioni applicative che

⁸¹ Sull’incidenza dei tossicodipendenti nella composizione della popolazione carceraria, tra i molti, E. DOLCINI, *La “questione penitenziaria” nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2015, 1655 ss.; F. CORLEONE, *Il carcere malato*, in *Ristretti.it*; M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014, 94. A ciò si aggiunga che nel carcere affluiscono in larga misura i tossicodipendenti più problematici, con storie di lunghi e gravi disagi, con esperienze di profonde deprivazioni affettive, con carenze e ampi disadattamenti sociali e familiari, ma anche con personalità reattive che mostrano spesso, accanto alla antisocialità, anche aspetti psichiatrici: M.G. GRAZIOSO, *La custodia attenuata: un modello di trattamento per i detenuti tossicodipendenti*, in *Dir. pen. proc.*, 1/1997, 76.

⁸² Tra i primi commenti critici, in particolare, C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga: una legge “stupefacente” in nome della sicurezza pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2006, 234 ss.; A. MANNA, *La nuova disciplina in tema di stupefacenti ed i principi costituzionali in materia penale*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2006, 829 ss.

⁸³ F. DELLA CASA, *Quarant’anni dopo la riforma del 1975 (ovvero: il continuo divenire della “questione penitenziaria”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2015, 1163 ss. Con specifico riferimento alla legge n. 251 del 2005 anche G. MARINUCCI, *Certezza d’impunità per i reati gravi e “mano dura” per i tossicodipendenti in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2006, 170 ss.

⁸⁴ Per tutti M. GAMBARDELLA, *La sequenza “invalidità” e “reviviscenza” della legge all’origine del nuovo sistema penale degli stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 2014, 1132 ss.; V.

ha determinato, sembra aver prodotto effetti apprezzabili sul numero dei detenuti tossicodipendenti⁸⁵.

Lo stato di tossicodipendenza è stato considerato a lungo una condizione da isolare e neutralizzare più che una malattia da curare: l'*iter* storico che ha segnato la risposta dell'ordinamento a fronte del detenuto tossicodipendente mostra segnali di significativa affinità rispetto a quello che ha scandito il percorso del folle reo. Non è un caso che la disciplina introdotta dalla legge n. 1041 del 1954 prevedesse il ricovero coatto in ospedali psichiatrici nei confronti di chi, a causa di grave alterazione psichica per abituale abuso di stupefacenti, si rendesse pericoloso a sé e agli altri o rappresentasse fonte di pubblico scandalo.

La svolta nel senso di una "cultura terapeutica" viene solitamente individuata nella legge n. 685 del 1975⁸⁶: si rinuncia alle sanzioni nei confronti del consumatore di droga e si prevede il diritto a ricevere un'adeguata assistenza a fini riabilitativi⁸⁷. Per ciò che attiene, più nello specifico, al piano dell'esecuzione penitenziaria, la legge del 1975 prevede che il soggetto ritenuto abitualmente dedito all'uso di sostanze stupefacenti, condannato o imputato, possa ricevere la cura e l'assistenza necessarie all'interno di appositi reparti carcerari.

In questo contesto normativo e culturale profondamente mutato, tanto sul versante dell'approccio scientifico e medico alle dipendenze quanto sul versante penitenziario, si inserisce il d.P.R. n. 309 del 1990.

Da una parte la necessità di un approccio terapeutico si è radicata con sempre maggiore consapevolezza, tanto che il legislatore del 1990, pur

MANES - L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti della democrazia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2014, 215 ss.

⁸⁵ Nella Relazione annuale al Parlamento 2016 sullo stato delle tossicodipendenze in Italia, presentata dal Dipartimento Politiche Antidroga, 111, nota 18, si legge: «pur non essendo propriamente un provvedimento "svuotacarcere", la sentenza della Corte costituzionale ha avuto un impatto sulla popolazione detenuta: alla fine dell'anno 2014 la percentuale di detenuti presenti con ascritto il reato di cui all'articolo 73 è arrivata al 34%, il valore più basso riscontrato dal 2000».

⁸⁶ Così, di recente B. SCARCELLA, *Trattamento e cura del tossicodipendente autore di reato: il volto di un altro carcere*, in *Giurisprudenzapenale.com*, 2/2017, 3 ss. Sulla legge n. 685 del 1975, in particolare, F. MANTOVANI, *Ideologia della droga e politica antidroga*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 369 ss.; V. PATALANO, *La nuova disciplina degli stupefacenti nei suoi profili penalistici e di polizia criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 890 ss.

⁸⁷ S. RIONDATO, *Introduzione alla disciplina degli stupefacenti*, in *Commento pratico sistematico al testo unico sugli stupefacenti*, a cura di S. Riondato, Padova, 2006, 7, il quale rileva come il risultato della legge fu però quello di una sorta di liberalizzazione preterintenzionale, che determinò un significativo incremento del traffico e consumo di stupefacenti ben oltre le aspettative legate alla tolleranza prevista per l'uso personale.

inasprendo la risposta sanzionatoria per il consumo voluttuario di droga, pone particolare attenzione agli strumenti di riabilitazione⁸⁸.

Dall'altra parte il sovraffollamento carcerario ha già assunto quella "consistenza emergenziale" tornata d'attualità con la sentenza *Torreggiani* e a tenere banco è il dibattito relativo alle misure alternative alla detenzione. Non è un caso, del resto, che la stessa legge n. 49 del 2006 risultasse portatrice di un messaggio sostanzialmente contraddittorio, visto che all'estremo rigore in fase di comminatoria facevano da contraltare le generose vie di fuga concesse ai soggetti tossicodipendenti in fase di esecuzione della pena⁸⁹, a partire dall'affidamento in prova in casi particolari e dal lavoro di pubblica utilità.

Analogamente a quanto avviene per le madri detenute, quindi, si delinea un sistema progressivo che mira ad evitare per quanto possibile il contatto con il carcere o la permanenza nello stesso e che predisponde, per i casi in cui la "carcerizzazione" risulti inevitabile, trattamenti differenziati allo scopo, almeno sulla carta, di tenere conto della peculiare condizione di salute del detenuto.

5.1. *Tossicodipendenti: soluzioni dentro e fuori le mura del carcere*

Anche la normativa di settore relativa ai detenuti tossicodipendenti, contenuta integralmente nel d.P.R. n. 309 del 1990 e in parte modificata dalla legge n. 49 del 2006, si articola lungo le "tradizionali" fasi della custodia cautelare (art. 89), della sospensione dell'esecuzione della pena (art. 90), delle misure alternative "speciali" (art. 94) e, nel caso in cui proprio non si riesca ad evitare il contatto con l'ambiente carcerario, di un regime esecutivo *ad hoc* (art. 95, che per la verità costituisce sul punto una mera norma di rinvio). Gli artt. 89 e 94 si riferiscono anche al soggetto alcooldipendente.

È possibile fin da subito evidenziare due peculiarità rispetto allo "statuto speciale" del malato di AIDS. In primo luogo, le previsioni relative al ristretto tossicodipendente, lungi dal trovarsi sparse tra codice penale, codice di rito e ordinamento penitenziario, sono contenute nel d.P.R. n. 309 del 1990, restituendo l'impressione di *corpus* normativo maggiormente organico. In secondo luogo, si tratta di una disciplina ispirata a un più evidente *favor* nei confronti del detenuto "malato": il *favor* in questione, pare opportuno sottolinearlo, deve essere valutato non solo (e, verrebbe

⁸⁸ V. ancora S. RIONDATO, *op. cit.*, 10-11.

⁸⁹ C. RUGA RIVA, *op. cit.*, 260.

da dire, non tanto) sul piano delle alternative al carcere, ma anche sul versante dei circuiti differenziati per ragioni diverse da quelle di mera sicurezza. Proprio in questa seconda prospettiva si inseriscono l'art. 95 del d.P.R. n. 309 del 1990 nonché il regime di custodia attenuata previsto dalle circolari DAP, così come l'altisonante affermazione di principio contenuta nell'art. 96 del d.P.R. n. 309 del 1990, il quale, al primo comma, chiarisce che il detenuto (imputato o condannato) tossicodipendente «ha diritto di ricevere le cure mediche e l'assistenza necessaria all'interno degli istituti carcerari a scopo di riabilitazione», anche quando, precisa il secondo comma, il soggetto non sia stato ammesso alle misure sostitutive di cui agli artt. 90 e 94 per la prosecuzione o l'esecuzione del programma terapeutico al quale è sottoposto o intende sottoporsi.

Si tratta probabilmente di disposizioni ultronee, nel senso che il loro contenuto ben si sarebbe potuto ricavare, a tacer d'altro, dall'art. 32 Cost.: il fatto che si trovino ribadite a quindici anni di distanza dall'entrata in vigore dell'ordinamento penitenziario rappresenta però una (ri)affermazione di principio meritevole di segnalazione.

La linea di tendenza che, più in generale, il legislatore del 1990 ha mostrato di seguire, è stata quella di favorire il più possibile la volontaria partecipazione del tossicodipendente a trattamenti socio-terapeutici⁹⁰.

Certo, non si può negare il rischio per cui sullo sfondo di ogni intervento volto a privilegiare percorsi alternativi al carcere si intraveda più una “spersonalizzata” esigenza di deflazione che l'obiettivo di una reale individualizzazione del trattamento: un solido riconoscimento normativo (*rectius* legislativo), sebbene non rappresenti certamente un punto d'arrivo, può però almeno rappresentare un confortante punto di partenza.

Il testo unico, in particolare, instaura quello che è stato definito un “doppio binario”, esigendo un intervento tanto da parte degli enti territoriali quanto da parte delle ASL che, attraverso i SERT (Servizi Territoriali per le Tossicodipendenze), devono provvedere *ex art.* 96, terzo comma d.P.R. n. 309 del 1990 alla cura e alla riabilitazione dei detenuti tossicodipendenti, d'intesa con le Direzioni degli Istituti penitenziari e in collaborazione con i servizi sanitari penitenziari⁹¹. Il quarto comma del medesimo art. 96 stabilisce che il Ministero di Giustizia organizza con proprio decreto, su base territoriale, i servizi sanitari interni agli istituti, provvedendo d'intesa con le autorità regionali e con i SERT.

⁹⁰ M. CLERICI, *Trattamenti per tossicodipendenti in carcere: riflessioni da un'esperienza multicentrica di follow-up*, in *Rassegnapenitenziaria.it*, 2/2006, 61.

⁹¹ R. BIANCHETTI, G. LEGGIERI, *Gradualità dell'offerta penitenziaria: “primo livello” trattamentale per detenuti tossicodipendenti*, in *Rassegnapenitenziaria.it*, 2/2004, 107-108.

La circolare DAP 3359/5809 del 21 aprile 1993 ha poi istituito tre circuiti, finalizzati a una differente allocazione dei detenuti per ragioni di sicurezza: il circuito di terzo livello, c.d. di custodia attenuata, è riservato ai detenuti tossicodipendenti non particolarmente pericolosi⁹².

L'attuazione del "regime speciale" può avvenire o attraverso la destinazione di un intero istituto alle finalità in questione (ICAT: *Istituto a Custodia Attenuata per il Trattamento dei Tossicodipendenti*) o istituendo una o più sezioni (SEATT: *Sezioni Attenuate per il Trattamento dei Tossicodipendenti*) all'interno di istituti penitenziari di grandi dimensioni. L'istituto o la sezione di custodia attenuata, avvalendosi anche del personale del SERT territoriale e, se necessario, del DSM, svolge attività di prevenzione, riduzione del danno, attualizzazione diagnostica, trattamento riabilitativo e reinserimento sociale delle persone alcol-tossicodipendenti che aderiscono volontariamente al programma. In alcuni istituti sono poi istituite *Unità a Custodia Attenuata per il trattamento della Sindrome Astinenziale* (CASA), che costituiscono le aree di osservazione clinica in istituto dedicate alla gestione della sindrome astinenziale in entrata al carcere e dove, ancora una volta, il personale del SERT è chiamato a svolgere un ruolo di rilievo⁹³.

Si è efficacemente rilevato come con gli Istituti a Custodia Attenuata si siano introdotte strutture detentive in cui le esigenze riabilitative prevalgono su quelle contenitive e nelle quali, pertanto, la custodia – ma non la sicurezza – è attenuata: nelle strutture in questione «non si assiste alla rinuncia all'aspetto custodiale, tipico di una detenzione, ma ad una sua attenuazione a favore di programmi trattamentali specifici, che devono svolgersi in sicurezza e al fine di garantire la sicurezza dell'istituto e delle persone che vi afferiscono»⁹⁴.

Resta ovviamente, come già anticipato, l'astratta possibilità di evitare "a monte" l'ingresso nel circuito carcerario.

Nella fase cautelare a venire in considerazione è la disciplina prevista dall'art. 89 del testo unico, il cui primo comma prevede che qualora ricorrano i presupposti per la custodia cautelare in carcere il giudice, ove non sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, dispone gli arresti domiciliari quando imputata è una persona tossicodipendente o alcooldipendente che abbia in corso un programma terapeutico di recupero. Gli arresti domiciliari (secondo comma) possono essere disposti anche nei

⁹² Sulla distinzione in circuiti, anche per le necessarie indicazioni al riguardo, A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione*, cit.

⁹³ R. PALMISANO, *Temi per Stati Generali dell'Esecuzione Penale. Tavoli 4 e 2*, in *www.giustizia.it* (ultimo accesso 12.04.2017).

⁹⁴ E. ANNICIELLO, *I circuiti penitenziari: biunivocità tra sicurezza e trattamento*, in *Quaderni ISSP*, n. 10, *Gli spazi della pena*, 2012, 43.

confronti di un soggetto già in custodia cautelare che intenda sottoporsi a un programma di recupero, sempre che non ricorrano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza. Pur senza entrare nel dettaglio di una disciplina in realtà particolarmente complessa, risulta evidente la prevalenza accordata alle esigenze di cura per il detenuto tossicodipendente in attesa di giudizio⁹⁵.

L'art. 90 d.P.R. n. 309 del 1990 prevede che il tribunale di sorveglianza possa sospendere l'esecuzione della pena detentiva inflitta per reati commessi dal soggetto «in relazione al proprio stato di tossicodipendenza» per cinque anni, qualora accerti che la persona si sia sottoposta con esito positivo a un programma terapeutico e socio-riabilitativo eseguito presso una struttura sanitaria. Il giudice può altresì sospendere l'esecuzione della pena pecuniaria qualora l'interessato si trovi in disagiate condizioni economiche. La sospensione può essere concessa solo quando deve essere espiata una pena detentiva, anche residua e congiunta a pena pecuniaria, non superiore a sei anni o a quattro anni se relativa a titolo esecutivo comprendente reato di cui all'articolo 4-*bis*⁹⁶. All'istanza di sospensione presentata *ex art.* 91 è allegata, a pena di inammissibilità, la certificazione sanitaria attestante la procedura con la quale è stato accertato l'uso abituale di sostanze stupefacenti, il tipo di programma scelto, la struttura presso la quale è stato eseguito, le modalità e i risultati dello stesso.

Si tratta, dunque, di un beneficio concepito dal legislatore a maglie piuttosto strette. Non solo si richiede una connessione tra il reato commesso e lo stato di tossicodipendenza⁹⁷, ma è anche necessario che il programma

⁹⁵ G. AMATO, *Con la terapia un'alternativa alla reclusione*, in *Guida dir.*, 2006, 12. Cass., Sez. VI pen., 16 luglio 2013, n. 30559, in *Dejure* ha precisato che le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza cui fa riferimento l'art. 89 non coincidono con una normale situazione di pericolosità, ma si identificano con un'esposizione al pericolo dell'interesse di tutela della collettività di consistenza tale da non risultare compensabile rispetto al valore sociale rappresentato dal recupero del soggetto tossicodipendente, valutato anche in termini di probabilità. Sulle modifiche apportate all'art. 89 dalla legge del 2006 v. anche M. MENEGHELLO, *Misure cautelari personali eseguite nei confronti di tossicodipendenti e alcooldipendenti*, in *Commento pratico sistematico alle modifiche al testo unico sugli stupefacenti*, a cura di S. Riondato, Padova, 2006, 81 ss.

⁹⁶ Si tratta di una diversificazione dei limiti di pena evidentemente dettata da esigenze di sicurezza: G. AMATO, *Le modifiche alla normativa sugli stupefacenti*, Roma, 2006, 79.

⁹⁷ Sebbene si sia ipotizzato che qualunque reato commesso dal tossicodipendente debba considerarsi connesso al suo stato (L. PISTORELLI, *Sospensione dell'esecuzione delle pene detentive*, in *Stupefacenti. Sostanze psicotrope. Stati di tossicodipendenza*, Torino, 1990, 140), un'interpretazione maggiormente rispettosa della lettera della legge impone una lettura più restrittiva. Si è per esempio sostenuto che, muovendo dallo stato di tossicodipendenza del soggetto, il nesso richiesto dall'art. 90 potrebbe ritenersi sussistente per tutti i reati che trovino ragione in quello stato o siano finalizzati ad alimentarlo

terapeutico intrapreso abbia avuto esito positivo⁹⁸.

L'intervento legislativo del 2006, richiedendo che il programma terapeutico intrapreso si sia già concluso, ha contribuito a meglio definire l'ambito applicativo del beneficio in questione rispetto a quello dell'affidamento in prova terapeutico, previsto dell'art. 94 del testo unico⁹⁹. Quest'ultimo, applicabile in presenza degli stessi limiti di pena previsti dall'art. 90, può infatti essere richiesto dal soggetto tossicodipendente¹⁰⁰ (ma anche alcooldipendente, contrariamente a quanto avviene per la sospensione dell'esecuzione) «che abbia in corso un programma di recupero o che ad esso intenda sottoporsi». Anche in questo caso si rende necessaria l'allegazione, a pena di inammissibilità, della documentazione medica che attesti, tra l'altro, l'idoneità del programma in corso o da intraprendere ai fini del recupero del condannato. Il tribunale concede la misura quando ritiene che la stessa contribuisca al recupero del condan-

ulteriormente: così C. ZAINA, *La nuova disciplina degli stupefacenti*, Giuffrè, 2006, 535. Sull'insufficienza del mero dato temporale anche G. AMATO, *Droga e attività di polizia*, Roma, 1992, 202.

⁹⁸ In giurisprudenza, di recente, Cass., Sez. I pen., 14 dicembre 2012 n. 11050, in *Dejure*. Sul carattere eccezionale dello strumento Cass., Sez. I pen., 3 maggio 2016 n. 29331, in cui si precisa che il meccanismo in questione riguarda soltanto i condannati affetti da tossicodipendenza, non essendo per contro applicabile ai soggetti affetti da ludopatia o da altre dipendenze differenti dalla tossicodipendenza, ancorché a quest'ultima assimilabili.

⁹⁹ Sulla *ratio* della misura alternativa, sospesa tra "rieducazione" e "recupero" e secondo alcuni distinta da quella comunemente individuata in riferimento all'affidamento in prova ordinario, si rinvia a G.L. MALVASI, *Affidamento in prova in casi particolari per i tossicodipendenti*, in *Le misure alternative alla detenzione*, cit., 467 ss.

¹⁰⁰ L'esatta delimitazione della nozione di tossicodipendente ai fini della concessione della misura prevista dall'art. 94 è stata al centro di letture discordanti da parte della giurisprudenza. Secondo una lettura restrittiva, lo stato di tossicodipendenza andrebbe tenuto distinto dalla condizione di mero abuso di sostanze stupefacenti: si tratterebbe in effetti di «categorie distinte, aventi autonomo riconoscimento normativo e, comunque, non omologabili sicché l'accertamento della tossicodipendenza non si risolve in quello dell'uso abituale, il quale – alla stregua dei parametri del DSM IV (Manuale diagnostico dei disturbi mentali elaborato dall'*American Psychiatric Association*), costituenti criteri guida aventi natura scientifica largamente riconosciuti nella comunità scientifica internazionale – costituisce condizione essenziale ma non sufficiente per la diagnosi della tossicodipendenza»: Cass., sez. IV pen., 27 giugno 2012, n. 38040, in *Dejure*; Cass., sez. IV pen., 14 luglio 2016, n. 39530 (in riferimento all'art. 89 d.P.R. n. 309 del 1990). *Contra* Cassazione penale sez. I, 13 gennaio 2016 n. 14008, in *Giurisprudenzapenale*. *it*, 20 maggio 2016, con nota di M. NIGRO, *Eliminata definitivamente la distinzione tra tossicodipendenza e abuso di sostanze stupefacenti ai fini della concessione dell'affidamento in prova ai servizi sociali*, con cui la giurisprudenza di legittimità ritiene che le due nozioni confluiscono nella più generale categoria dei "disturbi da dipendenza e correlati all'uso di sostanze".

nato e assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati.

Sebbene la sospensione dell'esecuzione della pena rappresenti un meccanismo "animato dalle migliori intenzioni" e, soprattutto, astrattamente funzionale al recupero terapeutico del detenuto, i dati mostrano uno scarsissimo uso della misura, probabilmente anche in considerazione della esiguità dei controlli che la stessa consente¹⁰¹. Per contro, l'affidamento in prova, in casi particolari, mostra un maggior successo applicativo, ma le statistiche evidenziano come solo il 15% dei detenuti tossicodipendenti acceda alla misura alternativa¹⁰². Non è certo questa la sede per l'elaborazione di dati che pretendano di avere una qualche affidabilità dal punto di vista statistico, ma ciò che risulta evidente è come il carcere rappresenti ancora il luogo privilegiato per il trattamento del detenuto tossicodipendente. Gli ICAT presenti sul territorio nazionale non riescono ancora a soddisfare il "fabbisogno" mostrato dall'attuale popolazione ristretta.

Le conclusioni divengono, dunque, analoghe a quelle già anticipate a proposito degli ICAM: il significativo passo in avanti compiuto a livello normativo fatica a tradursi anche in mutamento effettivo delle condizioni di detenzione (e dunque di salute) di soggetti che, sia pur per ragioni diverse, evidenziano la necessità di un trattamento differenziato.

5.2. AIDS e condizioni di detenzione

L'esecuzione della pena nei confronti del tossicodipendente segue un percorso normativo differente rispetto a quello previsto per soggetti affetti da AIDS, sebbene lo stato di tossicodipendenza e l'infezione da HIV possano sussistere congiuntamente. L'esigenza nei confronti del soggetto sieropositivo, in effetti, è quella di sottrarre al circuito carcerario un soggetto le cui condizioni di salute si rivelino con lo stesso strutturalmente incompatibili, ma anche quella di contenere il rischio di contagio¹⁰³. È una circostanza indubbiamente peculiare quella per cui, scorrendo il documento finale predisposto dagli *Stati generali per l'esecuzione penale*, istituiti nel 2015

¹⁰¹ *Amplius R. Tucci, L'esecuzione della pena detentiva nei confronti dei soggetti tossicodipendenti*, in *www.altrodiritto.unifi.it*, 2001, Cap. 6.

¹⁰² Secondo i dati forniti dal DAP e disponibili su *www.giustizia.it* (ultimo accesso 12.04.2017), sono circa 3000 i soggetti che accedono alla misura alternativa dell'affidamento in prova, a fronte di una popolazione detenuta con problemi droga-correlati che oscilla intorno alle 13.000 unità.

¹⁰³ Per più considerazioni al riguardo L. CESARIS, *Art. 47-quater*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 587-588.

presso il Ministero della Giustizia¹⁰⁴, si trovi ampio spazio dedicato al soggetto tossicodipendente o alcolodipendente, mentre solo un rapido cenno è dedicato ai malati di AIDS, annoverati nell'elenco dei soggetti vulnerabili insieme a Rom, stranieri, *homeless*, tossicodipendenti, sofferenti psichici, omosessuali, madri sole, lavoratori disoccupati o precari. La condizione dei malati di AIDS, tuttavia, si rivela indubbiamente peculiare: non può in effetti trascurarsi il dato quantitativo, così come deve necessariamente prendersi in considerazione la specificità della condizione del soggetto affetto da HIV/AIDS, specie se in fase avanzata della malattia, che rendono particolarmente difficoltoso assicurare al detenuto cure adeguate e corrispondenti allo standard extramurario¹⁰⁵.

Le disposizioni che vengono in considerazione sono anzitutto quelle contenute nell'art. 275, commi 4-*bis*, 4-*ter*, 4-*quater* c.p.p., che dispongono il divieto di custodia cautelare per l'imputato affetto da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria accertate ai sensi dell'articolo 286-*bis*, secondo comma c.p.p., ovvero da altra malattia particolarmente grave, per effetto della quale le sue condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione e comunque tali da non consentire adeguate cure in caso di detenzione in carcere: se sussistono esigenze cautelari di eccezionale rilevanza e la custodia cautelare presso idonee strutture sanitarie penitenziarie non è possibile senza pregiudizio per la salute dell'imputato o di quella degli altri detenuti, il giudice dispone la misura degli arresti domiciliari presso un luogo di cura o di assistenza o di accoglienza. Il giudice, secondo quanto previsto dal comma 4-*quater*, può comunque disporre la custodia cautelare in carcere per soggetti imputati per i delitti di cui all'art. 380 c.p.p., relativamente a fatti commessi dopo l'applicazione delle misure disposte nei commi precedenti: in questo caso il giudice dispone che l'imputato venga condotto in un istituto dotato di reparto attrezzato per la cura e l'assistenza necessaria.

I casi di AIDS conclamata o di grave deficienza immunitaria, secondo quanto previsto dall'art. 286-*bis* c.p.p., sono definiti con decreto del Ministro della Sanità, da adottare di concerto con il Ministro di Giustizia,

¹⁰⁴ M. RUOTOLO, *Gli Stati generali dell'esecuzione penale: finalità e obiettivi*, in *Penalecontemporaneo.it*, 11 marzo 2016. Il documento conclusivo e le relazioni dei singoli tavoli tecnici sono consultabili su www.giustizia.it (ultimo accesso 12.04.2017). Sul punto v. anche AA. VV., *Gli Stati generali dell'esecuzione penale*, Pisa, 2016.

¹⁰⁵ Amplius B. MAGLIONA, *Carcere, HIV/AIDS e tutela dei diritti umani: aspetti etico-deontologici e riflessi medico legali della gestione sanitaria del detenuto sieropositivo*, in *La prigionie malata. Letture in tema di AIDS, carcere e salute*, a cura di B. Magliona, C. Sarzotti, Torino, 1996, 69 ss.

stabilendo anche le procedure diagnostiche e medico-legali per il loro accertamento.

L'art. 146 c.p., la cui attuale formulazione risale alla legge n. 40 del 2001, prevede poi il rinvio obbligatorio della pena per persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria accertate ai sensi dell'art. 286-*bis*, secondo comma c.p.p., ovvero da altra malattia particolarmente grave per effetto della quale le sue condizioni di salute risultino incompatibili con lo stato di detenzione, quando la persona si trovi in una fase "terminale" della sua malattia.

Il quadro è completato dall'art. 47-*quater* ord. penit., il quale stabilisce, al primo comma, che le misure dell'affidamento in prova al servizio sociale e della detenzione domiciliare possono essere applicate, anche oltre i limiti di pena previsti dagli articoli 47 e 47-*ter* ord. penit., su istanza dell'interessato o del suo difensore, nei confronti di coloro che sono affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria (sempre accertate ai sensi dell'articolo 286-*bis*, secondo comma c.p.p.) e che hanno in corso o intendono intraprendere un programma di cura e assistenza presso le unità operative di malattie infettive ospedaliere ed universitarie o altre unità operative prevalentemente impegnate secondo i piani regionali nell'assistenza ai casi di AIDS¹⁰⁶.

L'attuale assetto normativo è il risultato di un percorso particolarmente accidentato, che ha richiesto progressivi interventi "correttivi" ad opera prima della Corte costituzionale e poi del legislatore¹⁰⁷ e che rappresenta una delle testimonianze più evidenti di come le esigenze di sicurezza siano in grado di "interferire" su quelle relative alla salute, imponendo regimi trattamentali in grado di tener conto della condizione e di malato e di reo (o imputato) del soggetto. L'originaria formulazione dell'art. 286-*bis* c.p.p., infatti, prevedeva un'ipotesi di assoluta incompatibilità tra malattia e carce-

¹⁰⁶ Per più ampie considerazioni al riguardo si rinvia a L. CESARI, *op. cit.*; A. CENTONZE, *L'esecuzione della pena detentiva e la ricostruzione sistematica della nozione di gravità delle condizioni di salute del detenuto*, in *Rassegnapenitenziaria.it*, 3/2006, 14 ss. G.M. PAVARIN, *Le ipotesi di detenzione domiciliare*, in *Misure alternative alla detenzione*, a cura di F. Fiorentin, Torino, 2012, 277 evidenzia lo scarso successo applicativo delle due nuove forme di affidamento in prova al servizio sociale e di detenzione domiciliare, attribuendo lo stesso al fatto che, almeno per la detenzione domiciliare, i soggetti presi in considerazione dalla norma potranno accedere, nella maggior parte dei casi, al differimento dell'esecuzione o alla detenzione domiciliare "ordinaria", che non richiedono il tortuoso iter burocratico-sanitario previsto invece dall'art. 47-*quater*.

¹⁰⁷ Per un inquadramento generale A. MARGARA, *Normativa per i detenuti malati di AIDS: è per morire o per vivere?*, in *Quest. giust.*, 1995, 124 ss.; A. VELLUCCI, G. STARNINI, S. FARINELLI, D. DE DONATIS, *L'infezione da HIV e il regime carcerario*, in *Cass. pen.*, 10/1994, 2898 ss.; A. BERNASCONI, *op. cit.*, 134 ss.

re, riferita alle ipotesi di AIDS conclamata e di grave deficienza immunitaria (primo comma); era poi prevista la possibilità per il giudice procedente di individuare, discrezionalmente, ulteriori ipotesi di incompatibilità con la custodia cautelare in carcere (secondo comma). A ciò si aggiungeva l'ampia disposizione contenuta nell'art. 146 c.p., come risultante dalla legge n. 222 del 1993, che subordinava il rinvio obbligatorio della pena ai soli casi di AIDS conclamata, senza riferimento alcuno all'effettiva incompatibilità delle condizioni di salute del soggetto con lo stato di detenzione.

Erano molte le criticità rilevate nei confronti della disciplina in questione, ma, per quel che qui maggiormente interessa, si era soprattutto avviata una campagna mediatica volta a stigmatizzare il trattamento di favore riservato agli "intoccabili per legge", i quali, contando sulla sostanziale impunità, sarebbero stati incentivati nella commissione di reati¹⁰⁸. La sicurezza, dunque, viene in considerazione non solo e non tanto nella sua dimensione di esigenza interna alla gestione del singolo istituto penitenziario, quanto piuttosto nella sua sfuggente consistenza di "allarme sociale", direttamente connessa alle istanze generalpreventive della sanzione penale¹⁰⁹.

La Corte costituzionale, con le sentenze n. 438 e 439 del 1995, modificando il proprio orientamento al riguardo, giunge a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 146 c.p. e dell'art. 286-bis, primo comma c.p.p., nella parte in cui, rispettivamente, stabilivano il differimento della pena o il divieto di custodia cautelare in carcere anche quando l'espiazione della pena e l'applicazione della misura potessero avvenire senza pregiudizio della salute del soggetto e di quella degli altri detenuti (in presenza delle esigenze cautelari di eccezionale rilevanza di cui all'art. 275, quarto comma c.p.).

Il legislatore, modificando l'art. 146 c.p. con la legge n. 231 del 1999 (con formulazione poi confermata dalla legge n. 40 del 2001), stabilizza per via normativa le indicazioni della Corte costituzionale: il rinvio dell'esecuzione della pena non deve aver luogo quando le condizioni del soggetto sieropositivo siano comunque compatibili con l'ambiente carcerario. Sul versante cautelare, la stessa legge n. 231 del 1999 ha anzitutto

¹⁰⁸ Per tutti V. GREVI, *Gravi condizioni di salute dell'imputato e custodia cautelare in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2/1995, 159 ss. Il dibattito in questione è efficacemente ricostruito da C. FIORIO, *Gli accertamenti medico-peritali sulle condizioni personali e di salute della persona detenuta*, in *La giustizia penale differenziata*, a cura di M. Montagna, Torino, 2016, spec. 529 ss. e ID., *Il regime penitenziario per gli ammalati di AIDS tra tutela del condannato ed esigenze della collettività*, in *Giur. it.*, 1993, II, 827 ss.

¹⁰⁹ Sui molteplici volti della sicurezza A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione*, cit.

abrogato il primo comma dell'art. 286-*bis* c.p.p., spostando la disciplina relativa al divieto di custodia cautelare per soggetti sieropositivi nell'art. 275 c.p.p. e ha escluso qualsiasi forma di discrezionalità giudiziale, rimettendo a decreti ministeriali la definizione dello stato di AIDS conclamata o di grave deficienza immunitaria¹¹⁰.

La disciplina attuale, dunque, nel “bilanciamento” tra esigenze di sicurezza ed esigenze di salute, sembrerebbe in qualche modo privilegiare le prime¹¹¹. Non è un caso che il sistema preveda, almeno per la fase cautelare, la “norma di chiusura” dell'art. 275, comma 4-*quinqüies*, il quale stabilisce che la custodia in carcere non possa essere comunque disposta o mantenuta quando la malattia si trovi in una fase così avanzata da non rispondere più, secondo le certificazioni del servizio sanitario penitenziario o esterno, ai trattamenti disponibili e alle terapie curative¹¹².

Ciò che caratterizza la materia in questione è l'assenza di una disciplina *ad hoc* per i casi in cui il malato di AIDS resti in carcere in esecuzione della pena: si fa riferimento all'assegnazione dell'imputato in un istituto “attrezzato” nell'art. 275, comma 4-*quater*, ma mancano analoghe previsioni relative alla fase esecutiva in senso stretto. Lo “statuto speciale” del malato di AIDS, altrimenti detto, segue la cadenza tipica che si riscontra in riferimento alle madri detenute e ai tossicodipendenti, ma manca l'ultimo anello della catena, rappresentato dalla previsione degli ICAM e degli ICAT. Si tratta certamente di una carenza in larga parte colmata dall'art. 47-*quater* ord. penit., che secondo alcuni avrebbe manipolato, fino a snatarlo, il volto delle misure alternative alla detenzione¹¹³. Per quel che qui maggiormente interessa, il legislatore, assecondando l'onda di

¹¹⁰ Sulle due linee dell'intervento legislativo in P. CANEVELLI, *Tutela dei soggetti affetti da AIDS o da altre malattie gravi e misure alternative al carcere. Aspetti giuridici*, in *Dir. pen. proc.*, 10/1999, 1226 ss. Per considerazioni critiche sul riferimento alle condizioni di AIDS conclamata e grave deficienza immunitaria B. MAGLIONA, *Tutela dei soggetti affetti da AIDS o da altre malattie gravi e misure alternative al carcere. Aspetti giuridici*, ivi, 1236: se infatti «il principio che la legge ha inteso salvaguardare è quello del rispetto delle esigenze umanitarie e di salute dei soggetti con infezione da HIV, allora si deve ammettere che non è la stadiazione della malattia a fondare una presunzione di incompatibilità con la detenzione; se invece il principio che si è voluto affermare è quello della tutela della salute della restante popolazione carceraria, allora è necessario prendere atto che il rischio per la comunità intramuraria deriva da tutti i soggetti con infezione da HIV e non solo da quelli che si trovano nelle fasi più avanzate di malattia».

¹¹¹ B. MAGLIONA, *Tutela dei soggetti affetti da AIDS*, cit., 1234.

¹¹² B. MAGLIONA, *ibidem*. Anche in riferimento all'art. 286-*bis* c.p.p., peraltro, parrebbe che il legislatore indichi come via “preferibile” quella di apprestare le cure idonee nell'ambiente carcerario: A. BERNASCONI, *op. cit.*, 136.

¹¹³ L. CESARIS, *op. cit.*, 595.

spinte emotive, avrebbe assicurato ai malati di AIDS un accesso pressoché incondizionato alle misure alternative, realizzando altresì una disparità di trattamento rispetto ai malati “comuni”, sia pur in condizioni gravi o gravissime¹¹⁴. Tali considerazioni sono indubbiamente convincenti, ma non può fare a meno di osservarsi come i benefici previsti dall’art. 47-*quater* ord. penit. siano riservati a coloro che superino la “soglia di gravità” indicata dall’art. 286-*bis*, secondo comma c.p.p. e, quindi, dai decreti ministeriali di riferimento. I malati di AIDS “sotto soglia” sono parificati agli altri detenuti malati. Potrebbe ovviamente ritenersi che l’AIDS, quando non conclamata, non presenti esigenze di tutela peculiari e che anzi la previsione di strutture dedicate possa alimentare il sospetto di “ghettizzazione” dei malati in questione. Non può, tuttavia, fare a meno di notarsi la peculiarità della scelta legislativa, specie, si ripete, se messa a confronto con quelle effettuate in riferimento a madri e tossicodipendenti.

6. Considerazioni conclusive

Ogni indagine teorica chiamata a confrontarsi con la tutela della salute del soggetto a vario titolo detenuto deve scontrarsi con la difficoltà di dar conto dell’eterogenea situazione applicativa che quell’indagine pure pretende di descrivere. La stessa distinzione tra categorie di “malati” (sofferente psichico, sieropositivo, tossicodipendente) rivela tutta la propria fragilità se solo si consideri che spesso il medesimo soggetto è al tempo stesso dipendente da sostanze stupefacenti, affetto da HIV/AIDS e portatore di patologie psichiatriche.

L’impressione complessiva, tuttavia, è quella per cui la salute dei soggetti ristretti in carcere soffre di una condizione peggiore rispetto non solo ai soggetti liberi, ma anche ai detenuti che accedano a circuiti alternativi. Si tratta di considerazioni che valgono anche in riferimento al sofferente psichico che, almeno stando all’attuale assetto normativo delle REMS, può contare su un’assistenza sanitaria indubbiamente più efficiente di quella di cui disporrebbe in carcere.

¹¹⁴ L. CESARIS, *op. cit.*, 587 e 595. Cfr. anche G. LOCATELLI, *Il trattamento sanzionatorio dei soggetti tossicodipendenti o affetti da HIV: evoluzione della normativa fino alla legge 12 luglio 1999, n. 231*, in *Cass. pen.*, 2/2000, 553, ad avviso del quale la legge del 1999 sarebbe espressione di una concezione perdonista e lassista nei confronti del reo tossicomane (anche malato di AIDS) che, anziché condurlo verso il recupero sociale, rischia di spingerlo verso l’illegalità aumentando la sensazione dell’impunità.

L'attribuzione della sanità penitenziaria alla competenza del Servizio Sanitario Nazionale sembra aver realizzato una svolta rimasta, almeno fino a questo momento, in larga parte simbolica, almeno nella misura in cui pretenda di estendere ai soggetti ristretti un modello di tutela che implica il riferimento strutturale a soggetti liberi.

La via di un possibile miglioramento, dunque, passa anzitutto per una differenziazione degli spazi dell'esecuzione: visto che ormai da tempo lo spazio della pena ha conquistato la giusta rilevanza nel dibattito relativo alla pena¹¹⁵, un'autentica rivoluzione penitenziaria, forse, dovrebbe passare attraverso gli architetti e non solo attraverso i giuristi, anche al fine di rischiarare quegli aspetti relativi alla tutela della salute che ancora restano nell'ombra.

In secondo luogo, si rende necessaria una formazione culturale e professionale degli operatori chiamati a confrontarsi con condizioni di malattia, quali quelle psichiatriche, che richiedono indubbiamente competenze peculiari: ciò implica non solo una più attenta preparazione degli operatori penitenziari, ma anche la garanzia di medici in numero e con competenze adeguati alla struttura di destinazione.

Fino a quando l'individualizzazione del trattamento "per ragioni di salute" non riesca a tradursi in una cifra effettiva del sistema penitenziario "in action", ogni riflessione relativa alla tutela della salute negli istituti penitenziari è destinata a spiacciarsi sulla constatazione per cui il carcere rappresenta la prima malattia da curare, traducendosi in un agente patogeno che aggrava le condizioni di salute di chi è malato e, spesso, è causa di condizioni patologiche ulteriori¹¹⁶.

È evidente che qualsiasi "prospettiva *de iure condendo*" passi anzitutto attraverso la destinazione di risorse più consistenti al settore penitenziario, visto che un progetto senza una base capace di sostenerlo è in grado, al più, di riempire le pagine di libri o le locandine di convegni, ma non di veicolare un autentico cambiamento.

¹¹⁵ Per tutti Av. Vv., *Il corpo e lo spazio della pena. Architettura, urbanistica e politiche penitenziarie*, a cura di S. Anastasia, F. Corleone, L. Zevi, Roma, 2011 e Aa. Vv., *Volti e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, a cura di F. Corleone, A. Pugiotta, Roma, 2013.

¹¹⁶ V., tra i molti, L. BACCANO, F. MORELLI, *Morire di carcere*, in *Criminalia*, 2009, 435 ss.; Aa. Vv., *Malati in carcere. Analisi dello stato di salute delle persone detenute*, a cura di M. Esposito, Milano, 2007; Av. Vv., *La salute dei detenuti in Italia: i risultati di uno studio multicentrico*, Firenze, 2015, consultabile su www.ars.toscana.it (ultimo accesso 12.04.2017).

Diego De Gioiellis

Regime penitenziario di rigore tra esigenze di sicurezza e diritto alla salute

SOMMARIO: 1. L'origine della differenziazione trattamentale: l'art. 90 ord. penit. – 2. La legge Gozzini del 1986 e il doppio binario penitenziario del 1991-1992 – 3. Le tre “fasi normative” del carcere duro – 4. Il “carcere duro” come trattamento sproporzionato e come negazione dell'ideologia penitenziaria? – 4.1. I rapporti del Comitato europeo per la prevenzione della tortura – 4.2. La giurisprudenza della Corte costituzionale – 4.3. La giurisprudenza della Corte EDU – 5. Il “caso Provenzano”: tortura di Stato? – 6. Prospettive di riforma: le proposte di legge per un carcere duro “umanizzato” – 7. Considerazioni conclusive

1. *L'origine della differenziazione trattamentale: l'art. 90 ord. penit.*

I pilastri dell'autentica “svolta ideologica” che ha ispirato la riforma dell'ordinamento penitenziario sono sufficientemente noti: mentre il Regolamento Rocco del 1931, esprimendo la logica di esclusione propria delle istituzioni totali, attuava una completa separazione del detenuto rispetto al mondo esterno e trascurava gli aspetti di rieducazione e risocializzazione, la l. n. 354 del 1975 mette al centro il detenuto-persona e il trattamento individualizzato, riconducendo l'esecuzione della pena detentiva, sia pur con un trentennio di ritardo, entro la cornice delineata dall'art. 27, terzo comma Cost.¹ e adeguandola altresì alle indicazioni provenienti dal diritto sovranazionale².

¹ V. GREVI, F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Art. 1*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. Della Casa, G. Giostra, Padova, 2015, 5 ss.; F. DELLA CASA, voce *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. Dir.*, Annali II, Milano, 2008, 793 ss.; P. COMUCCI, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, in *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, a cura di A. Presutti, Milano, 1994, 3; G. NEPPI MODONA, voce *Ordinamento penitenziario*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, 48 ss.; M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e costituzione*, Torino, 2002, 6.

² Il riferimento è, in particolare, alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, alla Convenzione Europea per

Il carcere prova dunque a trasformarsi da un luogo di isolamento del soggetto dal mondo esterno, in una struttura attraverso la quale il detenuto possa realizzare un proprio, individuale, processo rieducativo³. Ciò determina anche mutamenti che riguardano la fase esecutiva della pena. Da un modello totalmente statico, proprio del regolamento del 1931, si passa ad un modello dinamico di esecuzione, che consente l'adeguamento del trattamento penitenziario ai progressi del reo, in vista del suo reinserimento sociale⁴. Il trattamento penitenziario assume i contorni di un vero e proprio *diritto* per il detenuto, cui corrisponde un *obbligo* di fare per l'amministrazione penitenziaria⁵.

L'enfasi attribuita alla logica trattamentale ha rischiato di lasciare nell'ombra gli aspetti legati alla sicurezza, intesa anzitutto nella duplice accezione di sicurezza interna ed esterna⁶: la l. n. 354 del 1975, in effetti, non aveva saputo affrontare in modo adeguato il problema della sicurezza e della disciplina penitenziaria, specie in riferimento a quei soggetti con forte capacità a delinquere, che avevano rifiutato di aderire ad un programma di reinserimento alla luce dei loro ideali in conflitto con quelli

la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottata il 4 novembre 1950, al Patto internazionale dei diritti civili e politici del 1966, alla Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli inumani o degradanti adottata dalla Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1984 e alla Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti sottoscritta il 26 novembre 1987.

³ A tal fine vengono in considerazione una serie di norme che disciplinano aspetti della vita penitenziaria e pongono in essere le premesse per il riconoscimento di specifiche situazioni soggettive attive in capo ai detenuti: per tutti M. CASTALDO, *La rieducazione tra realtà penitenziaria e misure alternative*, Napoli, 2001, 17.

⁴ Questo processo avviene tramite una analisi della personalità del reo, che può portare a un suo eventuale reinserimento sociale da realizzarsi soprattutto con i contatti con il mondo esterno, come rileva S. GIAMBURNO, *Diritto penitenziario*, Milano, 2006, 9 ss. La legge, nel riconoscere la finalità rieducativa del trattamento penitenziario, afferma però che essa non può essere imposta al detenuto dovendo egli aderirvi volontariamente senza subire violazione della propria autodeterminazione: per approfondimenti vedi G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 654. Sulla necessità che l'attività di recupero trovi realizzazione attraverso un programma individualizzato, come previsto dall'art. 13 ord. penit., ed in particolare tramite una procedura di osservazione scientifica della personalità del reo e di programmazione del trattamento individualizzato per tutti F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione. Normativa e giurisprudenza ragionata*, Milano, 2013, 166.

⁵ Cass., Sez. I pen., 24 marzo 1982, in *Rass. penit. crim.*, 1983, 874; Cass., Sez. I pen., 29 marzo 1985, in *Cass. pen.*, 7/1986, 1178.

⁶ Per le necessarie indicazioni v. A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in *questo volume*.

statali, quali ad esempio gli appartenenti alle organizzazioni terroristiche⁷.

I decenni successivi hanno mostrato chiaramente come le esigenze di individualizzazione ben potessero tramutarsi in esigenze di differenziazione per ragioni di sicurezza⁸, evidenziando di volta in volta la difficoltosa tenuta dei diritti fondamentali del detenuto.

L'azione di contrasto alla criminalità tipica degli anni '70, in particolare, richiese interventi speciali in considerazione del fatto che, per effetto dell'aumento della popolazione carceraria di provenienza mafiosa e terroristica, in molti istituti penitenziari si erano formate cellule organizzate che riproducevano quelle dei soggetti liberi, con le gerarchie, le aggregazioni, i rapporti esistenti all'esterno dell'ambiente carcerario: ben presto si comprese che le stesse potessero divenire uno strumento per reclutare anche i detenuti comuni.

Si presentò quindi l'esigenza di realizzare una riforma che perseguisse l'obiettivo di una differenziazione dell'esecuzione penitenziaria. Per rimediare alla mancata previsione di un trattamento differenziato per i soggetti pericolosi fu introdotta una norma di salvaguardia, o meglio di chiusura, dell'ordinamento penitenziario: si tratta dell'art. 90 ord. penit. che prevedeva in capo al Ministro di Grazia e Giustizia, al ricorrere di «gravi ed eccezionali motivi di ordine e di sicurezza», la «facoltà di sospendere, in tutto o in parte, l'applicazione in uno o più stabilimenti penitenziari, per un periodo determinato, strettamente necessario, delle regole di trattamento e degli istituti previsti» dalla legge sull'ordinamento penitenziario che potessero «porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza»⁹.

La norma in questione rappresenta il primo modello di regime di

⁷ «L'ottimismo delle prospettive, tutte rivolte alla prevenzione sociale, in termini di recupero e reinserimento sociale, avevano portato il legislatore a ignorare il problema della gestione dei detenuti pericolosi», così T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza (1986-93)*, a cura di V. Grevi, Padova, 1994, 151. V. anche L. CESARIS, *Art. 14-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 183; A. BERNASCONI, *La sicurezza penitenziaria. Prospettiva storico-sociologica e profili normativi*, Milano, 1991, 95; G. NEPPI MODONA, voce *Ordinamento penitenziario*, cit., 41 ss.

⁸ Per i profili generali relativi alla "differenziazione" della pena R. BARTOLI, *Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena, carcere (appunti "sistematici" per una riforma "mirata" del sistema sanzionatorio)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2013, 724 ss.

⁹ Infatti a seguito di ripetute denunce di violazione delle norme dell'ordinamento penitenziario il Ministro di Grazia e Giustizia aveva risolto tale situazione di illegittimità nel trattamento dei detenuti tentando di riportare entro i confini di legalità la disciplina degli istituti penitenziari presi in esame facendo ricorso proprio all'art. 90 ord. penit.: così M. PAVARINI, B. GUAZZALOCA, *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, 2004, 176.

carcere differenziato¹⁰ teso a far fronte a situazioni eccezionali a tutela della sicurezza penitenziaria, ma che ben presto divenne uno strumento ordinario cui ricorrere, in via preventiva, per contrastare pericoli alla disciplina ed alla sicurezza¹¹.

Già nel 1977, in risposta all'emergenza del terrorismo, furono istituite le prime cinque carceri speciali¹². La detenzione speciale consisteva in un catalogo di limitazioni finalizzate a impedire la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva e a evitare che dal carcere si potessero gestire attività illecite. Inizialmente le limitazioni riguardarono solo il controllo della corrispondenza e i colloqui, ma in seguito si posero ulteriori limitazioni riguardanti il vitto, le attività culturali, ricreative e sportive o il possesso di oggetti nelle celle.

L'art. 90 ord. penit. fu sottoposto a numerose e diverse critiche. Si contestava, in particolare, la genericità della formulazione, sollevandosi altresì dubbi di compatibilità con gli artt. 13 e 25, secondo comma Cost., posto che, evidentemente, il principio di riserva di legge in materia penale deve ritenersi riferito anche alla fase esecutiva¹³.

2. La legge Gozzini del 1986 e il doppio binario penitenziario del 1991-1992

Trascorsi gli anni di piombo emerse una nuova esigenza riformatrice della materia penitenziaria che condusse all'approvazione della l. n. 663 del 1986, la c.d. legge Gozzini¹⁴. Si tratta di una riforma che, come ampiamente noto, si è mossa lungo due direttrici. In una prospettiva "extramuraria" ha rafforzato il sistema delle misure alternative alla detenzione, con l'intento di

¹⁰ P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, 113.

¹¹ G. FLORA, *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario*, Milano, 1987, 24.

¹² L'istituzione delle carceri speciali avvenne con il d.m. 4 maggio 1977, che conferiva l'incarico di "garante" dell'operazione al Generale Carlo Alberto Dalla Chiesa: nel provvedimento in questione può essere individuata l'origine storica delle carceri di massima sicurezza, come evidenziato da S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, Milano, 2007, 5.

¹³ Per un'accurata disamina delle criticità poste dal sistema in questione, v. in particolare T. PADOVANI, *Ordine pubblico e ordine penitenziario: un'evasione dalla legalità*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di V. Grevi, Bologna 1981, 285; M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, 198 ss.

¹⁴ Pressoché obbligato il riferimento a M. GOZZINI, *L'ordinamento penitenziario dopo la legge 663/1986. Problemi ancora aperti*, in *Carcere e territorio. I nuovi rapporti promossi dalla legge Gozzini e un'analisi del trattamento dei tossicodipendenti sottoposti a controllo penale*, a cura di A. Lovati, Milano 1988, 27 ss.

intaccare la centralità della pena detentiva attorno alla quale è edificato il nostro sistema sanzionatorio. In una prospettiva “intramuraria” ha tentato di stabilizzare le questioni relative alla differenziazione dei detenuti per ragioni di sicurezza¹⁵ tramite l’introduzione dell’istituto della sorveglianza particolare (o regime detentivo individualizzato) agli articoli 14-*bis* e 14-*quater* ord. penit. e l’introduzione dell’art. 41-*bis*, primo comma ord. penit., che abrogò l’art. 90 ord. penit., prevedendo la possibilità della sospensione, temporanea e in casi eccezionali, delle normali regole di trattamento dei detenuti e degli internati¹⁶. Il “carcere duro” fa dunque la sua prima comparsa sulla scena dell’esecuzione penale nell’ordinamento italiano, ritagliandosi un ruolo che lo porterà a divenire un protagonista sempre più “ingombrante”.

Da una parte, infatti, la legge Gozzini è investita da numerose critiche per i margini eccessivamente permissivi che ne connotavano l’ossatura principale¹⁷. Dall’altra parte, all’inizio degli anni ’90, la nuova emergenza assume il volto della criminalità organizzata di stampo mafioso. La risposta dello Stato è sintetizzata dal d.l. n. 152 del 1991 (convertito nella l. n. 203 del 1991) e dal d.l. n. 306 del 1992 (convertito nella l. n. 356 del 1992) che, per quel che qui maggiormente interessa, introducono l’art. 4-*bis* ord. penit.¹⁸ e il comma secondo dell’art. 41-*bis* ord. penit. Si

¹⁵ Si è già anticipato che, per far fronte alla situazione di instabilità, inizialmente si era fatto ricorso al sistema delle carceri di massima sicurezza, a cui successivamente si era aggiunto il ricorso all’art. 90 ord. penit., per risolvere problemi di legittimità sorti all’interno di queste carceri: per un maggiore approfondimento vedi P. CORSO, *Manuale dell’esecuzione penitenziaria*, Milano, 2006.

¹⁶ V., per tutti, V. GREVI, *Scelte di politica penitenziaria e ideologie del trattamento nella l. 10 ottobre 1986 n. 663*, in *L’ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, cit., 25 ss. e R. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di P. Corso, Milano, 2013, 166 ss. Come evidenziato da M. PAVARINI, B. GUAZZALOCA, *op. cit.*, 176, la legge Gozzini disciplina il problema della differenziazione trattamentale dei detenuti per ragioni di sicurezza sotto un duplice profilo: individuale con l’istituto della sorveglianza particolare ex art. 14-*bis* ord. penit., collettivo tramite l’art. 41-*bis* ord. penit. che sostituisce l’art. 90 ord. penit. Permane la generica formulazione delle circostanze che giustificano l’adozione di tale decreto: da «gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica» a «casi eccezionali di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza», formulazione anche questa estremamente generica: V. GREVI, *op. cit.*, 30.

¹⁷ Sul punto, in particolare, F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell’ordinamento penitenziario: dagli idealismi della “scommessa” anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del doppio binario*, in *L’ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, cit., 79 ss.

¹⁸ Sull’art. 4-*bis* ord. penit. come norma simbolo della rinnovata disciplina penitenziaria M. PAVARINI, B. GUAZZALOCA, *op. cit.*, 307-308. La centralità della disposizione è desumibile anche dalla sua collocazione nel capo dedicato ai “principi direttivi”, «con il trasparente proposito di controbilanciare l’impostazione risultante dalle altre disposizioni

inaugura in questo modo la “controriforma carceraria”¹⁹, che “sconfessa” il principio di parità dei detenuti relativamente al trattamento penitenziario loro riservato su cui si fondava la legge del 1975 e instaura la logica di un doppio binario trattamentale riservato essenzialmente ai detenuti per fatti di criminalità organizzata.

L'obiettivo è perseguito non solo attraverso la significativa limitazione della possibilità di concedere misure premiali o alternative alla detenzione, a scapito quindi della finalità risocializzante della pena, ma anche agendo nell'ambito del trattamento intramurario e introducendo restrizioni tali da incidere direttamente sulla vita quotidiana del detenuto. Sebbene il c.d. carcere duro individuasse un regime differenziato finalizzato ad impedire il mantenimento di contatti e collegamenti con le organizzazioni criminali di appartenenza, il nuovo meccanismo non riuscirà mai del tutto a mettersi al riparo dal sospetto di poter veicolare anche esigenze di tipo “processuale”. Il doppio binario penitenziario, infatti, è caratterizzato anche da un sistema di misure premiali, destinate ai collaboratori di giustizia, capaci di mitigare il rigore del trattamento²⁰.

programmatiche contenute nello stesso capo, incentrate su diritti e garanzie assicurati al condannato», così osserva F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario*, cit., 91.

¹⁹ G. MOSCONI, *La controriforma carceraria*, in *Dei delitti e delle pene*, 1/1991, 146.

²⁰ La differenziazione dei detenuti e dei circuiti trattamentali viene realizzata tramite il ricorso ad una presunzione di pericolosità dei condannati per alcuni tipi di reati in base alla loro eventuale collaborazione, non avendo rilievo invece i risultati conseguiti tramite un percorso rieducativo: vedi B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione di emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, 3/1992, 127. L'ammissione alle misure premiali è subordinata all'esistenza di alcune condizioni particolari quali la collaborazione con la giustizia, ma il tipo di condizione varia a seconda del reato commesso, vedi C. CESARI, G. GIOSTRA, *Art 4-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 53. Secondo altra dottrina, sebbene numerosi siano stati gli interventi modificativi dell'art. 4-bis ord. penit., riguardanti i benefici penitenziari, le condizioni per la concessione degli stessi e il novero di reati interessati, la finalità costante che sembrerebbe sottesa a tutti gli interventi legislativi è quella di incentivare la collaborazione con la giustizia, I. MARCHESELLI, F. FIORENTIN, *L'ordinamento penitenziario*, Torino, 2005, 430. Tale sistema ha suscitato subito delle perplessità in considerazione del fatto che il meccanismo della premialità era sorto avendo come riferimento i delitti legati alla criminalità organizzata per i quali era logico chiedere una condotta collaborativa. Per i reati a sfondo sessuale, invece, la subordinazione della concessione dei benefici penitenziari alla condotta collaborativa appariva del tutto illogica poiché si tratta di reati prevalentemente monosoggettivi e ciò avrebbe portato i giudici di sorveglianza a ritenere sussistenti ipotesi di collaborazione impossibile: così S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G.L. GATTA, *Sistema penale e sicurezza pubblica: le riforme del 2009*, Milano, 2009, 438, e A. RICCI, *Collaborazione impossibile e sistema penitenziario. L'ammissibilità di misure premiali*

Sebbene l'art. 41-*bis* ord. penit. venga etichettato comunemente come l'erede del precedente art. 90 ord. penit., numerose sono le differenze riscontrabili tra le due norme. In primo luogo l'art. 41-*bis* ord. penit. facendo riferimento a singoli detenuti o internati non è applicabile a interi stabilimenti penitenziari: si riferisce quindi non a carceri speciali, ma a detenuti speciali, nei confronti dei quali, ricorrendo i presupposti che si sostanziano nei «gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica», possono essere sospese le ordinarie regole trattamentali. Diverso è anche lo scopo delle due norme. L'art. 90 ord. penit. era stato introdotto per far fronte al dilagante fenomeno eversivo e terroristico che aveva caratterizzato gli anni '70 e '80: la sua finalità era quella di scongiurare eventuali attività di proselitismo all'interno degli istituti penitenziari, che avrebbero potuto coinvolgere altri detenuti, con problemi di sicurezza interna. Diverso invece lo scopo dell'art. 41-*bis* ord. penit., introdotto per far fronte al problema legato alla criminalità organizzata, caratterizzata da una struttura altamente verticistica. Fine della norma era quello di interrompere eventuali collegamenti del detenuto con l'organizzazione di appartenenza e impedire la possibilità di gestire attività criminose dal carcere tramite un trattamento penitenziario differente rispetto a quello ordinario riservato ai ristretti comuni.

3. *Le tre "fasi normative" del carcere duro*

L'art. 41-*bis* ord. penit. era in origine composto da un solo comma²¹, non dissimile dal precedente art. 90 ord. penit., che prevedeva la sospensione delle ordinarie regole trattamentali in presenza di circostanze eccezionali di rivolta o altre gravi situazioni di emergenza. Rispondente ad una logica completamente differente è invece il secondo comma introdotto con il d.l. n. 306 del 1992, convertito con modificazioni nella l. n. 356 del 1992, nel periodo delle grandi stragi mafiose²².

ed alternative per i non collaboranti condannati per delitto "ostativo", Padova, 2013, 8 ss.

²¹ A. PULVIRENTI, *Codice penitenziario. Normativa esplicitata ed annotata con giurisprudenza, circolari e formulari*, Napoli, 2000, 138.

²² L'art. 41-*bis*, comma 2 ord. penit. non viene introdotto nell'ordinamento penitenziario per far fronte a situazioni legate a problemi di sicurezza interni, a cui sono invece dedicati gli articoli 14-*bis* ord. penit. (che disciplina il regime di sorveglianza individualizzato per far fronte alle ordinarie esigenze di sicurezza interne) e 41-*bis*, comma 1 ord. penit. Come detto, scopo primario della norma è quello di impedire la possibilità di gestire attività delittuose dall'interno del carcere ovvero quello di garantire la definitiva rottura dei collegamenti tra detenuto e organizzazione criminale di appartenenza.

La prima fase normativa dell'istituto va dunque dal 1992 al 2002. Caratteristica principale di questo decennio è la "temporaneità": la norma non conteneva alcuna disposizione né in ordine alla durata della sospensione, né in ordine ad eventuali proroghe, né all'attività istruttoria e neppure disciplinava il procedimento del reclamo. Infine, data la natura eccezionale di tali misure, l'art. 29 del d.l. n. 306 del 1992 ne aveva previsto una efficacia triennale²³. Si trattava di una misura dal carattere evidentemente indeterminato, tanto sul piano dei presupposti applicativi quanto su quello della durata e, per ciò che qui maggiormente interessa, senza che la "sospensione delle regole di trattamento" trovasse una qualche specificazione a livello di contenuto²⁴. A ciò devono necessariamente aggiungersi le distorsioni applicative conosciute dal regime del carcere duro in questa prima fase: i due penitenziari di Pianosa e dell'Asinara, scelti per l'esecuzione della misura al fine di assicurare un reale isolamento dei boss, si resero teatro di soprusi e maltrattamenti²⁵.

Sconfessando le iniziali attese e malgrado le "plateali" proteste dei detenuti²⁶, il regime venne prorogato per tre volte²⁷, fino alla definitiva stabilizzazione avvenuta con l. n. 279 del 2002, che apre dunque la "seconda fase" del carcere duro²⁸. Con la riforma del 2002 il legislatore, oltre a

²³ V. art. 29, comma 1 d.l. n. 306 del 1992: «Le disposizioni previste dagli articoli 19 e 25 cessano di avere effetto trascorsi tre anni dalla entrata in vigore dalla legge di conversione del presente decreto».

²⁴ A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis O.P.*, Milano, 2016, 108-109.

²⁵ Ivi, 110.

²⁶ Valga per tutti il riferimento al c.d. proclama Bagarella, letto dal boss di fronte alla Corte d'assise di Trapani il 12 luglio 2002, con il quale si rendeva nota la protesta «civile e pacifica» dei detenuti in 41-bis, «stanchi di essere strumentalizzati, umiliati, vessati e usati come merce di scambio delle varie forze politiche»: tra i molti G. FIANDACA, S. LUPO, *La mafia non ha vinto. Il labirinto della trattativa*, Bari, 2014, 59.

²⁷ Nell'ordine, la l. n. 36 del 1995 ha disposto la proroga fino al 31 dicembre 1999; la l. n. 446 del 1999 ha disposto la proroga fino al 31 dicembre 2000; la l. n. 4 del 2001 ha disposto la proroga fino al 31 dicembre 2002. V. R. BREDI, G. DI GENNARO, G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997, 206.; M. NUNZIATA, *Prorogato fino al 31 dicembre 1999 il regime speciale di trattenimento penitenziario dei detenuti per delitti di mafia*, in *Nuovo dir.*, 1995, 477; F. GIUNTA, *Proroga delle disposizioni di cui all'art. 41 bis l. 26 luglio 1975 n. 354, sulla sospensione delle normali regole di trattamento penitenziario*, in *Leg. pen.*, 1996, 45; G. LA GRECA, *L'applicazione del 41 bis sotto costante verifica*, in *Dir. pen. proc.*, 6/1997, 754; ID., *Proroga breve per il trattamento penitenziario di rigore*, ivi, 1/2000, 57.

²⁸ Senza pretesa di esaustività A. BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art. 41 bis comma 2 ord. penit.*, in *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di G. Di Chiara, Torino, 2003, 285 ss.; G. LA GRECA, *Una stabilizzazione per uscire dall'emergenza*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2003, 417 ss.;

stabilizzare l'istituto, persegue altresì il tentativo di recepire le indicazioni della Corte costituzionale che, sia pur con sentenze interpretative di rigetto, aveva tentato di apporre degli argini a una norma il cui limite principale pareva indentificarsi proprio nella sua indeterminatezza²⁹. Da altro punto di vista, si registra l'ampliamento del catalogo dei reati ostativi alla concessione dei benefici penitenziari di prima fascia contenuti nell'art. 4-*bis* ord. penit.: in particolare le innovazioni più rilevanti hanno riguardato l'espressa previsione di un ulteriore presupposto per l'applicazione dell'art. 4-*bis* ord. penit., ovvero la permanenza «di elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva», non ancorando più l'operatività del regime di rigore alla sola commissione di uno dei delitti indicati dall'art. 4-*bis* ord. penit.³⁰.

L'art. 41-*bis* ord. penit. si arricchisce di ulteriori sei commi ai quali è affidata la disciplina dei presupposti della misura, della procedura, della durata, della revoca, della tutela giurisdizionale. Nel comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis* ord. penit., in particolare, vengono poi tipizzate tassativamente le regole di trattamento suscettibili di sospensione con decreto ministeriale: i colloqui visivi e telefonici, la disponibilità di beni, oggetti, somme di denaro ricevute dall'esterno, la sottoposizione della corrispondenza a visto di censura³¹. Il "carcere duro" cerca di recuperare la natura di regime differenziato imposto per ragioni di sicurezza e di allontanare il sospetto che l'accentuata vocazione custodialistica assolvesse alla finalità di ottenere

M. RUOTOLO, *Quando l'emergenza diventa quotidiana. Commento alle modifiche degli artt. 4 bis e 41 bis ord. penit.*, in *Studium iuris*, 2003, 417 ss.; A. MARCHESSELLI, F. FIORENTIN, *Appunti in tema di riforma della disciplina degli artt. 4 bis e 41 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354 (legge 23 dicembre 2002, n. 279, pubblicata in G.U. 300 del 23.12.02)*, in *Giust. pen.*, 3/2003, 43.

²⁹ Si rinvia a A. DELLA BELLA, *op. cit.*, 115 ss. per una completa rassegna delle pronunce della Corte costituzionale rese necessarie, prima della riforma del 2002, per colmare il deficit di determinatezza della misura.

³⁰ I presupposti applicativi, contrariamente a quanto avviene per la sorveglianza particolare, sono in ogni caso individuati in eventi esterni alla realtà carceraria: L. CESARIS, *op. cit.*, 448 ss.

³¹ Il Ministro di Giustizia poteva individualizzare il trattamento di rigore tramite la facoltà di scelta di applicare restrizioni nei confronti dei singoli detenuti, anche se nella prassi veniva garantita uniformità di trattamento tramite l'adozione di decreti *standard* identici in tutti i contenuti: sul punto A. BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma*, cit., 302. Al riguardo si è sostenuto che l'uniformità costituisce un requisito indispensabile per l'efficacia della misura poiché «un'applicazione differenziata delle prescrizioni fra i detenuti sottoposti allo stesso regime consentirebbe a coloro che sono sottoposti alle restrizioni più severe di eluderle, tramite l'intermediazione di coloro ai quali sono concessi maggiori occasioni di contatto con l'esterno»: così S. ARDITA, *La riforma del 41-bis alla prova dei fatti*, in *Cass. pen.*, 2/2004, 728.

una più pronta collaborazione processuale del detenuto³².

Il terzo ed ultimo periodo del carcere duro è quello inaugurato dalla l. n. 94 del 2009 che, mentre il regime di rigore sembrava attraversare una stagione di crisi e le voci dei detenuti non erano così assordanti come in passato, modifica nuovamente l'art. 41-*bis* ord. penit.³³. La finalità della riforma è quella di ampliare il novero dei destinatari del regime differenziato e rendere ancora più difficile ai detenuti, in particolare ai condannati per il reato di associazione mafiosa, la possibilità di mantenere collegamenti con le associazioni criminali di appartenenza³⁴. La nuova formulazione del comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis* ord. penit. evidenzia chiaramente l'intento repressivo-custodialistico perseguito del legislatore del 2009.

I detenuti in 41-*bis* devono essere ristretti in istituti a loro esclusivamente dedicati, collocati preferibilmente nelle zone insulari, o comunque all'interno di sezioni logisticamente isolate dal resto dell'istituto e affidate a reparti speciali della polizia penitenziaria, stabilizzando per via normativa quanto

³² A. DELLA BELLA, *op. cit.*, 142; S. ARDITA, *Il "carcere duro" tra efficacia e legittimità*, in *Criminalia*, 2007, 250. *Contra* S. D'ELIA, M. TURCO, *Tortura democratica. Inchiesta su "la comunità del 41 bis reale"*, Venezia, 2002, 30, i quali non esitano a ritenere che ciò che noi chiamiamo carcere duro il diritto internazionale lo definisce tortura. V. anche M. PAVARINI, *Il "carcere duro" tra efficacia e legittimità*, in *Criminalia*, 2007, 265. Sul 41-*bis* come strumento per indurre a collaborare con la giustizia anche A. PUGIOTTO, *Quattro interrogativi (e alcune considerazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41-bis*, in *Volti e maschere della pena*, a cura di F. Corleone, A. Pugiotto, Roma, 2013, 203.

³³ M.F. CORTESI, *Le misure di contrasto alla criminalità organizzata nel "pacchetto sicurezza" – L'inasprimento del trattamento penitenziario*, in *Dir. pen. proc.*, 9/2009, 1075 ss.

³⁴ I lavori parlamentari sono al riguardo particolarmente espliciti: lo scopo è quello di accentuare il rigore dell'art. 41-*bis*. V. *Relazione delle commissioni permanenti I e II riunite sul d.d.l. 733 al Senato, seduta 11 novembre 2008*, in www.senato.it (ultimo accesso 12.04.2017) e per più ampie considerazioni A. DELLA BELLA, *op. cit.*, 150 ss. Il nuovo comma 2 si caratterizza per l'ampliamento dei presupposti di applicazione e per l'inasprimento del contenuto delle restrizioni. Si interviene sulla efficacia temporale dei decreti di applicazione (quattro anni) e di proroga (due anni), sulla procedura di impugnazione del medesimo provvedimento e sul trattamento penitenziario, con interventi volti a impedire comunicazioni non consentite e il passaggio di oggetti tra detenuti inseriti in diversi gruppi di socialità. Viene ampliato il novero dei destinatari del regime differenziato individuati nei «detenuti o internati per taluno dei delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell'articolo 4-*bis* o comunque per un delitto che sia stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva»: sul punto, in particolare, P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., 133 e M.F. CORTESI, *Il nuovo regime di detenzione differenziato ai sensi dell'articolo 41-bis l.n. 354/1975*, in *Il Sistema della sicurezza pubblica*, a cura di F. Ramacci, G. Spangher, Milano, 2010, 894; A. BARGI, *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino, 2013, spec. 1165 ss.

già registratosi a livello di prassi.

I colloqui, sempre videoregistrati, possono essere uno al mese (lettera b).

È possibile adottare tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire l'assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti e cuocere cibi (lettera f): una delega in bianco alle esigenze di sicurezza, che sembra avallare anche pratiche pressoché considerate come illegittime (a partire dalle c.d. celle lisce)³⁵. Del resto, più in generale, l'elenco delle restrizioni previste dal comma 2-*quater* non può considerarsi tassativo, posto che la lettera a), contenendo un ampio riferimento all'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna, consente all'amministrazione penitenziaria l'attuazione di restrizioni ulteriori rispetto a quelle elencate dal legislatore³⁶.

Tra le misure di alta sicurezza in questione rientrano, per esempio, la videosorveglianza continua nella camera di pernottamento, inclusa la stanza da bagno; il divieto di cucinare in cella; il divieto di acquisto di determinati prodotti decisi di volta in volta dall'amministrazione penitenziaria³⁷.

Deve infine ricordarsi come l'isolamento che caratterizza il regime in questione può conoscere irrigidimenti ulteriori nelle c.d. aree riservate ai "grandi capi" delle associazioni mafiose. Si tratta per la verità di un

³⁵ Sulla legittimità dell'isolamento totale e sulla pratica, ancora diffusa, della c.d. cella liscia v., sia pur con diretto riferimento alla sorveglianza particolare, R. GRIPPO, *Illegittimità dell'isolamento totale e della cella liscia. Rapporti tra sorveglianza particolare, sanzioni disciplinari, "41-bis" e circuiti: strumenti alternativi o in sovrapposizione?*, in *Penalecontemporaneo.it*, 15 marzo 2012, 5 ss.

³⁶ D. PETRINI, *Modifica agli articoli 4 bis e 41 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario*, in *Leg. pen.*, 2003, 247, individua nella disposizione *de qua* una norma di chiusura nella definizione dei contenuti del regime di carcere duro.

³⁷ «Che cosa ha a che fare con la finalità dichiarata del 41-bis [impedire che i capi e i gregari delle associazioni criminali possano continuare a svolgere funzioni di comando e direzione in relazione ad attività criminali eseguite all'esterno del carcere, ad opera di altri criminali in libertà] il divieto per i ristretti in carcere di cucinare nella propria cella e l'obbligo di acquistare solo i prodotti e i generi alimentari di volta in volta decisi dalle singole amministrazioni penitenziarie? Fino ad arrivare – in molte sezioni – al divieto di acquisto delle banane e della marmellata?»: A. PUGIOTTO, *op. cit.*, 203. Analoghi interrogativi retorici sono posti da G. LEO, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: uno sguardo della giurisprudenza*, in *Penalecontemporaneo.it*, 15 settembre 2011, 35: «È ragionevole, e comunque compatibile con il divieto di applicare pene disumane o degradanti, che il detenuto trascorra solo due ore al giorno fuori della propria cella, di cui una soltanto all'aria aperta? È ragionevole che vengano fortemente ridotti i tempi di colloquio, finanche telefonico, con il difensore? È ragionevole che sia fatto divieto di cuocere il proprio cibo, norma che le amministrazioni hanno addirittura trasformato nel divieto di acquistare alimenti crudi?»

“sottoregime carcerario”, caratterizzato da un isolamento totale³⁸, che non trova fondamento esplicito non solo nella legge ma anche nelle circolari e di cui si è venuti a conoscenza attraverso i provvedimenti giudiziari emessi a seguito dei ricorsi dei detenuti e ai rapporti degli organismi cui è affidata la “vigilanza” sul rispetto dei diritti umani³⁹.

4. *Il “carcere duro” come trattamento sproporzionato e come negazione dell’ideologia penitenziaria?*

Non è certo questa la sede per entrare nel dettaglio dei presupposti applicativi e dei rimedi giurisdizionali che definiscono il microsistema del carcere duro. Quel che importa sottolineare è come, da una sia pur sommaria indagine relativa ai contenuti della misura, risulti evidente quel *surplus* di afflittività che, fin dalla sua prima introduzione nell’ordinamento, caratterizza in maniera strutturale il regime di rigore⁴⁰. Il canone della proporzione, che pure dovrebbe rappresentare il faro guida nell’intero sistema dell’esecuzione penale, fatica a produrre tutti i suoi effetti⁴¹: una volta individuata la finalità del carcere duro nella necessità di recidere il legame tra il detenuto e la compagine criminale di provenienza/appartenenza, ogni prescrizione che esorbiti rispetto a tale scopo dovrebbe considerarsi costituzionalmente illegittima.

³⁸ M. PALMA, *Il regime del 41 bis visto da Strasburgo (e dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura)*, in *Volti e maschere della pena*, cit., 187.

³⁹ A. DELLA BELLA, *op. cit.*, 192. Cass., Sez. I pen., 5 settembre 2014, n. 37231, in *Giur. it.*, 12/2014, 2862 con nota critica di C. FIORIO, *L’“isola che non c’è”: “area riservata” e art. 41 bis o.p.*, ha affermato che il provvedimento adottato dall’amministrazione penitenziaria con il quale il detenuto sottoposto al regime di cui all’art. 41-bis ord. penit. viene inserito in un’area riservata, non comporta specifiche violazioni dei diritti del detenuto, costituendo l’espressione del potere discrezionale riservato all’amministrazione penitenziaria di organizzare e regolare la vita all’interno degli istituti, tenuto anche conto della pericolosità dei detenuti e della necessità di assicurare l’ordinato svolgimento della vita intramuraria.

⁴⁰ V. sul punto M. PALMA, *op. cit.*, 182, il quale rileva che al sostantivo “carcere” non dovrebbe essere aggiunto alcun aggettivo: appare dunque significativa la circostanza per cui il regime del 41-bis si trovi spesso descritto con l’ambigua e sinistra locuzione di “carcere duro”, quasi a definire una detenzione con un *surplus* di durezza fine a se stesso o finalizzato ad aggiungere elementi afflittivi.

⁴¹ La recente indagine condotta da A. DELLA BELLA, *op. cit.*, 428 ss. si conclude proprio con una valorizzazione dei canoni del “minor sacrificio possibile” e della “proporzione in senso stretto”. Sulla centralità del requisito della proporzione anche A. MASSARO, *op. cit.*

Rappresenta certamente un dato significativo, in effetti, quello per cui l'art. 41-*bis* ord. penit. sia divenuto un "osservato speciale" della giurisprudenza costituzionale e di quella europea fin dal momento della sua introduzione, ma, ciò nonostante, né il Giudice delle Leggi né la Corte di Strasburgo abbiano messo in discussione la generale legittimità dell'istituto, limitandosi a censurarne singoli aspetti.

L'impressione che si avverte, specie scorrendo la giurisprudenza della Corte EDU, è quella di una cautela motivata anche da una sorta di intangibilità di quella "ragion di Stato" che fa da sfondo al carcere duro. Non appena invece la misura in questione si trovi "decontestualizzata", ovvero esaminata senza il peso del contesto storico-politico che ne ha determinato l'introduzione, le conclusioni si rivelano più nette. Ha suscitato particolare clamore, per esempio, la decisione con la quale un giudice federale statunitense ha bloccato l'espulsione verso l'Italia del boss Rosario Gambino, che, tornato in patria, sarebbe stato verosimilmente sottoposto al regime dell'art. 41-*bis* ord. penit.: il regime in questione, in effetti, avrebbe rappresentato una forma di coercizione non correlata ad alcuna sanzione o punizione legalmente imposta, una vera e propria tortura, o, comunque, un trattamento crudele, inumano o degradante. Si tratta di un caso ancora più interessante perché Rosario Gambino versava in condizioni di salute particolarmente precarie e il giudice americano riteneva che il c.d. carcere duro non avrebbe assicurato allo stesso tutte le cure necessarie⁴².

Il rapporto tra il regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. e la tutela della salute si rivela indubbiamente complesso. Parlare di una nozione ampia di salute, intesa come generale benessere psicofisico dell'individuo, in riferimento al detenuto in regime di 41-*bis* sembrerebbe una contraddizione in termini⁴³. Anche la tutela della salute intesa in un'accezione più restrittiva, tuttavia, non sembrerebbe andare esente da criticità. La tutela della salute del soggetto sottoposto a un regime di rigore, in effetti, non dovrebbe subire un trattamento diverso rispetto a quello riservato ai detenuti in regime ordinario, ma a volte sembra che ciò avvenga, sia pur in maniera non esplicita.

Sembra dunque opportuno verificare in che modo la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo si sono confrontate con il binomio

⁴² Sul punto E. NICOSIA, *Il c.d. 41- bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 4/2009, 1246.

⁴³ Per la nozione ampia di salute e le sue criticità in riferimento a soggetti privati della libertà personale A. MASSARO, *op. cit.* e G. CAMERA, *Liberi, detenuti in carcere e ristretti in strutture dedicate: diverse prospettive del diritto alla salute*, in *questo volume*.

“carcere duro-diritti fondamentali”. Il tutto senza trascurare il “terzo occhio”⁴⁴, rappresentato dai rapporti del Comitato europeo per la prevenzione della tortura. Proprio la prospettiva del CPT sembra rappresentare un utile punto di partenza.

4.1. *I rapporti del Comitato europeo per la prevenzione della tortura*

Le condizioni di vita e di salute dei detenuti in 41-*bis* ord. penit. sono state più volte criticate dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT), che, come organo di controllo di natura non giurisdizionale, ha il compito di stabilire se una situazione possa qualificarsi tortura o trattamento inumano o degradante⁴⁵.

Il primo rapporto sul tema è quello pubblicato il 4 dicembre 1997 relativo alla visita effettuata dal 22 ottobre al 6 novembre 1995⁴⁶, in cui si è valutata «la scrupolosa aderenza alla finalità espressa nella sua istituzione; l’isolamento e i suoi effetti, con attenzione a che non si produca quel deterioramento delle capacità psicofisiche del detenuto che si configurerebbe come trattamento inumano e degradante; la salvaguardia di alcuni diritti, soprattutto in tema di privacy, valore di difficile tutela in tali contesti; il mutato concetto di “territorialità” della pena che si realizza di fatto in questi casi; l’indeterminatezza intrinseca di un regime speciale rinnovabile in modo quasi automatico e per un tempo complessivo non definito».

Dopo dieci anni dal primo rapporto, il 27 aprile 2006, il CPT, a seguito della “stabilizzazione” del regime operato con la l. n. 279 del 2002, ha dichiarato che tale detenzione comporta gravi lesioni ai diritti dei detenuti e che dovrebbe applicarsi solo in casi eccezionali e per un periodo di tempo limitato. Si tratta infatti di «una situazione che può essere assimilata alla stessa negazione del concetto di trattamento penitenziario», in cui il CPT non esita a ravvisare uno strumento di pressione psicologica volto ad ottenere una collaborazione del detenuto con il sistema giudiziario. Il carcere duro, dunque, evidenzia profili di tensione rispetto all’art. 27 della Costituzione italiana e ai trattati internazionali in materia di diritti umani

⁴⁴ M. PALMA, *op. cit.*, 180.

⁴⁵ Il CPT ha effettuato dieci visite negli istituti italiani: sei periodiche (1992, 1995, 2000, 2004, 2008, 2012) e quattro *ad hoc* (1996, 2006, 2009, 2010); A. DELLA BELLA, *op. cit.*, 356, nota 94. Si rinvia all’Austria anche per un esame degli *Standards* del 2015, in cui il CPT dedica ampia attenzione ai detenuti sottoposti a *solitary confinement*, cioè isolati rispetto agli altri e reclusi in una cella per 22 o più ore al giorno. I Rapporti e gli *Standards* del CPT sono consultabili sul sito www.coe.int.

⁴⁶ Su cui J. MURDOCH, *Treatment of prisoners: European Standards*, Strasburgo, 2006.

di cui l'Italia è Stato parte.

Nel Rapporto del 2010, che fa riferimento alla visita periodica del 2008, il CPT analizza anche la situazione psicologica dei detenuti sottoposti a tale regime, affermando che, in una sezione visitata a quindici detenuti su venti erano somministrate cure psichiatriche. Il CPT ribadisce anche che l'attuale regime del 41-*bis* ord. penit. è, di per sé, «fortemente dannoso per i diritti fondamentali delle persone che a esso sono sottoposte e non è privo di effetti sullo stato delle condizioni somatiche e mentali di alcuni detenuti» e aggiunge che «il Comitato non mette in dubbio la legittimità e la necessità della lotta che le autorità italiane hanno intrapreso contro tutte le forme di criminalità organizzata; al contrario, condivide tale necessità. Tuttavia, l'adozione dei nuovi emendamenti alla legge inevitabilmente porteranno danni irreparabili al fragile bilanciamento che deve essere mantenuto tra gli interessi della società e il rispetto dei diritti fondamentali della salute».

Altro elemento su cui il CPT si è soffermato è il “quasi isolamento” previsto dal regime speciale, caratterizzato da un accesso limitato all'aria aperta, da una socializzazione ridotta al minimo e dal fatto che «in alcuni istituti emerge un quadro di quasi totale decontestualizzazione dalla realtà di persone detenute per tempi lunghissimi, potenzialmente senza fine, e che spesso tale quadro è anche aggravato dalla previsione di aree riservate dove l'isolamento è totale, contrariamente a quanto la norma prevede»⁴⁷. Il CPT aveva per questi motivi invitato le autorità italiane a rivedere l'attuale regime del 41-*bis* ord. penit.

A seguito di tali osservazioni le istituzioni italiane avevano preso l'impegno di alleggerire alcune restrizioni e prevedere benefici per i detenuti sottoposti da molto tempo al regime di rigore, ma la l. n. 94 del 2009, come già precisato, è andata nell'opposta direzione di un ulteriore inasprimento della disciplina.

Nel rapporto redatto a seguito dell'ultima visita condotta nel 2010 nel carcere di Terni il CPT ha espresso profondi dubbi circa l'ulteriore inasprimento delle restrizioni in seguito all'intervento legislativo del 2009. In particolare il Comitato ha precisato, ancora una volta, che le restrizioni applicabili in regime di carcere duro sembrano funzionali più che all'esigenza di tutelare la società, all'ottenimento di una condotta collaborativa con la giustizia, realizzando dunque forme di pressione di dubbia legittimità.

⁴⁷ La risposta del Governo italiano alle richieste del CPT in merito all'area riservata del carcere visitato nel 2008, è consultabile in www.rm.coe.int.

4.2. *La giurisprudenza della Corte costituzionale*

Gli interventi della Corte costituzionale sulle varie formulazioni dell'art. 41-*bis* ord. penit. che si sono succedute nel tempo sono stati numerosi e hanno riguardato aspetti molto diversi tra loro, attraverso i quali, pur senza negare l'astratta necessità di tutela delle esigenze di sicurezza all'interno del carcere, la Consulta ha richiamato il legislatore e gli interpreti a una lettura armonica di tale istituto con i principi costituzionali.

Restando alle sole pronunce che hanno affrontato i "profili generali" del regime del carcere duro, il parametro costituzionale più evidente è rappresentato senza dubbio dall'art. 27, terzo comma Cost., tanto *sub specie* di divieto di trattamenti contrari al senso di umanità quanto sotto il profilo del finalismo rieducativo della pena. La sospensione delle ordinarie regole trattamentali nei confronti di una ristretta cerchia di detenuti, mal si concilia con la finalità rieducativa della pena, in effetti, e con l'esigenza di un trattamento individualizzato in base alle caratteristiche ed esigenze personali dei singoli individui.

La Corte costituzionale ha tuttavia negato che "in quanto tale" il regime *ex* art. 41-*bis* ord. penit. si ponga in contrasto con l'art. 27, terzo comma Cost., sia pur in maniera alquanto sbrigativa⁴⁸. La Corte, in particolare, ha precisato che il carcere duro non comporta e non può comportare la soppressione o la sospensione delle attività di osservazione e di trattamento individualizzato previste dall'art. 13 dell'ordinamento penitenziario, né la preclusione alla partecipazione del detenuto ad attività culturali, ricreative, sportive e di altro genere, volte alla realizzazione della personalità⁴⁹, senza tuttavia precisare come gli obiettivi in questione possano di fatto essere raggiunti. Analogamente i detenuti in 41-*bis*, ad avviso della Consulta, rappresentano una categoria di detenuti sottoposti ad un regime di esecuzione della pena diverso e più afflittivo rispetto a quello previsto per la criminalità comune, con sacrificio anche del principio della finalità rieducativa della pena che impone trattamenti individualizzati e ispirati al senso di umanità, senza però che, ancora una volta l'art. 27, terzo comma Cost. risulti per ciò solo violato⁵⁰.

Anche in riferimento ai profili di possibile contrasto con l'art. 3 Cost. la Consulta nella sentenza del 5 dicembre 1997, n. 376 ha affermato che «vero è che la lettera della disposizione normativa, col riferimento a generici

⁴⁸ Così E. NICOSIA, *op. cit.*, 1243.

⁴⁹ Corte cost., 26 novembre 1997, n. 376, punto 7 del *Considerato in diritto*.

⁵⁰ Corte cost., ord. 13 dicembre 2004, n. 417.

“motivi” ed “esigenze” di ordine e di sicurezza pubblica, parrebbe consentire in relazione al solo titolo di reato, l’applicazione di un regime derogatorio indeterminato e dunque non vincolato a specifici contenuti né a specifiche finalità congruamente perseguibili nei limiti delle competenze attribuite all’amministrazione penitenziaria», concludendo però che «è doverosa una interpretazione più restrittiva e conforme a Costituzione della norma»⁵¹. Da ciò deriva che il regime detentivo speciale non si fonda sul titolo di reato bensì sull’effettivo pericolo di permanenza di collegamento con la criminalità organizzata in quanto i provvedimenti devono essere giustificati in relazione alle esigenze di ordine e sicurezza.

È ovviamente innegabile che la Corte costituzionale abbia contribuito a delineare i contorni di alcuni fondamentali diritti dei detenuti sottoposti al regime di carcere duro. A titolo meramente esemplificativo, si ricorda che la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima la disposizione, introdotta dalla l. n. 94 del 2009, che apponeva un numero massimo al numero di colloqui e telefonate con il difensore⁵².

4.3. La giurisprudenza della Corte EDU

Numerose sono state anche le censure sollevate da parte di detenuti davanti alla Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo in relazione al regime di cui all’art. 41-*bis* ord. penit.

Come già anticipato, anche la giurisprudenza europea si è mostrata da subito molto cauta nel delineare il regime di rigore come un sistema integrante il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti cui all’art. 3 CEDU⁵³. Infatti, la deroga alle ordinarie regole di trattamento penitenziario nei confronti di individui resisi autori di reati particolarmente

⁵¹ Corte cost., 26 novembre 1997, n. 376, punto 5 del *Considerato in diritto*.

⁵² Corte cost., 17 giugno 2013, n. 143, su cui M. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in *Giurcost.com*; V. MANES, V. NAPOLEONI, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di “carcere duro”: nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2013, 336 ss.; P. CORVI, *La Corte costituzionale riafferma il diritto di difesa dei soggetti sottoposti al regime detentivo previsto dall’art. 41 bis o.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 10/2013, 1189 ss.; F. FIORENTIN, *Regime speciale del “41-bis” e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2/2013, 2180 ss.

⁵³ Oltre all’art. 3 CEDU, si sono posti problemi di compatibilità del carcere duro con gli artt. 8 (per il profilo della violazione della libertà di comunicazione e del rispetto della vita privata e familiare), 6 e 13 (per le questioni relative a un’effettiva tutela giurisdizionale: si rinvia sul punto ad A. DELLA BELLA, *op. cit.*, 314 ss.

gravi è stata sempre giustificata, più o meno esplicitamente, con la necessità di contrastare il fenomeno della criminalità organizzata. La stessa Corte ha stabilito, in diverse occasioni, che la disposizione in esame non viola i principi della CEDU poiché rappresenta uno strumento necessario per interrompere definitivamente i legami tra i soggetti detenuti e le organizzazioni criminali, e non va al di là di quanto, in una società democratica, è necessario alla difesa dell'ordine e della sicurezza pubblica e alla prevenzione dei reati⁵⁴. Così, per esempio, i giudici europei hanno ritenuto che la severa disciplina sulle visite sia legittima e proporzionata in quanto finalizzata a recidere i legami esistenti tra le persone interessate e il loro originario ambiente criminale, al fine di ridurre al minimo il rischio del mantenimento dei contatti personali con le strutture delle organizzazioni criminali⁵⁵.

Si tratta quindi di valutare, “caso per caso”, se la singola detenzione possa considerarsi contraria alla Convenzione: la linea guida, ancora una volta, parrebbe essere quella della “proporzione” tra il *surplus* di afflittività e le esigenze di sicurezza cui assolve il regime di rigore. In questa valutazione, tuttavia, sembrerebbero non risultare adeguatamente valorizzate le

⁵⁴ Valga per tutti il riferimento a Corte EDU, 7 luglio 2008, *Asciutto v. Italy*, ric. n. 35795/02, su cui P. CORVI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime detentivo speciale*, in *Dir. pen. proc.*, 9/2008, 1189 ss. Per considerazioni più generali relative alla giurisprudenza della Corte EDU in materia di carcere duro C. MINNELLA, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime carcerario ex art. 41-bis ord. penit. e la sua applicazione nell'ordinamento italiano*, in *Rass. penit. crim.*, 3/2004, 197 ss. e C. FIORIO, *Art. 41-bis parliamone*, in *Arch. pen. web*, 2/2015, 1 ss., ai quali si rinvia anche per più esauritive indicazioni giurisprudenziali. Tra le pronunce più recenti si segnala Corte EDU, 24 settembre 2015, *Paolello v. Italy*, ric. n. 37648/02, in *Giurisprudenzapenale.com*, con nota di V. MANCA, *La Corte EDU conferma la compatibilità del 41-bis Ord. Pen., ma il “carcere duro” è davvero conforme ai diritti umani?*

⁵⁵ Corte EDU, 28 settembre 2000, *Messina v. Italy*, ric. n. 25498/98. In Corte EDU, 17 settembre 2009, *Enea v. Italy*, ric. n. 74912/01, per contro, il ricorrente sosteneva che il costante controllo della sua corrispondenza rappresentasse una palese violazione dell'art. 8 CEDU. Sebbene il Governo ribadisse che i controlli erano finalizzati ad impedire che la corrispondenza potesse divenire uno strumento di trasmissione di comunicazioni vietate, a tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale, la Corte riteneva violato l'art. 8, posto che la legge lasciava alle autorità una libertà troppo ampia per la definizione delle modalità del controllo. La l. n. 94 del 2009, attraverso l'art. 18-ter ord. penit., ha provveduto a disciplinare in maniera più dettagliata il controllo della corrispondenza, individuando i soggetti destinatari del controllo, l'organo legittimato ad adottare il decreto, il contenuto dello stesso, nonché la durata: cfr. C. MINNELLA, *Il prezioso contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, in *Rass. penit. crim.*, 3/2003, 145.

condizioni soggettive del detenuto, a partire da quelle di salute⁵⁶.

Emblematici da questo punto si rivelano tanto il caso *Enea* quanto il caso *Riina*.

Nel caso *Enea* il ricorrente, boss di Cosa Nostra, contestava la sua collocazione in una sezione ad elevato indice di vigilanza (EIV)⁵⁷, malgrado l'età avanzata e le precarie condizioni di salute. La Corte ha escluso una violazione dell'art. 3 CEDU, posto che le autorità nazionali avevano assicurato al detenuto le cure necessarie, senza però, si ripete, un'attenta valutazione delle effettive condizioni di salute del detenuto⁵⁸. È indubbiamente significativa la circostanza per cui in riferimento a detenuti in regime ordinario, anche per condizioni di salute meno gravi di quelle che venivano in considerazione nel caso *Enea*, la Corte sia giunta a conclusioni differenti⁵⁹.

Analoghe le cadenze nel caso *Riina*⁶⁰, che mostra profili di interesse anche perché affronta *ex professo* alcune delle modalità esecutive più discusse e discutibili del carcere duro, le quali, tra l'altro, mostrano chiaramente le possibili interferenze rispetto alla salute del detenuto.

Con particolare riferimento all'illuminazione notturna della cella, la Corte ritiene che, poiché l'isolamento sensoriale o sociale imposto dall'art. 41-*bis* ord. penit. non è completo, l'illuminazione notturna della cella del ricorrente non raggiunga un livello di gravità sufficiente per rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 3 CEDU. Quanto alle possibili ripercussioni dell'illuminazione notturna della cella sul sonno del detenuto, i giudici di Strasburgo ricordano di aver giudicato le disfunzioni del ciclo del sonno compatibili con l'articolo 3 CEDU in una causa in cui, ad ogni ora della notte tra mezzanotte e le sei del mattino, il detenuto in questione era svegliato rumorosamente dalle guardie. Nel caso di specie, poiché il fastidio derivante dall'illuminazione notturna costante aveva avuto sicuramente ripercussioni meno importanti sul sonno del ricorrente, la Corte non ritiene

⁵⁶ La circostanza è sottolineata da A. DELLA BELLA, *op. cit.*, 326. Per più ampie considerazioni relative alla tutela del detenuto nella giurisprudenza di Strasburgo v. F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *questo volume*.

⁵⁷ Il circuito EIV è stato superato dalla più recente articolazione dei circuiti di sicurezza: A. MASSARO, *op. cit.*

⁵⁸ Il circuito EIV è stato Corte EDU, 17 settembre 2009, *Enea v. Italy*, cit.

⁵⁹ Cfr. A. DELLA BELLA, *op. cit.*, 327-328, nota 37, la quale riporta le decisioni Corte EDU, 17 luglio 2012, *Scoppola v. Italy (no. 4)*, ric. n. 65050/09; Corte EDU, 7 febbraio 2012, *Cara Damiani v. Italy*, ric. n. 2447/05; Corte EDU, 11 febbraio 2014, *Contrada v. Italy (no. 2)*, ric. n. 7509/08.

⁶⁰ Corte EDU, 19 marzo 2013, *Riina v. Italy*, ric. n. 43575/09, § 28.

superata la soglia di gravità necessaria a configurare una violazione dell'art. 3 della Convenzione⁶¹.

Al termine di questa sintetica rassegna è possibile operare una valutazione rispetto al percorso della Corte EDU.

A partire dal caso *Labita*⁶² i giudici hanno riconosciuto che la sospensione delle ordinarie regole del trattamento penitenziario possa in astratto porsi in contrasto con la Convenzione, ma che occorre valutare caso per caso se l'applicazione di tali misure restrittive sul singolo detenuto integri un trattamento inumano e degradante in violazione dell'art. 3 CEDU. Per raggiungere tale conclusione è necessario che il trattamento denunciato raggiunga una soglia minima di gravità, che dipende dalle circostanze del caso concreto, in ragione della valutazione di tre elementi: le ricadute sull'integrità fisica e psichica del detenuto, le sue caratteristiche personali, la durata del trattamento. L'onere di allegare e provare la sussistenza di tale violazione oltre ogni ragionevole dubbio ricade sul detenuto stesso; in caso contrario la Corte – nel difficile bilanciamento tra esigenze di sicurezza pubblica e diritti umani del singolo – privilegerà una dichiarazione di irricevibilità del ricorso⁶³. La Corte europea ritiene, quindi, di “salvare” il regime del carcere differenziato in ragione della prevalenza di esigenze di difesa sociale, che mal si conciliano con la tutela dei diritti fondamentali della persona. La necessità di un calibrato bilanciamento tra i diversi valori in esame viene richiesto all'unanimità dalla dottrina, sia in relazione ai profili costituzionali, sia ora in ragione della Convenzione europea, nonché da una parte della magistratura e da innumerevoli iniziative sociali, volte ad evidenziare l'eccessività e la sproporzione di un simile regime penitenziario⁶⁴. Anche se, almeno fino a questo momento, il canone della proporzione fatica ad assolvere a quella funzione di “selezione” che pure dovrebbe essergli connaturata.

⁶¹ Ivi, §§ 31-32.

⁶² Corte EDU, Grande Camera, 1 marzo 2000, *Labita v. Italy*, ric. n. 26772/95, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2001, 189 ss., con nota di A. ESPOSITO, *La sentenza Labita era inevitabile? Riflessioni sulla titolarità delle garanzie dei diritti dell'uomo*. Il ricorrente lamentava di aver subito maltrattamenti nel carcere di Pianosa, in regime di 41-bis. La Corte europea ha ritenuto non raggiunta la prova in ordine alla violazione “sostanziale” dell'art. 3 CEDU, ravvisando però una violazione “processuale” dello stesso: l'Italia è stata quindi condannata per il mancato svolgimento di indagini ufficiali efficaci sulle denunce effettuate dal Labita in riferimento ai pretesi maltrattamenti.

⁶³ *Amplius* F. CECCHINI, *op. cit.*

⁶⁴ È nota, infatti, l'avversione delle Unioni delle Camere Penali verso il trattamento carcerario speciale: cfr. E. RANDAZZO, *Separazione delle carriere e carcere duro le riforme nel mirino delle Camere Penali*, in *Guida dir.*, 40/2002, 11 ss.

5. Il “caso Provenzano”: tortura di Stato?

Uno dei casi più significativi ed esemplificativi della complessità della tutela del diritto alla salute nei riguardi dei detenuti internati nelle sezioni di rigore è quello riferito alle condizioni di Bernardo Provenzano, ultraottantenne e malato in stato quasi vegetativo, ristretto in regime di 41-*bis* ord. penit.

Viste le sue precarie condizioni di salute i difensori avevano presentato un reclamo contro la proroga del regime di carcere duro, autorizzata dal Ministro di Giustizia, allegando referti che testimoniavano un «cronico e irreversibile decadimento intellettivo ed incapacità di comunicare dell'uomo».

Come si legge nel Rapporto 2016 sul regime previsto dall'art. 41-*bis* ord. penit. della Commissione per la tutela dei diritti umani del Senato⁶⁵, il Tribunale di sorveglianza di Roma, in data 8 gennaio 2015, pur prendendo atto della relazione dei sanitari dell'ospedale, secondo i quali il detenuto trascorrevva le giornate allettato, alternando periodi di sonno e vigilanza e che «l'atteggiamento del paziente, le condizioni neurologiche primarie e la storia clinica [lasciavano] presupporre un grave decadimento cognitivo», ha respinto il reclamo, sottolineando nell'ordinanza di rigetto che «le restrizioni trattamentali in esame [fossero] pienamente giustificate e funzionali rispetto alla salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica, sussistendo il pericolo di continuità di relazioni criminali tra il detenuto Bernardo Provenzano e la potente organizzazione di appartenenza, che annovera latitanti di massimo spicco (quale Matteo Messina Denaro), con la conseguenza che il regime speciale di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. doveva essere confermato». Più nel dettaglio, nelle motivazioni della sentenza i giudici sostenevano che le condizioni di salute di Provenzano non consentissero di ritenere venuto meno il pericolo che il detenuto, capo indiscusso da tempo remoto dell'associazione Cosa Nostra potesse mantenere contatti con l'organizzazione criminale e che «invero, la valutazione dei sanitari, formulata comunque in termini di supposizione circa il grave deterioramento cognitivo [...] [indicava] non già la totale incapacità di attenzione e orientamento spazio-temporale, bensì il degrado, tra l'altro neanche quantificato, delle funzioni attentive e cognitive, tale da non escludersi del tutto e in termini di assoluta certezza che il medesimo non potesse impartire direttive di rilevanza criminale o strategiche per le

⁶⁵ Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, XVII legislatura, Rapporto sul regime detentivo speciale indagine conoscitiva sul 41-bis, in www.senato.it, aprile 2016, 41 ss. (ultimo accesso 12.04.2017).

attività dell'organizzazione attraverso i familiari o persone di fiducia».

Il Tribunale ha quindi accolto il motivato parere della Direzione nazionale antimafia, secondo cui la personalità e la storia criminale del detenuto rendeva «evidente la necessità di conservazione delle misure atte al contenimento della carica di pericolosità sociale del detenuto correlata al rischio di diramazione di direttive criminose all'esterno del circuito penitenziario vista la non evidenza di uno stato di totale scadimento delle attuali capacità di attenzione, comprensione ed orientamento spazio-temporale della persona».

Il 24 marzo 2016 il Ministro Orlando ha confermato per altri due anni il regime di rigore⁶⁶ a Bernardo Provenzano, che morirà in regime di carcere duro il 13 luglio 2016.

Sempre sul caso Provenzano, parallelamente a questo procedimento, rapidamente riassunto, se ne è sviluppato un altro, avviato autonomamente dal Tribunale di sorveglianza di Milano. Provenzano, infatti, era stato trasferito dal carcere, per essere ricoverato nella camera ospedaliera di massima sicurezza all'ospedale S. Paolo. In questo caso i giudici hanno ammesso che nelle condizioni in cui versava non fosse possibile attribuirgli una qualche capacità di impartire ordini, ma hanno concluso che la detenzione in ospedale fosse preferibile alla scarcerazione del detenuto negando pertanto il differimento dell'esecuzione della pena *ex art.* 147 c.p.

La Corte di cassazione ha confermato la decisione del Tribunale di Milano⁶⁷. I giudici di legittimità hanno ritenuto infatti che le condizioni di salute di Bernardo Provenzano risultavano trattate in regime di ricovero detentivo esterno secondo quanto previsto dall'art. 11 ord. penit. e che, secondo i periti, il paziente rispondeva alle terapie somministrate. Visti,

⁶⁶ Secondo il Ministro Orlando: «Non risulta essere venuta meno la capacità del detenuto Bernardo Provenzano di mantenere contatti con esponenti tuttora liberi dell'organizzazione criminale di appartenenza, anche in ragione della sua particolare concreta pericolosità». La decisione del Ministro si poneva in contrasto con il parere negativo alla proroga del carcere duro espresso dalle Procure di Firenze e Caltanissetta; la Dda di Palermo, diretta da Francesco Lo Voi, aveva invece espresso parere positivo, precisando che «per una migliore valutazione della necessità del rinnovo del regime detentivo speciale nei confronti di Provenzano, occorre delineare la sua figura e il suo ruolo nell'associazione mafiosa Cosa nostra. Il detenuto in questione, grazie ai diffusi appoggi della consorceria mafiosa siciliana è riuscito ad assicurarsi lo stato di latitanza per oltre 40 anni, sino all'11 aprile 2006». Si ricorda anche che dopo l'arresto del boss Totò Riina, «Provenzano ha assunto un'incontestata posizione verticistica rimanendo per diversi anni l'incontrastato capo dell'associazione mafiosa nel suo insieme, non di uno o l'altro mandamento»: F. PATANÈ, *Mafia, confermato il carcere duro per Provenzano*, in www.palermo.repubblica.it, 2 aprile 2016 (ultimo accesso 12.04.2017).

⁶⁷ Cass., Sez. I pen., 9 giugno 2015, n. 38813, in *Dejure*.

da un lato, l'efficacia delle cure somministrate e, dall'altro lato, il rischio per la stessa possibilità di sopravvivenza del detenuto che avrebbe provocato la prosecuzione della sua degenza nel meno rigoroso regime della detenzione domiciliare, in un contesto di promiscuità in cui l'assistenza sanitaria non avrebbe potuto essere assicurata con altrettanta efficacia, il ricorso è stato rigettato. Si tratterebbe, ad avviso della suprema Corte, di una motivazione «fondamentalmente incentrata sulla necessità di tutelare in modo adeguato il diritto alla salute del detenuto». Come a dire: il regime di carcere duro, lungi dal compromettere un'efficace tutela del diritto alla salute, risulterebbe lo strumento che meglio riesce a garantirlo⁶⁸.

6. Prospettive di riforma: le proposte di legge per un carcere duro "umanizzato"

Molti sono stati i tentativi di riforma del regime del carcere duro, tentativi che però si sono spesso arrestati per le ripercussioni, anche politiche, che questi temi provocano nell'opinione pubblica.

Le proposte presentate in Parlamento intervengono su vari aspetti, anche se in linea generale l'impianto dell'istituto non è messo discussione. Il testo che più va nella direzione di una umanizzazione del regime speciale è quello elaborato con il contributo dell'Unione camere penali italiane e presentato nella precedente legislatura dagli onorevoli Bernardini e altri⁶⁹. Tale proposta di legge da un lato ribadisce con nettezza che «ogni trattamento del detenuto, il quale non realizzi compiutamente le finalità rieducative della pena e non rispetti i principi di umanità della pena previsti dall'art. 27 Cost. e dai trattati internazionali, non può essere accolto nel nostro sistema». Allo stesso tempo propone, con realismo, un'ipotesi di riforma che opera sotto due aspetti: in primo luogo la modifica dell'art. 4-*bis* ord. penit., in modo da restringerne l'ambito di applicazione al solo delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p. e ai delitti per i quali è contestata l'aggravante dell'art. 7 del d.l. n. 152 del 1991; in secondo luogo si è optato per una proposta di eliminazione del presupposto della collaborazione con la

⁶⁸ Per un caso analogo a quello di Bernardo Provenzano, approdato però ad esiti differenti, v. Cass., Sez. I pen., 1 ottobre 2013, in *Dejure*.

⁶⁹ Atto Camera n. 4147, XVI legislatura «Modifiche agli articoli 4-*bis*, 14-*bis*, 14-*ter*, 14-*quater* e 41-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari, di regime di sorveglianza particolare e di soppressione del regime restrittivo con sospensione delle regole ordinarie di trattamento penitenziario per gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica», in *www.camera.it* (ultimo accesso 12.04.2017).

giustizia, introducendo il criterio della prova concreta della permanenza dei rapporti tra il detenuto e l'organizzazione criminale al momento della richiesta dei benefici.

La proposta subordina le restrizioni alla dimostrazione di esigenze specifiche e concrete per il singolo detenuto cui sono destinate in ossequio al principio di individualizzazione del trattamento e rende le restrizioni proporzionali allo scopo che si prefiggono, al fine di impedirne ogni inutile vessatorietà che può minare anche le condizioni di salute del detenuto; inoltre sono posti limiti temporali alla sottoposizione al regime e viene posto con forza l'accento sul requisito dell'attualità del collegamento per autorizzare una proroga.

7. *Considerazioni conclusive*

Secondo i dati disponibili al dicembre 2015 risultava che fossero 729 le persone detenute in regime di 41-*bis* ord. penit., di cui 7 donne. Solo il 45% con condanna definitiva. Sarebbe fuorviante negare le esigenze di sicurezza poste dal fenomeno della criminalità organizzata, ma è altresì necessario porre l'accento sul fatto che la disciplina italiana sul carcere duro non abbia eguali in tutta Europa.

Quella che doveva essere una normativa emergenziale, con efficacia limitata a tre anni dall'entrata in vigore della l. n. 356 del 1992, si è tradotta in una legislazione che ha ricevuto invece una definitiva stabilizzazione. Non si può certo negare la necessità di adottare misure *ad hoc* che siano idonee a far fronte a situazioni contingenti ed emergenziali, come è avvenuto per la prima volta negli anni di piombo, tramite l'istituzione delle carceri di massima sicurezza e successivamente negli anni '90 a causa del dilagante fenomeno mafioso. La necessità di fronteggiare fenomeni ricollegabili alla criminalità organizzata, terroristica o eversiva ha portato il legislatore ad abbandonare gli entusiasmi iniziali che avevano condotto alla riforma dell'ordinamento penitenziario e l'idea stessa di un trattamento incentrato sulla rieducazione del condannato e sulla sua progressiva risocializzazione. L'aspetto maggiormente critico della materia è proprio quello della rinuncia *a priori* all'idea di una possibile rieducazione nei confronti degli autori di reati riconducibili alla criminalità organizzata terroristica o eversiva.

Inoltre suscita perplessità la presunzione che la semplice condotta

collaborativa sia idonea a dare effettiva prova dell'avvenuta redenzione. Collaborare con la giustizia non dà la certezza dell'affidabilità oggettiva del reo, ovvero del fatto che questo non torni a delinquere. Una detenzione insostenibile in carcere può talvolta condurre alla scelta della collaborazione per fini esclusivamente utilitaristici.

La natura meramente affittiva di alcune delle limitazioni integranti il regime detentivo speciale è stata evidenziata nell'ultimo rapporto, reso pubblico nel dicembre 2013, dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura. In questo caso il CPT ha censurato l'ultimo intervento legislativo del 2009 che ha inasprito ulteriormente (se possibile) le misure restrittive per i detenuti in regime di 41-*bis* ord. penit. Alcuni di questi inasprimenti, a parere del Comitato, hanno poco a che fare con la necessità di tutelare l'ordine e la sicurezza pubblica. La criticità del regime è ancora più preoccupante se analizzata rispetto agli evidenti danni sulla salute psicofisica dei detenuti all'interno dell'istituto penitenziario. Il caso di Bernardo Provenzano è esemplare. La suprema Corte rigetta il ricorso per alleggerire la detenzione ritenendo che il «peculiare regime» detentivo non solo non sia incompatibile con le pur gravi condizioni di salute accertate, ma al contrario che sia «fondamentalmente incentrato sulla necessità di tutelare in modo adeguato il diritto alla salute del detenuto». In poche parole il carcere diventa «*fondamentale*» per la sopravvivenza del detenuto ristretto. Se, infatti, Provenzano avesse lasciato la camera di sicurezza dell'ospedale, e la prosecuzione della sua degenza fosse avvenuta nel meno rigoroso regime della detenzione domiciliare o in un reparto ospedaliero comune, sarebbe stato a «*rischio sopravvivenza*», poiché si sarebbe trovato in un contesto di promiscuità in cui l'assistenza sanitaria non gli avrebbe potuto essere assicurata in modo dedicato con altrettanta efficacia.

La giurisprudenza costituzionale ha costantemente richiamato l'attenzione sui limiti entro cui il regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. dovrebbe trovare applicazione, identificandoli essenzialmente nell'art. 27 Cost.

Questo è il binario della legalità che occorre seguire.

Il pericolo che tali fenomeni costituiscono per la convivenza civile non deve condurre ad una sostanziale rinuncia alla tutela dei diritti fondamentali di cui sono titolari tutti gli individui, a maggior ragione quelli detenuti. Ciò significa che qualsiasi misura, pur volta esclusivamente e specificamente alla tutela della sicurezza, non può mai travalicare il confine segnato dal rispetto dei diritti fondamentali della salute e portare all'inflizione di trattamenti disumani o degradanti che il nostro sistema rifiuta radicalmente. Per questi motivi sarebbe opportuno, se non necessario rimuovere tutte

quelle misure che costituiscono un *surplus* rispetto alla tutela dell'ordine e sicurezza a cui il modello del doppio binario penitenziario è finalizzato, ricordando che, secondo una celebre sentenza della Consulta: «l'individuo sottoposto a pena detentiva conserva sempre un residuo di libertà che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandere la sua personalità individuale»⁷⁰.

⁷⁰ Corte cost., 24 giugno-28 luglio 1993, n. 349, § 4.2. del *Considerato in diritto*.

Valerio Medaglia

*Il diritto di rifiutare le cure: lo sciopero della fame
da parte del detenuto*

SOMMARIO: 1. I profili problematici dello sciopero della fame da parte di un soggetto detenuto – 2. La posizione di garanzia degli operatori penitenziari – 2.1. Una ricostruzione alternativa: il garante come gestore di un rischio – 3. Il problema della liceità dell'alimentazione forzata del detenuto in sciopero della fame – 3.1. La tesi che identifica lo sciopero della fame con il suicidio – 3.2. La tesi che valorizza il diritto di autodeterminazione terapeutica quale risvolto negativo del diritto alla salute – 3.3. La tesi che valorizza lo stato di necessità – 4. Considerazioni conclusive

1. *I profili problematici dello sciopero della fame da parte di un soggetto detenuto*

Lo sciopero della fame da parte di un soggetto detenuto in una istituzione carceraria¹ solleva una molteplicità di problemi che investono non solo la

¹ Sul tema dello sciopero della fame del soggetto detenuto: G. FIANDACA, *Sullo sciopero della fame nelle carceri*, in *Foro It.*, II, 1983, 235 ss.; M.G. MAFFEI, *Lo sciopero della fame della persona detenuta*, in *Rass. penit. crim.*, 3/2003, 15 ss.; F. DAL CANTO, *Lo sciopero della fame in carcere*, in *Quad. cost.*, 3/2009, 906 ss.; E. FASSONE, *Sciopero della fame, autodeterminazione e libertà personale*, in *Quest. giust.*, 2/1982, 335 ss.; D. PULITANÒ, *Sullo sciopero della fame di imputati in custodia preventiva*, ivi, 2/1982, 369 ss.; V. ONIDA, *Dignità della persona e "diritto di essere malati"*, ivi, 2/1982, 362 ss.; G.M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, Milano, 2012, 177 ss.; M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario. Le norme, gli organi, le modalità dell'esecuzione delle sanzioni penali*, Milano, 2010, 144 ss.; A. BERNASCONI, *Commento all'art. 11*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa, I, Padova, 2011; P. TRONCONE, *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2015, 154 ss.; M. BILANCETTI, F. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 2010, 639 ss.; A. GABOARDI, *Trattamento penitenziario e diritti fondamentali alla luce del diritto sovranazionale*, in *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, a cura di A. Gaboardi [et al.], Torino, 2012, 26 ss.; M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 154 ss.; A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, 99 ss.; F. FIORENTIN, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, in *Giur. mer.*, 11/2010, 2819 ss.;

sfera prettamente giuridica o politico-istituzionale, ma altresì quella etica. Volendo limitare l'analisi al profilo giuridico, lo sciopero della fame del detenuto impone di risolvere due questioni ben distinte: innanzi tutto quella concernente l'eventuale responsabilità penale degli operatori penitenziari nel caso in cui lo sciopero degeneri nella morte del suo autore; in secondo luogo, occorre valutare se sia lecito procedere all'alimentazione coatta del detenuto che rifiuti durevolmente di nutrirsi, ove ciò sia necessario per impedire proprio l'evento mortale. Quest'ultima questione conduce l'interprete a confrontarsi con il più generale problema della tutela del diritto alla salute all'interno del carcere. In particolare, ai fini che interessano in questa sede, si tratta di stabilire se il diritto alla salute, nella sua accezione negativa di diritto di rifiutare le cure mediche, riceva un pieno riconoscimento all'interno di quel peculiare luogo di detenzione che è il carcere o se le speciali esigenze sottese all'esecuzione della pena detentiva consentano una sua limitazione entro i limiti del canone di ragionevolezza posto dall'art. 3 Cost.

Secondo quanto precisato dalla medicina legale, lo sciopero della fame può definirsi come il rifiuto volontario, totale di assumere cibo (normalmente non si rifiuta l'assunzione di acqua), senza un giustificato motivo medico, che duri da più di tre giorni². Esso costituisce una forma di protesta non-violenta, finalizzata al conseguimento di un risultato che si assume come giusto. A ben vedere, nella sua più intima essenza, lo sciopero della fame assurge a forma di esternazione di un disagio, tanto da essere annoverato tra le possibili strategie comunicative di cui può servirsi un individuo o un gruppo sociale³. All'interno del carcere tale aspetto viene in rilievo più che in ogni altro luogo in cui si esplica la personalità dell'essere umano. Il detenuto è sottoposto a un regime di restrizione della libertà che recide i suoi rapporti con il mondo esterno, sicché il disagio interiore non può trovare altro sfogo se non in comportamenti patologici e stravaganti, i soli capaci di scuotere la normalità del vivere sociale. Attraverso il digiuno il ristretto riafferma in modo plateale la propria esistenza, la propria libertà morale come essere umano: lo sciopero della fame si configura come

L. FERRAJOLI, *Carcere e diritti fondamentali*, in *Quest. giust.*, 2/1982, 351 ss. Sul versante medico-legale: I. ALLEGRANTI, G. GIUSTI, *Lo sciopero della fame del detenuto. Aspetti medico-legali e deontologici*, Padova, 1983; M. PARZIALE, A. PONTI, *Il medico e l'alimentazione forzata del detenuto*, in *Rass. penit. crim.*, 1/1983, 147 ss.; F. BUZZI, *L'alimentazione coatta nei confronti dei detenuti*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/1982, 282 ss.

² I. ALLEGRANTI, G. GIUSTI, *op. cit.*, 6.

³ M.G. MAFFEI, *op. cit.*, 15, il quale evidenzia come lo sciopero della fame abbia la capacità di sostituirsi al linguaggio in quelle condizioni o situazioni in cui appare più difficile se non impossibile comunicare oralmente con l'esterno.

atto di ribellione interiore all'adattamento istituzionale cui mira la pena detentiva, un «vero e proprio paradosso conservativo della propria identità personale e culturale»⁴.

Se, tuttavia, il detenuto persevera nella sua decisione di non alimentarsi e protrae il digiuno per lungo tempo, si possono verificare delle conseguenze cliniche molto gravi, quali l'autointossicazione, il rallentamento della produzione di calore, nonché l'insorgere di patologie neurologiche. La mancata assunzione di cibo impedisce al corpo di assumere le risorse energetiche necessarie alla respirazione, al movimento e, in generale, alla sopravvivenza. Ciò conduce l'organismo a utilizzare le sue riserve, finendo per attivare un meccanismo di autodistruzione. Dopo alcuni giorni di digiuno la sensazione della fame viene sostituita da uno stato di indifferenza per il cibo con rapido dimagrimento. L'evento mortale può essere condizionato da molti fattori, quali l'età del soggetto, il suo stato di salute complessivo, la sua reattività. Quel che rileva è che ogni evento dannoso per la salute o per la vita dell'individuo può essere impedito solo mediante l'interruzione dello sciopero, sottoponendo l'interessato a una efficace terapia alimentare⁵.

Per attuare un siffatto *iter* curativo è indispensabile ottenere la disponibilità del digiunante. Laddove questo continui a rifiutare il cibo, è inevitabile ricorrere a tecniche di alimentazione forzata, con conseguente sottoposizione del soggetto a interventi invasivi del suo corpo. Il digiunante potrebbe però giungere a rifiutare, oltre agli alimenti, anche ogni intervento del sanitario, sia a scopo diagnostico sia a scopo terapeutico. In tal caso si pone la questione della liceità o meno di un trattamento imposto dall'amministrazione penitenziaria al detenuto al fine di impedire a ogni costo il verificarsi dell'esito mortale. Più in generale si pone il problema di chiarire se lo stato di detenzione in cui versa il soggetto giustifichi o meno una limitazione del suo diritto alla salute, nel suo risvolto negativo

⁴ Ivi, 16. Occorre precisare come, accanto ai digiuni volontari aventi una specifica finalità comunicativa, la prassi penitenziaria abbia conosciuto anche situazioni in cui il rifiuto del cibo costituisce solo l'effetto di un atteggiamento di rinuncia a vivere una condizione esistenziale, percepita dal detenuto come indegna di essere vissuta. Una tale percezione non deriva necessariamente dall'asprezza del regime detentivo o dallo stigma sociale connesso allo status di detenuto. Nondimeno nella medicina legale, come chiarito nel testo il fine rivendicativo non è considerato elemento costitutivo essenziale dello sciopero della fame, che si risolve nel mero rifiuto di alimentarsi protratto nel tempo e non avente una giustificazione medica plausibile.

⁵ Ciò importa una serie di pratiche complesse come il transitorio ricovero in ambiente intensivo, la sedazione, la protezione delle vie aeree mediante intubazione, la graduale reidratazione e supporto nutrizionale, la graduale rialimentazione enterale, l'assidua valutazione dei parametri metabolici. Sul punto si rinvia per approfondimenti a F. BUZZI, *op. cit.*, 282.

di facoltà di rifiutare le cure mediche, ancorché necessarie per impedire l'estremo evento della morte.

Sul punto appare necessaria una precisazione preliminare. È evidente che un problema di riconoscimento del diritto al rifiuto delle cure in capo al detenuto che attui lo sciopero della fame si pone solo se e nei limiti in cui si qualifichi l'alimentazione forzata come atto di natura medica posto che solo in questa ipotesi la stessa ricadrebbe sotto l'ambito operativo dell'art. 32, comma 2 Cost. che vieta i trattamenti sanitari obbligatori salvo questi siano imposti da un'apposita previsione di legge.

In merito alla natura dell'alimentazione forzata, in effetti, è emerso un contrasto nella comunità scientifica. Una prima tesi nega che si tratti di un vero e proprio trattamento sanitario: si sottolinea che l'acqua e il cibo sono elementi indispensabili per garantire le condizioni fisiologiche di base per vivere e non possono tramutarsi in una terapia medica solo perché somministrati in via artificiale⁶. La tesi di gran lunga prevalente afferma per contro la natura di trattamento sanitario⁷ tanto dell'alimentazione quanto dell'idratazione forzata: in primo luogo, si tratta di interventi che richiedono conoscenze di tipo scientifico e l'utilizzo di tecniche sanitarie complesse; in secondo luogo, l'intervento ha lo scopo tipico dell'atto medico, ossia quello di preservare la salute di un individuo.

Alla luce di un simile approdo, appare evidente che l'eventuale decisione dell'amministrazione penitenziaria di ricorrere a pratiche di alimentazione forzata per salvare la vita di un detenuto in sciopero della fame si pone in conflitto con il diritto di ogni individuo a non essere curato. La vicenda pone un delicato equilibrio tra interessi tutti meritevoli di tutela e di attenzione da parte dell'interprete, quali la dignità del detenuto in quanto persona, la salvaguardia della vita umana, l'esigenza di garantire la sicurezza nei luoghi di detenzione, nonché la stessa effettività del sistema sanzionatorio.

Soprattutto si ripropone la delicata questione dei rapporti intercorrenti tra il regime detentivo e la soggettività giuridica della persona ristretta⁸.

⁶ Si tratta del punto di vista espresso dalla seduta plenaria del Comitato nazionale per la bioetica nel parere, intitolato *L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente*, adottato in data 30 settembre 2005 e citato da G.M. NAPOLI, *op. cit.*, 178.

⁷ La natura di atto medico dell'alimentazione forzata è sostenuta da Cass., Sez. I pen., 4 ottobre 2007, n. 21748, in *Federalismi.it* secondo cui l'alimentazione e l'idratazione artificiali «integrano un trattamento che sottende un sapere scientifico, che è posto in essere da medici, anche se poi proseguito da non medici, e consiste nella somministrazione di preparati come composto chimico implicanti procedure tecnologiche». In dottrina si vedano V. ONIDA, *op. cit.*, 362; G.M. NAPOLI, *op. cit.*, 178.

⁸ Il tema della soggettività giuridica della persona ristretta era stato già affrontato in epoca anteriore alla riforma dell'ordinamento penitenziario operata dalla l. n. 354 del

Sul punto la giurisprudenza costituzionale ha più volte affermato che la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo opera anche nei confronti della persona detenuta, sia pure con le limitazioni che sono coesenziali allo stato detentivo⁹. L'art. 2 Cost. afferma il primato della persona umana nei confronti di ogni istituzione politica, compreso il legislatore ordinario o costituzionale. Si configura così un limite alla potestà punitiva dello Stato, nel senso che l'esecuzione della pena detentiva non può mai tradursi nel disconoscimento dei diritti fondamentali di ogni persona¹⁰. Una diversa soluzione condurrebbe alla negazione della dignità umana, trasformando il trattamento detentivo in un trattamento contrario al senso di umanità in contrasto con il precetto di cui all'art. 27, comma 3 Cost.¹¹ nonché con l'art. 3 CEDU.

1975: v. R. DELL'ANDRO, *I diritti del condannato*, in *Iustitia*, 1963, 258; A. MALINVERNI, *Esecuzione della pena detentiva e diritti dell'individuo*, in *Ind. pen.*, 1/1973, 17; E. MASSARI, *La condizione giuridica delle persone detenute*, in *Riv. dir. penit.*, 1/1930, 7. Tuttavia, dopo la riforma, l'argomento è stato trattato con maggiore attenzione dalla dottrina: V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, 36 ss.; L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 351; C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, 2002, 7 ss.; P. TRONCONE, *op. cit.*, 152 ss.

⁹ Valga per tutte il riferimento alla celeberrima Corte cost., 19 aprile-25 luglio 1979, n. 114.

¹⁰ Come acutamente sottolineato da C. FIORIO, *op. cit.*, 9, l'appartenenza di un individuo all'ordinamento penitenziario trasforma il contenuto dell'«inviolabilità», propria dei diritti fondamentali, in una garanzia dal «contenuto minimo» dei singoli diritti personali, vale a dire in una garanzia dei diritti a un livello compatibile con la salvaguardia della dignità umana.

¹¹ Significative sul punto sono le statuizioni offerte da Corte cost. 16 giugno 1998-8 febbraio 1999, n. 26, in cui si afferma che «L'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti. I diritti inviolabili dell'uomo, il riconoscimento e la garanzia dei quali l'art. 2 Cost. pone tra i principi fondamentali dell'ordine giuridico, trovano nella condizione di coloro i quali sono sottoposti a una restrizione della libertà personale i limiti a essa inerenti, connessi alle finalità che sono proprie di tale restrizione, ma non sono affatto annullati da tale condizione. La restrizione della libertà personale secondo la Costituzione vigente non comporta dunque affatto una *capitis deminutio* di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione. L'art. 27, terzo comma Cost. stabilisce che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. Tali statuizioni di principio, nel concreto operare dell'ordinamento, si traducono non soltanto in norme e direttive obbligatorie rivolte all'organizzazione e all'azione delle istituzioni penitenziarie ma anche in diritti di quanti si trovano in esse ristretti. Cosicché l'esecuzione della pena e la rieducazione che ne è finalità – nel rispetto delle irrinunciabili esigenze di ordine e disciplina – non possono mai consistere in “trattamenti penitenziari” che comportino condizioni incompatibili col riconoscimento della soggettività di quanti si trovano nella restrizione della loro

Tra i diritti fondamentali della persona va senz'altro annoverato il diritto alla salute, in quanto presupposto imprescindibile per la stessa fruizione delle libertà individuali, che, dunque, è tra quelle posizioni giuridiche che spettano alla persona *in vinculis*. Ciò è confermato a livello normativo dall'art. 11 ord. penit., che assicura la presenza di un servizio medico e farmaceutico capace di rispondere alle esigenze di cura della salute dei detenuti, ferma restando la possibilità del trasferimento in appositi ospedali civili, ove occorranza interventi diagnostici o terapeutici che non possano essere apprestati dai servizi interni. È interessante evidenziare come il d. lgs. n. 230 del 1999¹² abbia peraltro inserito la medicina penitenziaria nel Servizio sanitario nazionale, affermandosi l'importante principio generale secondo cui il diritto alla salute spetta ai detenuti e agli internati alla pari dei cittadini in stato di libertà (art. 1, comma 1)¹³. Si tratta di indicazioni dalle quali si ricava una tendenziale pienezza del diritto alla salute del detenuto¹⁴.

Malgrado la generale condivisibilità di queste premesse, non può libertà. La dignità della persona (art. 3, primo comma Cost.) anche in questo caso - anzi: soprattutto in questo caso, il cui dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà, in condizioni di ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile - è dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale, conformemente, del resto, all'impronta generale che l'art. 1, primo comma, della l. n. 354 del 1975 ha inteso dare all'intera disciplina dell'ordinamento penitenziario».

¹² In ordine alla tutela della salute nel carcere e per un'ampia disamina delle novità apportate dal d. lgs. n. 230 del 1999 si rinvia per approfondimenti a M.L. FADDA, *La tutela del diritto alla salute dei detenuti*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 3/613 ss.; C. FIORIO, *op. cit.*, 44 ss.; A. BERNASCONI, *op. cit.*, 141. Per una disamina generale del diritto alla salute: M. LUCIANI, voce *Salute. 1) Diritto alla salute – Dir. cost.*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 4; F. RAMACCI, R. RIZ, M. BARNI, *Libertà individuale e tutela della salute*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/1983, 848.

¹³ *Amplius* G. CAMERA, *Liberi, detenuti in carcere e ristretti in strutture dedicate: diverse prospettive del diritto alla salute*, in *questo volume*.

¹⁴ Così anche A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in *questo volume*. Si tratta di principio più volte affermato anche dalla Corte EDU: emblematico il caso Corte EDU, 7 febbraio 2012, *Cara Damiani v. Italy*, ric. n. 2447/2005, in cui la Corte europea evidenzia limpidamente come l'art. 3 CEDU imponga che ai soggetti detenuti, «tenuto conto delle esigenze pratiche della carcerazione, siano assicurati in maniera adeguata la salute e il benessere del prigioniero, in particolare tramite la somministrazione delle cure mediche richieste» e che queste cure dispensate in ambiente carcerario «devono essere appropriate, ossia di un livello paragonabile a quello che le autorità dello Stato si sono impegnate a fornire a tutta la popolazione»: per più ampie indicazioni relative alla pronuncia in questione e, in generale, alla tutela del diritto alla salute nella giurisprudenza di Strasburgo v. F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *questo volume*.

escludersi che le particolari esigenze di sicurezza e di controllo che connotano la detenzione possano giustificare una compressione di tale diritto. La caratteristica principale che distingue la posizione del ristretto rispetto alla totalità dei cittadini è la limitazione della libertà terapeutica del malato. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla scelta del luogo di cura che è effettuata dall'amministrazione penitenziaria e dall'autorità giudiziaria sulla base delle prevalenti esigenze di sicurezza e di adeguatezza della struttura carceraria¹⁵. La scelta del medico di fiducia è subordinata alla disponibilità economica del detenuto¹⁶. Quest'ultimo è sottoposto a visita medica, indipendentemente da una sua richiesta, all'atto di ingresso e nel corso della sua permanenza nell'istituto penitenziario¹⁷.

In definitiva può affermarsi che il detenuto conserva, durante l'esecuzione della pena, tutti i diritti fondamentali della persona, tra cui il diritto alla salute, salve le limitazioni motivate dall'assetto comunitario del carcere e dagli interessi collettivi che esso reca con sé.

I problemi sollevati dallo sciopero della fame del detenuto devono pertanto essere affrontati tenendo ben presente i suddetti principi generali. Procedendo con ordine, occorrerà innanzi tutto valutare se in capo agli operatori penitenziari possa configurarsi una posizione di garanzia in relazione ai beni giuridici della vita e della incolumità personale del detenuto, essendo la stessa il presupposto indispensabile per poter eventualmente ravvisare una responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento mortale in capo ai suddetti soggetti.

Successivamente si procederà all'analisi del valore da attribuire al rifiuto dell'alimentazione da parte del detenuto digiunante. Più precisamente bisognerà stabilire se il detenuto conservi integralmente il diritto di non curarsi o se le speciali esigenze del regime detentivo impongano un suo affievolimento con conseguente liceità dell'alimentazione forzata disposta al fine di salvare la vita del soggetto ristretto.

¹⁵ M.G. MAFFEI, *op. cit.*, 21. Sul punto G. CAMERA, *op. cit.*

¹⁶ Sul punto va ricordato che la recente circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del luglio 2010 intitolata «Nuovi interventi per ridurre il disagio derivante dalla condizione di privazione della libertà e per prevenire i fenomeni auto-aggressivi» ha disposto un potenziamento del potere di scelta del medico curante. Si afferma che, pur non essendo replicabile il sistema dell'assistenza territoriale di base nel quale il cittadino può nominare il proprio medico di medicina generale, nulla preclude la possibilità di perseguire nuovi modelli organizzativi che consentano ai detenuti di effettuare una scelta, sia pure nel solo ambito del personale medico operante nell'istituto. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a M.L. FADDA, *op. cit.*, 613 ss.

¹⁷ A. BERNASCONI, *op. cit.*, 145.

2. La posizione di garanzia degli operatori penitenziari

Qualora la protrazione dello sciopero della fame conduca alla morte del detenuto, si pone il problema di stabilire se gli operatori penitenziari possano reputarsi responsabili penalmente per tale evento: il riferimento è al direttore dell'istituzione carceraria, agli agenti della polizia penitenziaria, ai medici penitenziari.

La questione si pone come preliminare a quella della rilevanza del dissenso esplicito del digiunante all'alimentazione artificiale. Invero, laddove possa escludersi un qualsiasi obbligo dell'amministrazione penitenziaria di impedire eventi mortali ai danni dei detenuti, la stessa, dinanzi a uno sciopero della fame, potrebbe mantenere un atteggiamento di assoluta indifferenza. Di conseguenza l'eventuale dissenso del digiunante nei confronti dell'alimentazione artificiale non altererebbe i termini della questione: l'amministrazione penitenziaria resterebbe irresponsabile per la morte dello stesso.

Ciò posto, l'imputazione della morte del detenuto digiunante in capo agli operatori penitenziari può giustificarsi esclusivamente nei limiti in cui possa individuarsi in capo agli stessi un obbligo giuridico di impedire la morte del detenuto affidato alla loro custodia. Solo in tale ipotesi può operare la clausola di equivalenza di cui all'art. 40, secondo comma c.p., secondo cui «non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo»¹⁸, con la conseguenza per cui la responsabilità penale per la morte del detenuto si fonderebbe sul combinato disposto tra l'art. 40, secondo comma c.p. e la disposizione di parte speciale che punisce l'omicidio doloso (art. 575 c.p.) o colposo (art. 589 c.p.).

Prima di affrontare tale specifica questione, appare opportuno ricostruire brevemente i requisiti necessari della posizione di garanzia. Secondo l'impostazione tradizionale, questa può definirsi come uno speciale vincolo di tutela tra un soggetto e un bene giuridico, giustificato dall'incapacità del titolare a proteggerlo autonomamente¹⁹. Pertanto, nell'individuazione dell'obbligo di garanzia, l'interprete deve attenersi ai seguenti criteri: in primo luogo, non è sufficiente la mera possibilità materiale di impedire l'evento, né un obbligo di attivarsi che abbia fonte in una norma di natura

¹⁸ In ordine ai caratteri e ai principi generali dei reati omissivi impropri si rinvia, anche per l'ulteriore bibliografia, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, 154 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2015, 231 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 640 ss.; F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.*, 6/1999, 629.

¹⁹ Per tutti G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, *passim*.

etico-sociale ma è necessario che l'azione impeditiva dell'evento sia imposta da una norma giuridica²⁰; in secondo luogo, è necessaria la specificità dei beneficiari dell'altrui obbligo, poiché una tutela così incisiva va ammessa solo per i soggetti incapaci di adeguata autotutela; in terzo luogo, attesa l'insussistenza di un generale dovere dei cittadini di proteggere gli altrui beni giuridici, l'obbligo di garanzia può gravare esclusivamente su specifici soggetti che si trovino in un particolare rapporto giuridico con il bene da proteggere o con la fonte di pericolo da controllare; infine, è necessario che il garante sia titolare di adeguati poteri giuridici di impedimento dell'evento, nonché l'effettiva possibilità di esercitarli²¹.

Appare quindi evidente che la posizione di garanzia degli operatori penitenziari non possa basarsi sul mero rilievo per cui se lo Stato limita la libertà personale di un cittadino, esso assume per ciò stesso l'obbligo di garantirne la sopravvivenza e di proteggerne la salute²². Un siffatto rilievo può essere utile per cogliere il fondamento politico di un'eventuale posizione di garanzia posta a carico dell'amministrazione penitenziaria, non per stabilire se la stessa sussista. Superando un simile approccio, è pertanto necessario valutare se dall'esame complessivo della normativa penitenziaria possa desumersi un obbligo di garanzia a carico degli operatori penitenziari avente i requisiti in precedenza descritti.

Innanzitutto è necessario individuare le disposizioni legislative che

²⁰ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *op. cit.*, 216, il quale evidenzia come la fonte dell'obbligo di garanzia può essere ricercata in qualsiasi norma giuridica extrapenale ovunque ubicata. Potrà trattarsi di norme contenute in leggi e atti aventi forza di legge, in fonti secondarie, fonti di diritto privato. *Contra* F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 161, il quale afferma che, alla luce del principio di legalità formale, le fonti secondarie non potrebbero mai fondare una posizione di garanzia penalmente rilevante, dovendosi le stesse limitare a specificare gli obblighi posti dalle fonti primarie.

²¹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 157. La ricostruzione in esame non è l'unica proposta dalla dottrina che si è interessata della problematica dei reati omissivi impropri. Per una completa illustrazione delle ulteriori teorie concernenti la posizione di garanzia si rinvia a G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit.; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999.

²² Questo è il ragionamento riportato in generale dalla dottrina che ha affrontato la tematica e che sembra riprendere l'ormai superata concezione sostanziale della posizione di garanzia: a titolo esemplificativo v. G. FIANDACA, *Sullo sciopero della fame*, cit., 238 e M. CANEPA, S. MERLO, *op. cit.*, 145. La posizione di garanzia in questo modo sarebbe fondata implicitamente sul dovere generico di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. Sulla possibilità di fondare la posizione di garanzia su clausole generali o comunque generiche sono state espresse riserve in dottrina. Sul punto si rinvia a F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 157 e G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *op. cit.*, 215.

consentono di rinvenire una posizione di garanzia in capo agli operatori penitenziari. In riferimento al direttore dell'istituzione carceraria, è possibile fare riferimento all'art. 2 del d. lgs. n. 63 del 2006 inerente all'ordinamento sulla carriera dirigenziale penitenziaria che individua, tra le varie funzioni spettanti ai dirigenti penitenziari, anche quella di attendere al corretto funzionamento delle strutture penitenziarie allo scopo di «garantire la tutela della salute delle persone detenute ed internate, anche attraverso l'integrazione con i servizi sanitari del territorio».

Quanto agli agenti di polizia penitenziaria, l'art. 5 della l. n. 395 del 1990 attribuisce ai corpi di polizia penitenziaria il compito di garantire l'ordine e la sicurezza negli istituti di pena e le altre funzioni previste dall'ordinamento penitenziario. Al riguardo l'art. 41, comma 1 ord. penit. stabilisce che gli agenti di polizia penitenziaria²³ possano impiegare la forza fisica nei confronti dei detenuti e degli internati ove ciò sia indispensabile per prevenire o impedire atti di violenza, per impedire tentativi di evasione o per vincere la resistenza all'esecuzione degli ordini impartiti. Dunque la disposizione autorizza l'uso della forza per impedire qualsiasi atto di violenza idoneo ad arrecare lesioni agli interessi personali e patrimoniali degli altri detenuti e degli operatori penitenziari²⁴. Infine, è opportuno osservare come l'art. 2 del d.P.R. n. 230 del 2000 attribuisca alla polizia penitenziaria la custodia dei detenuti negli istituti penitenziari.

In relazione al personale sanitario, bisogna rilevare che l'art. 11 ord. penit. prevede la costituzione di servizi medici all'interno di ciascun istituto e l'obbligo dei rispettivi titolari di monitorare costantemente la salute dei detenuti e degli internati. A specificazione di tale obbligo interviene l'art. 18 del d.P.R. n. 230 del 2000, il quale impone al personale sanitario il compimento di una continua attività di medicina preventiva in modo da prevenire qualsiasi

²³ Per la precisione la disposizione si riferisce al «personale» dell'istituto penitenziario e non esplicitamente agli agenti di polizia penitenziaria. Per tale ragione A. PENNISI, *op. cit.*, 86, ritiene che il disposto possa riferirsi a tutti gli operatori penitenziari. Tuttavia, come evidenzia G.M. NAPOLI, *op. cit.*, 167, appare preferibile circoscrivere la disposizione ai soli agenti di polizia penitenziaria, atteso che una diversa soluzione rischierebbe di ampliare in modo incontrollato l'ambito soggettivo dell'art. 41, comma 1 ord. penit., nonostante la natura eccezionale dello stesso. Del resto è il corpo della polizia penitenziaria che ha il compito di garantire la sicurezza nei luoghi di detenzione.

²⁴ G.M. NAPOLI, *op. cit.*, 167-168, il quale sottolinea come l'uso della forza vada incontro a un duplice limite: quello della indispensabilità, nel senso che l'uso della forza deve costituire l'unico mezzo efficace per il conseguimento degli obiettivi indicati dall'art. 41, comma 1 ord. penit.; infine quello della proporzionalità tra i beni in conflitto, nel senso che la natura e il grado del sacrificio imposto al ristretto siano sempre giustificate in ragione della particolare rilevanza delle esigenze di tutela dell'ordine e della sicurezza dell'Istituto.

patologia clinica ai danni dei soggetti detenuti. Tale quadro è corroborato dalle disposizioni del d. lgs. n. 230 del 1999 che, come anticipato, ha attribuito al Servizio sanitario nazionale il compito di garantire l'incolumità personale delle persone sottoposte a restrizione della libertà personale.

In definitiva può affermarsi l'esistenza di una sufficiente base giuridica su cui fondare un obbligo di garanzia in capo agli operatori penitenziari in relazione alla salute dei detenuti e, in particolare, la sussistenza di una vera e propria posizione di protezione.

Non essendovi dubbi circa la specificità dei destinatari e dei beneficiari di tali posizioni di garanzia, resta da valutare se sussistano in capo ai suddetti soggetti adeguati poteri giuridici di impedimento dell'evento, requisito indispensabile per mantenere la responsabilità penale entro i limiti del principio di personalità di cui all'art. 27, comma 1 Cost.

In ordine agli agenti di polizia penitenziaria, si è già fatto riferimento all'art. 41, comma 1 ord. penit. che autorizza l'uso della forza fisica per respingere atti di natura violenta idonei a ledere la salute di un detenuto o di un qualsiasi altro soggetto. Adeguati poteri impeditivi sono riscontrabili anche in capo al direttore dell'Istituto. Invero egli esercita i poteri inerenti all'organizzazione, al coordinamento e al controllo dello svolgimento delle attività dell'istituto e a tal fine può servirsi del personale di polizia penitenziaria (art. 3 d.P.R. n. 230 del 2000). Più precisamente il direttore ha, tra l'altro, il potere di richiedere il trasferimento dei detenuti che tengano comportamenti che esigono cautela anche per la tutela dei compagni da possibili aggressioni (art. 32 d.P.R. n. 230 del 2000) o per comprovati motivi di sicurezza (art. 85 d.P.R. n. 230 del 2000), di disporre perquisizioni personali per motivi di sicurezza (art. 32 ord. penit.), di utilizzare la forza fisica e i mezzi coercitivi nei casi di cui all'art. 41 ord. penit., nonché di chiedere in casi eccezionali la collaborazione delle forze di pubblica sicurezza (artt. 74 e 93 d.P.R. n. 230 del 2000), di disporre il trasferimento d'urgenza per ragioni di salute in luoghi esterni di cura, ove sia impossibile richiedere prima l'autorizzazione della competente autorità giudiziaria (art. 18 d.P.R. n. 230 del 2000)²⁵.

Quanto al personale sanitario, questo, oltre alle ordinarie attività terapeutiche e agli strumenti predisposti dalla l. n. 833 del 1978, può altresì avvalersi dell'uso di mezzi di coercizione fisica ai sensi dell'art. 41, comma 3 ord. penit. il quale prevede che l'utilizzo dei predetti mezzi è consentito al solo fine di evitare danni a persone o a cose o di garantire l'incolumità del soggetto contro cui il mezzo è usato. Ai sensi dell'art. 82 d.P.R. n. 230

²⁵ Per ulteriori approfondimenti sulle funzioni del direttore e sui suoi rapporti con l'autorità giudiziaria e con la polizia penitenziaria si rinvia ad AA. VV., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di P. Corso, Bologna, 2015, 38 ss.

del 2000 l'uso della coercizione fisica, per le finalità anzidette, «si effettua sotto il controllo sanitario con l'uso dei mezzi impiegati per le medesime finalità presso le istituzioni ospedaliere pubbliche». Ciò lascia intendere che la coercizione fisica può usarsi solo per i ristretti affetti da gravi alterazioni psichiche e che siano in preda a uno stato di agitazione violenta non altrimenti contenibile e pericoloso per l'incolumità di terze persone. Di conseguenza l'art. 41, comma 3 ord. penit. può essere invocato esclusivamente dal personale sanitario operante all'interno dell'Istituto, attesa la peculiare natura dell'intervento coattivo, non anche dalla polizia penitenziaria²⁶.

Tirando le fila del discorso, gli operatori penitenziari sono titolari di un vero e proprio obbligo di garanzia nei confronti delle persone detenute, il cui inadempimento potrebbe condurre alla configurazione della fattispecie di omicidio colposo o di lesioni colpose in virtù del combinato disposto dell'art. 40, secondo comma c.p. con gli artt. 589 o 590 c.p.²⁷.

2.1. *Una ricostruzione alternativa: il garante come gestore di un rischio*

Come già chiarito, la dottrina tradizionale ha ricostruito la posizione di garanzia penalmente rilevante focalizzando l'attenzione sulla ricerca di norme giuridiche che stabiliscano in capo a uno specifico soggetto un obbligo di impedimento dell'evento tipico e adeguati poteri di impedimento dello stesso.

La prassi ha dimostrato che una siffatta metodologia mal si presta a delineare compiutamente l'area della responsabilità penale nell'ambito delle organizzazioni dotate di una qualche complessità. All'interno di tali organizzazioni in effetti è ben possibile che vi siano diversi soggetti, con diverse competenze, chiamati a ricoprire il ruolo di garante di un medesimo bene giuridico. La scarsa considerazione delle diverse sfere di competenza gestionale ed organizzativa all'interno di ciascuna istituzione ha condotto

²⁶ In tal senso G.M. NAPOLI, *op. cit.*, 176, il quale sottolinea come «l'impiego di tecniche sanitarie di controllo dei ristretti violenti o agitati – consentito dall'art. 41, terzo comma ord. penit. – implica necessariamente che il personale autorizzato a farne uso abbia ricevuto una adeguata formazione, dovendosi trattare di operatori in grado non solo di scegliere lo strumento di coercizione più adeguato alla situazione concreta, ma anche di graduarne l'impiego in relazione alle specifiche esigenze del caso. È ovvio pertanto che tale personale non possa che essere quello medico o infermieristico operante all'interno dell'Istituto, il solo, quindi, autorizzato a provvedere all'impiego dei mezzi di contenzione fisica».

²⁷ Si tratta di conclusione cui aderisce unanimemente la dottrina penalistica: si veda per tutti G. FIANDACA, *Sullo sciopero della fame*, cit., 238; M. CANEPA, S. MERLO, *op. cit.*, 145; M.G. MAFFEI, *op. cit.*, 30.

a una generalizzata e indiscriminata affermazione di responsabilità dei vari garanti per la mera verifica dell'evento tipico, in ragione dell'unitarietà tipologica del bene protetto.

Per superare questa tendenza la più recente giurisprudenza di legittimità ha riconsiderato la nozione di garante, ridisegnando le sfere della responsabilità penale all'interno delle organizzazioni complesse. La giurisprudenza ha evidenziato come in simili organizzazioni esistano diverse aree di rischio e, parallelamente, distinte sfere di responsabilità che quel rischio sono chiamate a governare: in altri termini, l'ordinamento giuridico prevede differenziate figure di soggetti, investiti di ruoli gestionali autonomi, aventi il compito di controllare e di gestire le diverse cause potenziali di un evento dannoso. Ciò conduce a configurare, già sul piano dell'imputazione oggettiva, distinte sfere di responsabilità gestionale che conformano e limitano l'imputazione penale dell'evento al soggetto ritenuto "gestore" del rischio.

Il garante pertanto è più significativamente colui che è deputato sul piano ordinamentale a gestire uno specifico rischio. Viene superata l'idea tradizionale che configura il garante come soggetto genericamente deputato a proteggere un bene giuridico (anzi, la figura di garante si trova "affrancata" dalla responsabilità per omissione)²⁸, con inevitabili ripercussioni sui criteri di individuazione del garante. A tal fine occorrerà muovere dalla identificazione del rischio che si è concretizzato e quindi dall'individuazione del soggetto che era deputato al governo del rischio stesso, in relazione al ruolo che questi rivestiva nell'organizzazione complessa. Inoltre, il garante

²⁸ La teoria del garante come gestore di un rischio è stata proposta con particolare riferimento al settore della sicurezza sui luoghi di lavoro. Molteplici le pronunce che hanno accolto tale impostazione: Cass., Sez. IV pen., 23 novembre 2012, n. 49821, in *Dejure*, in cui si afferma altresì che «Questa esigenza di delimitazione delle sfere di responsabilità è tanto intensamente connessa all'essere stesso del diritto penale quale scienza del giudizio di responsabilità, che si è fatta quasi inconsapevolmente strada nella giurisprudenza, attraverso lo strumento normativo costituito dall'art. 41 cpv. c.p. Infatti, la diversità dei rischi interrompe, per meglio dire separa le sfere di responsabilità»; la tesi è stata accolta altresì dalle Sezioni unite chiamate a pronunciarsi sul noto caso *ThyssenKrupp*: Cass., Sez. un. pen., 24 aprile 2014, n. 38343, *ivi*; la tesi è stata confermata anche da recenti pronunce: Cass., Sez. IV pen., 25 settembre 2014, n. 46437, *ivi*; Cass., Sez. IV pen., 19 marzo 2015, n. 22378, *ivi*. Per una attenta e dettagliata analisi della sentenza *ThyssenKrupp*, si vedano i commenti di G. FIANDACA, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2014, 1938; G. DE VERO, *Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tuttora incerto*, *ivi.*, 1/2015, 77; L. EUSEBI, *Formula di Frank e dolo eventuale in Cass., S.U., 24 aprile 2014 (ThyssenKrupp)*, *ivi.*, 2/2015, 623; M. ROMANO, *Dolo eventuale e Corte di cassazione a Sezioni Unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio*, *ivi.*, 559; R. BARTOLI, *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso Thyssenkrupp*, in *Giur. it.*, 11/2014, 2566.

non potrà ritenersi responsabile nel caso in cui l'offesa al bene giuridico protetto non derivi dalla concretizzazione del rischio specifico che egli era chiamato a governare.

Sebbene i principi in questione siano stati elaborati con esclusivo riferimento alla responsabilità penale per violazione della normativa antinfortunistica, non può escludersi che gli stessi vengano estesi anche in altri ambiti, come quello della responsabilità penale degli operatori penitenziari²⁹. Anche nell'ordinamento penitenziario pare invero riscontrarsi una pluralità di figure professionali cui compete la gestione di diverse sfere di rischio incidenti sulla vita e la salute dei detenuti. Ciò sembra emergere, in particolare, dal novero dei poteri impeditivi che sono riconosciuti a ciascun operatore penitenziario: la polizia penitenziaria è chiamata a gestire il rischio connesso alla sicurezza e all'ordine nei luoghi di detenzione, sicché tutela l'incolumità dei detenuti contro i fattori di rischio connessi alle aggressioni provenienti da terzi (art. 41, comma 1 ord. penit.); il direttore assume un rischio propriamente organizzativo, dovendo curare anche le relazioni con l'autorità giudiziaria e con i servizi sanitari esterni; il personale medico invece assume su di sé il rischio propriamente terapeutico, come confermato dagli stessi artt. 11 ord. penit. e 18 d.P.R. n. 230 del 2000. Una ricostruzione di questo tipo consentirebbe di prevenire una indiscriminata imputazione della responsabilità per decesso di un detenuto su ogni operatore, nel rispetto del principio costituzionale di personalità della responsabilità penale. Nondimeno un siffatto approdo resta per ora una mera prospettiva futura e non un principio del diritto vivente penitenziario.

3. Il problema della liceità dell'alimentazione forzata del detenuto in sciopero della fame

Come è stato già chiarito, gli operatori penitenziari sono titolari di una posizione di garanzia a tutela dell'incolumità personale del detenuto.

²⁹ Una tendenza a favorire una suddivisione delle competenze tra gli operatori penitenziari in funzione di una gestione più accurata del rischio suicidario sembra riscontrarsi nella Circolare del D.A.P., del 25/11/2011, intitolata "Modalità di esecuzione della pena. Un nuovo modello di trattamento che comprenda sicurezza, accoglienza e rieducazione". Per il testo della circolare e un commento sui caratteri innovativi della stessa si rinvia a A. DELLA BELLA, *Una rivoluzionaria circolare dell'Amministrazione penitenziaria che introduce un regime "aperto" per i detenuti comuni e che propone una nuova strategia per prevenire il rischio suicidario all'interno delle carceri*, in *Penalecontemporaneo.it*, 30 novembre 2011.

Essi pertanto, nel caso in cui un detenuto inizi uno sciopero della fame, devono, di regola, attivarsi per evitare che la protrazione eccessiva del digiuno possa condurre alla morte del detenuto o comunque a danni gravi e irreversibili per la salute di questo.

L'amministrazione penitenziaria, una volta ricevuta la dichiarazione del ristretto di voler iniziare lo sciopero della fame, attiva una serie di interventi disciplinati in varie circolari³⁰. Il soggetto viene sottoposto a costante osservazione e controllo medico per monitorare le sue condizioni di salute e viene visitato due volte al giorno con particolare attenzione al peso³¹. Egli non viene isolato dagli altri compagni di detenzione e diviene destinatario di un'apposita attività di sostegno psicologico.

L'aggravamento delle condizioni di salute potrebbe determinare il pericolo di morte del digiunante entro tempi relativamente brevi. In questo caso si pone il problema, già accennato, della facoltà del soggetto di rifiutare ogni forma di alimentazione forzata offerta dall'amministrazione penitenziaria. Più precisamente si tratta di stabilire se il rifiuto esplicito del detenuto di ricevere qualsiasi intervento salvifico si ponga come limite alla sussistenza della posizione di garanzia gravante sugli operatori penitenziari. Parallelamente occorre valutare se, nel silenzio legislativo, possa o meno ritenersi lecito un eventuale atto di alimentazione forzata disposta dall'amministrazione penitenziaria al fine di scongiurare la morte del detenuto digiunante.

Sul punto la dottrina ha fornito una pluralità di soluzioni, ciascuna fondata su diverse motivazioni giuridiche. Volendo semplificare il discorso, i vari orientamenti emersi possono ricondursi a tre impostazioni fondamentali: una prima impostazione riconduce la fattispecie in esame a quella del suicidio, propendendo per la liceità dell'alimentazione forzata; una seconda impostazione ritiene che la omissione vada risolta alla luce del diritto di autodeterminazione terapeutica sancito dall'art. 32, comma 2 Cost.; una terza impostazione, infine, tende a valorizzare la scriminante dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p.

3.1. *La tesi che identifica lo sciopero della fame con il suicidio*

Secondo un primo orientamento, allo stato minoritario, lo sciopero della fame può essere assimilato a un vero e proprio atto di suicidio.

³⁰ Sul punto anche per l'indicazione delle circolari rilevanti si veda M.G. MAFFEI, *op. cit.*, 17.

³¹ Ivi, 18, il quale evidenzia come il controllo del peso sia funzionale altresì alla scoperta di eventuali simulazioni dello sciopero.

Il digiuno prolungato attiva un *iter* causale che è inevitabilmente destinato a sfociare nella morte del suo autore e pertanto non è nient'altro che un modo per attuare un proposito suicidario, con la conseguenza per cui non sarebbe ravvisabile alcuna differenza tra uno sciopero della fame e un atto di auto-impiccagione³². Una diversa soluzione finirebbe per trattare diversamente situazioni invece del tutto identiche: lo sciopero della fame si distinguerebbe da altre forme di suicidio, come l'impiccagione, solo per il diverso lasso temporale sussistente tra la condotta e la morte.

Ne consegue che la questione andrebbe risolta in base alle coordinate normative previste per il suicidio. Come è noto, l'ordinamento mantiene una posizione di assoluta neutralità verso la condotta suicidaria, la quale non può definirsi in assoluto né lecita, né illecita³³. In ogni caso non è configurabile un diritto soggettivo di suicidarsi con connesso obbligo per i terzi di favorire o di non impedire il fatto suicidiario, come può agevolmente desumersi dalla previsione degli artt. 579 e 580 c.p., che puniscono, rispettivamente, l'omicidio del consenziente e l'aiuto o l'istigazione al suicidio: ciò conduce a ritenere lecito l'atto di salvataggio di una persona che sta per suicidarsi. Laddove un soggetto sia titolare di una posizione di garanzia a tutela della vita altrui, egli è tenuto a impedire il fatto suicidario senza che possa assumere rilevanza il dissenso della persona protetta, non sussistendo, come si è detto, un diritto soggettivo di suicidarsi³⁴.

³² M. CANEPA, S. MERLO, *op. cit.*, 146, il quale evidenzia come «nessuno abbia mai dubitato della legittimità dell'intervento coattivo per impedire un'impiccagione o per eliminare gli effetti di atti auto-soppressivi in corso, diversi dallo sciopero della fame». Sulla stessa linea M. BILANCETTI, F. BILANCETTI, *op. cit.*, 640, il quale afferma che, quando lo sciopero della fame trascende verso una situazione di potenziale irreversibilità con pericolo di vita, «non può che ritenersi sussistente l'obbligo, anche giuridico, di intervento così come del resto sussisterebbe in qualsiasi tentativo di suicidio che non può consentire al personale di vigilanza, tenuto non solo alla sorveglianza ma anche alla custodia ed al rispetto di tutti i restanti diritti costituzionali spettanti al detenuto, di assistere passivamente alla fine di un essere umano, così ridotto». Parla espressamente di suicidio anche il Trib. Milano, ordinanza del 13/11/1981 in *Foro it.*, 1983, II, 245.

³³ Per un'analisi del fenomeno del suicidio nell'ordinamento italiano: M. BERTOLINO, voce *Suicidio (istigazione o aiuto al)*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1999, 113 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 1957, 55 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, *I delitti contro la persona*, Padova, 2013, 152 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, t. I, Bologna, 2013, 42 ss.

³⁴ Occorre segnalare la posizione mediana di G. FIANDACA, *Sullo sciopero della fame*, cit., 238, il quale, sebbene rinvenga nello sciopero della fame le dinamiche proprie del suicidio, ritiene comunque invalicabile il limite della libertà della persona, trattandosi di limite che permea l'intero trattamento penitenziario. A riprova di ciò l'Autore evidenzia che neppure il trattamento rieducativo potrebbe essere forzatamente imposto al detenuto che vi si opponga. Di conseguenza la posizione di garanzia dell'amministrazione

Peraltro l'art. 41, comma 3 ord. penit. afferma la liceità *tout court* dei mezzi di coercizione fisica volti a tutelare lo stesso soggetto che li subisce e questo dato confermerebbe la liceità dei trattamenti coattivi verso il detenuto digiunante se finalizzati a salvare la sua vita.

Infine, si evidenzia che il detenuto è radicalmente privo di autonomia nel carcere, essendo totalmente dipendente dall'amministrazione penitenziaria per sopravvivere. Omettere l'alimentazione forzata potrebbe configurare la fattispecie di cui all'art. 591 c.p. che punisce colui che abbandoni un soggetto incapace di provvedere a se stesso e di cui abbia la custodia.

L'impostazione in questione non è andata esente da critiche.

Innanzitutto si ritiene erronea ogni sovrapposizione tra il suicidio e il fenomeno dello sciopero della fame. Attraverso il digiuno la persona ristretta mette a repentaglio la sua vita per fini che possono essere discutibili ma che non sono rivolti verso la morte: più che il desiderio di morire, il soggetto afferma la sua volontà di vivere, di lottare per migliorare le condizioni della detenzione, per rimediare a eventuali ingiustizie di cui assume essere stato vittima³⁵. Pertanto risulta del tutto distonico trarre dallo sciopero della fame le conseguenze giuridiche proprie del suicidio.

Inoltre – si sostiene – l'alimentazione artificiale costituisce un atto di natura medica e dunque la sua somministrazione entra in conflitto con il diritto all'autodeterminazione terapeutica riconosciuto dall'art. 32, comma 2 Cost. Ridurre lo sciopero della fame a una forma di suicidio implicherebbe l'elusione delle garanzie costituzionali relative ai trattamenti sanitari obbligatori³⁶.

Deve infine rilevarsi che l'art. 41 ord. penit. può anche fondare una posizione di garanzia in capo agli operatori penitenziari, ma ciò non esclude che il diritto di autodeterminazione del detenuto possa costituire un limite alla rilevanza penale di tale posizione.

penitenziaria troverebbe comunque un limite nel rifiuto di alimentarsi del detenuto in sciopero della fame.

³⁵ Sottolinea efficacemente questo aspetto M.G. MAFFEI, *op. cit.*, 16: lo sciopero della fame è volto a «trasmettere alla società esterna, al mondo giudiziario, politico e legislativo dei messaggi su problemi singoli o, anche, collettivi».

³⁶ Nondimeno resterebbe aperto il problema della liceità dell'alimentazione forzata, quale atto coercitivo, rispetto all'art. 13 Cost., che fissa per gli atti limitativi della libertà personale una riserva di legge e una riserva di giurisdizione.

3.2. *La tesi che valorizza il diritto di autodeterminazione terapeutica quale risvolto negativo del diritto alla salute*

La dottrina prevalente sostiene che il problema della liceità dell'alimentazione forzata del detenuto digiunante vada risolto alla luce della disciplina dei trattamenti sanitari obbligatori, avendo tale pratica natura medica.

Ciò posto, prima di proseguire ulteriormente con l'analisi, è opportuno formulare delle brevi considerazioni sui principi generali in materia di trattamenti sanitari obbligatori.

Ai sensi dell'art. 32, comma 2 Cost. «nessuno può essere obbligato ad un trattamento sanitario se non per disposizioni di legge», fermo restando che questa «non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana». Si pone una riserva di legge che fissa un vincolo a carico del legislatore e della pubblica amministrazione a tutela della libertà di autodeterminazione terapeutica degli individui³⁷. I principi in esame sono stati attuati con l'art. 33 della l. n. 833 del 1978, istitutiva del SSN che afferma il carattere di norma volontario degli accertamenti e dei trattamenti sanitari³⁸. Ne deriva che il fondamento della liceità del trattamento sanitario

³⁷ Particolarmente discussi sono i rapporti tra l'art. 32, comma 2 Cost. e l'art. 13 Cost., in quanto un trattamento sanitario obbligatorio potrebbe comprimere altresì la libertà personale rendendo necessaria anche la garanzia rappresentata dalla riserva di giurisdizione. Sul punto v. D. VINCENZI-AMATO, *Art. 32 Cost. - II) Il 2° comma dell'art. 32*, in, *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1976, 167 ss., la quale esclude che ai trattamenti sanitari obbligatori sia applicabile necessariamente l'art. 13 Cost., ritenendo che l'equivoco sia frutto di ragioni storiche più che giuridiche. Tuttavia ove un intervento comporti una misura restrittiva della libertà, nulla esclude l'operatività delle garanzie di cui all'art. 13 Cost. *Contra*, A. BERNASCONI, *op. cit.*, 161; M.G. MAFFEI, *op. cit.*, il quale distingue i trattamenti obbligatori e quelli coattivi, questi ultimi sottoposti alle garanzie di cui all'art. 13 Cost.

³⁸ A livello di fonti sopranazionali, il medesimo principio trova riconoscimento nella Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, fatta a Oviedo il 4 aprile 1997, resa esecutiva con la legge di autorizzazione alla ratifica 28 marzo 2001, n. 145, la quale, all'art. 5, pone la seguente "regola generale" (secondo la rubrica della disposizione): «*Une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé*». Dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, adottata a Nizza il 7 dicembre 2000, si evince come il consenso libero e informato del paziente all'atto medico vada considerato, non soltanto sotto il profilo della liceità del trattamento, ma prima di tutto come un vero e proprio diritto fondamentale del cittadino europeo, afferente al più generale diritto all'integrità della persona (Capo I, Dignità; art. 3, Diritto all'integrità della persona). Nel codice di deontologia medica del 2006 si ribadisce (art. 35) che «Il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente».

è, di regola, il consenso informato del paziente. Senza il consenso informato, il trattamento medico è illecito, anche quando esso è finalizzato alla conservazione o al miglioramento della salute di questo³⁹.

Se il consenso del paziente rappresenta la regola, i trattamenti obbligatori costituiscono evidentemente un'eccezione, sicché gli stessi sono ammissibili solo se autorizzati da una specifica disposizione di legge. Peraltro affinché la riserva di cui all'art. 32, comma 2 Cost. sia rispettata, secondo la tesi prevalente è necessario che siano rispettati taluni limiti fondamentali da parte del legislatore.

In primo luogo, il trattamento obbligatorio è ammissibile nei limiti in cui vi sia una necessità di cura della persona che lo subisce⁴⁰. In secondo luogo, è necessario che il trattamento miri a salvaguardare la salute della collettività, intesa come somma dei singoli individui che costituiscono la comunità sociale⁴¹. Infine, sul piano contenutistico, la legge che prevede il trattamento deve fissare i presupposti e il tipo di trattamento autorizzato e deve riferirsi alla generalità dei consociati, senza distinzioni fondate su fattori diversi da quelli specificamente attinenti al male da curare o da prevenire⁴².

Alla luce dei principi generali appena illustrati, è necessario valutare se l'ordinamento giuridico consenta ai servizi sanitari penitenziari un trattamento sanitario obbligatorio, qual è l'alimentazione forzata, per salvare la vita o l'integrità psico-fisica di un detenuto che stia attuando uno sciopero della fame.

Secondo la tesi più risalente l'amministrazione penitenziaria avrebbe il potere, nonché il dovere, di eseguire un intervento di alimentazione forzata nei confronti del detenuto digiunante nel caso in cui si prospetti un

³⁹ Questo è principio ormai pacifico nella giurisprudenza di legittimità: si rinvia sul punto a Cass., Sez. un. pen., 18 dicembre 2008, n. 2437, in M. BILANCETTI, F. BILANCETTI, *op. cit.*, 294 ss., in cui si è ritenuto il consenso informato del paziente vero e proprio presupposto di liceità dell'attività terapeutica.

⁴⁰ D. VINCENZI-AMATO, *op. cit.*, 173, la quale ricollega tale limite al principio personalistico che vieta di ridurre l'individuo a mezzo per il perseguimento di interessi collettivi. Del resto l'origine storica dell'art. 32, comma 2 Cost. risiede proprio nel ripudio dell'uso dei trattamenti sanitari per scopi estranei alla tutela della salute.

⁴¹ Ivi, 176, la quale evidenzia come in tale ipotesi non si configura un conflitto tra la volontà del singolo e un contrapposto interesse generico, bensì tra la volontà del singolo e il diritto alla tutela della propria salute degli altri componenti della collettività. Ciò rende il trattamento rispettoso altresì del limite della dignità umana, posto che il suo scopo è la protezione della salute della restante comunità sociale.

⁴² Ivi, 177, la quale evidenzia come il logico corollario di questo limite è che non possono essere predisposte alternative, riguardo alla specifica malattia da curare, in considerazione del maggiore o minore affidamento che la persona o i familiari offrano, delle condizioni economiche che le stesse possano dare.

rischio di danni irreversibili alla salute di questo⁴³.

L'orientamento in questione muove dal principio dell'indisponibilità della vita che si pone come limite alla libertà di autodeterminazione terapeutica dell'individuo. La vita e la salute individuale costituirebbero valori irrinunciabili, indisponibili e incompressibili, alla luce dell'art. 2 Cost. che afferma il riconoscimento dei diritti inviolabili della persona. Ciò si desumerebbe da una pluralità di disposizioni normative: a venire in rilievo è anzitutto l'art. 5 c.c. (secondo cui gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionano una diminuzione permanente dell'integrità fisica, così affermando un principio di relativa indisponibilità del corpo umano), una serie di disposizioni penali identifica come reati dei comportamenti incidenti sull'integrità della persona, anche nel caso in cui questa vi consenta (artt. 579 e 580 c.p.), con ciò confermando il principio di indisponibilità della vita e della integrità psico-fisica.

Pertanto, nel bilanciamento tra valori costituzionali, si dovrebbe propendere per la prevalenza del bene vita, in quanto valore irrinunciabile per l'ordinamento giuridico, rispetto al diritto di autodeterminazione terapeutica dell'individuo. Del resto – si aggiunge – se la salute è tutelata come interesse della collettività, allora deve esistere un generico dovere di curarsi e di mantenersi in uno stato di salute tale da poter adempiere i propri doveri di solidarietà sociale che l'art. 2 Cost. qualifica come inderogabili⁴⁴. Di conseguenza l'art. 32, comma 2 Cost. certamente riconosce il diritto di rifiutare le cure, ma non fino al punto di poter rifiutare quelle necessarie per sopravvivere. A ulteriore supporto della tesi in esame, si evidenzia come il divieto di trattamenti obbligatori non possa mai valicare il limite del rispetto della dignità umana, sicché non potrebbe giammai ritenersi lecito l'omesso impedimento della morte di un soggetto in pericolo di vita. Peraltro si ritiene che lo stato di incoscienza in cui inevitabilmente viene a porsi colui che protragga oltremodo lo sciopero della fame renderebbe l'alimentazione priva di qualsiasi significato coattivo⁴⁵.

Si tratta di una ricostruzione che non risulta convincente per una pluralità

⁴³ Sostengono questa tesi: V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, III, Torino, 1949, 532, nota 1; A. PALAZZO, *Sciopero della fame di detenuti e omissione di soccorso*, in *Riv. pen.*, 1935, 420 ss.

⁴⁴ Sul punto O. VANNINI, *Delitti contro la vita*, Milano, 1946, 5, il quale evidenzia come l'interesse alla vita assuma una duplice dimensione, come interesse del singolo alla conservazione della propria esistenza e come interesse dello Stato alla conservazione del proprio corpo sociale. Rifiuta una simile visione statolatrica M. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, I, Torino, 2006, 200 ss. (con richiami di altra dottrina).

⁴⁵ M. BILANCETTI, F. BILANCETTI, *op. cit.*, 640.

di ragioni. È oramai indubbio che il diritto di autodeterminazione terapeutica sia un diritto assoluto, che non incontra limiti, neanche se il suo esercizio possa condurre al sacrificio del bene della vita⁴⁶. Ciò si giustifica alla luce del principio personalistico che anima l'ordinamento giuridico e che conduce a una nuova dimensione della salute, non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e che quindi coinvolge, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza. Né può obiettarsi che, nel bilanciamento tra valori costituzionali, la vita prevarrebbe sul diritto di non curarsi. Un problema di bilanciamento si pone solo tra interessi facenti capo a soggetti diversi, non tra interessi rientranti nella sfera giuridica dello stesso soggetto⁴⁷. In tal caso è il titolare degli interessi in conflitto a scegliere la miglior strada per la loro tutela.

Riconosciuta l'esistenza di un diritto di rifiutare le cure finanche a lasciarsi morire, occorre valutare se di questo diritto possa ritenersi titolare anche il soggetto sottoposto a restrizioni della libertà personale. Bisogna chiedersi, innanzi tutto, se l'ordinamento penitenziario contenga disposizioni che autorizzino un trattamento sanitario obbligatorio, consentendo di superare il dissenso alle cure dell'interessato.

Secondo un primo orientamento⁴⁸ l'art. 41, comma 3 ord. penit. consentirebbe di intervenire coattivamente sul detenuto in pericolo di morte.

⁴⁶ Così Cass., Sez. I civ., 4 ottobre 2007, n. 21748, in *Dejure*, in cui si afferma che «deve escludersi che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita. Benché sia stato talora prospettato un obbligo per l'individuo di attivarsi a vantaggio della propria salute o un divieto di rifiutare trattamenti o di omettere comportamenti ritenuti vantaggiosi o addirittura necessari per il mantenimento o il ristabilimento di essa, il Collegio ritiene che la salute dell'individuo non possa essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva. Di fronte al rifiuto della cura da parte del diretto interessato, c'è spazio – nel quadro dell'«alleanza terapeutica» che tiene uniti il malato ed il medico nella ricerca, insieme, di ciò che è bene rispettando i percorsi culturali di ciascuno – per una strategia della persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza; e c'è, prima ancora, il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale. Ma allorché il rifiuto abbia tali connotati non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico». In dottrina si veda: F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri: contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, 525 ss.; M. RUOTOLO, *op. cit.*, 154 ss.; V. ONIDA, *op. cit.*, 363.

⁴⁷ Per un più ampio inquadramento della questione G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica&Politica*, 1/2006, 1 ss.

⁴⁸ M. BILANCETTI, F. BILANCETTI, *op. cit.*, 639.

La disposizione *de qua* autorizza l'uso della coercizione fisica al fine di tutelare l'incolumità dello stesso soggetto che la subisce e dunque l'eventuale dissenso del detenuto non osterebbe alla pratica di alimentazione forzata posta in essere dai servizi sanitari penitenziari. Una simile soluzione è criticabile sotto vari aspetti. Come è stato chiarito in precedenza, la riserva di legge di cui all'art. 32, comma 2 Cost. esige che l'atto legislativo individui lo specifico trattamento autorizzato e la specifica malattia che esso mira a curare o a prevenire ma non sembra che questi "requisiti" minimi siano riscontrabili nell'art. 41 ord. penit. Inoltre tale disposizione consente l'uso della coercizione fisica solo per detenuti affetti da gravi patologie mentali, alla luce dell'art. 82 d.P.R. n. 230/2000⁴⁹, e non può estendersi anche a quelli capaci di intendere e di volere. Infine, come sottolineato da attenta dottrina⁵⁰, l'art. 41, comma 3 ord. penit. consente la coercizione fisica per rimuovere gli effetti autolesionistici prodotti da contegni commissivi del soggetto, non per rimuovere una condotta meramente passiva dello stesso.

A fronte di tali difficoltà, altri Autori hanno ritenuto utilizzabili gli artt. 34 e 35 della l. n. 833 del 1978, che consentono il trattamento sanitario obbligatorio nei confronti di persone affette da malattie mentali⁵¹, posto che la protrazione del digiuno per un periodo di tempo eccessivo farebbe cadere il detenuto in uno stato di incoscienza assimilabile allo stato di infermità mentale.

Anche tale soluzione non appare del tutto convincente. In primo luogo, occorrerebbe dimostrare quel che si dà per scontato, e cioè che il rifiuto protratto di alimentarsi sconfini sempre a partire da un certo momento in disturbo psicologico assimilabile alla malattia mentale⁵². La tesi in esame muove da un'errata interpretazione dell'art. 32, comma 2 Cost.: il trattamento sanitario obbligatorio, infatti, non potrebbe mai consentirsi quando lo stato di salute di un soggetto non metta a repentaglio anche la salute di terzi. Fuori di tale situazione sussiste un vero e proprio diritto a essere ammalato⁵³. Infine, la soluzione prospettata produrrebbe un'evidente incoerenza sistematica, giacché attribuirebbe il compito di

⁴⁹ V. *supra* par. 2.1.

⁵⁰ M.G. MAFFEI, *op. cit.*, 29.

⁵¹ Sull'ammissibilità del t.s.o. nei confronti del detenuto digiunante: A. PENNISI, *op. cit.*, 100-101. In giurisprudenza si vedano Trib. Milano, ord. 13 novembre 1981, cit., 247.

⁵² D. PULITANO, *op. cit.*, 373; M.G. MAFFEI, *op. cit.*, 34, il quale evidenzia come identificare lo stato di incoscienza con la malattia mentale significhi confondere la causa con gli effetti, sicché anche lo stato febbrile, potendo recare con sé deliri, costituirebbe esso stesso una malattia mentale.

⁵³ M. RUOTOLO, *op. cit.*, 159.

proteggere i diritti del ristretto a un'autorità amministrativa, qual è il sindaco, disapplicando, di fatto, la normativa penitenziaria che tale compito demanda ad altre autorità⁵⁴.

In assenza di un'apposita disposizione legislativa⁵⁵ che autorizzi un trattamento sanitario obbligatorio, si deve ritenere che, in caso di sciopero della fame, valga la regola generale del consenso informato, quale elemento giustificativo dell'intervento medico. L'alimentazione forzata dovrebbe dunque in linea generale ritenersi illecita, ove volta a superare il rifiuto esplicito del detenuto di assumere qualsiasi forma di cibo.

Proprio per tale ragione una parte della dottrina ha cercato di giustificare l'intervento salvifico dei medici penitenziari facendo leva sul presunto carattere viziato della volontà del detenuto digiunante. Il diritto di autodeterminazione terapeutica si pone come limite all'intervento medico solo se e nei limiti in cui esso si manifesti in una scelta libera, informata e consapevole del titolare. Si sostiene, in particolare, che la scelta di lasciarsi morire in carcere per fame sarebbe libera solo in apparenza: il comportamento del soggetto sarebbe influenzato dallo stato detentivo che certamente può condurre a una distorsione della percezione della realtà. Lo *status detentionis*, non consentirebbe al soggetto di ponderare adeguatamente la propria condizione, sicché il carcere, in quanto luogo di restrizione della libertà, risulterebbe inadatto all'esercizio del diritto di non curarsi. In sostanza, pur dovendosi riconoscere astrattamente un siffatto diritto al detenuto, di fatto il suo esercizio risulterebbe impossibile nei luoghi di detenzione. Il vizio che inficia il rifiuto del cibo rende pertanto quest'ultimo inidoneo a porsi come valido limite alla posizione di garanzia dell'operatore penitenziario⁵⁶.

Un simile ragionamento non pare tuttavia condivisibile per molteplici ragioni. Sostenere che il detenuto non sia capace di compiere scelte consapevoli è un'asserzione priva di validi riscontri sul piano empirico. La tesi in esame formula una sorta di presunzione assoluta di incapacità di autodeterminazione del detenuto che risulta del tutto irragionevole. Come ha indicato più volte la Corte costituzionale, «le presunzioni assolute, specie quando limitano diritti fondamentali della persona, violano il principio

⁵⁴ M.G. NAPOLI, *op. cit.*, 188.

⁵⁵ A conferma dell'assenza di una disposizione che autorizzi il trattamento sanitario obbligatorio verso il detenuto digiunante può ricordarsi che sono stati presentati vari disegni di legge che miravano a introdurre una disposizione che consentisse l'alimentazione forzata nei confronti del detenuto in sciopero della fame. Sul punto si veda G. FIANDACA, *Sullo sciopero della fame*, cit., 237, il quale esprime profondi dubbi sull'opportunità di una simile soluzione.

⁵⁶ M. CANEPA, S. MERLO, *op. cit.*, 145; M. BILANCETTI, F. BILANCETTI, *op. cit.*, 640.

di eguaglianza se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*: evenienza che si riscontra segnatamente allorché sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa»⁵⁷. Non sembra che la presunzione assoluta proposta dalla dottrina esaminata riesca a superare tale prova di resistenza. Senza considerare l'evidente rischio di scadere in un approccio paternalistico, del tutto inopportuno, per quanto animato da buone intenzioni, quando la posta in gioco è la compressione ulteriore dei diritti fondamentali di persone già private del bene insostituibile della libertà personale. Inoltre la libertà morale del detenuto è alla base dell'idea stessa della finalità rieducativa della pena, sicché postulare l'incompatibilità tra lo stato detentivo e la capacità di autodeterminazione pare essere una contraddizione sistematica o comunque dovrebbe condurre coerentemente all'affermazione della incostituzionalità della pena carceraria. In realtà la genuinità del consenso è solo un problema probatorio e, come tale, pone la mera esigenza di un accurato accertamento in sede processuale⁵⁸.

Diversa è invece la questione della liceità dell'alimentazione forzata nel caso in cui il ristretto, a causa del prolungato rifiuto del cibo e delle cure, cada in uno stato di totale incoscienza, talché non sia in grado di reiterare il dissenso consapevole alle cure. Sul punto non vi è concordanza in dottrina.

Secondo un primo orientamento la posizione di garanzia del personale medico si riespanderebbe: venendo meno la costanza di una inequivoca manifestazione di volontà, si reputa ragionevole presumere che il detenuto, se fosse stato in condizione di farlo, avrebbe espresso il proprio consenso a quei trattamenti terapeutici idonei a garantirgli la conservazione della vita⁵⁹. Una tale conclusione sarebbe imposta anche nell'ipotesi in cui il digiunante abbia manifestato preventivamente – in modo libero e consapevole – l'univoca volontà di non essere sottoposto a trattamenti sanitari anche nell'eventualità in cui la protrazione dello sciopero della

⁵⁷ Corte cost., 25 febbraio 2015, n. 48.

⁵⁸ Del resto non sembra dubitarsi della persistenza della posizione di garanzia dei medici penitenziari laddove si accerti che il rifiuto del cibo sia frutto di una malattia mentale preesistente. Resterebbe comunque aperto il problema dell'ammissibilità dell'alimentazione forzata, in assenza di una disposizione di legge che autorizzi il trattamento sanitario obbligatorio. Si veda per tutti: I. ALLEGRI, G. GIUSTI, *op. cit.*, 84-85, i quali escludono che possa parlarsi di sciopero della fame nei casi di anoressia indipendente dalla volontà del detenuto, espressione di una psico-somatosi riconducibile a una depressione, determinato dallo stato detentivo o da altre cause preesistenti; A. BERNASCONI, *op. cit.*, 163.

⁵⁹ G.M. NAPOLI, *op. cit.*, 183.

fame determinasse uno stato di incoscienza. Ancora una volta, infatti, non si potrebbe sostenere con certezza che il rifiuto di alimentarsi sarebbe stato reiterato anche nella situazione estrema in cui occorra decidere sulla propria vita o sulla propria morte⁶⁰.

Secondo una diversa tesi⁶¹ il rifiuto delle cure in origine espresso dal detenuto digiunante rimarrebbe fermo anche in caso di sopravvenuta caduta di questo in stato di incoscienza: laddove il detenuto, informato delle conseguenze della propria scelta, abbia deciso di rifiutare ogni forma di aiuto, scontando il rischio della perdita di conoscenza e quindi dell'impossibilità del suo ritiro, allora il diritto di autodeterminazione terapeutica manterrebbe comunque il suo valore di limite alla posizione di garanzia degli operatori penitenziari. Del resto – si soggiunge – lo scopo dello sciopero della fame è proprio quello di giungere a uno stato di salute incompatibile con il regime carcerario, eludendo l'applicazione della misura detentiva.

A ben vedere tra i due orientamenti è possibile propendere per una soluzione intermedia. Nel caso in cui il detenuto decida di protrarre il digiuno accettando anche il rischio di morire, il sopravvenuto stato di incoscienza non dovrebbe giustificare l'intervento medico, operando il limite fondamentale della libertà terapeutica del soggetto che, come si è detto, implica anche la libertà di lasciarsi morire. Di contro un ragionamento analogo non può effettuarsi nel caso in cui il detenuto, prima di entrare in uno stato di incoscienza, avesse espresso solo la generica volontà di proseguire lo sciopero della fame, senza assumere una posizione netta sul rischio di morte o di caduta in uno stato di incoscienza: in tal caso dovrebbe prevalere l'istanza solidaristica di protezione della vita, come del resto evidenziato dalla stessa giurisprudenza di legittimità⁶².

⁶⁰ F. VIGANÒ, *op. cit.*, 531; V. ONIDA, *op. cit.*, 362; G.M. NAPOLI, *op. cit.*, 184, il quale ritiene che l'intervento medico debba essere finalizzato al solo recupero della capacità di autodeterminazione del detenuto, il quale, se vorrà, potrà comunque proseguire lo sciopero della fame.

⁶¹ M.G. MAFFEI, *op. cit.*, 34; F. DAL CANTO, *op. cit.*, 908 ss.

⁶² V. sul punto Cass., Sez. I civ., 04 ottobre 2007, n. 21748, par. 8, cit., che sottolinea come, ove non si riesca a provare che il rifiuto dell'alimentazione artificiale con esito letale sia realmente espressivo, in base ad elementi di prova chiari, concordanti e convincenti, della voce del rappresentato, deve «allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato, dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa, nonché dalla mera logica utilitaristica dei costi e dei benefici». Tale conclusione è peraltro coerente con la recente tendenza dell'Amministrazione penitenziaria a incentivare continui «contatti» tra il personale penitenziario e il detenuto,

In conclusione, alla luce dei rilievi appena svolti, deve riconoscersi al detenuto il diritto di rifiutare le cure, in quanto diritto fondamentale dell'individuo, salvo il caso in cui la situazione patologica metta in pericolo la salute dei terzi. Una sua limitazione non sembra giustificarsi alla luce dello *status detentionis*, salvo voler vedere nello sciopero della fame «una certa “potenzialità epidemica”, una minaccia per la microsocietà penitenziaria più esposta, per la sua intrinseca natura di gruppo sociale ristretto, a subire effetti di condizionamento ed imitazione dell'agire»⁶³. Né può sostenersi che la giustificazione di una simile compressione possa essere la necessità di far espiare al condannato l'intera pena inflitta, non potendosi ritenere ragionevole una siffatta conclusione alla luce della natura costituzionale del diritto alla salute e della stretta attinenza del rifiuto delle cure con la dignità umana.

Dinanzi alla scelta libera e consapevole del detenuto di rifiutare le cure il medico deve dunque astenersi da qualsiasi trattamento coattivo. Egli non sarà penalmente responsabile dell'eventuale morte o delle lesioni che colpiranno il digiunante, in quanto, ponendosi il dissenso di quest'ultimo come limite alla posizione di garanzia del medico, verrebbe a mancare lo stesso fatto oggettivo del reato di omicidio o di lesioni personali⁶⁴. Non mancano autori⁶⁵ che ritengono che il rifiuto del detenuto non provochi l'esclusione della posizione di garanzia del medico, bensì la sua attenuazione. Sul garante continuerebbe a incombere l'obbligo di informare il digiunante sulle conseguenze di una eccessiva protrazione dello sciopero della fame, al fine di persuaderlo ad accettare il cibo necessario a sopravvivere.

3.3. *La tesi che valorizza lo stato di necessità*

I risultati cui si è pervenuti potrebbero essere posti in discussione se si riconoscesse la facoltà dell'amministrazione penitenziaria di intervenire coattivamente sul detenuto in caso di stato di necessità. Secondo alcuni

come confermato dalle circolari indicate nella nota 27 e 28.

⁶³ M.G. MAFFEI, *op. cit.*, 31.

⁶⁴ Sul punto si veda invece la sentenza di non luogo a procedere del G.U.P. presso il Trib. Roma, 23 luglio 2007, n. 2049 in M. BILANCETTI, F. BILANCETTI, *op. cit.*, 577 ss., che invece fonda la non punibilità del medico sulla scriminante dell'adempimento del dovere. Il rifiuto della terapia costituisce espressione di un diritto costituzionalmente garantito rispetto al quale grava sul medico il correlato dovere giuridico di consentirne l'esercizio, sicché, laddove la cessazione delle cure cagioni la morte del paziente, il medico non risponderebbe penalmente in virtù della scriminante di cui all'art. 51 c.p.

⁶⁵ G.M. NAPOLI, *op. cit.*, 182; M.G. MAFFEI, *op. cit.*, 31.

Autori⁶⁶, infatti, pur in difetto di disposizioni legislative che autorizzino un trattamento sanitario obbligatorio a tutela della vita del detenuto in sciopero della fame, l'intervento sanitario degli operatori penitenziari potrebbe ritenersi comunque lecito alla luce dell'art. 54 c.p. Si sostiene che, nel caso in cui il digiuno provochi una situazione di pericolo attuale e concreto per la vita del detenuto, l'amministrazione penitenziaria avrebbe la facoltà – non il dovere – di procedere all'alimentazione forzata, al fine di scongiurare un danno grave alla persona del ristretto, purché vi sia proporzione tra il fatto lesivo (l'alimentazione forzata) e il pericolo da evitare (lesione del bene della vita) e tale pericolo non sia altrimenti evitabile. In sostanza l'operatore penitenziario, pur non essendo gravato da una posizione di garanzia a fronte del rifiuto di alimentarsi del detenuto, conserverebbe comunque la facoltà di salvare la vita di quest'ultimo, nel rispetto delle condizioni fissate dall'art. 54 c.p.

Si tratta di una soluzione che desta forti perplessità. Sorge infatti il rischio che l'uso dello stato di necessità conduca a eludere la garanzia costituzionale prevista dall'art. 32, comma 2 Cost., autorizzando un trattamento sanitario obbligatorio in assenza di una specifica disposizione di legge che stabilisca i presupposti e la natura dell'intervento, nonché i limiti dello stesso⁶⁷.

Più in generale, non è affatto scontato che il personale amministrativo del carcere possa avvalersi della scriminante dello stato di necessità. Ciò in quanto si dubita che l'art. 54 c.p. possa operare anche in riferimento all'azione dei pubblici poteri. Sul punto, in effetti, non si registra unanimità di vedute. Un primo orientamento ammette l'applicabilità dello stato di necessità. Le cause di giustificazione, alla luce del principio di unità dell'ordinamento giuridico, hanno una portata applicativa tendenzialmente illimitata, sicché devono operare anche in relazione alle condotte tenute dai pubblici poteri. Sarebbe contraddittorio che una condotta di un pubblico agente sia lecita sul piano amministrativo e, al contempo, illecita sul piano penale⁶⁸. Si rileva altresì che non osterebbe a tale conclusione la genericità dei presupposti dello stato di necessità. Vi sono varie

⁶⁶ M. CANEPA, S. MERLO, *op. cit.*, 147. In giurisprudenza ritiene applicabile lo stato di necessità Trib. Milano, ord. del 13/11/1981, cit., 237.

⁶⁷ G. FIANDACA, *Sullo sciopero della fame*, cit., 237, il quale evidenzia altresì come la tesi contraria ponga il problema, di non facile soluzione, di stabilire il momento a partire dal quale il digiuno trapassa in una «condizione suicidaria». Sulla stessa linea G.M. NAPOLI, *op. cit.*, 188; F. VIGANÒ, *op. cit.*, 472.

⁶⁸ G. FIANDACA, *Lo sciopero della fame*, cit., 237 cui si rinvia per i riferimenti bibliografici alla dottrina tedesca che della questione si è occupata maggiormente.

disposizioni del diritto amministrativo che presentano un analogo grado di indeterminatezza senza che ciò conduca a denunciare una violazione del principio di legalità vigente in materia di attività amministrativa. Pertanto lo stato di necessità sarebbe applicabile all'azione dei pubblici poteri, salvo che esistano norme specifiche che espressamente ne impediscano o limitino l'applicazione.

Un diverso e preferibile orientamento rifiuta l'applicabilità dello stato di necessità per un duplice ordine di ragioni. In primo luogo si evidenzia che, laddove un determinato conflitto di interessi tra Stato e cittadini è compiutamente regolato mediante norme di diritto pubblico, ricorrere allo stato di necessità implicherebbe una rinuncia al principio di legalità nell'operato di organi pubblici. Del resto – si osserva – l'applicazione dello stato di necessità, comportando una ridefinizione del rapporto tra fini e mezzi istituzionali, demandata al solo legislatore, finirebbe per minare alle sue basi lo stesso Stato di diritto⁶⁹. Si conclude – in via del tutto condivisibile – per l'impossibilità di usare la clausola dello stato di necessità per ampliare i poteri di intervento dell'amministrazione penitenziaria oltre i limiti di legge⁷⁰.

Resta da valutare se lo stato di necessità possa essere invocato dai servizi medici penitenziari. Ciò importa l'esigenza di stabilire se l'art. 54 c.p. possa comunque applicarsi all'attività medico-chirurgica, questione tutt'altro che pacifica. Essendo un'attività giuridicamente regolata nei suoi presupposti e limiti, si discute se gli eventuali conflitti di interessi debbano ritenersi già previamente risolti dal diritto.

Ad avviso di chi esclude l'applicabilità dello stato di necessità, vi sarebbe il concreto rischio di alterare le scelte politiche effettuate a monte dal legislatore, vanificando i limiti di liceità posti dall'ordinamento giuridico. Inoltre risulterebbe distonica l'applicazione dell'art. 54 c.p. in ambito medico, posto che tale disposizione è finalizzata a risolvere conflitti tra interessi di soggetti diversi, non invece quelli tra interessi facenti capo alla stessa persona, come avviene normalmente in ambito sanitario⁷¹. Di diverso avviso è un'altra parte della dottrina⁷² e la giurisprudenza di legittimità che

⁶⁹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 259, il quale evidenzia come acconsentire all'uso dello stato di necessità vorrebbe dire assoggettare i pubblici poteri a ogni forma di ricatto, stimolando l'ardire dei ricattatori sicuri di raggiungere lo scopo perseguito.

⁷⁰ Conclude per il rifiuto dello stato di necessità anche G.M. NAPOLI, *op. cit.*, 188; M.G. MAFFEI, *op. cit.*, 27.

⁷¹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 259.

⁷² M. BILANCETTI, F. BILANCETTI, *op. cit.*, 364 cui si rinvia per ulteriori riferimenti giurisprudenziali; A. FIORI, *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano, 1999, 211, il quale ammette l'uso dello stato di necessità finanche nel caso in cui emerga il rifiuto esplicito delle cure da parte del paziente. Si tratta tuttavia di una posizione ormai isolata.

propendono invece per l'applicabilità dello stato di necessità nell'attività medico-chirurgica. Si evidenzia che lo scopo terapeutico dell'attività medica giustifica di per sé l'uso dello stato di necessità, laddove l'intervento abbia consentito di salvare la vita o la salute del paziente da un pericolo grave e imminente. Una siffatta soluzione non altererebbe il quadro dei valori costituzionali, in quanto limite dello stato di necessità resterebbe comunque la libertà di autodeterminazione del paziente, sicché in caso di rifiuto esplicito delle cure il medico dovrebbe comunque arrestare la propria opera. Dunque l'atto medico non è posto in essere contro la volontà del paziente in stato di necessità, bensì in mancanza della sua volontà. Lo stato di necessità opererebbe in funzione solidaristica nei casi di lacuna del consenso informato.

Ad ogni modo i termini del dibattito sopra illustrato non sembrano incidere significativamente sulla questione della liceità dell'alimentazione forzata nei confronti del detenuto in sciopero della fame. Posto che l'orientamento che ammette l'utilizzabilità dello stato di necessità in ambito sanitario riconosce comunque il limite del rifiuto esplicito alle cure del soggetto in pericolo, dinanzi al persistente rifiuto del detenuto di ottenere le cure necessarie a scongiurare la propria morte, il medico penitenziario deve mantenersi rispettoso di tale scelta e astenersi da qualsiasi intervento coercitivo.

4. *Considerazioni conclusive*

Lo sciopero della fame del detenuto pone certamente una pluralità di interrogativi rispetto ai quali ogni risposta sembra essere precaria e tendenzialmente instabile, sempre suscettibile di essere smentita, considerata altresì la mancanza di una presa di posizione specifica da parte del legislatore in merito. Ciò pare del resto confermato dall'analisi del quadro dottrinale e giurisprudenziale emerso su tale tematica⁷³. Un quadro caratterizzato da una notevole diversità di approcci, di soluzioni, di sensibilità. Non a caso taluno ha sostenuto che «alla fine del viaggio esegetico, il giurista si

⁷³ Tra gli operatori penitenziari pare prevalere la tendenza ad ampliare i margini della tutela della vita del detenuto in sciopero della fame. Sul punto si veda R. MORAMARCO, *La prevenzione dei suicidi in carcere*, in *Quad. ISSP*, 8/2011, in cui si afferma la liceità dell'intervento coercitivo in due situazioni: I) detenuto affetto da malattia mentale (non ritenendo tale lo stato di incoscienza indotto dal digiuno), ove sussistano i requisiti di cui alla normativa sul T.S.O. (art. 34 l. 833 del 1978); II) dissenso espresso in precedenza e non confermabile, ove il sanitario ragionevolmente ritenga che se il soggetto avesse conosciuto il rischio per la propria vita, avrebbe prestato il consenso all'attività terapeutica.

scopre nudo di certezze»⁷⁴. Un esito del tutto comprensibile allorquando si tratta di decidere sulla vita di un individuo, in situazioni estreme, al confine tra il diritto e l'etica, in cui ogni bilanciamento tra valori fondamentali, tutti meritevoli di salvaguardia, si espone inevitabilmente a un incerto equilibrio.

La bussola dell'interprete deve comunque restare la Carta costituzionale e il principio personalistico che la anima. Ciò conduce a identificare nella persona umana un valore etico in sé, a concepire l'intervento sociale nell'ottica esclusiva dello sviluppo della persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive. Ciò conduce al necessario riconoscimento a ciascuno della libertà di coscienza, vera essenza dell'essere umano. Lo sciopero della fame, una volta concepito come atto di autoaffermazione della propria coscienza individuale, non può tollerare alcuna restrizione che non sia fondata su chiare disposizioni legislative. Ciò nell'ottica di una crescente umanizzazione degli istituti penitenziari, coerente con il dettato dell'art. 27, comma 3 Cost.

⁷⁴ E. FASSONE, *op. cit.*, 345.

Francesco Cecchini

*La tutela del diritto alla salute in carcere
nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*

SOMMARIO: 1. L'assenza del diritto alla salute nella CEDU e la sua tutela "indiretta" tramite l'interpretazione evolutiva della Corte: mancanza di un «nucleo irriducibile del diritto» – 2. Il divieto di tortura e pene o trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU) tra assolutezza, soglia minima di gravità e *onus probandi* – 3. L'inversione del rapporto tra "dover essere normativo" ed "essere applicativo" – 4. Obblighi degli Stati di assicurare *health and well-being* dei detenuti – 4.1. L'apprestamento di cure mediche adeguate e tempestive – 4.2. Compatibilità dello stato di salute con le condizioni "normali" di detenzione – 4.3. Condizioni igienico-sanitarie in carcere – 4.4. Detenzione e *mental health* – 4.5. Trattamenti medici arbitrari e sciopero della fame – 5. I rimedi alla violazione dell'art. 3 CEDU nell'Italia post-*Torreggiani* (cenni): una (ennesima) rinuncia ai tradizionali principi del nostro sistema? – 6. (Tentativo di) Conclusioni: la ricostruzione del "dover essere normativo" convenzionale

1. *L'assenza del diritto alla salute nella CEDU e la sua tutela "indiretta" tramite l'interpretazione evolutiva della Corte: mancanza di un «nucleo irriducibile del diritto»*

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo non contiene alcuna disposizione espressamente e specificamente dedicata al diritto alla (tutela della) salute. La «protezione della salute», anzi, figura nel testo della Convenzione e dei Protocolli addizionali unicamente per individuare una delle ragioni che, a certe condizioni, legittimano restrizioni a taluni dei diritti e libertà riconosciuti ovvero ingerenze delle pubbliche autorità nell'esercizio degli stessi¹.

La mancanza di una disposizione paragonabile all'art. 32 Cost. agevolmente si spiega con l'estraneità, rispetto all'originario sistema della

¹Così per quanto riguarda il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8, § 2 CEDU); la libertà di pensiero, coscienza e religione (art. 9, § 2 CEDU); la libertà di espressione (art. 10, § 2 CEDU); la libertà di riunione e di associazione (art. 11, § 2 CEDU); la libertà di circolazione (art. 2, § 3 Prot. n. 4).

Convenzione, della categoria dei cosiddetti diritti sociali², alla quale appunto si riconduce il diritto alla salute³, quantomeno in una delle due accezioni che anche la nostra giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32 Cost. gli ha riconosciuto⁴. Estraneità, questa, che non connota unicamente la CEDU, ma più in generale è riscontrabile nei vari sistemi internazionali di protezione dei diritti umani⁵: negli stessi anni in cui, in

² Sulla nozione di diritti sociali v. M. MAZZIOTTI DI CELSO, voce *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 802 ss.; A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, 1 ss.; N. BOBBIO, *Sui diritti sociali*, in *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, a cura di G. Neppi Modona, Torino, 1996, 115 ss.; G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 3/1981, 755 ss., che definisce il diritto sociale come diritto ad una prestazione positiva da parte del potere pubblico, funzionale alla partecipazione dei singoli ai benefici della vita associata, o alla concretizzazione del principio di eguaglianza o della *freedom from want*; M. BENVENUTI, voce *Diritti sociali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. V, Torino, 2012, 219 ss. che parla di «categoria complessa e sempre meno à la page»; da ultimo G. CORSO, *La protezione costituzionale dei diritti sociali*, in *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali*, a cura di A. Di Blase, Roma, 2014, 275 ss., che efficacemente sintetizza la distinzione tra diritti sociali e diritti individuali: «i diritti sociali sono diritti “a”, ossia consistono in aspettative positive (di prestazione) che si distinguono dai diritti individuali “di”, che consistono in aspettative negative (di non lesione)».

³ G. CORSO, *La protezione costituzionale*, cit., 276, colloca in questa categoria, sotto il profilo in parola, i diritti di cui agli artt. 32, 33, 34, 38 e 117 Cost.: salute, istruzione, previdenza e assistenza, nonché diritti il cui contenuto consenta, comunque, di qualificarli come “sociali”.

⁴ Cfr. C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *Diritti e libertà. Con appendice giurisprudenziale*, Torino, 2014, 106 ss: superata l'opinione che vedeva nell'art. 32 Cost. una disposizione meramente programmatica e priva di carattere precettivo, il diritto alla salute, grazie ad un'evoluzione interpretativo-giurisprudenziale, si è visto riconosciuta una sfera di tutela così ampia ed effettiva da poterlo annoverare fra i “nuovi diritti”, in considerazione della sua «emersione nella considerazione giuridico-sociale come diritto effettivamente tutelato» (così F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 40). La Consulta ne ha dunque affermato il carattere di «valore [...] primario [...] sia per la sua inerenza alla persona umana sia per la sua valenza di diritto sociale, caratterizzante la forma di Stato sociale disegnata dalla Costituzione» (Corte cost., 17-31 gennaio 1991, n. 37). Di qui il riconoscimento, nella tutela di cui all'art. 32, primo comma Cost., di due situazioni giuridiche (Corte cost., 26 settembre-16 ottobre 1990, n. 455): il diritto alla complessiva situazione di integrità psico-fisica della persona umana in tutte le attività nelle quali si esplica la sua personalità; il diritto ai trattamenti sanitari. Sotto quest'ultimo profilo, il diritto, 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).

⁵ G. CORSO, *La protezione costituzionale*, cit., 275 osserva come i diritti sociali, solitamente, non compaiano nei cataloghi dei diritti tutelati dalle Convenzioni internazionali

molti Paesi occidentali, si assisteva alla costituzionalizzazione dei diritti sociali sul piano interno, sul piano internazionale quel fenomeno si è compiuto solo «a metà»⁶. I diritti socio-economici, infatti, hanno trovato garanzia e riconoscimento in trattati distinti rispetto a quelli relativi ai diritti cosiddetti di prima generazione: il Patto sui diritti civili e politici da un lato, il Patto sui diritti sociali, economici e culturali dall'altro; la CEDU per un verso, la Carta sociale europea⁷ per altro verso. Da questa diversità di fonti deriva anche una differente operatività ed effettività della tutela, affidata non a veri e propri giudici dinanzi ai quali poter presentare ricorsi individuali, ma a comitati di esperti indipendenti destinatari di rapporti periodici e privi del potere di adottare decisioni vincolanti per gli Stati⁸. A

ovvero, quando vi figurano, siano tuttavia privi di effettività.

⁶ Così A. GUZZAROTTI, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1/2013, 13. Per quanto riguarda il sistema comunitario prima, eurounitario oggi, a partire dalla mancanza nei Trattati istitutivi di disposizioni in materia di diritti fondamentali, passando per l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia, fino alla Carta di Nizza e al Trattato di Lisbona, v. C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *op. cit.*, 135-141; A. DI PASCALE, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea: diritti fondamentali?*, in *Riv. dir. intern.*, 4/2014, 1148 ss.; sulla ambigua distinzione tra «diritti» e «principi» di cui all'art. 52 della Carta di Nizza, ancora A. GUZZAROTTI, *I diritti sociali*, cit., 10-11. Più in generale, per un tentativo di sistemazione teorica della tutela dei diritti fondamentali a livello europeo, alla stregua delle più recenti modifiche normative e degli elementi emergenti dal dialogo fra le Corti europee e i giudici nazionali si rimanda a G. CAGGIANO, *La tutela europea dei diritti della persona tra novità giurisprudenziali e modifiche istituzionali*, in *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali*, cit., 13 ss. Sui rapporti tra la CEDU e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, v. F. VIGANÒ, *L'impatto della Cedu e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis, F. Viganò, Torino, 2016, 31-33.

⁷ La Carta europea dei diritti sociali, o Carta sociale europea (CSE) – adottata nel 1961 e riveduta nel 1996 – contiene diversi riferimenti alla tutela del diritto alla salute (in particolare sui luoghi di lavoro, nonché con riferimento a particolari categorie di soggetti, quali bambini, adolescenti e anziani), oltre ad un articolo ad esso specificamente dedicato (art. 11: Diritto alla protezione della salute; v. anche l'art. 13: Diritto all'assistenza sociale e medica). La Parte I della Carta, inoltre, enuncia fra i diritti e principi, costituenti gli obiettivi che gli Stati firmatari si impegnano a realizzare, il seguente: «11. Ogni persona ha diritto di usufruire di tutte le misure che le consentano di godere del miglior stato di salute ottenibile».

⁸ Il controllo sulla protezione ed attuazione dei diritti enunciati nella CSE non è affidato ad una vera e propria Corte *ad hoc*, ma, dal 1996, al Comitato europeo dei diritti sociali, composto da 15 membri nominati dal Consiglio d'Europa. Ciascuno Stato parte invia al Comitato un rapporto annuale e il Comitato, sempre annualmente, pubblica delle conclusioni in cui si denunciano eventuali violazioni. In caso di inadempienza da parte degli Stati alle eventuali decisioni di non conformità del Comitato, il Consiglio dei Ministri

ciò si aggiunga la struttura «à la carte»⁹ della CSE, che lascia liberi gli Stati contraenti di selezionare i vincoli che intendono siglare¹⁰.

Le ragioni di questa «“marginalizzazione” internazionale»¹¹ dei diritti sociali sono diverse. Se da un lato essa va ricondotta all'impostazione concettuale del costituzionalismo liberale classico, che sembra ispirare il Consiglio d'Europa nel momento della stesura della CEDU¹², dall'altro lato viene in rilievo la cautela con cui gli Stati assumono obblighi internazionali che possano tradursi in impegni economico-finanziari, a sua volta connessa con il carattere “condizionato” dei diritti sociali¹³.

può adottare raccomandazioni con cui chiedere agli Stati di rimediare alla violazione della CSE. È inoltre prevista la possibilità di ricorsi collettivi al Comitato, da parte di organizzazioni sindacali e datoriali e di ONG accreditate. C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *op. cit.*, 135 riconoscono a questi strumenti di *soft law* una buona efficacia, derivante soprattutto dal discredito cui lo Stato si espone in caso di denunciata violazione. Per quanto invece riguarda il Patto sui diritti economici, sociali e culturali, il 10 dicembre 2008 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha adottato un Protocollo addizionale che introduce il ricorso individuale dinanzi ad un apposito Comitato. La ratifica del Protocollo da parte degli Stati, tuttavia, procede con notevole lentezza.

⁹ Così A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali*, cit., 15.

¹⁰ La ratifica della CSE, infatti, non obbliga ad assolvere a tutti i vincoli previsti, ma ciascuno Stato può scegliere a quali disposizioni vincolarsi, purché siano incluse almeno sei delle nove che costituiscono il “nocciolo duro” del catalogo contenuto nella Parte II (diritto al lavoro, alla libertà sindacale, alla contrattazione collettiva, alla tutela per bambini e adolescenti, alla sicurezza sociale, all'assistenza sociale e medica, alla tutela sociale, giuridica ed economica della famiglia, diritto del lavoratore migrante e della sua famiglia alla protezione ed assistenza, diritto alle pari opportunità in materia di lavoro e professione). Cfr. sul punto G. ROMEO, *Civil rights v. social rights nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: c'è un giudice a Strasburgo per i diritti sociali?*, in *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, a cura di L. Mezzetti, A. Morrone, Torino, 2011, 490. Questa «contrattabilità e scomponibilità» sotto il profilo dell'assunzione di obblighi, ha indotto alcuni a dubitare che ai contenuti della CSE possa riconoscersi il carattere di veri diritti dell'uomo nel senso di diritti universali (A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali*, cit., 15-16; v. anche F. OLIVIERI, *La Carta sociale europea tra enunciazione dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle Corti nazionali. La lunga marcia verso l'effettività*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 3/2008, 520 ss., il quale parla di «mancato universalismo dei contenuti e dei titolari»).

¹¹ L'espressione è di G. ROMEO, *op. cit.*, 490.

¹² Cfr. B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2001, 157-158, secondo cui la CEDU ripropone «sul piano internazionale, una visione in qualche modo arcaica dei diritti fondamentali, quale quella [...] riduzionista ed ideologicamente liberista del costituzionalismo delle origini, che contrappone al nocciolo duro dei diritti di prima generazione il *corpus* separato dei diritti di seconda generazione». Proprio l'esclusione dei diritti sociali dalla CEDU sarebbe fra le ragioni del consenso che ne ha accompagnato la stesura.

¹³ A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 30-31 ricollega il carattere condizionato di alcuni diritti

Ciò non significa, tuttavia, che il diritto alla salute e, più in generale, i diritti sociali, non trovino alcuna forma di tutela nell'ambito del sistema CEDU, in particolare ad opera della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Superato un primo atteggiamento di *self-restraint* dovuto, paradossalmente, proprio all'esistenza della CSE¹⁴, i Giudici di Strasburgo sono giunti ad affermare che «nonostante la Convenzione enunci essenzialmente diritti civili e politici, molti di questi hanno implicazioni di natura sociale o economica. La Corte pertanto ritiene [...] che il mero fatto che un'interpretazione della Convenzione possa estendersi alla sfera dei diritti sociali ed economici non dovrebbe rappresentare un fattore decisivo contro una simile interpretazione; non c'è alcuna barriera impermeabile che separi quella sfera dall'ambito coperto dalla Convenzione»¹⁵.

Sebbene l'eccezione di incompetenza *ratione materiae* fondata sulla compresenza della CSE sia stata successivamente riproposta¹⁶, la Corte

sociali non alla necessità dell'*interpositio legislatoris* quale condizione di esistenza del diritto, bensì alla necessità che ricorra il presupposto di fatto condizionante, che consiste nella esistenza di strutture organizzative e istituzioni necessarie per l'erogazione delle prestazioni garantite. Di diritti sociali come diritti «finanziariamente condizionati» parla G. CORSO, *La protezione costituzionale*, cit., 277, il quale efficacemente osserva come i diritti sociali si differenzino dai diritti di libertà perché, in quanto pretese a prestazioni, hanno un costo. Questa caratteristica è stata riconosciuta anche dalla giurisprudenza costituzionale, la quale ha affermato la compatibilità del concetto di diritto inviolabile con quello di diritto sociale a prestazioni positive (Corte cost., 26 settembre-16 ottobre 1990, n. 455, su cui v. C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *op. cit.*, 107-108).

¹⁴ Di «paradosso alquanto macroscopico» parla A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali*, cit., 16. Inizialmente, l'esistenza della CSE ha rappresentato un impedimento ad una interpretazione evolutiva che consentisse di estendere la portata dei diritti garantiti dalla CEDU, fino a ricomprendervi anche alcuni diritti sociali. Cfr., ad esempio, alcune pronunce rese sull'art. 11 CEDU, nella parte relativa ai sindacati, caratterizzate da una preclusione fondata sulla seguente argomentazione: poiché gli Stati del Consiglio d'Europa hanno concepito uno strumento flessibile e programmatico per tutelare i diritti sindacali, quale la CSE, la Corte non può surrettiziamente farli rientrare nel più rigido sistema della CEDU (Corte EDU, 27 ottobre 1975, *National Union of Belgian Police v. Belgium*, ric. n. 4464/70; Corte EDU, 6 febbraio 1976, *Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden*, ric. n. 5614/72).

¹⁵ Corte EDU, 9 ottobre 1979, *Airey v. Ireland*, ric. n. 6289/73, § 26. Per riferimenti a questa sentenza a sostegno della natura indivisibile dei diritti umani, v. F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa*, Torino, 1994, 8; B. PEZZINI, *op. cit.*, 158.

¹⁶ Cfr. Corte EDU, 24 febbraio 1998, *Botta v. Italy*, ric. n. 21439/93, § 28 ove si dà conto dell'opinione della Commissione secondo cui «la natura sociale del diritto in questione richiede un meccanismo di tutela più flessibile, quale quello contemplato dalla Carta sociale europea. Conseguentemente l'art. 8 è inapplicabile». Corte EDU, Grande Camera, 6 luglio 2005, *Stec and Others v. the United Kingdom*, ric. n. 65731/01 e 65900/01, in cui all'obiezione del Governo britannico secondo cui la CEDU riguarderebbe unicamente diritti civili e politici, non economici e sociali (§ 34), la Corte ribatte

EDU ha potuto sviluppare una nutrita giurisprudenza anche in materia di diritti sociali, tramite un'interpretazione evolutiva delle disposizioni della Convenzione, che le ha consentito di ricondurre ai diritti positivamente riconosciuti da queste anche posizioni giuridiche a contenuto sociale¹⁷.

Il diritto alla salute, in particolare, è stato così ricondotto nell'alveo dei

richiamando il precedente *Airey* (§ 52), oltre a riportare nella parte in fatto il passaggio del Preambolo della CSE revisionata che afferma «la necessità di preservare il carattere indivisibile di tutti i diritti dell'uomo, che siano civili, politici, economici, sociali o culturali». Corte EDU, Grande Camera, 12 novembre 2008, *Demir and Baykara v. Turkey*, ric. n. 34503/97, in cui a fronte dell'invocazione, da parte dei ricorrenti, della tutela dell'art. 11 CEDU, sotto il profilo del diritto dei sindacati di svolgere una contrattazione collettiva, diritto specificamente previsto dall'art. 6 CSE, non ratificato dalla Turchia, il Governo turco replicava che ciò avrebbe determinato un'integrazione della CEDU con materiali non utilizzabili, soprattutto a fronte del mancato consenso, da parte degli Stati del Consiglio d'Europa, all'adozione di un Protocollo addizionale su alcuni diritti sociali ed economici. La Corte replica osservando come quegli stessi Stati abbiano al tempo stesso manifestato una volontà di rafforzare gli strumenti di controllo della CSE; dal che ricava «un argomento a sostegno dell'esistenza di un consenso fra gli Stati contraenti circa la promozione dei diritti economici e sociali. Non è precluso alla Corte prendere in considerazione questa volontà generale degli Stati contraenti quando essa interpreta le disposizioni della Convenzione» (§ 84). Corte EDU, Grande Camera, 22 marzo 2012, *Konstantin Markin v. Russia*, ric. n. 30078/06, in cui la Corte neppure replica all'obiezione del Governo russo di incompetenza *ratione materiae* derivante da interferenza con diritti specificamente tutelati dalla CSE.

¹⁷ Ciò anche grazie all'elaborazione di una nozione autonoma della categoria dei *civil rights* rispetto a quella propria delle tradizioni dei Paesi membri, fondata sul contenuto e sugli effetti del diritto, piuttosto che sulla sua collocazione sotto un determinato tipo: cfr. Corte EDU, 29 maggio 1986, *Felbrugge v. the Netherlands*, ric. n. 8562/79, § 26. Sul punto v. G. ROMEO, *op. cit.*, 489. L'elaborazione di nozioni autonome delle categorie di volta in volta in rilievo rappresenta una costante nella giurisprudenza di Strasburgo: si pensi alla autonoma nozione di "materia penale", a partire da Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel and Others v. the Netherlands*, ric. n. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72, fino alla più recente Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens v. Italy*, ric. n. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10. In argomento, *ex multis*, v. C.E. PALIERO, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione "classica" a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1985, 894 ss.; A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, 307 ss.; V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes, V. Zagrebelsky, Milano, 2011, 38 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, ivi, 74 ss.; A. MASSARO, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei "doppi binari" nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della "materia penale"*, in *Penalecontemporaneo.it*, 15 luglio 2015, 3 ss.

diritti garantiti, quale corollario¹⁸ del diritto alla vita (art. 2 CEDU), del divieto di pene e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU), del diritto al rispetto della vita privata e familiare e del domicilio (art. 8 CEDU).

La peculiare formulazione dell'art. 2 CEDU¹⁹, in particolare, ha indotto gli organi di tutela della Convenzione a ricavarne un duplice obbligo: negativo, nel senso che gli Stati non devono causare la morte dei singoli, e positivo, nel senso che sono altresì tenuti ad assumere misure adeguate ad assicurare la protezione della vita²⁰. Nonostante la cautela con cui si è proceduto all'ampliamento di questo secondo profilo, proprio per il timore di trasformare l'art. 2 CEDU in un diritto sociale²¹, non mancano decisioni che hanno ricompreso, tra gli obblighi discendenti dal diritto alla vita, l'obbligo per lo Stato di coprire i costi di terapie mediche o medicinali essenziali per salvare la vita dei malati²², così come l'adozione di una regolamentazione che imponga alle strutture sanitarie di predisporre misure e procedure idonee ad assicurare la protezione della vita dei pazienti²³.

¹⁸ Così D. RANALLI, *Nuovi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di trattamento carcerario*, in *Rass. penit. crim.*, 2/2013, 157-158.

¹⁹ Osserva A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., 163-164 che, a differenza di tutti gli altri articoli della Convenzione, i quali solitamente usano espressioni quali «nessuno può essere privato» o «ogni persona ha diritto», l'art. 2 CEDU si apre invece con il riconoscimento del diritto alla vita da parte della legge.

²⁰ Cfr. Commissione EDU, 12 luglio 1978, *Association of Parents v. the United Kingdom*, ric. n. 7154/75; Commissione EDU, 10 ottobre 1986, *Naddaf v. the Federal Republic of Germany*, ric. n. 11604/85. Più di recente, Corte EDU, 15 dicembre 2009, *Maiorano and Others v. Italy*, ric. n. 28634/06, che ha affermato l'obbligo degli Stati di garantire una protezione generale della società, contro comportamenti criminosi di individui condannati per delitti violenti. Costituisce pertanto violazione dell'art. 2 CEDU, per inadempiamento al dovere di diligenza che ne discende, la concessione, senza la dovuta ponderazione, della semilibertà ad un individuo precedentemente condannato per crimini di eccezionale gravità, unitamente alla omessa comunicazione al tribunale di sorveglianza della ripresa delle attività criminali da parte dello stesso.

²¹ A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., 211, la quale rileva come si sia tendenzialmente preferito decidere i ricorsi sulla base di violazioni relative ad articoli diversi, senza quindi affrontare la questione relativa al diritto alla vita.

²² Commissione EDU, 1 luglio 1998, *Scialacqua v. Italy*, ric. n. 34151/96, che pure ha escluso la violazione dell'art. 2 CEDU nel caso di specie, dal momento che la Commissione non ha ritenuto sussistente l'obbligo di rimborsare i costi delle medicine nel caso in cui si tratti di medicinali non ricompresi tra quelli ufficialmente riconosciuti.

²³ Corte EDU, Grande Camera, 17 gennaio 2002, *Calvelli e Ciglio v. Italy*, ric. n. 32967/96, § 49. In altra occasione, all'obbligo suddetto si è affiancato anche quello di predisporre un adeguato sistema giudiziario, che consenta di accertare se la causa delle morti verificatesi negli ospedali sia o meno addebitabile alla responsabilità dei medici coinvolti (Corte EDU, 26 ottobre 1999, *Erikson v. Italy*, ric. n. 37900/97). V. anche Corte EDU, 19 dicembre 2009, *G.N. v. Italy*, ric. n. 43134/95; per una recente pronuncia

In altre occasioni, invece, quella cautela ha indotto la Corte a ricondurre situazioni di lesioni (anche gravi) alla salute non all'art. 2 CEDU, bensì all'art. 8 CEDU: si è così affermato che «un grave inquinamento ambientale può incidere sul benessere degli individui e privarli del godimento del loro domicilio, in modo da danneggiare la loro vita privata e familiare»²⁴, con conseguente violazione dell'art. 8 CEDU per mancata informazione circa i relativi rischi²⁵, senza invece affrontare la lamentata lesione del diritto alla vita. Tanto che, nella sua opinione concorrente, il giudice Jambrech ebbe motivo di affermare che «la protezione della salute e dell'integrità fisica è [...] strettamente connessa con il "diritto alla vita" [...]. Potrebbe quindi essere giunto il momento per la giurisprudenza della Corte relativa all'art. 2 di iniziare ad evolversi, di sviluppare i diritti impliciti, di articolare le situazioni di reale e serio pericolo per la vita»²⁶.

Il diritto alla salute, quindi, riceve dalla Corte di Strasburgo una tutela solo indiretta, «di riflesso»²⁷ o «*par ricochet*»²⁸, per situazioni nelle quali il pregiudizio alla salute si riflette nella lesione o messa in pericolo di altri

con cui la Corte ha riscontrato la violazione dell'obbligo dello Stato, discendente dall'art. 2 CEDU, di proteggere l'integrità fisica dei pazienti delle proprie strutture sanitarie, evitando situazioni di *malpractice* medica, Corte EDU, 15 dicembre 2015, *Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal*, ric. n. 56080/13. Ancora, i giudici di Strasburgo hanno ricavato dall'art. 2 CEDU l'obbligo di predisporre misure legislative ed amministrative, idonee a garantire un'effettiva protezione del diritto alla vita di quanti siano esposti a rischi per la salute derivanti dallo smaltimento dei rifiuti: Corte EDU, Grande Camera, 30 novembre 2004, *Oneryildiz v. Turkey*, ric. n. 18939/99.

²⁴ Corte EDU, Grande Camera, 19 febbraio 1998, *Guerra and Others v. Italy*, ric. n. 14967/89, pronunciata in relazione al grave inquinamento provocato dalla fabbrica di fertilizzanti Enichem di Manfredonia.

²⁵ Cfr. anche Corte EDU, 9 giugno 1998, *McGinley and Egan v. the United Kingdom*, ric. n. 21825/93 e 23414/94, § 101: «laddove un Governo intraprenda attività rischiose, quali quelle in discussione nel presente caso [si trattava di test nucleari], che possano avere effetti dannosi nascosti per la salute di quanti siano coinvolti in tali attività, il rispetto per la vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU richiede che sia predisposta una procedura effettiva e accessibile, che consenta a quelle persone di reperire ogni informazione rilevante ed appropriata». A questo proposito A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., 212 parla di un «diritto a ricevere adeguata consulenza medica» (v. anche Corte EDU, 9 giugno 1998, *L.C.B. v. the United Kingdom*, ric. n. 23413/94).

²⁶ Secondo il giudice Jambrech, nel caso di specie, la circostanza che 150 persone fossero state ricoverate per grave avvelenamento da arsenico cagionato dalla fabbrica, costituiva una violazione dell'art. 2 CEDU.

²⁷ Di garanzia di riflesso parlano A. GUAZZAROTTI, *Giurisprudenza CEDU e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto*, in *www.gruppodipisa.it*, maggio 2012, 2 (ultimo accesso 12.04.2017) e D. RANALLI, *Nuovi interventi della Corte europea*, cit., 159.

²⁸ A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., 222.

diritti garantiti dalla Convenzione. Questa tecnica di tutela, se da un lato ha consentito al Giudice europeo di estendere il proprio sindacato anche a istituti e pratiche non direttamente rientranti nel campo di applicazione della Convenzione, così colmando alcune lacune della stessa²⁹ – ad esempio, in tema di condizioni di detenzione e misure nei confronti degli stranieri –, dall'altro lato, tuttavia, gli ha impedito di tutelare il diritto in sé e per sé³⁰, così come di individuare un «nucleo irriducibile del diritto alla salute»³¹ al quale assicurare una garanzia incondizionata.

Vi è infatti una sensibile differenza fra la giurisprudenza della Corte EDU e quella della nostra Corte costituzionale in materia di diritti sociali, dovuta soprattutto alla mancanza nella Convenzione di un articolato catalogo degli stessi paragonabile a quello presente in Costituzione³². Proprio il diritto alla salute rappresenta un efficace banco di prova in questo senso.

Trovandosi a dover decidere se l'espulsione di una immigrata irregolare, malata di Aids, verso un Paese di provenienza tanto povero da non garantire cure adeguate, anzi da rendere ragionevolmente prevedibile il rischio elevato di aggravamento della malattia e di conseguente decesso, costituisse o meno violazione dell'art. 3 CEDU, i Giudici di Strasburgo hanno affermato di non poter impedire l'espulsione verso Paesi nei quali, astrattamente, è pur sempre possibile reperire cure contro l'Aids, indipendentemente dalla constatazione che quelle cure siano accessibili solo ad una piccola parte della popolazione, economicamente in grado di procurarsele³³. Particolarmente significative,

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Rileva D. RANALLI, *Nuovi interventi della Corte europea*, cit., 158, nota 5, come non siano mancate, anche di recente, decisioni in cui la Corte ha concluso per la irricevibilità, *ratione materiae*, di ricorsi fondati unicamente sulla violazione del diritto alla salute: cfr. Corte EDU, 12 ottobre 2010, *Dossi and Others v. Italy*, ric. n. 26053/07. V. anche A. GUZZAROTTI, *I diritti sociali*, cit., 19, secondo cui «sarebbe arbitrario concludere ottimisticamente che il paradosso *Carta sociale come pietra d'inciampo per la CEDU* non sia più un argomento spendibile di fronte alla Corte» (corsivo dell'Autore).

³¹ Per usare le parole di Corte cost., 5-17 luglio 2001, n. 252.

³² Sebbene la Costituzione non contenga una clausola generale sullo Stato sociale (come l'art. 20 del G.G.), in essa è tuttavia rinvenibile un'ampia gamma di disposizioni concernenti la materia tradizionale dei diritti sociali: artt. 4 (diritto al lavoro), 32 (diritto alla salute), 34 (diritto all'istruzione), 36 (diritto ad una retribuzione sufficiente ed equa), 37 (diritto alla parità di trattamento), 38 (diritto all'assistenza e alla previdenza), 39 (libertà sindacale) e 40 (diritto di sciopero) Cost. Cfr. G. CORSO, *I diritti sociali*, cit., 755 e bibliografia ivi richiamata alla nota 1.

³³ Corte EDU, Grande Camera, 27 maggio 2008, *N. v. the United Kingdom*, ric. n. 26565/05, che si discosta da un precedente nel quale, invece, la Corte, pur con alcune ambiguità, aveva concluso nel senso che l'espulsione di una malata di Aids, allo stadio terminale della malattia e ricoverata in un centro per l'assistenza alle ultime fasi di vita,

in quell'occasione, le argomentazioni del Governo inglese: muovendo dalla considerazione che «la Convenzione intende proteggere primariamente diritti civili e politici, piuttosto che economici e sociali», contrapponeva la tutela apprestata dall'art. 3 CEDU, «assoluta e fondamentale», a quella offerta da disposizioni concernenti la tutela della salute contenute in altri strumenti internazionali, come la CSE, le quali sono «meramente programmatiche e non attribuiscono agli individui un diritto direttamente azionabile. Consentire ad un ricorrente di reclamare l'accesso all'assistenza sanitaria tramite la “porta sul retro” dell'art. 3 [...] sarebbe del tutto [...] contrario all'intento della Convenzione»³⁴.

A fronte di queste obiezioni, i Giudici della *Grand Chamber* hanno richiamato il precedente *Airey*, invertendone tuttavia l'ordine logico e dunque il senso: «sebbene molti dei diritti contenuti [nella Convenzione] abbiano implicazioni di natura economica o sociale, la Convenzione è essenzialmente diretta alla protezione di diritti civili e politici [...] l'art. 3 non pone a carico degli Stati un obbligo di rimediare alle disparità [tra gli Stati contraenti e i Paesi di origine in materia di assistenza sanitaria] garantendo cure gratuite ed illimitate a tutti gli stranieri irregolari sottoposti alla loro giurisdizione»³⁵.

Quella sensibile differenza cui si è accennato, chiaramente emerge raffrontando questa decisione con una pronuncia della Corte costituzionale, la quale, pur rammentando che «il diritto ai trattamenti sanitari necessari

ove riceveva cure gratuite, costituisce violazione dell'art. 3 CEDU (Corte EDU, 2 maggio 1997, *D. v. the United Kingdom*, ric. n. 30240/96). *L'overruling* è stato possibile perché nel secondo caso il quadro clinico non era altrettanto grave, e la Corte ha quindi escluso (per una maggioranza di 14 voti a 3) che le autorità britanniche avessero violato l'art. 3 CEDU. Ciò conferma che il diritto alla salute trova tutela convenzionale oltre che indirettamente, anche limitatamente a situazioni “estreme” (cfr. D. RANALLI, *Nuovi interventi della Corte europea*, cit., 159). Sulla giurisprudenza europea in materia di tutela della salute di soggetti stranieri, si rimanda a S. DIFRANCESCO, *La detenzione dello straniero irregolare tra disciplina sovranazionale e giurisprudenza europea*, in questo volume.

³⁴ Corte EDU, Grande Camera, 27 maggio 2008, *N. v. the United Kingdom*, cit., § 24. Il Governo inglese rilevava altresì che «l'interpretazione della Convenzione, così come di ogni trattato internazionale, è delimitata dal consenso degli Stati contraenti. L'effetto pratico di estendere l'ambito applicativo dell'art. 3 CEDU fino a coprire il caso della ricorrente, sarebbe quello di garantire a lei, e ad innumerevoli altri malati di Aids o di altre patologie letali, un diritto di rimanere e continuare a beneficiare di trattamenti medici all'interno di uno Stato contraente. È inconcepibile che gli Stati contraenti abbiano acconsentito a ciò».

³⁵ Corte EDU, Grande Camera, 27 maggio 2008, *N. v. the United Kingdom*, cit., § 44: ritenere il contrario sarebbe impossibile, prosegue la Corte, perché porrebbe a carico degli Stati contraenti un onere troppo gravoso.

per la tutela della salute è “costituzionalmente condizionato” dalle esigenze di bilanciamento³⁶ con altri interessi costituzionalmente protetti», fa tuttavia sempre salva «la garanzia di “un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana [...]”. Questo “nucleo irriducibile” di tutela della salute quale diritto fondamentale della persona deve perciò essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l’ingresso ed il soggiorno nello Stato»³⁷.

Se da un lato la Corte costituzionale può agevolmente³⁸ riconoscere quel nucleo irrinunciabile ed incondizionato del diritto alla salute, la Corte di Strasburgo può tutelare il diritto in parola solo se, ed in quanto, la lamentata violazione dello stesso si configuri quale violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti (o di altri diritti garantiti dalla Convenzione). Il *focus* della giurisprudenza europea, conseguentemente, non è, per dirla con il Governo inglese, nell’assicurare il prolungamento della vita, ma solo nel garantire una «morte dignitosa»³⁹.

³⁶ Anche Corte EDU, Grande Camera, 27 maggio 2008, *N. v. the United Kingdom*, cit., § 44, dalla considerazione che la CEDU è essenzialmente diretta a tutelare diritti civili e politici, sebbene taluni di questi possano avere implicazioni economiche o sociali, fa discendere la necessità di trovare un giusto equilibrio fra le esigenze proprie dell’interesse generale della comunità e le esigenze di tutela dei diritti fondamentali degli individui (in questo senso cfr. anche Corte EDU, 7 luglio 1989, *Soering v. the United Kingdom*, ric. n. 14038/88, § 89).

³⁷ Corte cost., 5-17 luglio 2001, n. 252, con cui la Consulta ha dichiarato infondata la *quaestio legitimitatis* della normativa in materia di espulsione, nella parte in cui non prevede un divieto di procedere all’espulsione di soggetti che necessitino di terapie essenziali per la loro salute. Secondo il Giudice delle leggi, la tutela del diritto inviolabile alla salute dello straniero irregolare non abbisogna dell’introduzione, tramite una pronuncia additiva di accoglimento, di un simile divieto, perché «lo straniero presente, anche irregolarmente, nello Stato ha diritto di fruire di tutte le prestazioni che risultino indifferibili e urgenti [...] trattandosi di un diritto fondamentale della persona». Pertanto, già sulla base della normativa (allora) vigente, «qualora risultino fondate le ragioni addotte dal ricorrente in ordine alla tutela del suo diritto costituzionale alla salute, si dovrà provvedere di conseguenza, non potendosi eseguire l’espulsione nei confronti di un soggetto che potrebbe subire, per via dell’immediata esecuzione del provvedimento, un irreparabile pregiudizio a tale diritto». Sul punto v. P. DE PASQUALE, *L’accesso degli immigrati irregolari ai servizi pubblici*, in *I percorsi giuridici per l’integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell’Unione e ordinamento italiano*, a cura di G. Caggiano, Torino, 2014, 630 ss. Sulla tutela del diritto alla salute di soggetti stranieri, si rimanda a L. ALFANI, *Il diritto alla salute degli stranieri: un difficile equilibrio tra diritto alla cura, principio di non discriminazione ed esigenze di sicurezza*, in questo volume.

³⁸ Così A. GUAZZAROTTI, *Giurisprudenza CEDU*, cit., 2.

³⁹ Corte EDU, Grande Camera, 27 maggio 2008, *N. v. the United Kingdom*, cit., § 24. Per ulteriori raffronti tra giurisprudenza europea e giurisprudenza costituzionale in materia

2. *Il divieto di tortura e pene o trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU) tra assolutezza, soglia minima di gravità e onus probandi*

Lo strumento tramite il quale la Corte europea ha potuto attrarre nell'ambito della tutela convenzionale il diritto alla salute delle persone detenute, valutando la compatibilità delle condizioni della detenzione rispetto alla Convenzione, è rappresentato dall'art. 3 CEDU. La lettera della disposizione⁴⁰, e l'«ampia latitudine» delle nozioni in essa

di diritti sociali (in particolare, di pensioni sociali e diritto di sciopero), si rimanda a A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali*, cit., 22 ss. L'Autore, peraltro, precisa come, nonostante le rimarcate differenze, vi sia una parziale sovrapposibilità, stante la duplice natura di molti dei diritti sociali riconosciuti dalla Costituzione: da un lato diritti a prestazioni, dunque «libertà positive», dall'altro «libertà negative», dimensione, quest'ultima, analoga alla concezione liberale dei diritti. Tale duplice dimensione è particolarmente evidente proprio nel diritto alla salute: «diritto all'organizzazione pubblica sanitaria, [...] diritto a non subire illecite intromissioni da parte di chicchessia, privati o pubblica amministrazione» (al riguardo, G. CORSO, *I diritti sociali*, cit., 768 include il diritto alla salute fra le «situazioni per così dire *double face* perché si fanno valere sia verso i pubblici poteri che nei rapporti privati»). Proprio in questa seconda dimensione, di libertà negative, i diritti sociali potrebbero trovare tutela da parte della Corte di Strasburgo (analogamente, con riferimento all'art. 11 CEDU e ai diritti sindacali, G. ROMEO, *op. cit.*, 499 ss., osserva come dalla giurisprudenza di Strasburgo emerga il dovere dello Stato «di astensione e di non-interferenza»). Il che trova riscontro e conferma nella lettera dell'unica disposizione concernente un diritto propriamente sociale, ossia il diritto all'istruzione (art. 2, Prot. I CEDU): accantonata quella originariamente proposta, formulata in positivo («*every person has the right to education*»), se ne è adottata una formulata in negativo («*no person shall be denied the right to education*»; cfr. G. MOR, Q. CAMERLENGO, G.E. VIGEVANI, *Art. 2, Prot. I CEDU*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Padova, 2001, 830 ss., secondo i quali si tratta di una posizione giuridica non assimilabile ad un diritto sociale *stricto sensu*, ma ad un diritto di libertà individuale al quale corrisponde un dovere di astensione a carico delle pubbliche autorità). La Corte europea ha così affermato che con questo articolo gli Stati non hanno voluto introdurre un diritto all'istruzione pubblica gratuita o a finanziamenti per quella privata, né un diritto ad un particolare tipo o livello di istruzione, bensì soltanto una garanzia di non discriminazione nell'accesso alle istituzioni esistenti in un certo momento (Corte EDU, 23 luglio 1968, *Belgian linguistic case (no. 2)*, ric. n. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 e 2126/64; v. J. WOELK, *Art. 2, Prot. I CEDU*, in *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Padova, 2012, 831), dalla quale non discendono obblighi positivi dello Stato, come la predisposizione di prestazioni o strutture aggiuntive per soddisfare esigenze peculiari dell'alunno (cfr. Commissione EDU, 4 dicembre 1989, *Simpson v. the United Kingdom*, ric. n. 14688/89).

⁴⁰ A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., 222, che parla di «secca formulazione». Cfr. anche M.K. ADDO, N. GRIEF, *Does Article 3 of The European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?*, in *Eur. JIL*, 3/1998, 510, i quali sottolineano come la

ricorrenti⁴¹, ne hanno reso possibile, da parte dei Giudici di Strasburgo, un'interpretazione «evolutiva»⁴², «costruttiva»⁴³, «ampia»⁴⁴, tramite la quale si sono potute individuare molteplici *species* di violazioni del divieto di tortura e trattamenti o pene inumani o degradanti⁴⁵.

Per meglio comprendere come, attraverso tale divieto, si offra, indirettamente, garanzia al diritto alla salute in carcere, è utile premettere una breve ricognizione della giurisprudenza relativa all'art. 3 CEDU. Le caratteristiche della disposizione, e le sue modalità applicative, così come ricostruite dalla Corte, si riflettono infatti anche sulla tutela della salute dei soggetti *in vinculis*.

Il divieto di tortura e pene o trattamenti inumani o degradanti ha carattere fondamentale, assoluto e inderogabile. La Corte di Strasburgo ha, infatti, più volte affermato che l'art. 3 CEDU «racchiude uno dei diritti fondamentali delle società democratiche»⁴⁶, la cui *ratio* principale va

brevità dell'art. 3 CEDU celi in realtà la mole e la varietà, oltre che la complessità, delle questioni cui la disposizione dà origine.

⁴¹ F. DELLA CASA, *Suggerimenti influenze e standards europei quali fattori di evoluzione del sistema penitenziario italiano*, in *Cass. pen.*, 10/2004, 3490.

⁴² *Ibidem*. Questo processo evolutivo è stato esplicitamente teorizzato, sulla base della considerazione per cui «i sempre più elevati *standards* richiesti in materia di protezione dei diritti umani e libertà fondamentali richiedono, corrispondentemente ed inevitabilmente, maggior fermezza nel valutare violazioni dei valori fondamentali delle società democratiche» (Corte EDU, Grande Camera, 28 luglio 1999, *Selmouni v. France*, ric. n. 25803/94, § 101).

⁴³ D. RANALLI, *Nuovi interventi della Corte europea*, cit., 159.

⁴⁴ A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., 222.

⁴⁵ M.K. ADDO, N. GRIEF, *op. cit.*, 511 osservano come gli organi di tutela della Convenzione, con le loro decisioni fondate sull'articolo in parola, abbiano finito per occuparsi di una varietà di materie che i redattori della Convenzione non avrebbero potuto prevedere: maltrattamenti durante fermo e arresto (Corte EDU, 27 agosto 1992, *Tomasi v. France*, ric. n. 12850/87); condizioni della detenzione (Commissione EDU, 9 luglio 1981, *Kröcher and Möller v. Switzerland*, ric. n. 8463/78); punizioni corporali (Corte EDU, 25 aprile 1978, *Tyrer v. the United Kingdom*, ric. n. 5856/72); immigrazione e rifugiati (Corte EDU, 20 marzo 1991, *Cruz Varas and Others v. Sweden*, ric. n. 15576/89); estradizione (Corte EDU, 7 luglio 1989, *Soering v. the United Kingdom*, cit.); Hiv e Aids (Corte EDU, 2 maggio 1997, *D. v. the United Kingdom*, cit.).

⁴⁶ Corte EDU, 7 luglio 1989, *Soering v. the United Kingdom*, cit., § 88; Corte EDU, 18 dicembre 1996, *Aksay v. Turkey*, ric. n. 21987/93, § 62. Questo carattere fondamentale del divieto *de quo* ha rilevanza sia su un piano generale, rappresentando una delle più importanti affermazioni giuridiche, culturali e morali negli ordinamenti interni e internazionale (cfr. l'analisi storica di A. ESPOSITO, *Art. 3*, in *Commentario alla Convenzione europea*, cit., 50 ss.), sia sotto lo specifico profilo del contesto normativo della CEDU (sull'incidenza dell'art. 3 CEDU su interpretazione e applicazione di altre disposizioni convenzionali, tanto sostanziali quanto procedurali, v. P. PUSTORINO, *Art. 3*, in

ricercata nell'esigenza di garantire protezione al principio essenziale della dignità umana⁴⁷. Per altro verso, la disposizione non consente eccezioni né limitazioni alla sua portata precettiva. Questa assolutezza e inderogabilità non sono espressamente affermate dall'art. 3 CEDU, ma si ricavano dall'art. 15 CEDU⁴⁸, dai lavori preparatori⁴⁹ e dalla giurisprudenza della Corte. Quest'ultima, da un lato, esclude la possibilità di un bilanciamento tra i valori tutelati dall'art. 3 CEDU e altri valori o obiettivi, anch'essi meritevoli di protezione da parte degli Stati contraenti⁵⁰; dall'altro, nega rilevanza, quali

Commentario breve alla Convenzione europea, cit., 66-67).

⁴⁷ P. PUSTORINO, *op. cit.*, 65. Che l'art. 3 CEDU costituisca, insieme a poche altre norme convenzionali, il «cuore» dell'esigenza etica universale di rispetto della dignità umana, si desume anche dalla circostanza che la proibizione della tortura sia stata oggetto di un'apposita Convenzione adottata nel 1984 (così G. MANNOZZI, *Diritti dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale al cospetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., 328). Questa, nel vietare tortura e trattamenti crudeli, disumani o degradanti, fornisce anche una dettagliata definizione di «tortura» (art. 1), contribuendo con ciò alla prevenzione di simili pratiche, come sottolineato da A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2009, 178.

⁴⁸ Questa disposizione consente di adottare misure in deroga ai diritti garantiti dalla Convenzione, alla triplice condizione della sussistenza di uno stato di urgenza (guerra o altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione), della stretta necessità della misura e della non contrarietà con il diritto internazionale. Il § 2, tuttavia, precisa che nessuna deroga, neppure in simili circostanze, può apportarsi agli artt. 2, 3, 4, § 1 e 7 CEDU.

⁴⁹ Cfr. A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., 221, che riporta un emendamento proposto dal delegato britannico all'Assemblea Parlamentare, con cui si esortavano i redattori della Convenzione a vietare ogni forma di tortura: «[L'Assemblea Parlamentare] ritiene che tale proibizione debba essere assoluta e che la tortura non possa essere consentita per nessuno scopo, né per scoprire prove, né per salvare la vita e neanche per la sicurezza dello Stato. [L'Assemblea] ritiene che sarebbe preferibile per una società morire piuttosto che consentire a tale relitto della barbarie di continuare a vivere».

⁵⁰ I Giudici di Strasburgo hanno negato la possibilità di bilanciare i valori di cui all'art. 3 CEDU con le difficoltà di ordine economico (Corte EDU, 7 luglio 2009, *Groni v. Albania*, ric. n. 25336/04, § 131), la prevenzione di reati (Corte EDU, 25 aprile 1978, *Tyrer v. the United Kingdom*, cit., § 31), il rispetto della normativa in materia di immigrazione (Corte EDU, Grande Camera, 21 gennaio 2011, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, ric. n. 30696/09, § 216), la lotta contro il terrorismo e il crimine organizzato (Corte EDU, Grande Camera, 6 aprile 2000, *Labita v. Italy*, ric. n. 26772/95, § 119; su questa pronuncia v. A. ESPOSITO, *La sentenza Labita era inevitabile? Riflessioni sulla titolarità delle garanzie dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2001, 226 ss., la quale conclude per la evitabilità della condanna del nostro Paese in quell'occasione, essendo le violazioni riscontrate dalla Corte mere applicazioni di quanto già affermato in numerosi precedenti, ovvero sviluppi prevedibili della sua giurisprudenza). Come si è visto, tuttavia, il bilanciamento è invece operato quando l'art. 3 CEDU è chiamato a dare tutela a diritti sociali, come il diritto alla salute (v. *supra*, nota 36).

possibili ipotesi di riduzione del livello di tutela assicurato dalla disposizione, alle specifiche motivazioni addotte dalle autorità nazionali per sottoporre un individuo a violazioni dell'art. 3 CEDU⁵¹.

Il testo della disposizione non indica i criteri distintivi tra le tre tipologie di comportamenti vietati⁵²; se da un lato ciò ha consentito alla Corte europea di adottarne quell'interpretazione estensiva di cui si è detto, dall'altro lato, tuttavia, l'applicazione della disposizione *de qua* si connota per ampi margini di discrezionalità, non privi di profili di criticità⁵³.

Come precisato sin da una risalente e nota sentenza relativa ai fatti accaduti in Irlanda del Nord nella prima metà degli anni Settanta, non ogni condotta lesiva dell'integrità psico-fisica ricade sotto il divieto di cui all'art. 3 CEDU. È necessario che sia raggiunta «una soglia minima di gravità, la cui determinazione è, per natura, relativa: dipende da tutte le circostanze del caso, quali la durata del trattamento, le sue conseguenze fisiche o mentali e, in certi casi, il sesso, l'età e lo stato di salute della vittima, ecc.»⁵⁴. Ciò

⁵¹ Non valgono a ridurre il livello di tutela offerto dall'art. 3 CEDU né lo scopo di salvare la vita di altri individui (Corte EDU, Grande Camera, 1 giugno 2010, *Gäfgen v. Germany*, ric. n. 22978/05, § 107), né la condotta o la pericolosità dell'individuo (Corte EDU, Grande Camera, 28 febbraio 2008, *Saadi v. Italy*, ric. n. 37201/06, §§ 127 e 139; Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 1996, *Chahal v. the United Kingdom*, ric. n. 22414/93, § 79). Osserva tuttavia A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2011, 222, nota 1, come nella prassi applicativa sia possibile riscontrare «eccezioni riconosciute all'assolutezza della garanzia di cui all'art. 3» (corsivo dell'Autrice): se, ex art. 2, § 2 CEDU il ricorso alla forza assolutamente necessario per determinati scopi può avere esito letale, *a fortiori* deve ritenersi consentito un uso della forza che non conduca alla morte; l'esigenza di prevenire l'evasione o scongiurare il suicidio può, in alcuni casi, consentire misure contrarie all'art. 3 CEDU; in determinate circostanze, alcune pratiche mediche possono sfuggire al campo applicativo dell'art. 3 CEDU a fronte del consenso della vittima.

⁵² P. PUSTORINO, *op. cit.*, 67-68 identifica la ragione della mancanza di indicazioni in tal senso nei lavori preparatori: in particolare, nelle osservazioni del rappresentante francese, secondo il quale l'eventuale elencazione delle fattispecie vietate avrebbe rischiato di tener fuori dall'ambito applicativo del divieto altre possibili forme di tortura.

⁵³ Sul punto si rimanda all'analisi di M.K. ADDO, N. GRIEF, *op. cit.*, 513 ss. Gli Autori constatano come, sebbene sia pacifico che l'art. 3 CEDU garantisca diritti assoluti, la giurisprudenza di Strasburgo non abbia tuttavia chiarito cosa significhi il concetto di «*absolute right*», che non può ridursi *sic et simpliciter* all'inammissibilità di deroghe, limitazioni e eccezioni. Trattandosi di un termine per natura impreciso, la cui valutazione può meglio comprendersi solo nello specifico contesto del singolo caso, una lettura superficiale delle sue applicazioni da parte della giurisprudenza europea può condurre, *prima facie*, a risultati contraddittori.

⁵⁴ Corte EDU, 18 gennaio 1978, *Ireland v. the United Kingdom*, ric. n. 5310/71, § 162 («*a minimum level of severity*» nell'originale inglese). La giurisprudenza successiva

si giustifica con l'assolutezza del divieto e con la conseguente esigenza di evitarne una "bagatellizzazione"⁵⁵, nonché con il rischio di «una pericolosa deriva verso la relativizzazione» dello stesso, cui condurrebbe l'abbassamento della (e quindi, *a fortiori*, la rinuncia alla) soglia⁵⁶.

Oltre a delimitare l'ambito applicativo dell'art. 3 CEDU, il criterio della soglia minima di gravità assolve anche all'ulteriore funzione di distinguere fra tortura, pena/trattamento inumano e pena/trattamento degradante. Le tre categorie di comportamenti vietati, infatti, si pongono secondo una progressione discendente di lesività⁵⁷. In altri termini, accertato il superamento del *minimum level* (e dunque ritenuto applicabile l'art. 3 CEDU) sulla base degli elementi di cui si è detto, questi stessi elementi, nonché il loro eventuale effetto cumulativo⁵⁸, rilevano anche ai fini della

ha individuato ulteriori fattori di cui tener conto nella fissazione della soglia minima: l'esistenza di un particolare clima di tensione ed emozione tale da condizionare l'operato delle autorità (Corte EDU, Grande Camera, 1 giugno 2010, *Gäfgen v. Germany*, cit., § 89), la natura particolarmente violenta degli atti di cui si discute, il carattere sistematico dei trattamenti inflitti in un determinato periodo (Corte EDU, Grande Camera, 28 luglio 1999, *Selmouni v. France*, cit., §§ 103-104), il ritardo con cui l'individuo sottoposto a trattamenti vietati sia condotto in strutture sanitarie adeguate (Corte EDU, Grande Camera, 27 giugno 2000, *Ilhan v. Turkey*, ric. n. 22277/93, § 87), la particolare vulnerabilità della vittima (Corte EDU, Grande Camera, 25 settembre 1997, *Aydin v. Turkey*, ric. n. 23178/94, § 83; Corte EDU, Grande Camera, 21 gennaio 2011, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, cit., § 232), l'arbitrarietà della condotta lesiva (Corte EDU, 15 marzo 2011, *Iljina and Saruliene v. Lithuania*, ric. n. 32293/05, § 47).

⁵⁵ A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010*, cit., 223. Più di recente, F. CASSIBBA, A. COLELLA, *Art. 3. Proibizione della tortura*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., 66.

⁵⁶ Così il giudice Zagrebelsky nella sua *dissenting opinion* in Corte EDU, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic v. Italy*, ric. n. 22635/03: «quanto più si abbassa la soglia "minima di gravità", tanto più si è costretti a tenere conto dei motivi e delle circostanze (oppure ad annullare l'equa soddisfazione)». Quale esempio della denunciata deriva, il giudice indica Corte EDU, 28 giugno 2005, *Gallico v. Italy*, ric. n. 53723/00, §§ 21-22: «la Corte ammette che la protratta applicazione delle restrizioni può porre un detenuto in una situazione tale da costituire un trattamento inumano o degradante. Tuttavia [...] essa ha il dovere di verificare se, in un dato caso, la proroga delle sanzioni fosse giustificata [...] la Corte osserva che le argomentazioni addotte per giustificare il mantenimento delle limitazioni non erano sproporzionate rispetto ai fatti precedentemente contestati al ricorrente, condannato a pene pesanti per fatti gravissimi». Per le perplessità sollevate dall'uso del concetto di "maltrattamento ingiustificabile" nella giurisprudenza relativa all'art. 3 CEDU, cfr. ancora M.K. ADDO, N. GRIEF, *op. cit.*, 522-523.

⁵⁷ G. MANNOZZI, *op. cit.*, 348; l'ideale "piramide" che ne risulta, corrisponde altresì alla dimensione frequenziale dei fenomeni.

⁵⁸ Come sottolineato da P. PUSTORINO, *op. cit.*, 68: i vari fattori individuati dalla Corte, infatti, non vanno esaminati singolarmente, dovendosi tener conto anche delle loro conseguenze

qualificazione della fattispecie.

La Corte ha così affermato che deve considerarsi inumano un trattamento premeditato, applicato per ore e che causa lesioni corporali o sofferenze intense sotto il profilo fisico e mentale; è invece degradante il trattamento che ingenera nella vittima un senso di paura, angoscia e inferiorità tali da umiliarla e piegarne la resistenza fisica o morale, inducendola ad agire contro la sua volontà o coscienza⁵⁹. La tortura, invece, è una forma aggravata di trattamento inumano o degradante⁶⁰ che, inoltre, richiede l'accertamento dell'intenzione di torturare e la verifica dello scopo perseguito attraverso la tortura stessa⁶¹, con la precisazione tuttavia che l'intenzione e la finalità in questione possono implicitamente desumersi dai trattamenti lesivi cui la vittima è sottoposta⁶².

Non mancano, tuttavia, casi nei quali la Corte si limita a constatare la violazione *tout court* del divieto di cui all'art. 3 CEDU, senza distinguere fra le tre categorie di *ill-treatment* previste dallo stesso. In ogni caso, come sostenuto in dottrina⁶³ e affermato anche dalla Corte di Strasburgo, si tratta di

comprehensive.

⁵⁹ Corte EDU, Grande Camera, 11 luglio 2006, *Jalloh v. Germany*, ric. n. 54810/00, § 68. Come riassuntivamente riportato da A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010*, cit., 224, l'elaborazione dottrinale distingue tra trattamenti degradanti e trattamenti inumani, sottolineando come nei primi rilevino essenzialmente elementi di natura emotiva (soprattutto l'umiliazione della vittima), nei secondi la sofferenza fisica o psicologica di particolare intensità (non necessariamente sorretta da una intenzione degli autori della condotta).

⁶⁰ Secondo una concezione che A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2009, 1817 definisce «a scatole cinesi»: «ogni tortura non può che essere anche un trattamento disumano e degradante e ogni trattamento disumano non può che essere anche un trattamento degradante» (così Commissione EDU, 5 novembre 1969, *Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece*, ric. n. 3321/67, 3322/67, 3323/67 e 3344/67).

⁶¹ Corte EDU, Grande Camera, 27 giugno 2000, *Ilhan v. Turkey*, cit., § 85; Corte EDU, Grande Camera, 1 giugno 2010, *Gäfgen v. Germany*, cit., § 90; Corte EDU, 21 aprile 2011, *Nechiporuk and Yonkalo v. Ukraine*, ric. n. 42310/04, § 149.

⁶² Corte EDU, 18 dicembre 1996, *Aksoy v. Turkey*, cit., § 64. Rileva A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., 1817, che fra i due elementi che la dottrina ritiene integrino la nozione di tortura – la rilevante gravità della condotta e delle sofferenze inflitte da un lato, lo specifico scopo perseguito dall'altro – vi sia una «relazione di proporzionalità inversa» (corsivo dell'Autrice): più gravi sono le sofferenze, minor rilievo avrà lo scopo; viceversa, meno gravi sono le prime, maggiore sarà il peso del secondo nella qualificazione della fattispecie come tortura.

⁶³ A. CASSESE, *Prohibition of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, in *The European System for the Protection of Human Rights*, a cura di R.J.St. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, Dordrecht-Boston-London, 1993, 258-259.

nozioni non immutabili ma in continua evoluzione, per cui «atti considerati in passato come “trattamento inumano o degradante” contrapposto a “tortura”, potrebbero essere classificati diversamente in futuro»⁶⁴. Oltre ad aver ricompreso nel concetto di tortura trattamenti prima ritenuti “solo” inumani o degradanti⁶⁵, la Corte ha progressivamente abbassato il limite al di là del quale si raggiunge la soglia richiesta per l'applicabilità dell'art. 3 CEDU, conseguentemente estendendone il campo di azione⁶⁶.

Particolarmente indicative di questa evoluzione, sono proprio le sentenze in materia di condizioni della detenzione: così, per quanto attiene al sovraffollamento carcerario, se in passato l'esiguità dello spazio personale a disposizione del detenuto non era considerata di per sé sufficiente a superare

⁶⁴ Corte EDU, Grande Camera, 28 luglio 1999, *Selmouni v. France*, cit., § 101. In considerazione di ciò, A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., 1817 ritiene non solo impossibile cristallizzare una volta per tutte, in definizioni più o meno rigide, le tre categorie, ma altresì non auspicabile una rigida fissazione della soglia di gravità che distingue i trattamenti degradanti da quelli inumani e dalla tortura. Ogni sforzo classificatorio sarebbe quindi velleitario, anche perché la distinzione stessa non ha rilevanti conseguenze sul piano sostanziale, diversamente, invece, dal piano pratico (diverso impatto sulla “reputazione” dello Stato, diversa quantificazione della somma a titolo di riparazione).

⁶⁵ Basti pensare che Corte EDU, 18 gennaio 1978, *Ireland v. the United Kingdom*, cit., §§ 167-168, discostandosi dal parere della Commissione (secondo A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., 1816, nota 28, probabilmente per ragioni politiche), ha qualificato come trattamento inumano e degradante, anziché tortura, le cosiddette cinque tecniche utilizzate dalle autorità britanniche negli interrogatori dei sospetti terroristi nord-irlandesi, consistenti, tra l'altro, nella costrizione a stare in piedi con le mani appoggiate al muro per molte ore, nell'incappucciamento per tutta la durata della detenzione, nella sottoposizione ad un forte sibilo, nella privazione del sonno, nell'alimentazione con solo pane e acqua. Ciò perché queste tecniche, pur combinate fra loro, «non cagionavano sofferenze di particolare crudeltà e intensità quali implicite nella nozione di tortura».

⁶⁶ Rilevano in questo senso le pronunce nelle quali viene riconosciuta una violazione dell'art. 3 CEDU, in casi nei quali manca l'intenzionale inflizione di una sofferenza fisica o psichica. La Corte è così costante nel ritenere trattamento inumano e degradante la prolungata sofferenza patita dai familiari di soggetti scomparsi (soprattutto in relazione alle sparizioni di cittadini ceceni: v. *ex multis* Corte EDU, 2 dicembre 2010, *Dzhabrailova and Dzhabrailova v. Russia*, ric. n. 15563/06, purché la sofferenza abbia carattere permanente e non meramente transeunte, come precisato da Corte EDU, 21 dicembre 2010, *Udayeva and Yusupova v. Russia*, ric. n. 36542/05). In generale, da ultimo, v. Corte EDU, Grande Camera, 28 settembre 2015, *Bouyid v. Belgium*, ric. n. 23380/09, secondo cui costituiscono trattamento degradante gli schiaffi inferti dalla polizia a due soggetti trattenuti presso un commissariato (cfr. F. CANCELLARO, *Tolleranza zero contro gli abusi delle forze di polizia: per la Grande Camera anche uno schiaffo può integrare la violazione del divieto di trattamenti degradanti ex art. 3 CEDU*, in *Penalecontemporaneo.it*, 23 novembre 2015).

la soglia minima di gravità, dovendo conseguentemente essere valutata unitamente ad altri fattori (condizioni igieniche, rischio di diffusione di malattie, insufficiente accesso all'aria e alla luce naturali, servizi igienici all'interno della cella e visibili, ecc.)⁶⁷, a partire da alcune importanti pronunce del 2009⁶⁸, la Corte ha ritenuto quel dato idoneo di per sé solo ad integrare una violazione dell'art. 3 CEDU. Questa premessa ha condotto all'adozione, nei confronti del nostro Paese, della nota sentenza *Torreggiani*⁶⁹ che, a fronte del carattere strutturale del sovraffollamento carcerario nelle strutture penitenziarie italiane, ha assunto la "veste" di sentenza pilota. Da ultimo, la Grande Camera ha ulteriormente precisato l'operatività di questa *strong presumption* di violazione dell'art. 3 CEDU in caso di spazio personale inferiore a tre metri quadri, individuando però fattori che, cumulativamente, consentono di superarla⁷⁰.

⁶⁷ Cfr., *ex multis*, Corte EDU, 12 marzo 2009, *Aleksandr Makarov v. Russia*, ric. n. 15217/07, §§ 94-100; Corte EDU, 9 ottobre 2008, *Moisseiev v. Russia*, ric. n. 62936/00, §§ 121-127; Corte EDU, 24 luglio 2001, *Valašinas v. Lithuania*, ric. n. 44558/98, §§ 107-112.

⁶⁸ Corte EDU, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic v. Italy*, cit. (di qui la *dissenting opinion* del giudice Zagrebelsky di cui si è detto *supra*, nota 56: «nel caso di specie, il ricorrente non denuncia nessun altro elemento [...] oltre all'insufficienza dello spazio a sua disposizione quando rimaneva chiuso in cella. [...] Concludo quindi che [...] il "minimo di gravità" non è stato raggiunto»); Corte EDU, 15 ottobre 2009, *Buzhinayev v. Russia*, ric. n. 17679/03. A partire da queste decisioni si è affermato, in seno alla Corte, l'orientamento secondo cui lo spazio a disposizione di ciascun detenuto non può essere inferiore a tre metri quadri, pena la violazione dell'art. 3 CEDU (Corte EDU, 19 luglio 2011, *Kondratishko and Others v. Russia*, ric. n. 3937/03; Corte EDU, 8 febbraio 2011, *Micu v. Romania*, ric. n. 28883/06).

⁶⁹ Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani and Others v. Italy*, ric. n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, su cui vedi F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Penalecontemporaneo.it*, 9 gennaio 2013; G. DELLA MORTE, *La situazione carceraria italiana viola "strutturalmente" gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza "Torreggiani c. Italia")*, in *Dir. um. dir. intern.*, 1/2013, 147 ss.; M. DOVA, *Torreggiani c. Italia: un barlume di speranza nella cronaca del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2013, 948 ss.; G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 1/2013, 11 ss.

⁷⁰ Corte EDU, Grande Camera, 20 ottobre 2016, *Muršić v. Croatia*, ric. n. 7334/13: la *strong presumption* sussiste anche quando il detenuto non disponga di un letto o di spazio che gli consenta di muoversi tra il mobilio. Per confutarla, lo Stato convenuto ha l'onere di dimostrare l'esistenza di fattori in grado di compensare l'esiguità dello spazio vitale (§ 137), quali: brevità e occasionalità della riduzione dello spazio stesso (§ 130), sufficiente libertà di movimento e possibilità di svolgere attività al di fuori della cella (§ 133), adeguatezza della struttura (§ 134). Per un'analisi della sentenza si

Oltre all'individuazione, eminentemente casistica, della soglia minima di gravità, altro aspetto particolarmente rilevante attiene ai criteri processuali utilizzati per l'accertamento delle violazioni dell'art. 3 CEDU. Muovendo, anche in questo caso, dal carattere fondamentale della disposizione, e dalla conseguente importanza delle violazioni della stessa, la Corte afferma, in generale, di dover procedere ad un esame particolarmente meticoloso⁷¹, richiedendo che l'allegazione di comportamenti contrari all'art. 3 CEDU debba essere supportata da prove adeguate⁷². Nella valutazione di queste, il criterio adottato è quello della «prova “oltre ogni ragionevole dubbio”»⁷³, con la precisazione che questo *standard* probatorio può ritenersi raggiunto a fronte della «coesistenza di elementi sufficientemente validi, chiari e concordanti o di analoghe incontestate presunzioni di fatto»⁷⁴.

rimanda a F. CANCELLARO, *Carcerazione in meno di 3 metri quadri: la Grande Camera sui criteri di accertamento della violazione dell'art. 3 CEDU*, in *Penalecontemporaneo.it*, 13 novembre 2016.

⁷¹ Corte EDU, Grande Camera, 1 giugno 2010, *Gäfgen v. Germany*, cit., § 93; Corte EDU, 2 novembre 2006, *Matko v. Slovenia*, ric. n. 43393/98, § 100; Corte EDU, 24 luglio 2008, *Vladimir Romanov v. Russia*, ric. n. 41461/02, § 59. La Corte precisa altresì che non rientra tra i suoi compiti sostituire la propria valutazione dei fatti a quella operata dai tribunali nazionali (Corte EDU, 22 settembre 1993, *Klaas v. Germany*, ric. n. 15473/89, § 29; Corte EDU, 15 febbraio 2007, *Jasar v. “the former Yugoslav Republic of Macedonia”*, ric. n. 69908/01, § 49): sebbene non sia vincolata dagli accertamenti da questi compiuti, in circostanze normali solo elementi convincenti le consentono di discostarsene (Corte EDU, Grande Camera, 1 giugno 2010, *Gäfgen v. Germany*, cit., § 93). Maggiore incisività nell'accertamento dei fatti è, invece, dimostrata nelle ipotesi in cui le versioni delle parti della controversia siano fortemente discordanti (Corte EDU, 23 settembre 2010, *Iskandarov v. Russia*, ric. n. 17185/05, § 105). Diversamente dalla ricostruzione fattuale, la valutazione giuridica della fattispecie è autonomamente compiuta dalla Corte: «la Corte ribadisce che l'esclusione, da parte delle corti nazionali, della configurabilità di un'offesa penalmente rilevante nell'uso della forza, di per sé non esime lo Stato dalla sua responsabilità alla stregua della Convenzione» (Corte EDU, 31 marzo 2009, *Wiktorko v. Poland*, ric. n. 14612/02, § 49).

⁷² Corte EDU, Grande Camera, 11 luglio 2006, *Jalloh v. Germany*, cit., § 67.

⁷³ Commissione EDU, 5 novembre 1969, *Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece*, cit; Corte EDU, 18 gennaio 1978, *Ireland v. the United Kingdom*, cit., § 161; Corte EDU, Grande Camera, 18 settembre 2009, *Varnava and Others v. Turkey*, ric. n. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 e 16073/90, § 182.

⁷⁴ Corte EDU, 18 gennaio 1978, *Ireland v. the United Kingdom*, cit., § 161; Corte EDU, Grande Camera, 6 aprile 2000, *Labita v. Italy*, cit., § 121; Corte EDU, Grande Camera, 11 luglio 2006, *Jalloh v. Germany*, cit., § 67; Corte EDU, Grande Camera, 1 giugno 2010, *Gäfgen v. Germany*, cit., § 92. Quanto agli elementi probatori utilizzabili nel procedimento dinanzi alla Corte, non vi sono ostacoli procedurali all'assunzione di ogni elemento di prova, né sono prescritte formule processuali predefinite (Corte EDU,

L'onere di fornire questa prova *beyond reasonable doubt*, secondo l'impostazione tradizionale, grava sul ricorrente, potendo invece lo Stato limitarsi a contestare quanto affermato. Questo rigore è stato, tuttavia, progressivamente temperato, con conseguente alleggerimento dell'onere processuale a carico del ricorrente⁷⁵, fino a giungere⁷⁶, in alcuni casi, ad una sostanziale inversione⁷⁷ dell'*onus probandi*, o comunque all'introduzione di una presunzione di responsabilità dello Stato⁷⁸. I casi in cui vige questa presunzione sono, appunto, quelli nei quali il ricorrente, che lamenta di essere vittima di una violazione dell'art. 3 CEDU, si trovasse in condizione *lato sensu* di detenzione e godesse di buone condizioni di salute prima della privazione della libertà personale. Spetterà quindi allo Stato fornire una adeguata spiegazione alternativa per le lesioni lamentate dal ricorrente, ovvero una valida ragione giustificatrice⁷⁹.

5 aprile 2011, *Rahimi v. Greece*, ric. n. 8687/08, § 64).

⁷⁵ La Corte si è così attribuita una sorta di potere officioso, ammettendo la possibilità di utilizzare prove e materiali ottenuti *motu proprio*, soprattutto quando il ricorrente o una terza parte fornisca ragionevoli motivazioni per dubitare dell'accuratezza delle informazioni rese dallo Stato convenuto (Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 1996, *Chahal v. the United Kingdom*, cit., § 97; Corte EDU, 11 gennaio 2007, *Salah Sheekh v. the Netherlands*, ric. n. 1948/04, § 136). Il ricorso a questi elementi di prova acquisiti *ex officio* è particolarmente frequente in materia di estradizione ed espulsione: i Giudici di Strasburgo, al fine di accertare la sussistenza di un rischio di trattamenti contrari all'art. 3 CEDU nei Paesi di destinazione, spesso si avvalgono di informazioni fornite da organizzazioni internazionali (Corte EDU, 22 settembre 2009, *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*, ric. n. 30471/08, §§ 79 ss.), organizzazioni non governative o agenzie governative, non necessariamente di Stati membri del Consiglio d'Europa (Corte EDU, 19 giugno 2008, *Ryabikin v. Russia*, ric. n. 8320/04, § 113; Corte EDU, 23 ottobre 2008, *Soldatenko v. Ukraine*, ric. n. 2440/07, § 71). A tali fini, la Corte valorizza l'autorevolezza e buona reputazione di tali organismi (Corte EDU, Grande Camera, 28 febbraio 2008, *Saadi v. Italy*, cit., §§ 131 e 143), nonché la loro uniformità di giudizio (Corte EDU, 3 dicembre 2009, *Daoudi v. France*, ric. n. 19576/08, § 68).

⁷⁶ A partire da una serie di pronunce rese nel corso degli anni Novanta: Corte EDU, 27 agosto 1992, *Tomasi v. France*, cit., § 110; Corte EDU, 4 dicembre 1995, *Ribitsch v. Austria*, ric. n. 18896/91, § 34; Corte EDU, Grande Camera, 28 luglio 1999, *Selmouni v. France*, cit., §§ 87-88. Più di recente v. Corte EDU, 6 novembre 2008, *Khadzhialiyev and Others v. Russia*, ric. n. 3013/04, §§ 80 e 86; Corte EDU, 5 aprile 2011, *Nikolay Fedorov v. Russia*, ric. n. 10393/04.

⁷⁷ P. PUSTORINO, *op. cit.*, 76.

⁷⁸ A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010*, cit., 226; F. CASSIBBA, A. COLELLA, *op. cit.*, 68.

⁷⁹ Va tuttavia precisato che, anche al ricorrere delle suddette condizioni, grava comunque sul ricorrente l'onere di dimostrare, oltre ogni ragionevole dubbio, le lesioni asseritamente subite, riguardando la presunzione di responsabilità dello Stato solo la riferibilità delle stesse ai pubblici agenti. La più recente giurisprudenza tende, inoltre, ad ampliare l'operatività

3. L'inversione del rapporto tra "dover essere normativo" ed "essere applicativo"

Quanto detto sinora con riguardo, da un lato, alla tecnica di tutela indiretta, dall'altro, alle caratteristiche del divieto di cui all'art. 3 CEDU, comporta una sorta di "inversione" del tradizionale rapporto fra i due piani del "dover essere normativo" e dell'"essere applicativo", quando la tematica della protezione del diritto alla salute dei soggetti *in vinculis* sia affrontata nella particolare prospettiva della Convenzione europea, *rectius*, della Corte europea dei diritti dell'uomo. Non è rinvenibile, in effetti, un "dover essere normativo" positivamente definito⁸⁰, al quale raffrontare l'"essere applicativo", al fine di constatare se e quanto il

della presunzione, concludendo per la violazione dell'art. 3 CEDU in assenza di adeguate spiegazioni da parte del Governo, anche quando il ricorrente non fosse *in vinculis* (cfr. Corte EDU, 27 gennaio 2009, *Samüt Karabulut v. Turkey*, ric. n. 16999/04, nonché la *dissenting opinion* dei giudici Zagrebelsky e Sajò, i quali ritengono l'inversione dell'onere della prova, quando il ricorrente non fosse in stato di detenzione, ingiustificata, anche perché essa finisce con il porre a carico dello Stato una *probatio diabolica*).

⁸⁰ Se la Convenzione non contiene disposizioni specifiche sulle condizioni di detenzione, è invece possibile rinvenirne nelle Regole penitenziarie europee, allegate alla Raccomandazione R (2006) 2 adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa l'11 gennaio 2006, la quale ha sostituito la Raccomandazione R (87) 3 sulle Regole penitenziarie europee del 12 febbraio 1987, a sua volta recante l'aggiornamento delle Regole Minime del Consiglio d'Europa per il trattamento dei detenuti, adottate con risoluzione del Comitato del 19 gennaio 1973. L'attuale versione delle Regole, in particolare, dedica alla «Salute» la Parte III (regole da 39 a 48), concernente le cure sanitarie, l'organizzazione del servizio sanitario penitenziario, il personale medico e curante, i doveri del medico, la fornitura di cure sanitarie, la salute mentale, gli esperimenti sui detenuti. Si tratta di uno strumento di *soft law*, non avendo le raccomandazioni del Comitato dei Ministri efficacia vincolante per gli Stati, ai quali appunto si "raccomanda" di «farsi guidare nella propria legislazione, politica e prassi dalle regole», come recita la Raccomandazione R (2006) 2. Cionondimeno, l'importanza del testo sta nel fatto che esso «conferma e arricchisce "i postulati del principio di umanizzazione della pena, ruotanti attorno al pervasivo valore del rispetto della dignità umana", cui fa da corollario [...] "il ricorrente divieto della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti"»: così C. COLAPIETRO, *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale. La condizione dei carcerati*, in *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, a cura di C. Calvieri, Torino, 2006, 245. In diverse occasioni, inoltre, la Corte di Strasburgo ha fatto riferimento a questo *corpus* di regole, utilizzandole come linee guida nell'analisi di casi concernenti le condizioni della detenzione (cfr. Corte EDU, 8 luglio 2014, *Harachchiev and Tolumov v. Bulgaria*, ric. n. 15018/11 e 61199/12, § 159, ove si legge che le Regole riguardano «*the minimum standards to be applied in prisons*»; Corte EDU, 1 ottobre 2013, *Țicu v. Romania*, ric. n. 24575/10, § 40; Corte EDU, 16 ottobre 2008, *Renolde v. France*, ric. n. 5608/05, § 65; Corte EDU, Grande Camera, 12 febbraio 2008, *Kafkaris v. Cyprus*, ric. n. 21906/04, § 73).

secondo si conformi al, ovvero si allontanano dal, primo. Piuttosto, il “dover essere normativo” va ricostruito dall’interprete muovendo dall’analisi che i Giudici di Strasburgo fanno dell’“essere applicativo”, dalla valutazione cioè della sua compatibilità con la Convenzione.

È dunque alla casistica sulla quale si è pronunciata la Corte che occorre rivolgersi, per (tentare di) delineare la tutela che la salute dei soggetti detenuti in carcere riceve nell’ambito convenzionale. Si tratta, in altri termini, di verificare quando e a quali condizioni situazioni di potenziale o effettiva lesione del diritto in parola possano tradursi in violazioni delle disposizioni convenzionali, in particolare dell’art. 3⁸¹. Salvo verificare, all’esito di questa disamina, se sia o meno possibile ricostruire un “dover essere normativo” capace di trascendere le peculiarità del singolo ricorso di volta in volta deciso.

4. *Obblighi degli Stati di assicurare health and well-being dei detenuti*

La giurisprudenza di Strasburgo ha individuato, nelle disposizioni convenzionali che affermano “diritti dell’uomo”, la fonte di una pluralità

⁸¹ Secondo M.L. FADDA, *La tutela del diritto alla salute dei detenuti*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2012, 627-628, il divieto di cui all’art. 3 CEDU assume, relativamente al diritto alla salute dei detenuti, una triplice rilevanza: individua «il *limite esterno* del diritto», non potendo le eventuali compressioni dello stesso sfociare in trattamenti inumani o degradanti; definisce «il *contenuto* del divieto», non rientrando nella nozione di trattamenti inumani e degradanti «solo quelli volti a svilire e fiaccare la dignità dell’individuo, ma ogni tipo di azione che per durata, premeditazione e intensità possa provocare intense sofferenze fisiche e mentali»; «le *caratteristiche della lesione* perpetrata in violazione del divieto» di *ill-treatment*, essendo necessario il superamento della soglia minima di gravità (corsivi dell’Autrice).

di obblighi⁸² a carico degli Stati. Fra quelli ricavati dall'art. 3 CEDU⁸³, vi sono obblighi positivi particolari, finalizzati alla prevenzione di violazioni del divieto di trattamenti inumani o degradanti a danno di determinate categorie di individui, considerati particolarmente vulnerabili⁸⁴, tra i quali, appunto, i detenuti e i soggetti sottoposti a misure provvisorie di privazione della libertà.

⁸² Per una tassonomia degli obblighi derivanti agli Stati dalle disposizioni convenzionali, si rimanda a F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., 247 ss., che distingue fra obblighi "positivi" e obblighi "negativi", obblighi "sostanziali" e obblighi "procedurali", fino ad obblighi di tutela penale. Particolarmente interessante, sotto questo profilo, la recente sentenza relativa ai fatti della scuola Diaz durante il G8 di Genova del 2001 (Corte EDU, 7 aprile 2015, *Cestaro v. Italy*, ric. n. 6884/11, su cui v. F. VIGANÒ, *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Penalecontemporaneo.it*, 9 aprile 2015), con cui il nostro Paese è stato condannato per violazione tanto degli obblighi sostanziali – negativi – discendenti dall'art. 3 CEDU (divieto, per tutti gli agenti pubblici, di praticare comportamenti costituenti tortura), quanto procedurali (obbligo di compiere indagini diligenti su tutti i casi sospetti di trattamenti contrari all'art. 3 CEDU, idonee in ogni caso a pervenire all'individuazione, persecuzione e condanna ad una pena proporzionata dei responsabili). In particolare, l'inadempimento di questi ultimi è derivato, fra l'altro, dalla asserita inadeguatezza del quadro giuridico italiano di repressione della tortura, privo di una fattispecie incriminatrice *ad hoc*. Di qui l'affermazione della necessità che «l'ordinamento giuridico italiano si munisca di strumenti giuridici idonei a sanzionare in maniera adeguata i responsabili di atti di tortura o di altri trattamenti vietati dall'art. 3 CEDU e ad impedire che costoro possano beneficiare di benefici incompatibili con la giurisprudenza della Corte» (§ 246). Secondo M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano, 2013, 415-416 in tal modo «si inverte un rapporto che pareva definito per sempre: nell'ipotesi degli obblighi giurisdizionali di tutela penale non è più infatti il giudice – com'è sempre stato dopo l'avvento del paradigma penale moderno – che deve eseguire, traducendoli in sentenze di condanna, gli ordini d'incriminazione del legislatore, ma il legislatore che deve eseguire, traducendoli in opportune norme sostanziali e processuali, i comandi del giudice (per ora la Corte europea – a pena di violare gli obblighi convenzionali contratti dall'ordinamento italiano – ma non è escluso che in futuro ad essa si aggiunga anche la Corte costituzionale)». Sottolineano G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 82, che «questa proliferazione di effetti espansivi della punibilità di fonte giurisdizionale manca di quella legittimazione democratica, che rappresenta – almeno in teoria – la principale *ratio* di garanzia del principio di riserva di legge in materia penale». Per un quadro generale sull'introduzione del reato di tortura nei principali ordinamenti europei, con particolare attenzione al caso italiano, si rimanda a G. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura in Italia ed in Europa quale corollario della tutela «fisica e morale» della persona umana «sottoposta a restrizioni di libertà»*, in *Costituzionalismo.it*, 9 luglio 2015.

⁸³ Per un quadro sintetico degli obblighi gravanti sugli Stati in base all'art. 3 CEDU cfr. F. CASSIBBA, A. COLELLA, *op. cit.*, 65 e 68-71.

⁸⁴ Cfr. Corte EDU, 5 aprile 2011, *Rahimi v. Greece*, cit., § 62. Altri soggetti per i quali si pongono particolari esigenze di protezione sono le donne, i minori (Corte EDU, Grande Camera, 10 maggio 2001, *Z. and Others v. the United Kingdom*, ric. n. 29392/95), i membri di minoranze (Corte EDU, 14 dicembre 2010, *Milanović v. Serbia*, ric. n. 44614/07), i richiedenti asilo.

Muovendo dall'assunto per cui allo stato di detenzione non consegue la perdita delle garanzie dei diritti e delle libertà affermati dalla Convenzione⁸⁵, gli organi di tutela della CEDU hanno da tempo riconosciuto che una pena, pur legalmente inflitta, può comportare problemi di compatibilità rispetto all'art. 3 CEDU, «con riguardo alle modalità della sua esecuzione»⁸⁶. Posto che ogni forma di privazione della libertà personale implica un «inevitabile elemento di umiliazione», affinché la soglia minima di gravità che delimita l'ambito applicativo dell'art. 3 CEDU sia superata, è necessario accertare che, nel singolo caso, quelle modalità di esecuzione comportino un'umiliazione ed uno svilimento di «livello particolare» e, in ogni caso, diversi ed ulteriori da quelli connaturati ed ineliminabili⁸⁷.

La Grande Camera ha quindi esplicitato gli obblighi gravanti sullo Stato in tema di trattamento dei detenuti: le condizioni di detenzione devono essere compatibili con il rispetto della dignità umana, le modalità di esecuzione della misura non devono sottoporre il detenuto a sofferenze ed angoscia di intensità tale da eccedere l'inevitabile livello di sofferenza insito nella detenzione, la sua salute e il suo benessere devono essere adeguatamente assicurati tramite, fra l'altro, la necessaria assistenza medica⁸⁸.

Al di là delle pronunce riguardanti, in generale, le condizioni della detenzione⁸⁹, possono evidenziarsi, nel tentativo di ricostruzione di un

⁸⁵ Con riferimento alle garanzie di cui all'art. 6 CEDU: Corte EDU, 28 giugno 1984, *Campbell and Fell v. the United Kingdom*, ric. n. 7819/77 e 7878/77, § 69: «justice cannot stop at the prison gate». Per analoghe affermazioni nella giurisprudenza costituzionale, v. *ex multis* Corte cost., 24 giugno-28 luglio 1993, n. 349: «chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale». Efficace la sintesi, sul punto, di M. RUOTOLO, *Il carcere come luogo della legalità. In onore di Valerio Onida*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, a cura di M. D'Amico, B. Randazzo, Milano, 2011, 1784: «i detenuti, insomma, sono titolari di diritti, il cui esercizio deve essere assicurato nella misura più ampia possibile, ossia entro il limite, strettamente inteso, di compatibilità con le esigenze della vita carceraria».

⁸⁶ Commissione EDU, 6 maggio 1978, *Kotalla v. the Netherlands*, ric. n. 7994/77.

⁸⁷ Corte EDU, 24 aprile 1978, *Tyrer v. the United Kingdom*, cit., § 30; v. anche Corte EDU, 25 marzo 1993, *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, ric. n. 13134/87, § 30: «d'altra parte, l'art. 3, vietando espressamente le pene "inumane" e "degradanti", implica una distinzione fra queste e le pene in genere».

⁸⁸ Corte EDU, Grande Camera, 26 ottobre 2000, *Kudla v. Poland*, ric. n. 30210/96, § 94. Secondo S. BUZZELLI, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo (Parte I)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2010, 392, la Corte, coniugando *health* e *well-being*, sembra far propria la nozione ampia, adottata, ad esempio, dall'OMS, di salute non solo come «assenza di malattie o infermità», ma come «stato di benessere fisico, mentale e sociale completo».

⁸⁹ Vengono in particolare in rilievo il sovraffollamento carcerario (oltre alle senten-

“dover essere normativo” convenzionale, una serie di aspetti più specificamente relativi al diritto alla (tutela della) salute.

4.1. *L'apprestamento di cure mediche adeguate e tempestive*

Sebbene l'affermazione dell'esigenza di salvaguardare salute e benessere dei carcerati sia risalente nella giurisprudenza europea⁹⁰, sono relativamente recenti le sentenze che hanno riscontrato violazioni dell'art. 3 CEDU per il mancato apprestamento di cure mediche adeguate e tempestive⁹¹. Ad inaugurare l'atteggiamento più rigoroso dei Giudici di Strasburgo è la sentenza *Mouisel*⁹², con cui la Francia è stata condannata per l'omessa adozione, da parte delle autorità penitenziarie, di adeguate misure a fronte dell'aggravamento delle condizioni di salute di un detenuto malato di leucemia, il quale, tra l'altro, veniva ammanettato al letto durante la chemioterapia, in mancanza di esigenze di sicurezza che potessero giustificare la misura⁹³.

Allo stesso modo, si è ritenuto che violi l'art. 3 CEDU il procrastinare

ze citate *supra* alle note 67-70, v. Corte EDU, 20 ottobre 2011, *Mandic and Jovic v. Slovenia*, ric. n. 5774/10 e 5985/10 e Corte EDU, 20 ottobre 2011, *Štruel and Others v. Slovenia*, ric. n. 5903/10, 6003/10 e 6544/10, le quali hanno riscontrato una violazione dell'art. 3 CEDU a fronte di uno spazio personale in cella pari a 2,7 metri quadri, con temperature vicine, in estate, ai 28° C; Corte EDU, 10 marzo 2015, *Varga and Others v. Hungary*, ric. n. 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 e 64586/13, che ha condannato l'Ungheria per violazione degli artt. 3 e 13 CEDU sia per le condizioni della detenzione che per la mancanza di rimedi effettivi alle stesse: v. V. MANCA, *L'Italia post-Torreggiani come modello nella sentenza pilota della Corte EDU Varga c. Ungheria*, in *Penalecontemporaneo.it*, 1 aprile 2015; Corte EDU, 17 marzo 2016, *Zakshevskiy v. Ukraine*, ric. n. 7193/04; i trasferimenti ripetuti (Corte EDU, 9 luglio 2009, *Khider v. France*, ric. n. 39364/05; Corte EDU, 17 novembre 2015, *Bamouhammad v. Belgium*, ric. n. 47687/13); le perquisizioni corporali dei detenuti (Corte EDU, 15 novembre 2001, *Iwańczuk v. Poland*, ric. n. 25196/94; Corte EDU, 12 giugno 2007, *Frérot v. France*, ric. n. 70204/01).

⁹⁰ V. Commissione EDU, 17 dicembre 1981, *Chartier v. Italy*, ric. n. 9044/80; Corte EDU, 28 gennaio 1994, *Hurtado v. Switzerland*, ric. n. 17549/90; Commissione EDU, 2 marzo 1998, *Venetucci v. Italy*, ric. n. 33830/96.

⁹¹ A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., 259 spiega la circostanza con la «maggiore attenzione» e «crescente severità» che caratterizzano la più recente giurisprudenza nella verifica di compatibilità delle condizioni di detenzione con il rispetto della dignità umana.

⁹² Corte EDU, 14 novembre 2002, *Mouisel v. France*, ric. n. 67263/01.

⁹³ La sentenza in parola rileva altresì quale indice della tendenza della Corte EDU a conformarsi alla prassi del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, nella determinazione delle condizioni di detenzione che possano dirsi compatibili con l'art. 3 CEDU (v. anche Corte EDU, 5 aprile 2011, *Rahimi v. Greece*, cit., §§ 81 ss.).

la fornitura di un'assistenza medica adeguata agli effettivi bisogni di un detenuto gravemente malato di sclerosi multipla⁹⁴; la carenza di cure per una donna malata di epatite e viremia⁹⁵; l'effettuazione di una diagnosi non seguita da trattamenti alla stessa adeguati, né da adeguato controllo medico⁹⁶; ma anche il rifiuto di fornire ad un detenuto le protesi dentarie di cui aveva bisogno e che non poteva permettersi di acquistare⁹⁷, o gli occhiali da vista danneggiati durante l'arresto⁹⁸.

Quest'obbligo, relativo al trattamento dei detenuti malati, ha trovato una più analitica declinazione in un'importante sentenza del 2010, con la quale la Corte ha chiarito che esso si specifica in tre «*obligations particulières*»: verificare che il detenuto sia in condizioni di salute tali da poter scontare la pena, somministrargli le cure mediche necessarie e adattare, ove necessario, le condizioni generali di detenzione al suo particolare stato di salute⁹⁹.

La prima obbligazione deriva dal principio, proprio dello Stato di diritto, secondo cui la «capacità di subire una detenzione»¹⁰⁰ è presupposto indefettibile per l'esecuzione della stessa. Se non è possibile ricavare da ciò un obbligo generale di rimettere in libertà, ovvero di trasferire in un ospedale civile, un detenuto affetto da una patologia particolarmente difficile da curare¹⁰¹, tuttavia nemmeno può escludersi che in casi eccezionali, di assoluta incompatibilità delle condizioni di salute con la detenzione, l'art. 3 CEDU esiga, a certe condizioni, la liberazione dell'individuo¹⁰².

Quanto alla seconda obbligazione, si richiede un controllo medico del paziente e la prescrizione di cure mediche adeguate alle sue condizioni; l'efficacia del trattamento presuppone che le autorità penitenziarie forniscano al detenuto i trattamenti prescritti dai sanitari competenti¹⁰³. Nel valutare

⁹⁴ Corte EDU, 2 novembre 2006, *Serifis v. Greece*, ric. n. 27695/03.

⁹⁵ Corte EDU, 12 luglio 2007, *Testa v. Croatia*, ric. n. 20877/04.

⁹⁶ Corte EDU, 24 febbraio 2009, *Poghosyan v. Georgia*, ric. n. 9870/07.

⁹⁷ Corte EDU, 16 febbraio 2010, *V.D. v. Romania*, ric. n. 7078/02.

⁹⁸ Corte EDU, 20 aprile 2010, *Slyusarev v. Russia*, ric. n. 60333/00.

⁹⁹ Corte EDU, 9 settembre 2010, *Xiros v. Greece*, ric. n. 1033/07, § 73. Cfr. F. CASSIBBA, A. COLELLA, *op. cit.*, 74-75.

¹⁰⁰ Corte EDU, 9 settembre 2010, *Xiros v. Greece*, cit., § 74.

¹⁰¹ Corte EDU, 14 novembre 2002, *Mouisel v. France*, cit., § 40.

¹⁰² Cfr. Corte EDU, 19 luglio 2007, *Rozhkov v. Russia*, ric. n. 64140/00, § 104; Corte EDU, 7 luglio 2009, *Groni v. Albania*, cit., § 126. Osserva al riguardo P. PUSTORINO, *op. cit.*, 74 che, pur escludendola come obbligo generale discendente dall'art. 3 CEDU, la Corte tende tuttavia a sollecitare la liberazione dei detenuti gravemente malati, «imponendo di fatto agli Stati parte una serie di obblighi positivi di per sé sostanzialmente inconciliabili con la permanenza della detenzione».

¹⁰³ Può considerarsi ormai consolidato il principio secondo cui il trattamento medico adeguato dei detenuti non si esaurisce nella effettuazione di visite diagnostiche o nella

l'adempimento di questa obbligazione, la Corte tiene conto della diligenza e frequenza nella somministrazione di quei trattamenti, con la precisazione – pienamente coerente con la giurisprudenza sull'art. 3 CEDU di cui si è detto – che questi fattori non devono valutarsi in termini assoluti, bensì relativi. L'eventuale deterioramento delle condizioni di salute del detenuto, pertanto, non comporta automaticamente la responsabilità dello Stato per violazione del divieto di pene inumani o degradanti, dovendo accertarsi caso per caso se esso sia imputabile a lacune nell'apprestamento delle cure¹⁰⁴.

Sembrerebbe quindi non operare, in questi casi, quella presunzione di responsabilità dello Stato che, invece, dà luogo ad una sostanziale inversione dell'*onus probandi*, quando il soggetto *in vinculis* godeva di buone condizioni di salute prima della privazione della libertà personale¹⁰⁵. Se per un verso una simile conclusione pare comprensibile in considerazione dell'esigenza di non porre a carico dello Stato una sorta di *probatio diabolica* – ma si è visto che questa stessa esigenza è in altre circostanze ignorata dalla Corte¹⁰⁶ – per altro verso, tuttavia, non può non considerarsi quanto meno poco coerente, se non paradossale, l'aggravamento della posizione processuale proprio del soggetto più debole. Trattasi, è lecito ritenere, di una, ennesima, conseguenza del carattere indiretto della tutela del diritto alla salute, nonché della necessità di superare la soglia di gravità. A ciò si aggiunga che, all'opposto, in alcuni casi il deterioramento delle condizioni di salute del detenuto malato sembra fungere da presupposto perché, le pur riscontrate carenze nell'apprestamento di cure adeguate, rilevino come

prescrizione di farmaci, ma comprende anche il dovere di monitorare la salute del soggetto, fornendo una risposta che si adatti effettivamente all'evolversi delle sue condizioni: v. da ultimo Corte EDU, Grande Camera, 23 marzo 2016, *Blokhin v. Russia*, ric. n. 47152/06.
¹⁰⁴ Così, ad esempio, Corte EDU, 15 gennaio 2004, *Sakkopoulos v. Greece*, ric. n. 61828/00 ha escluso la violazione dell'art. 3 CEDU, non emergendo dalle prove raccolte che il peggioramento delle condizioni di salute del ricorrente – affetto da diabete ed insufficienza cardiaca – durante il tempo della sua detenzione fosse attribuibile alle autorità penitenziarie. Di qui il mancato raggiungimento della soglia minima di gravità. Cfr. anche Corte EDU, 5 marzo 2013, *Tellissi v. Italy*, ric. n. 15434/11 che, nonostante alcuni ritardi da parte delle autorità penitenziarie, ha escluso l'inosservanza degli obblighi su queste gravanti. Secondo D. RANALLI, *Nuovi interventi della Corte europea*, cit., 166 (cui si rinvia anche per la ricostruzione della vicenda e per i dubbi «quanto all'individuazione del discrimine tra una gestione negligente della salute delle persone detenute che integri una violazione dell'art. 3 della Convenzione e una gestione negligente meramente rimproverabile»), a pesare sul giudizio della Corte è stata anche, «probabilmente», la mancanza di una attestazione medica che ricollegasse il peggioramento delle condizioni di salute del ricorrente con l'inadeguatezza delle cure.

¹⁰⁵ V. *supra*, al richiamo delle note da 76 a 79.

¹⁰⁶ V. *supra*, nota 79.

violazione dell'art. 3 CEDU¹⁰⁷.

Per quanto riguarda, infine, la terza delle *obligations particulières* individuate dalla sentenza *Xiros*, la Corte esige che l'ambiente carcerario sia adattato, ove occorra, alle peculiari esigenze del detenuto, onde «consentirgli di scontare la sua pena in condizioni che non incidano sulla sua integrità morale»¹⁰⁸. In questo senso, la casistica si concentra prevalentemente sulla necessità di adottare misure speciali per consentire ai detenuti affetti da significative disabilità fisiche, di soddisfare le proprie esigenze personali quotidiane in modo conforme al rispetto della dignità umana¹⁰⁹.

Resta da stabilire quale sia lo *standard* di adeguatezza delle cure mediche. Pur avendo talvolta affermato che queste debbano essere «di un livello paragonabile a quello che le autorità dello Stato si sono impegnate a fornire a tutta la popolazione»¹¹⁰, l'orientamento costante è nel senso che l'art. 3 CEDU «non implica che sia garantito ad ogni detenuto lo stesso livello di cure mediche garantito dai migliori istituti di cura esterni

¹⁰⁷ Cfr. Corte EDU, 29 gennaio 2013, *Prestieri v. Italy*, ric. n. 66640/10, §§ 76-77: la Corte ritiene che le «lacune [...] evitabili e molto deplorabili» riscontrate nel caso di specie, non «bastano di per sé [...] per concludere che le autorità italiane siano venute meno in maniera sostanziale al loro dovere di tutelare la salute del ricorrente», «tenuto conto complessivamente della situazione del ricorrente», le cui condizioni cliniche «sono state ritenute [...] stabili».

¹⁰⁸ Corte EDU, 9 settembre 2010, *Xiros v. Greece*, cit., § 76.

¹⁰⁹ Si pronunciano su questo aspetto: Corte EDU, 10 luglio 2001, *Price v. the United Kingdom*, ric. n. 33394/96; Corte EDU, 24 ottobre 2006, *Vincent v. France*, ric. n. 6253/03 (che ha concluso per la violazione dell'art. 3 CEDU a fronte dell'impossibilità per il ricorrente, paraplegico, di muoversi autonomamente all'interno del carcere); Corte EDU, 7 febbraio 2012, *Cara-Damiani v. Italy*, ric. n. 2447/05 (§ 72: «la detenzione di una persona handicappata in un istituto in cui non può spostarsi con i propri mezzi, come nel caso di specie, durata così a lungo, costituisc[e] un trattamento degradante proibito dall'articolo 3». Per un esame della vicenda si rimanda a L. CESARIS, *Nuovi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo a tutela della salute delle persone detenute*, in *Rass. penit. crim.*, 3/2012, 213-215 e 220-221); Corte EDU, 12 marzo 2013, *Zarzycki v. Poland*, ric. n. 15351/03 (che ha escluso, a maggioranza, una violazione dell'art. 3 CEDU, non avendo raggiunto il trattamento del ricorrente, privo degli avambracci, il livello di gravità richiesto per essere considerato degradante; ma v. la *dissenting opinion* dei giudici Ziemele e Kalaydjieva, secondo cui la Corte non ha adeguatamente considerato, sotto il profilo della compatibilità con l'art. 3 CEDU, la circostanza che il ricorrente dovesse fare affidamento sui compagni di cella per i suoi bisogni quotidiani); Corte EDU, 19 febbraio 2015, *Helhal v. France*, ric. n. 10401/12; Corte EDU, 22 marzo 2016, *Butrin v. Russia*, ric. n. 16179/14.

¹¹⁰ Corte EDU, 7 febbraio 2012, *Cara-Damiani v. Italy*, cit., § 66; nella loro *concurring opinion*, tre giudici dissentono da questa affermazione, ritenendo che essa «vada ben oltre gli obblighi positivi che la nostra giurisprudenza ha finora posto a carico degli Stati in materia di detenzione di persone malate».

all'ambiente carcerario»¹¹¹; con l'ulteriore precisazione che, in ogni caso, deve tenersi conto delle «esigenze pratiche della carcerazione»¹¹². In altri termini, lo *standard* non è quello delle «migliori cliniche civili», ma deve essere «compatibile con la dignità umana del detenuto» e, in ogni caso, va individuato «*on a case-by-case basis*»¹¹³.

Due ulteriori aspetti meritano di essere evidenziati. Il primo attiene alla esclusione della possibilità, per lo Stato, di sottrarsi alla responsabilità convenzionale per ritardi o omissioni nell'apprestamento di cure adeguate, imputando questi ultimi non all'amministrazione penitenziaria, bensì agli ospedali pubblici¹¹⁴. L'altro, più controverso, riguarda l'eventuale rilevanza, nell'adempimento dell'obbligo gravante sulle pubbliche autorità, della mancata collaborazione del detenuto malato. Se alcune decisioni hanno escluso la violazione della Convenzione attribuendo rilevanza all'atteggiamento del ricorrente¹¹⁵, non mancano, dall'altro lato, pronunce di segno opposto¹¹⁶; divergenze, queste, che si spiegano, ancora, con l'approccio tutto casistico, legato alle peculiarità del singolo caso deciso¹¹⁷.

¹¹¹ Corte EDU, 29 gennaio 2013, *Prestieri v. Italy*, cit., § 70. Nello stesso senso anche Corte EDU, 10 luglio 2007, *Mirilashvili v. Russia*, ric. n. 6293/04; Corte EDU, 21 dicembre 2010, *Gladkiy v. Russia*, ric. n. 3242/03.

¹¹² Corte EDU, 22 dicembre 2008, *Aleksanyan v. Russia*, ric. n. 46468/06, § 140.

¹¹³ Corte EDU, 16 dicembre 2010, *Kozhokar v. Russia*, ric. n. 33099/08, §§ 106-107.

¹¹⁴ Cfr. Corte EDU, 22 aprile 2014, *G.C. v. Italy*, ric. n. 73869/10, § 59: «la Corte ritiene di non doversi occupare della questione, dal momento che è in ogni caso compito dello Stato organizzare i propri servizi e strutture in modo da garantire adeguatamente ed efficacemente l'integrità psico-fisica del ricorrente». Per un'analisi di questa pronuncia, v. D. RANALLI, *Recenti interventi giurisprudenziali in tema di diritti dei detenuti*, in *Rass. penit. crim.*, 3/2013, 183 e 189-191.

¹¹⁵ Corte EDU, 23 febbraio 2010, *Dermanovic v. Serbia*, ric. n. 48497/06, che ha attribuito l'omessa tempestiva diagnosi della patologia del detenuto al suo rifiuto di sottoporsi a trattamenti medici, così come il deterioramento delle sue condizioni alla sua condotta (sciopero della fame) e non al mantenimento della detenzione. Secondo A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010*, cit., 240, la pronuncia mostrerebbe «come la Corte rifugga da ogni logica di tipo paternalistico, attribuendo un'importanza determinante al principio di autodeterminazione». V. anche Corte EDU, 5 marzo 2013, *Tellissi v. Italy*, cit., § 33.

¹¹⁶ Corte EDU, 17 luglio 2012, *Scoppola v. Italy (no. 4)*, ric. n. 65050/09, che nega rilievo all'atteggiamento non collaborativo del ricorrente, il quale aveva rifiutato il ricovero nell'ospedale civile di Parma. Su questa sentenza v. L. CESARIS, *op. cit.*, 221-224.

¹¹⁷ Per ulteriori aspetti particolari, v. Corte EDU, 29 aprile 2003, *McGlinchey and Others v. the United Kingdom*, ric. n. 50390/99 e Corte EDU, 8 aprile 2014, *Marro and Others v. Italy*, ric. n. 29100/07 in tema di tutela della salute di detenuti tossicodipendenti; Corte EDU, 26 ottobre 2010, *Khudobin v. Russia*, ric. n. 59696/00 e Corte EDU, 9 luglio 2015, *Martzaklis and Others v. Greece*, ric. n. 59696/00 sul trattamento di detenuti sieropositivi.

4.2. *Compatibilità dello stato di salute con le condizioni “normali” di detenzione*

Tra le pronunce concernenti il problema della compatibilità tra lo stato di detenzione e lo stato di salute, vengono in particolare in rilievo tre decisioni che hanno interessato direttamente il nostro Paese.

La prima, in ordine di tempo, apre quella che è ormai nota come “saga Scoppola”¹¹⁸. Condannato per omicidio aggravato, tentato omicidio, maltrattamenti e porto abusivo d’armi¹¹⁹, il sig. Scoppola iniziava a scontare la sua pena presso il carcere romano di *Regina Coeli*. Sulla base di una relazione medica stilata a seguito di un ricovero in ospedale per rottura del femore, il Tribunale di sorveglianza concedeva al ricorrente gli arresti domiciliari ritenendo «che le [sue] condizioni di salute [...] esigevano, da un lato, delle terapie che non potevano essere prestate in prigione, e, dall’altro lato, potevano originare “una inutile violazione del divieto di trattamenti inumani nei riguardi del detenuto”»¹²⁰. A distanza di tre mesi, tuttavia, il Tribunale revocava tale decisione, «poiché non era stato possibile dare avvio al programma di arresti domiciliari a causa dell’impossibilità per il ricorrente di individuare un domicilio adatto alle proprie condizioni»¹²¹. La Corte europea ha riscontrato una violazione dell’art. 3 CEDU, per avere il ricorrente «continuato ad essere detenuto nel penitenziario di Roma [...] che il Tribunale di sorveglianza aveva considerato non adeguato alla luce delle patologie dell’interessato», con l’effetto di «porre il ricorrente in una situazione suscettibile di suscitare in lui angoscia, inferiorità ed umiliazione sufficientemente intensi da costituire un “trattamento inumano o degradante”»¹²². Il “rimprovero” mosso alle autorità italiane è

¹¹⁸ Si allude alle 5 pronunce della Corte europea rese su 4 ricorsi presentati contro il nostro Paese dal sig. Franco Scoppola, nonché alle complesse questioni che, sul piano del diritto interno, ha sollevato la seconda di dette pronunce: Corte EDU, 10 giugno 2008, *Scoppola v. Italy*, ric. n. 50550/06 (qui in discorso); Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola v. Italy (no. 2)*, ric. n. 10249/03 (sulla violazione degli artt. 6 e 7 CEDU, relativamente alla retroattività della *lex mitior*); Corte EDU, 18 gennaio 2011, *Scoppola v. Italy (no. 3)*, ric. n. 126/05 e Corte EDU, Grande Camera, 22 maggio 2012, *Scoppola v. Italy (no. 3)*, ric. n. 126/05 (in materia di diritto di voto dei soggetti condannati); Corte EDU, 17 luglio 2012, *Scoppola v. Italy (no. 4)*, cit. (sempre in tema di salute dei detenuti).

¹¹⁹ Per una ricostruzione dei fatti e delle vicende processuali si rimanda a M. GAMBARDILLA, *Il “caso Scoppola”: per la Corte europea l’art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. pen.*, 5/2010, 2020-2021.

¹²⁰ Corte EDU, 10 giugno 2008, *Scoppola v. Italy*, cit., § 14.

¹²¹ Ivi, § 17.

¹²² Ivi, § 51.

di non aver «senza indugi» trasferito il sig. Scoppola in un carcere meglio attrezzato e di non aver disposto il differimento della pena *ex artt.* 147, primo comma, n. 2) c.p. e 678 c.p.p.¹²³.

La sentenza, richiamati i principi di cui si è detto, precisa che la Corte, nel sindacare l'operato delle autorità statali – comprese, nel caso di specie, le valutazioni della magistratura di sorveglianza – tiene conto di tre elementi, rilevanti ai fini della verifica della compatibilità tra detenzione e stato di salute: le condizioni del detenuto, la qualità delle cure somministrate, l'appropriatezza del mantenimento della misura detentiva a fronte delle condizioni di salute¹²⁴. Qualora tali elementi conducano ad un esito negativo della verifica, nessun rilievo assume l'eventuale mancanza, in capo alla *publica potestas*, di una volontà di umiliare o degradare: l'art. 3 CEDU ben può essere violato da «inazione o [...] mancanza di diligenza»¹²⁵.

La Corte ha invece escluso il raggiungimento della soglia minima di gravità in un altro caso, altrettanto noto, nel quale ha giudicato non incompatibile con l'art. 3 CEDU l'applicazione prolungata, nei confronti di un detenuto «affetto da più patologie [...] costretto a spostarsi su una sedia a rotelle [la cui] salute è peggiorata nel tempo», del regime speciale di detenzione di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. Non avendo il ricorrente fornito elementi tali da ritenere la proroga delle restrizioni a lui imposte – «necessarie per impedire all'interessato, socialmente pericoloso, di mantenere contatti con l'organizzazione criminale alla quale appartiene» – manifestamente ingiustificata, la Corte ha concluso per la non violazione dell'art. 3 CEDU¹²⁶.

¹²³ Ivi, § 50. Solo a distanza di più di un anno il sig. Scoppola è stato trasferito dal carcere di *Regina Coeli* al carcere di Parma; anche questa sistemazione, tuttavia, è stata giudicata incompatibile con le sue condizioni di salute dalla Corte, con nuova condanna dell'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU (Corte EDU, 17 luglio 2012, *Scoppola v. Italy* (no. 4), cit.).

¹²⁴ Corte EDU, 10 giugno 2008, *Scoppola v. Italy*, cit., § 44.

¹²⁵ Ivi, § 49. Rileva S. BUZZELLI, *op. cit.*, 391-393, come questa affermazione rivesta un ruolo centrale nella pronuncia in commento, insieme alla individuazione di due linee fondamentali, che definiscono «i contorni della dignità [...] nel settore dell'esecuzione penale: la tracciabilità e la rintracciabilità». Da un lato, devono conservarsi le informazioni su ogni luogo in cui il detenuto è transitato, dall'altro, deve sempre essere possibile raccogliere quelle informazioni, al fine di ottenere «un controllo costante: in qualunque momento deve potersi sapere dove il detenuto si trova e in quali condizioni, comprese le condizioni di salute» (cfr. Corte EDU, 18 febbraio 2010, *Iriskhanova and Iriskhanov v. Russia*, ric. n. 35869/05, che condanna l'assenza di ogni traccia ufficiale della detenzione).

¹²⁶ Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Enea v. Italy*, ric. n. 74912/01, §§ 61-65. Dopo la revoca dell'ultimo provvedimento di applicazione del regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit., il ricorrente era stato assegnato ad una sezione ad elevato indice di vigilanza (EIV); anche con riferimento a quest'ultimo aspetto la Corte ha escluso

Come si ricava anche dalla *dissenting opinion* dei giudici Kovler e Gyulumyan¹²⁷, sembra che la valutazione delle condizioni di salute del detenuto subisca qui un'attenuazione, in considerazione della sua pericolosità sociale¹²⁸: le ragioni di sicurezza, almeno *prima facie*, parrebbero incidere in maniera decisiva sulla tutela del diritto alla salute¹²⁹.

Di recente la Corte EDU è tornata ad occuparsi della questione, con una pronuncia¹³⁰ resa sul secondo dei tre ricorsi¹³¹ presentati da Bruno Contrada, condannato per concorso esterno in associazione mafiosa¹³². Affetto da diverse patologie gravi e complesse, il ricorrente, detenuto nel carcere militare di Santa Maria Capua Vetere, aveva presentato otto istanze con cui chiedeva la sospensione dell'esecuzione della pena o la concessione della detenzione domiciliare, tutte rigettate¹³³, nonostante referti e

violazioni dell'art. 3 CEDU. In argomento, più diffusamente, D. DE GIOIELLIS, *Regime penitenziario di rigore tra esigenze di sicurezza e diritto alla salute*, in questo volume.

¹²⁷ «Secondo noi, la struttura sanitaria del carcere non era un luogo idoneo per detenere il signor Enea per più anni, anche se si tiene conto del potenziale pericolo rappresentato dall'interessato in quanto membro di una organizzazione criminale di stampo mafioso».

¹²⁸ Cfr. A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010*, cit., 241-242, che cita anche Corte EDU, 21 dicembre 2010, *Raffray Taddei v. France*, ric. n. 36435/07: in questo caso i Giudici di Strasburgo hanno negato che la mancata scarcerazione della ricorrente (affetta da asma, anoressia e sindrome di Munchausen) violasse l'art. 3 CEDU, non avendo la stessa dimostrato una stabile incompatibilità tra il suo stato di salute e la detenzione (v. quanto detto *supra* in tema di *onus probandi*) e non sussistendo le condizioni previste dalla legislazione nazionale. Secondo l'Autrice, tuttavia, può forse ritenersi «che il giudizio della Corte sia stato in qualche misura condizionato dall'imponente certificato penale della ricorrente». V. anche F. CASSIBBA, A. COLELLA, *op. cit.*, 76-77.

¹²⁹ V. sul punto A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in questo volume.

¹³⁰ Corte EDU, 11 febbraio 2014, *Contrada v. Italy* (no. 2), ric. n. 7509/08.

¹³¹ Le altre sentenze riguardano i limiti massimi di carcerazione preventiva (Corte EDU, 24 agosto 2008, *Contrada v. Italy*, ric. n. 27143/95 che ha escluso la violazione dell'art. 5 CEDU) e, ben più rilevante, la violazione del principio *nulla poena sine lege* per la condanna del ricorrente per un reato che la Corte definisce «di origine giurisprudenziale», in relazione a fatti all'epoca dei quali esso «non era sufficientemente chiaro e prevedibile» (Corte EDU, 14 aprile 2015, *Contrada v. Italy* (no. 3), ric. n. 66655/13, sentenza che il Prof. Francesco Carlo Palazzo, in un convegno tenutosi sul tema a Roma, nell'Aula Magna della Corte di cassazione, il 15 giugno 2015, non ha esitato a definire potenzialmente dirompente).

¹³² Per una sintetica ricostruzione dei fatti e della vicenda processuale si rimanda a V. MANCA, *La Corte EDU torna a pronunciarsi sul divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti: l'inadeguatezza degli standard di tutela delle condizioni di salute del detenuto integrano una violazione dell'art. 3 CEDU*, in *Penalecontemporaneo.it*, 7 novembre 2014, 2-5.

¹³³ Di «palleggio» fra richieste e decisioni di rigetto, motivate soprattutto dalla pericolosità sociale del detenuto, parla M. CASTELLANETA, *Contrada: Italia condannata per trattamenti disumani dopo il «no» alla concessione degli arresti domiciliari*, in *Guida dir.*, 9/2014, 113.

certificati – redatti sia da medici designati dall'interessato che da sanitari dell'istituto penitenziario – attestanti l'incompatibilità fra detenzione e condizioni di salute. Solo dopo nove mesi dalla prima istanza, Contrada aveva ottenuto la detenzione domiciliare.

I Giudici di Strasburgo sottopongono a dura critica le decisioni della magistratura di sorveglianza, che avevano escluso la gravità delle patologie del ricorrente e la impossibilità o eccessiva difficoltà di curarle in carcere: queste conclusioni, afferma la Corte, «sono da prendere con beneficio d'inventario»¹³⁴.

Di qui la ritenuta violazione dell'art. 3 CEDU, per superamento della soglia minima di gravità, in considerazione di tre elementi: il contenuto dei certificati e referti medici a disposizione delle autorità italiane, il tempo trascorso prima della concessione della detenzione domiciliare, le stesse motivazioni delle decisioni di rigetto delle istanze del ricorrente¹³⁵.

Quest'ultimo passaggio della sentenza conferma la centralità della magistratura di sorveglianza nella funzione di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti¹³⁶, al tempo stesso attribuendole un ruolo determinante sul piano della responsabilità dello Stato dinanzi agli organi di tutela della Convenzione. Di qui l'auspicio, meglio la necessità, che sia superata ogni criticità di funzionamento del magistrato di sorveglianza quale organo di garanzia¹³⁷.

4.3. Condizioni igienico-sanitarie in carcere

La violazione dell'art. 3 CEDU può derivare, e frequentemente deriva, anche dalla precarietà delle condizioni igienico-sanitarie degli istituti carcerari. Oltre a pronunce riscontranti violazioni macroscopiche¹³⁸, interessanti sono le sentenze riguardanti, da un lato, il fumo passivo, dall'altro lato, la diffusione di malattie infettive.

¹³⁴ Corte EDU, 11 febbraio 2014, *Contrada v. Italy* (no. 2), cit., § 84 (traduzione a cura del Ministero della Giustizia; «semblent être sujettes à caution» nell'originale francese).

¹³⁵ Ivi, § 85. In senso contrario si è espresso il giudice Karaka, secondo il quale «la situazione del ricorrente non raggiungeva il livello di gravità sufficiente per importare violazione dell'articolo 3. I magistrati e il tribunale di sorveglianza hanno esaminato approfonditamente tutte le istanze del ricorrente e i referti dei medici e le loro decisioni erano ben motivate».

¹³⁶ La titolarità di questa funzione di tutela in capo alla magistratura di sorveglianza si deduce, pur in mancanza di una esplicita disciplina sul punto, dall'assetto organizzativo dei giudici di sorveglianza (così P. CORVI, *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2013, 1804).

¹³⁷ Per una valutazione non del tutto positiva v. F. DELLA CASA, *op. cit.*, 3488.

¹³⁸ Cfr. Corte EDU, 29 gennaio 2009, *Antropov v. Russia*, ric. n. 22107/03, § 60, in cui il ricorrente lamentava, fra l'altro, la presenza di insetti e roditori nel suo letto.

Quanto al primo aspetto, la Corte, pur riscontrando una mancanza di consenso fra gli Stati del Consiglio d'Europa circa la protezione al riguardo, ha ritenuto che, in presenza di certe circostanze, anche l'esposizione al fumo passivo in carcere possa costituire un trattamento inumano o degradante¹³⁹.

Più problematico il secondo profilo. In più occasioni i Giudici di Strasburgo hanno affermato che la contrazione in carcere di malattie infettive (soprattutto la tubercolosi) non implica, di per sé sola, una violazione dell'art. 3 CEDU. Quest'ultima si avrà solo nel caso di mancato apprestamento di un conseguente trattamento, che risponda ai canoni di adeguatezza di cui si è detto¹⁴⁰. Si tratta di un profilo problematico per la contraddittorietà rispetto ai più recenti approdi della giurisprudenza europea, che, come visto, ritiene integrata la violazione dell'art. 3 CEDU a fronte anche di uno schiaffo¹⁴¹ e, per altro verso, applica l'inversione dell'*onus probandi*, presumendo la riferibilità alle pubbliche autorità delle lesioni lamentate da un soggetto *in vinculis*, prima in buona salute. Una coerente applicazione di siffatte argomentazioni dovrebbe condurre, anzitutto, a ritenere che anche la lesione all'integrità psico-fisica, rappresentata dalla contrazione di una malattia infettiva in carcere, superi la soglia di rilevanza di cui all'art. 3 CEDU; in secondo luogo, a presumere la responsabilità delle autorità penitenziarie per non aver adottato misure idonee ad evitare il contagio (ad esempio, evitando di mettere il detenuto in cella con soggetti già malati, come avvenuto nei casi sui quali si è pronunciata la Corte).

Questa contraddizione rivela, ancora una volta, come l'art. 3 CEDU, originariamente pensato per altro genere di situazioni, venga "piegato" dalla Corte di Strasburgo a tutela del diritto alla salute, con tutti i limiti che ne derivano, a cominciare proprio dalla mancata enucleazione di un *quid* irriducibile ed irrinunciabile.

¹³⁹ Corte EDU, 14 settembre 2010, *Florea v. Romania*, ric. n. 37186/03: il ricorrente, durante il periodo di detenzione, era stato esposto a fumo passivo sia in cella che in ospedale; la Corte conclude per la violazione dell'art. 3 CEDU, facendo leva su una legge nazionale che vieta il fumo in ospedale e sull'orientamento dei tribunali nazionali, secondo cui detenuti fumatori e non dovrebbero essere separati. Corte EDU, 25 gennaio 2011, *Elefteriadis v. Romania*, ric. n. 38427/05: lo Stato ha l'obbligo, pena la violazione dell'art. 3 CEDU, di adottare misure per proteggere un detenuto contro gli effetti nocivi del fumo passivo quando, sulla base degli esami medici e delle prescrizioni dei sanitari, ciò sia necessario per motivi di salute (il ricorrente soffre di problemi respiratori, aggravatisi per la mancata adozione di quelle misure).

¹⁴⁰ Corte EDU, 30 settembre 2010, *Pakhomov v. Russia*, ric. n. 44917/08, § 65; Corte EDU, 30 luglio 2009, *Pitalev v. Russia*, ric. n. 34393/03, § 53; Corte EDU, 18 ottobre 2007, *Babushkin v. Russia*, ric. n. 67253/01, § 56; Corte EDU, 8 novembre 2005, *Alver v. Estonia*, n. 64812/01, § 54.

¹⁴¹ Corte EDU, Grande Camera, 28 settembre 2015, *Bouyid v. Belgium*, cit.

4.4. *Detenzione e mental health*

La valutazione di compatibilità tra condizioni della detenzione e *standard* dell'art. 3 CEDU si arricchisce di ulteriori parametri, quando si tratti di soggetti affetti da malattie psichiche: occorre considerare, in questo caso, la condizione di peculiare vulnerabilità e l'incapacità, almeno in certi casi, di dolersi di un particolare trattamento¹⁴². In queste ipotesi la detenzione in un carcere ordinario, insieme a detenuti in buona salute, con trattamento pari a quello riservato a questi ultimi, può costituire di per sé trattamento degradante, per il potenziale effetto di aggravamento delle già instabili condizioni psichiche del soggetto, oltre che una mancanza rispetto alle raccomandazioni del Consiglio d'Europa sul trattamento di detenuti mentalmente malati¹⁴³.

La questione assume particolare rilevanza ove si consideri che, secondo quanto affermato dalla nota "sentenza Raso", anche i "disturbi della personalità" possono rientrare nel concetto di "infermità", ai sensi e fini degli artt. 88 e 89 c.p., purché, fra l'altro, «tra il disturbo mentale ed il fatto di reato sussista un nesso eziologico, che consenta di ritenere il secondo casualmente determinato dal primo»¹⁴⁴. Attenta dottrina si è interrogata sulle conseguenze derivanti dal ritenere esclusa l'imputabilità solo quando

¹⁴² Corte EDU, 20 gennaio 2009, *Stawomir Musiał v. Poland*, ric. n. 28300/06, § 87.

¹⁴³ Corte EDU, 18 dicembre 2007, *Dybeku v. Albania*, ric. n. 41153/06; il riferimento è, in particolare, alla Regola 47 delle Regole penitenziarie europee, rubricata «Salute mentale»: «1. Devono essere disponibili degli istituti specializzati o delle sezioni specializzate, posti sotto il controllo medico, per l'osservazione e la cura di detenuti affetti da disturbi o anomalie mentali [...]. 2. Il servizio medico penitenziario deve fornire cure psichiatriche a tutti i detenuti che hanno la necessità di tali cure e porre particolare attenzione alla prevenzione del suicidio».

¹⁴⁴ Cass., Sez. un. pen., 8 marzo 2005, n. 9163, Raso, in *Cass. pen.*, 6/2005, 1872; per un commento alla pronuncia si rimanda a M. BERTOLINO, *L'infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2005, 837 ss. Il principio viene costantemente ribadito dalla giurisprudenza successiva: v., *ex multis*, Cass., Sez. II pen., 15 aprile 2013, n. 17086, P.L.: «i "disturbi della personalità" [...] devono porsi in nesso eziologico con la specifica condotta criminosa, in modo tale che il fatto di reato sia ritenuto causalmente determinato dal disturbo mentale». Osserva G. FIDELBO, *Le Sezioni unite riconoscono rilevanza ai disturbi della personalità*, in *Cass. pen.*, 6/2005, 1885 che il cd. nesso eziologico funge da correttivo dell'allargamento della nozione di infermità: «il rischio di allargare eccessivamente il campo della non imputabilità, viene ridotto nella misura in cui si richiede l'esistenza di un rapporto diretto tra il reato e la specifica anomalia dell'agente e solo qualora la condotta criminosa trovi la propria motivazione nella particolare psicopatologia dell'imputato: a queste condizioni può parlarsi di rilevanza del disturbo della personalità sulla capacità di intendere e di volere».

il reato commesso trovi una delle sue condizioni causali nell'infermità¹⁴⁵. Ad ogni modo, qualora per mancanza del nesso causale il soggetto affetto da malattia mentale dovesse essere ritenuto imputabile e quindi condannato a pena detentiva, occorrerà tener conto delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza di Strasburgo, assicurandogli un trattamento adeguato alla sua particolare vulnerabilità.

In particolare, condizioni di detenzione che potrebbero risultare inadeguate per soggetti sani, lo saranno sicuramente e soprattutto per detenuti con problemi mentali¹⁴⁶. Anche il collocamento nel reparto psichiatrico del carcere può dar luogo a violazione dell'art. 3 CEDU, quando non siano assicurate cure mediche adeguate e la detenzione si prolunghi per un periodo di tempo significativo, senza realistiche prospettive di cambiamento; né potrebbero invocarsi eventuali ostacoli derivanti dal comportamento del detenuto medesimo, per giustificare l'inadempimento degli obblighi gravanti sullo Stato in virtù della posizione di inferiorità e impotenza tipica dei soggetti *de quibus*¹⁴⁷. Quando poi i referti medici indichino la necessità di un controllo psicologico costante, continui trasferimenti che lo rendano inattuabile, con conseguente peggioramento della già fragile salute mentale del detenuto, sono idonei a determinare il superamento della soglia minima di gravità¹⁴⁸.

Se lo *status* del detenuto con problemi psichici in un certo senso aggrava gli oneri incombenti sulle autorità pubbliche, per altro verso, tuttavia, non vale a superare del tutto i limiti posti dalla giurisprudenza europea all'applicabilità dell'art. 3 CEDU. La violazione della norma è così esclusa quando, nonostante l'inadeguatezza delle condizioni del reparto psichiatrico in cui il ricorrente sia stato detenuto, tali per cui allo stesso non sia assicurato un trattamento effettivo, non vi sia prova di un deterioramento della sua salute psichica¹⁴⁹.

¹⁴⁵ M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, II, Torino, 2015, 397 ss. ipotizza il caso di un soggetto affetto da pesanti turbe sessuali o omicide, condannato per bancarotta fraudolenta: «immaginatelo in mezzo ai compagni di pena: un lupo fra montoni, non di rado agnelli, davanti a lui inermi». Ipotizzabile il ricorso all'applicazione analogica della disciplina dell'infermità psichica sopravvenuta; il che, tuttavia, «denota una debolezza del sistema». Di qui l'auspicio di una «risposta esplicita, chiara, in uno dei due sensi dell'alternativa» da parte del legislatore, preferibilmente che assicuri «l'impossibilità della convivenza di un infermo psichico in una collettività di sani».

¹⁴⁶ Corte EDU, 1 ottobre 2013, *Ticu v. Romania*, cit.

¹⁴⁷ Corte EDU, 10 gennaio 2013, *Claes v. Belgium*, ric. n. 43418/09.

¹⁴⁸ Corte EDU, 17 novembre 2015, *Bamouhammad v. Belgium*, cit.

¹⁴⁹ Corte EDU, 30 luglio 1998, *Aerts v. Belgium*, ric. n. 25357/94, che ha escluso la violazione dell'art. 3 CEDU sebbene il Comitato per la prevenzione della tortura (CPT) avesse

Una considerazione particolare, in questo ambito, meritano i casi di detenuti con tendenze suicide, nei quali a venire in considerazione non è solo l'art. 3 CEDU, ma anche l'art. 2 CEDU sul diritto alla vita. Come già precisato, anche da quest'ultima disposizione deriva non solo un obbligo negativo di astensione, ma anche l'obbligo positivo per lo Stato di adottare misure appropriate per la salvaguardia della vita di quanti si trovino sotto la sua giurisdizione¹⁵⁰, senza tuttavia giungere ad imporre sulle pubbliche autorità un onere impossibile o sproporzionato¹⁵¹. Nei casi di suicidio in carcere, questo obbligo positivo può dirsi violato qualora le autorità penitenziarie, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di un rischio concreto ed immediato, non abbiano adottato le misure che, ragionevolmente, ci si può aspettare che scongiurino quel rischio¹⁵². L'adempimento dell'obbligazione *de qua*, peraltro, deve avvenire compatibilmente con i diritti e le libertà individuali del detenuto: al di là di misure e precauzioni generali idonee a ridurre le possibilità di atti autolesivi senza incidere sull'autonomia personale, la necessità di misure più stringenti e la loro ragionevole applicabilità devono valutarsi alla stregua delle circostanze del singolo caso¹⁵³.

Quanto al presupposto della conoscenza o conoscibilità del pericolo di suicidio, la Corte attribuisce rilevanza a eventuali precedenti tentativi e alla diagnosi delle condizioni psichiche del detenuto¹⁵⁴, alle informazioni

ritenuto che lo *standard* di cure assicurate ai pazienti nel reparto psichiatrico in questione fosse ben al di sotto del minimo accettabile da un punto di vista umanitario ed etico. La Corte riconosce che sarebbe irragionevole pretendere da una persona con gravi disturbi mentali una dettagliata e coerente descrizione di quanto patito durante la detenzione; al tempo stesso, tuttavia, nonostante lo stato di ansia del ricorrente, bisognevole di trattamento psichiatrico, fosse stato causato dalle condizioni della detenzione e nonostante la difficoltà, per lui, di descrivere come ciò avesse inciso sul suo stato di salute, la sentenza conclude nel senso della carenza di prova circa la natura degradante o inumana del trattamento. Più di recente, v. Corte EDU, 14 giugno 2007, *Novak v. Croatia*, ric. n. 8883/04.

¹⁵⁰ Corte EDU, 9 giugno 1998, *L.C.B. v. the United Kingdom*, cit., § 36.

¹⁵¹ Corte EDU, Grande Camera, 28 ottobre 1998, *Osman v. the United Kingdom*, ric. n. 23452/94, § 116.

¹⁵² Corte EDU, 3 aprile 2001, *Keenan v. the United Kingdom*, ric. n. 27229/95, §§ 89 e 92. La sentenza ha escluso la violazione dell'art. 2 CEDU, non risultando l'omessa adozione, da parte delle autorità, di misure ragionevolmente idonee a scongiurare il suicidio del figlio della ricorrente, mentre ha riscontrato una violazione dell'art. 3 CEDU per la carenza di trattamento adeguato alle condizioni psichiche del detenuto.

¹⁵³ Corte EDU, 7 gennaio 2003, *Younger v. the United Kingdom*, ric. n. 57420/00.

¹⁵⁴ Corte EDU, 16 ottobre 2008, *Renolde v. France*, cit., che ha condannato la Francia per violazione sia dell'art. 2 CEDU (per non aver preso in considerazione la possibilità di collocare il fratello della ricorrente in un istituto psichiatrico e aver omesso di controllare che lo stesso assumesse le medicine prescrittegli), che dell'art. 3 CEDU (per la severità della sanzione disciplinare inflitta, incompatibile col suo stato di salute psichica).

fornite alle autorità circa l'eventuale peggioramento della sua salute¹⁵⁵, al fatto che per il soggetto in questione sia stato disposto un ricovero psichiatrico obbligatorio¹⁵⁶, alla mancata attuazione delle disposizioni relative alla cooperazione fra istituto penitenziario e servizi sanitari¹⁵⁷.

4.5. Trattamenti medici arbitrari e sciopero della fame

Un altro aspetto di indubbio interesse è quello relativo ai trattamenti sanitari “forzati” nei confronti di detenuti, o soggetti comunque sottoposti a misure di privazione della libertà personale. Come regola generale, la Corte europea ha più volte affermato che «una misura, la quale rappresenti una necessità terapeutica [alla stregua dei principi generali della medicina], non può considerarsi inumana o degradante», purché «l'esistenza della necessità medica sia convincentemente dimostrata»¹⁵⁸.

Occorre altresì che la decisione di procedere al trattamento in assenza di consenso sia assistita da adeguate garanzie procedurali e che queste siano seguite; si deve poi considerare se la misura in questione abbia causato dolore fisico o sofferenza intensi, se sia stata disposta ed eseguita da personale medico, se abbia cagionato un peggioramento delle condizioni di salute del detenuto ovvero conseguenze durevoli sulla sua salute¹⁵⁹.

La valutazione di tutti i suddetti parametri si fa ancora più stringente quando l'intervento effettuato in assenza di consenso sia motivato, anziché da esigenze esclusivamente terapeutiche, dallo scopo di rinvenire elementi probatori. Gli artt. 3 e 8 CEDU non precludono di per sé una simile evenienza¹⁶⁰, purché tuttavia ciò risulti convincentemente giustificato alla

Analogo il caso deciso da Corte EDU, 19 luglio 2012, *Ketreb v. France*, ric. n. 38447/09.

¹⁵⁵ Corte EDU, 1 giugno 2010, *Jasińska v. Poland*, ric. n. 28326/05.

¹⁵⁶ Corte EDU, 6 dicembre 2011, *De Donder and De Clippel v. Belgium*, ric. n. 8595/06.

¹⁵⁷ Corte EDU, 4 febbraio 2016, *Isenc v. France*, ric. n. 58828/13.

¹⁵⁸ Corte EDU, 24 settembre 1992, *Herczegfalvy v. Austria*, ric. n. 10533/83, § 82. Principio ribadito da Corte EDU, 10 febbraio 2004, *Naoumenko v. Ukraine*, ric. n. 42023/98, § 112; Corte EDU, Grande Camera, 11 luglio 2006, *Jalloh v. Germany*, cit., § 69.

¹⁵⁹ Corte EDU, 7 ottobre 2008, *Bogumil v. Portugal*, ric. n. 35228/03, §§ 69 e 70. Cfr. anche Corte EDU, 1 febbraio 2011, *Yazgül Yılmaz v. Turkey*, ric. n. 36369/06, che pone l'obbligo di predisporre garanzie supplementari in considerazione della giovane età della detenuta (all'epoca dei fatti sedicenne). Su questa pronuncia v. A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2011: il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti (art. 3 Cedu)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4/2012, 228 ss., cui si rimanda per ulteriori indicazioni giurisprudenziali.

¹⁶⁰ Gli organi di tutela della Convenzione hanno in più occasioni ritenuto che non costituisca violazione delle suddette norme il prelievo coattivo di campioni di saliva o sangue

stregua di tutte le circostanze del caso concreto, da sottoporre ad un vaglio tanto più stringente quanto più invasivo risulti l'intervento effettuato. In questi casi deve tenersi conto anche della gravità del reato oggetto di indagine, nonché della eventuale possibilità di metodi alternativi per conseguire lo scopo perseguito¹⁶¹.

Di queste affermazioni la giurisprudenza europea ha fatto applicazione anche quando si è trovata ad affrontare casi di alimentazione forzata di detenuti in sciopero della fame¹⁶². La Commissione aveva sottolineato il potenziale, ma inevitabile, conflitto fra il diritto individuale all'integrità fisica e l'obbligo positivo posto in capo agli Stati dall'art. 2 CEDU, quando un detenuto rifiuti di nutrirsi, posto che l'alimentazione forzata implica elementi "degradanti" che, in certe circostanze, possono ricadere sotto il divieto dell'art. 3 CEDU¹⁶³, ponendo comunque a carico del ricorrente l'onere di provare che le modalità adottate configurino tortura ovvero trattamento inumano o degradante¹⁶⁴.

Più di recente, la Corte di Strasburgo ha ribadito, analogamente a quanto detto in generale per i trattamenti arbitrari, che l'alimentazione forzata, finalizzata a salvare la vita del detenuto, non può, in via di principio, considerarsi inumana o degradante, sempre che si dimostri la necessità medica del ricorso alla stessa, che siano rispettate le garanzie procedurali e che il modo in cui si proceda non superi la soglia minima di gravità¹⁶⁵.

a fini di indagine: cfr. Commissione EDU, 4 dicembre 1978, *X. v. the Netherlands*, ric. n. 8239/78 e Corte EDU, 5 gennaio 2006, *Schmidt v. Germany*, ric. n. 32352/02.

¹⁶¹ Corte EDU, Grande Camera, 11 luglio 2006, *Jalloh v. Germany*, cit., §§ 70 e 71.

¹⁶² In argomento, più diffusamente, V. MEDAGLIA, *Il diritto di rifiutare le cure: lo sciopero della fame da parte del detenuto*, in questo volume.

¹⁶³ Commissione EDU, *X. v. Germany* (1984) 7 EHRR 152.

¹⁶⁴ Commissione EDU, 20 ottobre 1997, *Ilijkov v. Bulgaria*, ric. n. 33977/96.

¹⁶⁵ Corte EDU, 5 aprile 2005, *Neumerzhitsky v. Ukraine*, ric. n. 54825/00, che ha riscontrato una violazione del divieto di tortura per la mancata dimostrazione della necessità del trattamento e per le modalità dello stesso (uso della forza, di manette, di un divaricatore per la bocca e di un tubo di gomma). Analoga Corte EDU, 19 giugno 2007, *Ciorap v. Moldova*, ric. n. 12066/02, che individua le garanzie procedurali da rispettare nella esplicitazione delle ragioni di inizio e termine del trattamento e nella registrazione di composizione e quantità del cibo somministrato. Per una recente decisione di inammissibilità per manifesta infondatezza, stante la dimostrata necessità dell'alimentazione forzata, v. Corte EDU, 26 marzo 2013, *Rappaz v. Switzerland*, ric. n. 73175/10.

5. *I rimedi alla violazione dell'art. 3 CEDU nell'Italia post-Torreggiani (cenni): una (ennesima) rinuncia ai tradizionali principi del nostro sistema?*

Facendo seguito alle indicazioni contenute nella già citata sentenza *Torreggiani*¹⁶⁶, «sotto la spada di Damocle della “messa in mora”»¹⁶⁷ così imposta al nostro Paese dai Giudici di Strasburgo, il legislatore si è impegnato in una «vera e propria lotta contro il tempo»¹⁶⁸ nel tentativo di adottare strumenti idonei a rimediare alle carenze strutturali individuate dalla pronuncia. Fra gli interventi posti in essere, particolare rilievo assumono, ai fini del nostro discorso, i nuovi rimedi preventivo e compensativo introdotti nell'ordinamento penitenziario in favore di detenuti e internati vittime di trattamenti contrari all'art. 3 CEDU, disciplinati rispettivamente dagli artt. 35-*bis*¹⁶⁹ e 35-*ter*¹⁷⁰ della l. n. 354 del 1975.

¹⁶⁶ Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani and Others v. Italy*, cit., che, constatata la generalizzata situazione di difficoltà degli istituti penitenziari, causata principalmente da un endemico sovraffollamento, ha deciso di ricorrere alla procedura della sentenza pilota. Si è così ingiunta all'Italia l'introduzione, entro un anno dal passaggio in giudicato della pronuncia, di «un ricorso o un insieme di ricorsi interni effettivi idonei ad offrire una riparazione adeguata e sufficiente in caso di sovraffollamento carcerario, e ciò conformemente ai principi della Convenzione come stabiliti nella giurisprudenza della Corte», con contestuale sospensione dei ricorsi pendenti, aventi analogo oggetto. Nel fornire indicazioni al legislatore italiano, la Corte per un verso lo esorta ad ampliare l'ambito applicativo delle «misure punitive non privative della libertà» e a ridurre al minimo il «ricorso alla custodia cautelare in carcere» (§ 94); per altro verso, indica l'opportunità di prevedere adeguati rimedi «preventivi» e di natura «compensativa» per le ipotesi di violazione dell'art. 3 CEDU a carico di soggetti detenuti (§ 96). Sulla possibilità per la Corte di adottare la procedura della sentenza pilota al fine di indicare chiaramente l'esistenza di problemi strutturali e le misure da adottare per porvi rimedio, v. Corte EDU, Grande Camera, 13 luglio 2000, *Scozzari and Giunta v. Italy*, ric. n. 39221/98 e 41963/98, § 249 e Corte EDU, Grande Camera, 4 dicembre 2008, *S. and Marper v. the United Kingdom*, ric. n. 30562/04 e 30566/04, § 134.

¹⁶⁷ L'espressione è di F. FIORENTIN, *Il reclamo “giurisdizionale” per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, in *Rass. penit. crim.*, 3/2013, 235.

¹⁶⁸ Così M.F. CORTESI, *I giudici europei dettano le linee guida contro il sovraffollamento carcerario*, in *Dir. pen. proc.*, 12/2014 - Supplemento, 72 ss., cui si rimanda per una breve disamina degli interventi adottati.

¹⁶⁹ Introdotto dal d.l. n. 146 del 2013 (cd. “svuotacarceri”), convertito con modifiche dalla l. n. 10 del 2014. Per un commento a prima lettura del decreto v. A. DELLA BELLA, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in *Penalecontemporaneo.it*, 7 gennaio 2014.

¹⁷⁰ Introdotto dal d.l. n. 92 del 2014, convertito con modifiche dalla l. n. 117 del 2014, su cui v. A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in *Penalecontemporaneo.it*, 13 ottobre 2014.

Il primo prevede un reclamo giurisdizionale che detenuti e internati possono rivolgere al magistrato di sorveglianza, concernente, fra l'altro, l'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni dell'ordinamento penitenziario, da cui derivi «un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti»¹⁷¹. Si tratta di un procedimento modellato sulla falsariga del giudizio amministrativo di ottemperanza¹⁷², con cui viene colmata una lacuna dell'ordinamento e rafforzato il tasso di giurisdizionalità della tutela dei diritti dei soggetti detenuti, pur non senza profili di criticità¹⁷³.

Il secondo rimedio, non alternativo ma complementare all'altro¹⁷⁴, attiene all'ipotesi specifica in cui il suddetto pregiudizio consista «per un periodo di tempo non inferiore ai quindici giorni, in condizioni di detenzione tali da violare l'art. 3 della Convenzione [...] come interpretato dalla Corte europea»: in tal caso, il magistrato di sorveglianza dispone, «a titolo di risarcimento del danno», una riduzione della pena detentiva ancora da espriare pari ad un giorno per ogni dieci durante i quali il detenuto abbia subito il pregiudizio (comma 1) ovvero, nei casi di cui al comma 2, liquida una somma pari ad otto euro per ogni giorno di pregiudizio subito. Chi abbia subito la violazione dell'art. 3 CEDU durante la custodia cautelare non computabile, ovvero abbia terminato di espriare la pena detentiva, può proporre azione dinanzi al giudice civile (comma 3).

Va precisato che gli sforzi del legislatore hanno ottenuto un riscontro positivo da parte prima del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa¹⁷⁵,

¹⁷¹ Così l'art. 69, comma 6, lett. b) ord. penit., come modificato dal citato d.l. n. 146 del 2013.

¹⁷² L. BARONE, G. FIDELBO, *I nuovi rimedi risarcitori previsti dall'art. 35-ter ord. penit. nelle prime applicazioni della giurisprudenza di merito. Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione*, in *Penalecontemporaneo.it*, 7 maggio 2015, 2.

¹⁷³ F. FIORENTIN, *Il reclamo "giurisdizionale"*, cit., 236 ss. Per un'analisi critica della disposizione in parola, con particolare riguardo alle incongruenze nel sistema di tutela delle posizioni giuridiche di detenuti e internati, v. S. ROMICE, *L'effettività della tutela preventiva dei diritti dei detenuti e degli internati. A proposito del reclamo giurisdizionale ex art. 35-bis o.p.*, in *Penalecontemporaneo.it*, 14 aprile 2016.

¹⁷⁴ Secondo quanto espressamente affermato da Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani and Others v. Italy*, cit., § 96: «quando un ricorrente sia detenuto in condizioni contrarie all'art. 3 della Convenzione, la migliore riparazione possibile è la rapida cessazione della violazione del diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti. Inoltre, chiunque abbia subito una detenzione lesiva della propria dignità deve potere ottenere una riparazione per la violazione subita». Cfr. anche Corte EDU, 10 maggio 2007, *Benediktov v. Russia*, ric. n. 106/02, § 29 e Corte EDU, 10 gennaio 2012, *Ananyev and Others v. Russia*, ric. n. 42525/07 e 60800/08, §§ 97-98 e 210-240.

¹⁷⁵ Decisione del 5 giugno 2014, adottata all'esito della riunione n. 1201.

poi della stessa Corte EDU, con una pronuncia¹⁷⁶ dichiarativa della irricevibilità “postuma”¹⁷⁷ di ricorsi per detenzione contraria all’art. 3 CEDU, per mancato previo esperimento dei nuovi rimedi suddetti. La decisione – che si segnala anche per la riaffermazione dei principi in materia di *onus probandi* incombente su chi lamenti l’inadeguatezza delle cure mediche dispensate in carcere¹⁷⁸ – esprime un giudizio ampiamente positivo sull’accessibilità dei rimedi preventivo e compensativo e sulla loro apparente effettività, pur riservandosi «la possibilità di esaminare la coerenza della giurisprudenza dei giudici interni con la propria giurisprudenza nonché l’effettività teorica e pratica dei ricorsi»¹⁷⁹.

La nuova disciplina non manca, tuttavia, di sollevare alcune perplessità, soprattutto per quanto riguarda l’art. 35-ter ord. penit., la cui infelice formulazione¹⁸⁰ ne rende di non agevole delimitazione l’ambito applicativo. Si discute, in particolare, del ruolo che nella fattispecie debba riconoscersi al requisito della “attualità” del pregiudizio, con conseguente diverso ripar-

¹⁷⁶ Corte EDU, 16 settembre 2014, *Stella and Others v. Italy*, ric. n. 49169/09, 54908/09, 55156/09, 61443/09, 61446/09, 61457/09, 7206/10, 15313/10, 37047/10, 56614/10 e 58616/10. V. anche Corte EDU, 10 marzo 2015, *Varga and Others v. Hungary*, cit., § 105 che, condannando l’Ungheria per le condizioni delle carceri con una sentenza pilota analoga alla *Torreggiani*, indica il nostro Paese come esempio delle ricadute positive della procedura della sentenza pilota, con ciò confermando il giudizio espresso nella sentenza *Stella*.

¹⁷⁷ Così F. FIORENTIN, *Detenzione inumana: la Cedu boccia i ricorsi italiani se non sono stati prima eseguiti tutti i rimedi interni*, in *Guida dir.*, 42/2014, 98.

¹⁷⁸ Corte EDU, 16 settembre 2014, *Stella and Others v. Italy*, cit., § 69: uno dei ricorrenti lamentava anche di non ricevere in carcere cure mediche adatte alle sue condizioni di salute, con una doglianza formulata tuttavia «in maniera molto generica, senza produrre prove o invocare altri elementi a sostegno delle sue affermazioni», con conseguente manifesta infondatezza del motivo. Osserva F. FIORENTIN, *Detenzione inumana*, cit., 100 che si tratta della «declinazione di un principio generale, dunque applicabile anche in relazione ai ricorsi compensativi interni, attesa la natura civilistica dell’azione esperibile ai sensi dell’articolo 35-ter, ord. penit.». Su questo ultimo profilo v. anche C. MASIERI, *La natura dei rimedi di cui all’art. 35-ter ord. pen. Possibili interpretazioni nel dialogo con alcune recenti decisioni di merito*, in *Penalecontemporaneo.it*, 22 luglio 2015.

¹⁷⁹ Corte EDU, 16 settembre 2014, *Stella and Others v. Italy*, cit., § 67.

¹⁸⁰ E. SANTORO, *Contra CSM: parlare a nuora perché suocera intenda. Pedanti osservazioni sulla competenza dei magistrati di sorveglianza a riconoscere l’indennizzo ex art. 35-ter per la detenzione inumana e degradante*, in *Penalecontemporaneo.it*, 22 gennaio 2015, 1 definisce la disposizione il «frutto di un’elaborazione piuttosto travagliata che ha portato alla stesura di un testo normativo che definire “non chiarissimo”, è un eufemismo». Il problema deriva essenzialmente dall’*incipit* della disposizione che, per qualificare il pregiudizio legittimante all’azione, fa rinvio all’art. 69, comma 6, lett. b) ord. penit., che, a sua volta, considera rilevante, ai fini del rimedio preventivo di cui all’art. 35-bis ord. penit., l’inosservanza di disposizioni da cui derivi «un attuale e grave pregiudizio all’esercizio dei diritti».

to di competenza fra magistrato di sorveglianza e tribunale civile¹⁸¹. Un primo orientamento sostiene che l'attualità del pregiudizio debba sussistere al momento della domanda e perdurare sino al giorno della decisione, perché possa radicarsi la competenza del magistrato di sorveglianza e disporsi il risarcimento in forma specifica consistente nella riduzione della pena detentiva da scontare; sicché esulano da tale ambito, per rientrare nella sfera di competenza del giudice civile, i casi di detenuti che abbiano subito condizioni detentive contrarie all'art. 3 CEDU, quando tuttavia il pregiudizio non sia più attuale in quanto la situazione sia stata *medio tempore* sanata. Altra opinione, invece, non annovera, fra i requisiti legittimanti l'azione dinanzi al magistrato di sorveglianza, ai sensi dei primi due commi dell'art. 35-ter ord. penit., l'attualità del pregiudizio, intesa quale attualità delle condizioni disumane o degradanti; ne deriva che anche i casi suddetti rientrano tra quelli per i quali il magistrato di sorveglianza può disporre il rimedio della riduzione di pena detentiva ancora da scontare¹⁸².

Su un piano più generale, questo nuovo rimedio pare suscitare alcune perplessità rispetto ai principi del nostro sistema sanzionatorio, soprattutto ove si acceda all'opinione che ne amplia la sfera di applicazione. Il riferimento non è tanto, o non solo, al principio di inderogabilità della pena, quale carattere coesistente della pena retributiva e autentica conquista di civiltà¹⁸³: è noto come già nel codice Rocco le eccezioni al principio fossero così numerose da far dubitare della sua effettiva operatività¹⁸⁴. Il riferimento è, piuttosto, ai principi di legalità della pena e della sua finalità rieducativa.

Nessun dubbio che la detenzione in condizioni inumane e degradanti configuri una negazione inammissibile del principio di umanizzazione di cui all'art. 27, terzo comma Cost., del «diritto ad avere diritti in

¹⁸¹ G. GIOSTRA, *Un pregiudizio 'grave e attuale'? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35-ter ord. penit.*, in *Penalecontemporaneo.it*, 24 gennaio 2015, 1 parla di «profonda faglia» che divide la prima giurisprudenza in materia.

¹⁸² Per una efficace illustrazione degli argomenti addotti a sostegno dell'una e dell'altra opinione si rimanda a L. BARONE, G. FIDELBO, *op. cit.*, 5-13. Nel primo senso dell'alternativa si è espresso il CSM nel parere tecnico sul d.l. n. 92 del 2014 adottato con delibera consigliare del 30 luglio 2014, seguito da una significativa componente della magistratura di sorveglianza, nonché F. FIORENTIN, *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 CEDU: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, in *Penalecontemporaneo.it*, 6 novembre 2014, 11-13. Sostengono invece l'opinione contraria E. SANTORO, *op. cit.* e G. GIOSTRA, *op. cit.*

¹⁸³ Così F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, 718.

¹⁸⁴ M. TRAPANI, *Il sistema italiano delle sanzioni criminali tra pena "legale" e prassi applicativa*, Modena, 1996, 15 e 19-20: il riferimento è alla liberazione condizionale (artt. 176 e 177 c.p.) e alla sospensione condizionale della pena (art. 163 c.p.).

ambito penitenziario»¹⁸⁵. È opinabile, invece, che la rinuncia *tout court* all'esecuzione della pena rappresenti la risposta più adeguata e coerente. Essa, al contrario, sembra accentuare quel processo di trasformazione della pena detentiva in sanzione non legalmente predeterminata e incerta nella sua durata¹⁸⁶. Soprattutto, configura una abdicazione alla stessa finalità rieducativa, posto che la riduzione di pena di cui all'art. 35-ter ord. penit. – al contrario, ad esempio, di quanto previsto, sempre in adempimento al *dictum* della sentenza *Torreggiani*, in tema di liberazione anticipata speciale di cui all'art. 4 del d.l. n. 146 del 2013¹⁸⁷ – prescinde da ogni valutazione circa la partecipazione del condannato all'opera di rieducazione.

Indubbiamente di rieducazione in condizioni di detenzione tali da configurare trattamento inumano o degradante non può parlarsi¹⁸⁸. Pienamente comprensibile, pertanto, il monito rivolto al legislatore dalla Consulta prima dell'introduzione degli interventi qui in parola, circa la «necessità che l'ordinamento si doti di un rimedio idoneo a garantire la fuoriuscita dal circuito carcerario del detenuto che sia costretto a vivere in condizioni contrarie al senso di umanità»¹⁸⁹. È altrettanto indubbio, però, che la “fuoriuscita” di cui all'art. 35-ter ord. penit. ha più il sapore di una “resa”, che non di un “risarcimento”, con l'ulteriore rischio, ove si acceda

¹⁸⁵ Come lo definisce M. RUOTOLO, *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, in *Giur. cost.*, 6/2013, 4552-4553.

¹⁸⁶ Sulla trasformazione in parola v. ancora M. TRAPANI, *op. cit.*, 33-36.

¹⁸⁷ Con questa disposizione il legislatore ha allungato, per un periodo di due anni dalla data di entrata in vigore del decreto medesimo, la detrazione di pena concessa per la liberazione anticipata di cui all'art. 54 ord. penit., da 45 a 75 giorni per ogni semestre di pena espiata.

¹⁸⁸ Risalente l'acquisizione circa il contesto «unitario, non dissociabile» in cui si pongono i principi di cui al terzo comma dell'art. 27 Cost., l'uno in funzione dell'altro, posto che «un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato» (così Corte cost., 4 febbraio 1966, n. 12).

¹⁸⁹ Corte cost., 9 ottobre-22 novembre 2013, n. 279 (su cui v. G. LEO, *Sovraffollamento carcerario: dalla Corte costituzionale una decisione di inammissibilità con un severo monito per il legislatore*, in *Penalecontemporaneo.it*, 25 novembre 2013 e A. DELLA BELLA, *Il termine per adempiere alla sentenza Torreggiani si avvicina a scadenza: dalla Corte costituzionale alcune preziose indicazioni sulla strategia da seguire*, *ivi*, 19 dicembre 2013), che ha tuttavia dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 147 c.p. (nella parte in cui non prevede l'ipotesi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità), per la molteplicità delle soluzioni adottabili, con conseguente necessità di rispettare «la priorità di valutazione da parte del legislatore sulla congruità dei mezzi per raggiungere un fine costituzionalmente necessario». Critico M. RUOTOLO, *Quale tutela per il diritto*, *cit.*, 4553, secondo cui l'addizione richiesta dai giudici *a quibus* avrebbe contribuito al conseguimento dell'obiettivo del rispetto della dignità umana, con, probabilmente, conseguente possibilità di immediata deroga al rispetto della discrezionalità legislativa.

all'interpretazione estensiva della disposizione, di concedere lo "sconto di pena" a soggetti del tutto immeritevoli¹⁹⁰. Sarebbe forse stato preferibile intervenire sull'art. 147 c.p., il che avrebbe anche consentito di far salve le esigenze di difesa sociale, il cui rilievo costituzionale è innegabile¹⁹¹.

Sembra insomma di sentir riecheggiare le parole di una celebre canzone, che alla domanda «lo Stato che fa?», risponde «si costerna, s'indigna, s'impegna, poi getta la spugna con gran dignità».

6. (*Tentativo di*) *Conclusioni: la ricostruzione del "dover essere normativo" convenzionale*

Il tentativo di delineare un "dover essere normativo" convenzionale circa il diritto alla (tutela della) salute in carcere, va dunque incontro ad una serie di difficoltà, motivate da una pluralità di ragioni.

Alcune di carattere generale, dovute alla circostanza che, «ancorché tenda ad assumere un valore generale e di principio, la sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo [...] resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata»¹⁹², il che non sempre rende possibile

¹⁹⁰ Rischio evidenziato da F. FIORENTIN, *I nuovi rimedi risarcitori*, cit., 12-13, che argomenta prospettando il seguente caso, tutt'altro che infrequente: «due soggetti, correi, permangono per alcuni mesi in condizioni detentive contrarie all'art. 3 CEDU, successivamente risolte [...] uno di essi, per avere serbato regolare condotta ed avendo partecipato attivamente al trattamento rieducativo, viene ammesso ad espriare la pena residua in regime di affidamento in prova al servizio sociale. L'altro, invece, responsabile di numerosi episodi di natura disciplinare, [...] continua ad espriare la pena in carcere [...] il primo soggetto otterrebbe soltanto il risarcimento pecuniario [ex art. 35-ter, comma 3 ord. penit.]; il secondo potrebbe fruire della riduzione proporzionale della pena».

¹⁹¹ Cfr. ancora M. RUOTOLO, *Quale tutela per il diritto*, cit., 4553: «se pure non si dubita in ordine al fatto che le esigenze di difesa sociale, le quali hanno senz'altro rilievo costituzionale, non possono essere ragioni sufficienti per giustificare la lesione della dignità umana, occorre sottolineare che queste non sarebbero state comunque pregiudicate attraverso l'addizione richiesta, in quanto l'estensione dell'istituto del rinvio facoltativo della pena non avrebbe determinato alcun automatismo, essendo rimessa al giudice la valutazione circa la sua concessione, con conseguente, probabile, applicazione della detenzione domiciliare in surroga (art. 47-ter ord. penit.)».

¹⁹² Corte cost., 19-22 luglio 2011, n. 236. Non mancano tuttavia rilievi critici al profilo della "concretezza" del giudizio di Strasburgo: osserva infatti V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Cass. pen.*, 6/2015, 2214, nota 37 che esso è idoneo a ingenerare fraintendimenti: «la Corte EDU indubbiamente decide sul caso concreto, secondo una logica "case by case", ma le sue decisioni sono intramate di affermazioni di principio».

«cogliere con immediatezza l'effettivo principio di diritto che il giudice di Strasburgo ha inteso affermare per risolvere il caso concreto»¹⁹³.

Altre più specificamente relative al diritto alla salute, o meglio, alla sua tecnica di tutela indiretta per il tramite dell'art. 3 CEDU: un diritto assoluto che rischia però di relativizzarsi nella sua applicazione pratica, con tutti i limiti che derivano dal dover utilizzare uno strumento nato per altri scopi.

Innegabile l'importanza delle affermazioni di cui si è detto circa l'adeguatezza delle cure mediche in carcere, la valutazione di compatibilità tra condizioni di detenzione e stato di salute, l'obbligo positivo di assicurare *health and well-being* dei detenuti. Altrettanto innegabili, al tempo stesso, le contraddizioni in cui le stesse, talvolta, finiscono per cadere, sostanzialmente dovute alla mancanza di un "nucleo irriducibile" del diritto.

Per un verso, pertanto, è auspicabile che la Corte europea, evitando di «rimanere aggrovigliata nei dettagli dei singoli casi», persegua finalità di certezza e coerenza giuridica sul piano della motivazione, argomentando in modo rigoroso ed esplicito le proprie scelte¹⁹⁴. Per altro verso, non è forse del tutto peregrino domandarsi se, ormai, i tempi non siano maturi per riconoscere espressamente anche il diritto alla salute fra i diritti convenzionalmente garantiti, così come già avvenuto con l'art. 35 della Carta di Nizza.

¹⁹³ Corte cost., 14 gennaio-26 marzo 2015, n. 49.

¹⁹⁴ Così A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., 237-238: «se le sue decisioni avranno ancora frugali e parsimoniose motivazioni; se la sua ossessiva autoreferenzialità non diminuirà, gli Stati e i potenziali ricorrenti non saranno in grado di conoscere gli sviluppi e l'esatta portata del diritto convenzionale, rimanendo in uno stato di incertezza circa gli esatti confini della protezione loro accordata, con un conseguente minor grado di protezione dei diritti dell'uomo».

SEZIONE SECONDA

DIRITTO ALLA SALUTE E RICOVERO
IN OSPEDALE PSICHIATRICO GIUDIZIARIO

Alessandro Laurito

*Le REMS e la sfida del nuovo modello terapeutico-riabilitativo
nel trattamento del folle reo*

SOMMARIO: 1. La disciplina delle misure di sicurezza detentive alla luce della l. n. 81 del 2014 e della sentenza della Corte costituzionale n. 186 del 2015 – 1.1. La fissazione di un termine massimo di durata delle misure di sicurezza detentive – 1.2. La limitazione dei parametri su cui fondare il giudizio di pericolosità sociale per infermi e seminfermi di mente – 2. Il passaggio da OPG e CCC a REMS. La complessa vicenda normativa: da una colpevole inerzia ad un'impreparata (ma non più procrastinabile) riforma. Lo stato attuale delle REMS – 2.1. Sanitarizzazione e territorializzazione al banco di prova. Il reclamo *ex art. 35-bis* l. n. 354 del 1975 – 2.2. La custodia del folle reo: quale ruolo nelle REMS? "Incognito sconosciuto": i casi-limite di infermità psichica. L'esperienza del "Club S.P.D.C. aperti no restraint" – 3. Il confine fra cura e contenzione chimica: profili di (il)liceità della contenzione

1. *La disciplina delle misure di sicurezza detentive alla luce della l. n. 81 del 2014 e della sentenza della Corte costituzionale n. 186 del 2015*

Con l'ultimo tassello dell'*iter* di riforma del trattamento del folle reo¹ (l. n. 81 del 2014), il legislatore non si è limitato a superare la logica prettamente custodiale – che informava il ricovero negli Ospedali psichiatrici giudiziari e nelle Case di cura e custodia, assicurando agli internati un percorso terapeutico-riabilitativo nelle nuove REMS² – ma ha profondamente inciso sulla disciplina delle misure di sicurezza detentive e sui presupposti necessari per disporre l'internamento di infermi o seminfermi di mente socialmente pericolosi.

Prima di analizzare le disposizioni di carattere amministrativo, che regolano le modalità con cui devono essere eseguite le misure di sicurezza dell'OPG e CCC nelle REMS³, pare quindi opportuno soffermarsi sulle novità introdotte

¹ Ci si riferisce al d.l. n. 52 del 2014 convertito con modificazioni dalla l. n. 81 del 2014.

² L'acronimo sta per Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, v. *infra*.

³ Le nuove REMS non sostituiscono le misure di sicurezza dell'OPG e CCC previste dal

dalla riforma, tramite un processo di eterointegrazione di istituti fondamentali della parte generale del diritto penale che, probabilmente, avrebbe richiesto un'organica e ponderata novella⁴.

1.1. *La fissazione di un termine massimo di durata delle misure di sicurezza detentive*

Con l'art. 1, comma 1-*quater*, d.l. n. 52 del 2014 si è fissato un limite massimo di durata delle misure di sicurezza detentive, per la cui determinazione si rinvia alla gravità del fatto di reato secondo i criteri stabiliti dall'art. 278 c.p.p.⁵

Vengono, così, accolte le istanze di quella parte della dottrina⁶, che

codice penale: le REMS rappresentano, infatti, solo il luogo in cui tali misure devono essere eseguite.

⁴ Analogamente a quanto avvenuto con l'abolizione delle fattispecie di pericolosità presunta ad opera dell'art. 31, l. n. 663 del 1986 (riforma Gozzini), cfr. M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, 8/2014, 930. Parte della dottrina non ha comunque esitato a parlare di «epocale riforma», così G.L. GATTA, *Aprite le porte agli internati! Un ulteriore passo verso il superamento degli OPG e una svolta epocale nella disciplina delle misure di sicurezza detentive: stabilito un termine di durata massima (applicabile anche alle misure in corso, a noi pare)*, in *Penalecontemporaneo.it*, 6 giugno 2014.

⁵ Sono diverse le problematiche interpretative sorte in conseguenza di tale rinvio: in primo luogo il termine di durata massima delle misure di sicurezza viene parametrato sulla base della gravità del fatto di reato, mentre il giudizio di pericolosità sociale continua a fondarsi anche sulla capacità a delinquere del reo; in secondo luogo con il rinvio all'art. 278 c.p.p. non si tiene conto della continuazione di reati (parte della dottrina ritiene comunque necessario fare riferimento al reato più grave fra quelli in continuazione). Occorre poi stabilire le modalità di computo del termine massimo di durata nelle ipotesi in cui si alternino periodi di applicazione della misura detentiva a periodi di applicazione di una misura non detentiva; se debba computarsi il periodo di internamento in fase di applicazione provvisoria della misura; se, una volta scaduto il termine massimo di durata, sia possibile applicare una misura di sicurezza a carattere non detentivo. Per un'approfondita disamina di tali problemi v. G.L. GATTA, *Aprite le porte agli internati!*, cit.; M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari*, cit.; G. BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale fra OPG e REMS*, in *Penalecontemporaneo.it*, 20 luglio 2015.

⁶ Così E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978, 282; A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Torino, 1997, 75; ID, *Le misure di sicurezza*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, III, Torino, 2014, 339; M.T. COLLICA, *Vizio di mente. Nozione, accertamento e prospettive*, Torino, 2007, 240; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, 195.

da tempo invocava l'eliminazione di uno dei connotati più afflittivi del binario custodiale di garanzia⁷, ovvero la protrazione *sine die* della misura di sicurezza al persistere della pericolosità sociale dell'agente.

Da un punto di vista strettamente normativo la modifica non dovrebbe suscitare troppo scalpore: la fissazione di un limite massimo di durata introduce una nuova presunzione assoluta di non pericolosità sociale quale conseguenza del mero decorso del tempo, rimettendo alle misure di sicurezza non detentive l'onere di contenere la ("residuale") pericolosità sociale dell'agente⁸ (ad eccezione dei delitti puniti con l'ergastolo).

Nulla di diverso da quanto accade, ad esempio, per l'inapplicabilità dell'Ospedale psichiatrico giudiziario nelle ipotesi di delitti colposi o di contravvenzioni: in tali casi non rileva, infatti, che il folle reo, sul piano naturalistico, manifesti una particolare predisposizione alla commissione di un nuovo fatto di reato.

La scelta di fissare un limite massimo di durata delle misure di sicurezza

⁷ Sulla distinzione fra norma-comando e norma-garanzia v. P. NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 632, secondo cui la tutela degli interessi oggetto di protezione penale si realizza « [...] sia attraverso la norma-comando sia attraverso la norma-garanzia *stricto sensu*: attraverso la norma-comando nella prospettiva dell'intimidazione, e quindi della prevenzione generale; attraverso la norma-garanzia nella prospettiva della prevenzione speciale».

⁸ Sulle presunzioni di non pericolosità v. I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970, 198 ss.; come è noto, la disciplina delle misure di sicurezza si è sempre caratterizzata per il ricorso a presunzioni assolute o relative circa la sussistenza o la persistenza della pericolosità sociale. Per quanto concerne la fase del riesame, con la sentenza della Corte costituzionale (Corte cost., 5 aprile 1974, n. 110) si è rimesso al giudice di sorveglianza il potere di revocare la misura di sicurezza prima della scadenza della durata minima prevista per legge, sottraendo tale prerogativa al Ministro di Grazia e Giustizia e trasformando, così, la presunzione di persistente pericolosità da assoluta a relativa. La Corte costituzionale (Corte cost., 8 luglio 1982, n. 139 per quanto riguarda gli infermi totali di mente e Corte cost. 15 luglio 1983, n. 249 per i seminfermi di mente) ha dichiarato illegittima la presunzione di persistente pericolosità sociale nella fase di applicazione della misura di sicurezza da parte del giudice della cognizione o dell'esecuzione, quale immediata conseguenza dell'accertamento dell'infermità di mente al momento della commissione del fatto, tenuto conto dell'ampio lasso di tempo intercorso fra il reato e l'applicazione della misura, durante il quale potrebbe mutare lo stato patologico del soggetto (si parla infatti di attualizzazione del giudizio di infermità mentale). Solo con l'art. 31 della legge "Gozzini" verrà definitivamente abolita la presunzione assoluta di pericolosità sociale quale immediata conseguenza dell'infermità di mente. Infine le sentenze della Corte costituzionale (Corte cost., 2-18 luglio 2003, n. 253 e Corte cost., 29 novembre 2004, n. 367) hanno espunto dall'ordinamento la presunzione assoluta in base alla quale all'accertamento dell'infermità o seminfermità di mente e della pericolosità dell'agente dovesse seguire automaticamente l'applicazione dell'OPG o della CCC, e non anche una diversa misura in funzione sussidiaria.

detentive sembra, viceversa, esporsi ad alcuni profili di criticità laddove si prenda in considerazione, da un punto di vista teleologico, l'equilibrio fra pene e misure di sicurezza derivante dal noto compromesso tra la Scuola classica e quella positiva, che ha condotto alla codificazione di un sistema dualistico⁹, quale sintesi delle diverse funzioni assolute dalle due tipologie "sanzionatorie".

Senza entrare nel merito del complesso dibattito relativo alle funzioni della pena e della misura di sicurezza nell'ordinamento italiano, pare tuttavia che la fissazione del precitato limite di durata, che nelle nobili intenzioni del legislatore della riforma avrebbe dovuto porre fine al fenomeno dei cc.dd. ergastoli bianchi¹⁰, abbia profondamente inciso sull'efficacia specialpreventiva positiva e/o negativa, che contraddistingue le misure di sicurezza¹¹.

Rimanendo nell'ambito delle misure di sicurezza detentive riservate ai soggetti colpiti da infermità psichica, la riforma ha inteso assegnare alle REMS una funzione residuale, quale *extrema ratio* nel trattamento del folle reo, tramite la positiva inserzione nell'art. 3-ter del d.l. n. 211 del 2011 dei principi di sussidiarietà e flessibilità, da tempo elaborati dalla Corte costituzionale¹². Il legislatore ha voluto, quindi, circoscrivere il trattamento di natura custodiale a quei soggetti che, più di altri, necessitano di un costante ed incisivo supporto terapeutico-riabilitativo¹³.

⁹ Ci si riferisce alle ipotesi in cui sia possibile applicare cumulativamente pena e misura di sicurezza, secondo il modello del c.d. doppio binario. Si devono, invece, ritenere monistici quei sistemi che prevedono l'applicazione di un'unica misura sanzionatoria nei confronti dello stesso soggetto, o perché unica è la sanzione contemplata dall'ordinamento, o perché unica è la sanzione applicabile nei confronti dello stesso soggetto (o pena o misura di sicurezza). Rientrano fra i sistemi monistici anche quelli integralmente vicariali, nei quali pena e misura di sicurezza sono del tutto fungibili. Sul punto v. G. GRASSO, *Pre Art-199*, in *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano, 2011, 421 ss.

¹⁰ Si prendano alcuni casi eclatanti riportati dalla Commissione parlamentare d'inchiesta, come ad esempio quello di una persona internata per 22 anni per una rissa nell'OPG di Reggio Emilia o per 18 anni per una rapina di 7000 lire nell'OPG di Barcellona Pozzo di Gotto.

¹¹ Sul punto cfr. A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire: l'eterna dialettica fra "cura" e "custodia" nel passaggio dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/2015, 1377 ss.

¹² Il riferimento è alle sentenze della Corte costituzionale (Corte cost., 2-18 luglio 2003, n. 253 e Corte cost., 29 novembre 2004, n. 367), su cui v. M.T. COLLICA, *Ospedale psichiatrico giudiziario: non più misura unica per l'infermo di mente adulto e pericoloso*, in *Dir. pen. proc.*, 3/2004, 300 ss.

¹³ Non sembra, tuttavia, che il legislatore abbia recepito la proposta di quella parte della dottrina che ritiene necessario sostituire il presupposto della pericolosità sociale con il "bisogno di cura", così M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990, 679; A. MANNA, *Sull' "abolizione" degli ospedali psichiatrici giudiziari: pericolosità sociale o bisogno di terapia?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2013, 1329 ss.; M.T.

Desta allora qualche perplessità il fatto che alla scadenza di un termine prefissato *ex lege* e parametrato sulla base della gravità del reato consegua automaticamente la dimissione dell'infermo dalla struttura, interrompendo così un percorso di recupero che avrebbe, forse, potuto conseguire migliori risultati.

Analoghe considerazioni valgono per l'efficacia specialpreventiva a contenuto negativo che, in alcuni e limitati casi, assume primaria importanza nel bilanciamento fra cura e custodia dell'infermo di mente autore di un reato.

Muovendo, infatti, dal presupposto secondo cui la finalità rieducativa della pena *ex art. 27*, terzo comma, Cost. non possa estendersi *de plano* alle misure di sicurezza – poiché talune di esse sono rivolte a soggetti, come gli infermi di mente, rispetto ai quali non è sempre possibile parlare, propriamente, di rieducazione, ma di cura e riabilitazione – ne discende che le misure di sicurezza non sono sottoposte allo stringente vincolo di cui all'*art. 27*, terzo comma, Cost.: è, quindi, ipotizzabile che esse, talvolta, non possano spiegare un effetto riabilitativo¹⁴.

COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso" del reato*, in *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, a cura di A. Gaboardi [et al.], Torino, 2013, 295; *contra* G. DODARO, *Nuova pericolosità sociale e promozione dei diritti fondamentali della persona malata di mente*, in *Dir. pen. proc.*, 5/2015, 612 ss.; M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., 923; *Id.*, *Quale futuro per le misure di sicurezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2013, 1283; *Id.*, *La politica penale delle interpolazioni*, in *Penalecontemporaneo.it*, 30 maggio 2016, 68. Pur non avendo il legislatore recepito il bisogno di cura quale fondamento per l'applicazione delle misure di sicurezza, che restano, quindi, ancora vincolate all'accertamento della pericolosità sociale, non si può non tener conto della centrale importanza che la terapia e la riabilitazione assumono per l'internamento del folle reo. L'*art. 1*, comma 1, lett. b), d.l. n. 52 del 2014 circoscrive, infatti, il ricovero in REMS ai casi in cui «[...] ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate». Per l'importanza che riveste il fatto di reato nell'ambito del giudizio di pericolosità v. anche R. BARTOLI, *Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena, carcere. Appunti "sistematici" per una riforma "mirata" del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2013, 718 ss.

¹⁴ In questo senso I. CARACCIOLI, *op. cit.*, 97 ss.; così anche M. PELISSERO, *Misure di sicurezza*, in *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2013, 658, secondo cui l'*art. 27*, terzo comma, Cost., si riferisce alle sole pene; ciò non legittima, però, l'esecuzione di misure di sicurezza che si fondino esclusivamente sulla neutralizzazione del folle reo, poiché un simile trattamento si porrebbe in contrasto con il rispetto della dignità umana *ex art. 2* Cost.; nonostante l'infermo di mente affetto da irreversibile patologia non possa tendere ad una piena riabilitazione, non è, tuttavia, ipotizzabile un internamento che non garantisca tutto il supporto terapeutico di cui egli necessita. Sembra, allora, che le nuove REMS possano garantire l'equilibrio fra cura e custodia, secondo le indicazioni fornite dalla Corte costituzionale (nella nota sentenza Corte cost., 2-18 luglio 2003, n. 253). La Consulta ha, infatti, sottolineato che la restrizione della libertà personale dell'infermo di mente non può mai recare danno, anziché vantaggio, alla sua condizione di salute:

Il riferimento cade, per ciò che qui rileva, sui casi d'infermità mentale irrecuperabile, rispetto ai quali ogni intervento riabilitativo non è in grado di sortire alcun effetto. Si tratta di ipotesi in cui la misura di sicurezza si giustifica solo quale forma di contenimento del folle reo attraverso la terapia, risultando vano anche solo tendere al recupero dell'infermo: non a caso anche coloro, che prospettavano l'opportunità di fissare un termine massimo di durata delle misure di sicurezza per i non imputabili, suggerivano poi di rimettere al giudice la facoltà di derogarvi¹⁵.

Tale limite massimo di durata potrebbe, infatti, determinare una contrazione delle esigenze di difesa sociale e, spesso, un'interruzione del percorso terapeutico e/o riabilitativo¹⁶.

Si deve presumere che l'infermo di mente, che si trovi nella REMS alla

è quindi necessario che anche i casi di malattia mentale irrecuperabile si giovino di un percorso terapeutico, pur non potendo tendere alla piena riabilitazione dell'infermo. Parte della dottrina, muovendo da una diversa estensione del concetto di "rieducazione", vi ricomprende anche la funzione delle misure di sicurezza, v. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 82, secondo cui «Per quest'ultime il Costituente non aveva bisogno di delineare la funzione, essendo rieducative per definizione: mutando soltanto il contenuto della rieducazione a seconda che le misure di sicurezza si applichino a soggetti capaci o incapaci di intendere o di volere» e in nota «Per questi ultimi dovendo la misura di sicurezza assumere una funzione esclusivamente curativa»; G. VASSALLI, *L'abolizione della pericolosità presunta degli infermi di mente attraverso la cruna dell'ago*, in *Giur. cost.*, 1982, 1202 ss.; sostiene l'assoluta incompatibilità degli OPG con l'art. 27, terzo comma, Cost., D. PICCIONE, *Libertà dall'ospedale psichiatrico in dismissione e rischi di regressione istituzionale*, in *Rivistaaic.it*, 4/2014, 4; v. anche ID., *Politica delle libertà costituzionali e soppressione degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in *Giur. cost.*, 6/2013, 5157 ss.; sull'art. 27, terzo comma, Cost., v. per tutti G. FIANDACA, *Art. 27, comma 3, Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna, 1991, 222 ss.

¹⁵ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 199, ma v. ID., *La politica penale*, cit., 67. In questo senso era orientato anche il progetto Grosso, che rimetteva al giudice la facoltà di prorogare il termine massimo di durata della misura riservata ai non imputabili in via eccezionale ed al ricorrere di una serie di presupposti, sul punto v. G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2012, 201. Nel sistema attualmente vigente la misura di sicurezza detentiva conserva una durata indeterminata nel massimo per i delitti puniti con l'ergastolo, su cui v. le osservazioni critiche di M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., 928; A. PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2015, § 10, parla di ergastoli nascosti.

¹⁶ Sottolinea i profili di criticità, sia dal punto di vista teorico sistematico, che per quanto concerne la funzione di difesa sociale, cui dovrebbero assolvere le misure di sicurezza, G.L. GATTA, *Aprite le porte agli internati!*, cit.; ID., *Revoca del ricovero in OPG per decorso della durata massima: un primo provvedimento*, in *Penalecontemporaneo.it*, 16 giugno 2014; v. anche P. DI NICOLA, *La chiusura degli OPG: un'occasione mancata*, in *Penalecontemporaneo.it*, 13 marzo 2015.

scadenza del termine prefissato dalla legge, sia ancora socialmente pericoloso e, nella maggior parte dei casi, in grado di pervenire ad un migliore recupero dal punto di vista terapeutico: ne sarebbe stata altrimenti disposta l'immediata dimissione.

Peraltro il d.l. n. 52 del 2014 ha stabilito che il magistrato di sorveglianza non possa fondare il giudizio di pericolosità sociale sulla base delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo o sulla sola mancanza di programmi terapeutici individuali. L'internamento del folle reo nelle REMS fino alla scadenza del termine massimo di durata può, quindi, giustificarsi esclusivamente sulla base di cc.dd. fattori endogeni¹⁷: si renderà, allora, necessario contenere l'internato attraverso la cura, nei casi più gravi di infermità psichica, ovvero tendere ad un miglioramento della patologia.

Sarebbe stato, forse, più prudente configurare una presunzione relativa di non pericolosità legata al decorso di un determinato lasso di tempo, preservando così il *quid proprium* delle misure di sicurezza ed al contempo ridimensionando il contenuto potenzialmente afflittivo di una restrizione della libertà personale senza limiti di durata¹⁸.

La riforma non ha, viceversa, modificato il c.d. doppio binario¹⁹, primo

¹⁷ Sulla distinzione fra fattori endogeni ed esogeni v. G. GUARNIERI, voce *Capacità a delinquere*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, 867.

¹⁸ Peraltro l'art. 1, comma 1-ter, d.l. n. 5 del 2014 dispone che per i pazienti per i quali sia stata accertata la persistente pericolosità sociale, occorra motivare l'eccezionalità e la transitorietà, che legittimano il prosieguo del ricovero. Parte della dottrina sostiene che la disposizione non sia limitata alla transizione da OPG e CCC a REMS, ma che aggravi in via generale l'onere di motivazione in capo al giudice in sede di riesame della pericolosità sociale (riesame che diverrebbe ancor più complesso nel caso in cui si imponesse al giudice di ulteriormente motivare la deroga al limite massimo di durata stabilito *ex lege* o la prognosi di "recidiva" formulata sulla base delle condizioni di cui all'art. 133, secondo comma, n. 4 c.p. o per la sola mancanza di programmi terapeutici individuali, v. *infra*). Sull'importanza di tale disposizione per quanto concerne la fase del riesame v. M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., 927; ID., *Le misure di sicurezza personali e le alternative al modello custodiale*, in *Giur. it.*, 6/2016, 1542; G. BALBI, *op. cit.*, 10; A. PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali*, cit., § 8.

¹⁹ Benché il nostro sistema tenda a canalizzare nella pena la neutralizzazione del delinquente pericoloso, come è avvenuto, ad esempio, in materia di recidiva o per talune fattispecie di reato, non è escluso che il legislatore, sulla scorta degli orientamenti che si stanno registrando in altri ordinamenti europei, possa in futuro incrementare le ipotesi di cumulo sanzionatorio, cui la riforma in esame avrebbe, forse, potuto porre un freno. Sul punto v. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 38 ss.; F. VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2012, 1334 ss.; M. BERTOLINO, *Declinazioni attuali della pericolosità sociale: pene e misure di sicurezza a confronto*, in *Arch. pen.*, 2/2014, 460.

fra tutti quello relativo ai seminfermi di mente, che dopo le aperture della sentenza “Raso” sembra costituire la valvola di sfogo entro cui ricomprendere i disturbi della personalità²⁰: si potrebbe invece *de iure condito* valorizzare, laddove possibile, la riduzione della durata della pena *ex art.* 89 c.p. in funzione di quella (massima) della misura di sicurezza, così da pervenire ad

²⁰ Malgrado le aperture della sentenza “Raso”, che ha ricompreso i disturbi della personalità nell’ambito delle infermità penalmente rilevanti, la giurisprudenza tende spesso a ricondurre tali disturbi nel vizio parziale di mente, in un’ottica compromissoria che garantisce, comunque, l’irrogazione della pena, seppur diminuita, oltre all’applicazione della misura di sicurezza, cfr. G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamentali*, Torino, 2011, 379. Nonostante le condivisibili perplessità circa il potenziale cumulo sanzionatorio di cui è destinatario il seminfermo di mente e, più in generale, avuto riguardo alla stessa nozione di capacità di intendere o di volere grandemente scemata, si comprende, tuttavia, la prudenza degli organi giudiziari, tenuto conto della complessa ricostruzione del concetto di disturbo di personalità, che potrebbe comportarne un’incontrollata applicazione, a discapito delle esigenze di certezza della pena. Sarebbe, forse, necessario rivalutare un rinvio formale così ampio alla categoria dell’infermità *ex art.* 88 e 89 c.p. (parte della dottrina qualifica l’infermità come un elemento normativo extragiuridico, così M. BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, I, Milano, 2012, 51; EAD., *Il “crimine” della pericolosità sociale: riflessioni da una riforma in corso*, in *Penalecontemporaneo.it*, 24 ottobre 2016, 6). Mentre, infatti, nel sistema originario del Codice Rocco la nozione di infermità nel diritto sostanziale e nel diritto processuale penale era ancorata ad una visione organicista e nosografica della malattia mentale e, quindi, a presupposti scientifici ben definiti, l’attuale modello sincretico, bio-psico-sociale, con cui si ricostruisce l’infermità penalmente rilevante, pare comprometterne la tassativa delimitazione. Le conseguenze si riverberano, in fase processuale, anche sul riparto di competenze fra perito e giudice: il modello di accertamento misto, empirico e normativo, che dovrebbe caratterizzare il giudizio sull’imputabilità alla luce delle indicazioni della sentenza “Raso”, si risolve spesso in una subordinazione del secondo al primo, nonostante il ruolo di *peritus peritorum*, che dovrebbe comunque spettare al giudice, e che solo un recupero in termini di stretta legalità potrebbe, forse, garantire. Alla luce della riforma del sistema delle misure di sicurezza si prospettano, inoltre, due possibili ricadute sul piano applicativo: da una parte la finalità terapeutico-riabilitativa delle nuove REMS potrebbe indurre giudici e psichiatri ad applicare con più frequenza le misure di sicurezza, mancando il condizionamento negativo derivante dalle condizioni di degrado di buona parte dei vecchi OPG, (in questo senso P. DELL’ACQUA, S. D’AUTILIA, *Abbandonare quei luoghi, abitare le soglie*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2013, 1373); dall’altra la fissazione di un termine massimo di durata e la modificazione della base del giudizio di pericolosità sociale potrebbe, viceversa, portare ad un « [...] clima di generalizzato sfavore nei confronti delle misure di sicurezza custodiali [...] » e di conseguenza « [...] a un eccesso di prudenza nel riconoscimento del vizio di mente, specie in ragione delle criticità che caratterizzano l’accertamento in questione », immettendo altri infermi di mente nel circuito carcerario, v. A. MASSARO, *Pericolosità sociale e misure di sicurezza detentive nel processo di “definitivo superamento” degli ospedali psichiatrici giudiziari: la lettura della Corte costituzionale con la sentenza n. 186 del 2015*, in *Arch. pen. web*, 2/2015, 15.

un rapporto parzialmente vicariale fra le due “sanzioni”.

Il trattamento del seminfermo di mente sconta, come è noto, una duplice criticità: sul piano normativo, in quanto il folle reo risulta destinatario di due provvedimenti restrittivi della libertà personale, e sul piano amministrativo, poiché la Casa di cura e custodia ha sempre rappresentato una mera appendice dell’Ospedale psichiatrico giudiziario. Neppure la riforma del 2014 ha, infatti, distinto il ricovero nelle REMS sulla base della piena o parziale infermità psichica dell’agente²¹.

Si sarebbero, infine, dovuti circoscrivere anche i cc.dd. reati presupposto ed i reati attesi necessari per fondare il giudizio di pericolosità sociale dell’infermo di mente, come auspicato da larga parte della dottrina: un possibile rimedio a detta lacuna è, forse, quello di tener conto in via interpretativa della gravità del fatto di reato *ex art.* 133 c.p. ai fini della sussidiarietà della misura di sicurezza detentiva.

1.2. *La limitazione dei parametri su cui fondare il giudizio di pericolosità sociale per infermi e seminfermi di mente*

Il secondo profilo su cui è intervenuto il d.l. n. 52 del 2014 consiste nella restrizione dei parametri in base ai quali fondare il giudizio di pericolosità sociale ai sensi dell’art. 203 c.p.

L’attuale formulazione dell’art. 3-ter, comma 4, d.l. n. 211 del 2011, prevede che per la prognosi di “recidiva” dell’infermo o seminfermo di mente autore di un reato, da cui discenda l’applicazione dell’OPG o CCC, non si possa tener conto delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo *ex art.* 133, secondo comma, n. 4 c.p., né della sola mancanza di programmi terapeutici individuali, ma occorra viceversa guardare alle «qualità soggettive della persona»²².

²¹ Il Disegno di legge n. 2067 ed il progetto elaborato dagli Stati Generali dell’Esecuzione Penale sono invece orientati verso il superamento del doppio binario nei confronti dei seminfermi di mente, v. *infra*.

²² Occorre peraltro distinguere le condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo, che la riforma ha espressamente escluso dal giudizio di pericolosità sociale, rispetto alla mancanza di programmi terapeutici individuali, che possono viceversa rilevare, purché congiuntamente ad altri parametri. Non si è, inoltre, coordinata la riforma con quanto previsto *ex art.* 232 c.p., ove si stabilisce che il soggetto non può essere posto in libertà vigilata (che costituisce la misura di sicurezza applicabile in via sussidiaria rispetto ad OPG e CCC), laddove non sia possibile affidarlo ai soggetti obbligati a provvedere alla sua educazione e assistenza o agli istituti di assistenza sociale; al contempo la mancanza di programmi terapeutici individuali costituisce il principale motivo di fallimento della

I primi commentatori hanno da subito evidenziato le ricadute applicative dell'esclusione dei cc.dd. fattori esogeni dalla base necessaria per formulare il giudizio di pericolosità, primo fra tutti il rischio di un ritorno al paradigma organicista²³, che associ in via (nuovamente) presuntiva la pericolosità sociale alla sola malattia mentale, in ciò coadiuvato dal successo che le neuroscienze stanno acquisendo all'interno del processo penale²⁴.

L'intento, assolutamente meritorio, del legislatore di circoscrivere il più possibile l'internamento fondato sulla c.d. pericolosità latente²⁵ rischia, quindi, di risolversi in una discutibile semplificazione del giudizio di pericolosità, che non dovrebbe prescindere da una valutazione di carattere situazionale²⁶.

libertà vigilata con prescrizioni terapeutiche; sul punto v. F. FIORENTIN, *Al vaglio di costituzionalità i parametri di accertamento della pericolosità sociale dei mentally ill offenders*, in *Arch. pen. web*, 3/2014, 5 ss.; A. MASSARO, *Pericolosità sociale e misure di sicurezza*, cit., 7 e 12; EAD., *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1385.

²³ Il rischio è paventato da larga parte della dottrina, v. da ultimo M.T. COLLICA *La riformata pericolosità sociale degli infermi non imputabili o semimputabili al vaglio della Corte Costituzionale: una novità da ridimensionare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2016, 429.

²⁴ Così, recentemente S. MOCCIA, *I nipotini di Lombroso: neuroscienze e genetica nel diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 5/2016, 681 ss.; la dottrina non ha mancato di rilevare la difficoltà di sottoporre la prognosi di "recidiva" al vaglio dei cc.dd. criteri "Daubert", in base ai quali se ne dovrebbe valutare la "scientificità", M. BERTOLINO, *Declinazioni attuali della pericolosità sociale*, cit., 461.

²⁵ Si tratta dei casi in cui l'internamento è giustificato sulla base dei soli fattori esogeni. Occorre peraltro distinguere le ipotesi in cui la protrazione dell'internamento per ragioni di c.d. pericolosità latente discenda da una superficiale valutazione del caso sottoposto all'esame del magistrato di sorveglianza, come sembra desumersi dalle osservazioni di F. SCHIAFFO, *La riforma continua del «definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari»: la tormentata vicenda legislativa dell'art. 3-ter del d.l. n.211/2011*, in *Crit. dir.*, 1/2013, 8 avuto riguardo ad alcuni provvedimenti, che sarebbero stati verosimilmente riformati in sede di impugnazione, rispetto ai casi in cui l'internamento sia adeguatamente motivato dal giudice e si fondi su ragioni di difesa sociale e di cura dell'infermo di mente (ci si riferisce, ad esempio, alla vicenda oggetto dell'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Messina, su cui v. *infra*, ovvero a quella del Trib. di Roma, 3 giugno 2014, Giud. Paola di Nicola, con nota di G.L. GATTA, *Revoca del ricovero*, cit.).

²⁶ Cfr. per tutti M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 116; Preme inoltre sottolineare l'inversione di tendenza rispetto al giudizio sull'imputabilità: mentre, infatti, la riforma sembra orientata ad ancorare la prognosi di "recidiva" su un modello di spiegazione monocausale, al contrario a partire dalla c.d. sentenza "Raso", Cass., Sez. un. pen., 8 marzo 2005, n. 9163, la giurisprudenza ricorre ad una spiegazione multifattoriale delle cause di infermità mentale idonee ad escludere o scemare grandemente la capacità di intendere o di volere, secondo una concezione integrata della malattia mentale, su cui v. per tutti M. BERTOLINO, *L'infermità mentale al vaglio delle sezioni unite*, in *Dir. pen.*

Le critiche alla riforma muovono in primo luogo dall'irragionevolezza, *ex art. 3 Cost.*, di un intervento di modifica che non tenga conto delle acquisizioni della scienza psichiatrica, la quale da tempo insiste sull'importanza dei condizionamenti esterni nell'ambito del giudizio di pericolosità²⁷. La questione investe il più ampio e assai dibattuto problema dei rapporti fra scienza e diritto: occorre, cioè, preliminarmente stabilire i limiti entro cui le norme possano emanciparsi dal substrato empirico, che esse disciplinano, per sopperire ad esigenze di carattere normativo e politico²⁸.

Secondo parte della dottrina, inoltre, i fattori esogeni potrebbero comunque assumere rilevanza nel giudizio di pericolosità sociale, per il tramite di quanto disposto dall'art. 133, secondo comma, n. 2 c.p., avuto riguardo alla condotta e alla vita del reo antecedenti al reato²⁹, ovvero come corollario delle «qualità soggettive della persona»³⁰, cui la riforma del 2014 subordina la valutazione della probabilità di «recidiva» dell'infermo o seminfermo di mente autore di un reato.

Ciascuna delle interpretazioni proposte, delle quali si condividono pienamente gli intenti (garantire il maggior collegamento possibile fra l'accertamento della pericolosità e la condizione personale del soggetto

proc., 7/2005, 853 ss.

²⁷ V. sul punto G. DODARO, *Nuova pericolosità sociale*, cit., 614; M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., 925.

²⁸ Sull'importanza dei cc.dd. «vincoli di realtà» derivanti dalla Costituzione v. D. PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2006, 806 ss.; v. anche Corte cost., 9 aprile 1981, n. 96, con nota di P. GRASSO, *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato*, in *Giur. cost.*, 1981, 806 ss; Nulla esclude tuttavia che il legislatore qualifichi un determinato fenomeno discostandosi dal substrato empirico che lo caratterizza: si pensi agli stati emotivi o passionali *ex art. 90 c.p.*, che non escludono o diminuiscono l'imputabilità, nonostante sul piano naturalistico il soggetto agente, spesso, non sia capace di intendere o di volere, v. M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, II, Torino, 2015, 411, che parla di divorzio fra imputabilità e naturalistica capacità di intendere e di volere. Si vedano altresì, sul versante dell'elemento soggettivo, le considerazioni di M. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, Torino, 2006, 53, secondo cui «"dolo" e "colpa" non sono concetti corrispondenti a ben determinate realtà pregiudiziali, "ontologiche", ma mere qualifiche normative, esclusivamente funzionali all'applicazione di un certo tipo di disciplina; che quindi, in quanto tali, possono assumere strutturalmente i più diversi contenuti [...]».

²⁹ Purché assumano rilevanza «esclusivamente per il modo in cui sono stati vissuti dall'autore del fatto di reato». Così F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra "sottigliezze empiriche" e "spessori normativi": la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in *Penalecontemporaneo.it*, 11 dicembre 2014, 27, ma vedi le osservazioni critiche di G. DODARO, *Nuova pericolosità sociale*, cit., 618, nota 34.

³⁰ G. DODARO, *Nuova pericolosità sociale*, cit., 617.

agente ed evitare, al contempo, una rischiosa decontestualizzazione del relativo giudizio), non sembra tuttavia risolutiva. Occorre, infatti, preliminarmente definire il rapporto che intercorre fra fattori esogeni ed endogeni nell'accertamento della pericolosità sociale: o si stabilisce espressamente che per il giudizio di pericolosità sociale rilevano tanto fattori endogeni, quanto fattori esogeni, entrambi operanti, quindi, come condizioni necessarie e solo nel loro complesso sufficienti³¹, ovvero si ritiene che il giudizio di pericolosità sociale si possa fondare su fattori esogeni o endogeni, anche isolatamente considerati³², con la conseguenza che l'autore potrà essere ritenuto pericoloso anche solo in ragione delle sue condizioni di vita individuale, familiare e sociale o per la sola mancanza di programmi terapeutici individuali. *Tertium datur*: escludere la rilevanza dei fattori esogeni nel giudizio di pericolosità sociale per l'applicazione delle misure di sicurezza detentive, come previsto dalla riforma del 2014.

Si è poi denunciata l'irragionevole disparità di trattamento, *ex art. 3 Cost.*, che la nuova disciplina avrebbe introdotto sia tra autori infermi di mente pericolosi, che fra autori infermi e non infermi di mente, pericolosi.

Per quanto concerne la disparità di trattamento fra autori infermi di mente pericolosi, da parte di alcuno si è ritenuto che l'esclusione dei fattori esogeni dalla base del giudizio di pericolosità sociale possa determinare l'applicazione di una misura di sicurezza detentiva in capo ad un soggetto che, in virtù degli stessi fattori esogeni esclusi dalla riforma, non sarebbe stato, viceversa, dichiarato pericoloso (poiché, ad esempio, inserito in un contesto sociale o familiare particolarmente favorevole), così equiparandolo a colui che, nonostante la presenza del medesimo contesto di favore, sarebbe stato ugualmente dichiarato pericoloso³³.

Si è quindi proposta una lettura costituzionalmente orientata delle modifiche introdotte, circoscrivendone la portata ai soli casi in cui ne possano seguire effetti *in bonam partem*: i fattori esogeni potrebbero,

³¹ In questo senso F. TAGLIARINI, voce *Pericolosità*, in *Enc. dir.*, XXXIII, 1983, 18, nota 107; v. anche P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, 347, secondo cui «Tutti questi elementi hanno una caratteristica funzionale comune: essi tendono a fornire la base per un giudizio sulla personalità del delinquente nel suo complesso, anche al di fuori del singolo episodio criminoso concretamente addebitato. Per quanto attiene alla pericolosità, si tratterà, in particolare, di vedere se, dall'analisi di tali elementi, si evidenzia una serie di qualità nel senso sopra indicato».

³² Cfr. G. GRASSO, *Art. 203*, in *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano 2011, 470; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 871 ss.

³³ M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., 925; sul punto v. anche le considerazioni di D. POTETTI, *La pericolosità sociale del malato di mente nell'art. 3-ter del d.l. n. 211 del 2011*, in *Cass. pen.*, 9/2015, 3326.

dunque, operare soltanto per escludere o far cessare l'internamento del folle reo³⁴, ma non per fondarlo.

Sembra, tuttavia, che l'irragionevole disparità di trattamento permanente, qualsiasi efficacia si intenda attribuire nel giudizio di pericolosità sociale ai suddetti fattori esogeni, sia che essi operino *in bonam* che *in malam partem*: due soggetti, che abbiano commesso lo stesso fatto di reato a causa della stessa infermità mentale, finirebbero per vedersi applicata, o meno, una misura di sicurezza detentiva per ragioni loro non imputabili, legate, ad esempio, alla mancanza di strutture territoriali di assistenza in una Regione e non in un'altra. Pare, quindi, che in questi casi la disparità di trattamento non discenda dalla norma in sé, ma dal rinvio che essa opera a condizioni esterne al soggetto agente, per fondare, tuttavia, un giudizio di pericolosità le cui ripercussioni sulla libertà personale sono di carattere eminentemente soggettivo; ciò vale sia nei casi d'inefficienza del sistema amministrativo di gestione della malattia mentale, sia per le particolari condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo.

Per quanto riguarda invece la disparità di trattamento fra autori pericolosi, infermi e sani di mente, si è contestata l'irragionevolezza di fondare il giudizio di pericolosità sociale dell'autore sano di mente su tutti i parametri della capacità a delinquere e di restringerlo, viceversa, nei confronti degli autori infermi o seminfermi di mente³⁵. Non sembra, tuttavia, che al legislatore sia preclusa la facoltà di regolare in maniera differenziata situazioni tra loro disomogenee: l'elemento distintivo potrebbe, infatti, ravvisarsi proprio nell'infermità mentale e nell'incidenza che su di essa hanno i fattori esogeni rispetto ad un autore sano di mente.

Questi ed altri profili di (ritenuta) incostituzionalità della riforma hanno condotto il Tribunale di sorveglianza di Messina³⁶ a sollevare questione di legittimità costituzionale. Nell'ordinanza di rinvio viene altresì richiamata l'attenzione sulla funzione specialpreventiva su cui dovrebbe fondarsi

³⁴ Così M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., 925; In questo senso anche F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale*, cit., 15; Pare inoltre opportuno richiamare la soluzione interpretativa proposta da F. FIORENTIN, *Al vaglio di costituzionalità*, cit., 7, secondo cui «il giudice applicherà la misura di sicurezza detentiva soltanto se ritenga che una misura di specie diversa non assicurerebbe la corretta somministrazione delle cure necessarie al contenimento della sintomatologia relativa alla patologia clinica [...]».

³⁵ Sul punto v. F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale*, cit., 15.

³⁶ Trib. sorv. Messina, 16 luglio 2014, con nota di R. BIANCHETTI, *Sollevata questione di legittimità costituzionale in merito ai nuovi criteri di accertamento della pericolosità sociale del seminfermo di mente*, in *Penalecontemporaneo.it*, 14 novembre 2014; l'ordinanza lamenta la violazione di tredici disposizioni costituzionali, nello specifico gli artt. 1, 2, 3, 4, 25, 27, 29, 30, 31, 32, 34, 77 e 117 Cost.

l'applicazione delle misure di sicurezza detentive: si tratta del binomio fra cura e custodia che, sulla scorta delle indicazioni della Corte costituzionale nella nota sentenza n. 253 del 2003, legittima l'internamento in OPG e CCC.

Secondo l'ordinanza di rimessione, infatti, da una parte si « [...] "sanziona" la collettività, trasferendo su di essa il rischio giudizialmente incontrollato di nuove condotte antisociali e criminose», dall'altra verrebbero traditi gli obiettivi terapeutici e riabilitativi, che devono caratterizzare il recupero del soggetto internato, in violazione dell'art. 32 Cost³⁷.

Analogamente alla fissazione del termine massimo di durata, la limitazione della base del giudizio di pericolosità sociale introduce una presunzione assoluta di non pericolosità sociale per l'internamento in REMS di quei soggetti che versino in condizioni di vita individuale, familiare e sociale particolarmente gravi o che non possano in alcun modo accedere a forme alternative di assistenza. La ("residuale") pericolosità dell'agente varrà a fondare l'applicazione di misure di sicurezza personali non custodiali, in primo luogo la libertà vigilata con prescrizioni terapeutiche, da tempo indicata dalla Corte costituzionale come alternativa idonea a garantire la sussidiarietà delle misure di sicurezza detentive³⁸.

L'esclusione in via assoluta e senza prova contraria dell'internamento in REMS di coloro che, in considerazione di fattori esogeni, possano compromettere radicalmente il proprio percorso terapeutico-riabilitativo sembra tuttavia pregiudicare proprio quelle esigenze di cura su cui si fondano le nuove strutture: pare, infatti, un controsenso disporre la cessazione di un percorso terapeutico riabilitativo in REMS poiché non si può tener conto, ai fini del giudizio sulla pericolosità sociale, della mancanza di condizioni esterne idonee a garantire un analogo percorso terapeutico; altrettanto grave sarebbe, poi, se il mancato internamento e l'eventuale recrudescenza della malattia mentale elevassero il pericolo di "recidiva", a discapito della pubblica sicurezza.

Alla restrizione della base del giudizio di pericolosità si potrebbero

³⁷ Trib. sorv. Messina, 16 luglio 2014, 18; per quanto concerne la violazione dell'art. 32 Cost., v. p. 21 ove si sostiene che «la rimessione in libertà o in libertà vigilata, per effetto della nuova normativa, di soggetti affetti da patologie psichiatriche e bisognevoli di assistenza e cure, sebbene in condizioni di vita individuale, familiare e sociale controindicate, se non criminogene, ed in assenza di un progetto terapeutico individuale, espone tali soggetti al rischio di commettere non solo atti eterolesivi ma anche atti autolesivi, pregiudicando la loro salute ed il loro diritto a trattamenti terapeutici e socio-riabilitativi adeguati».

³⁸ Sui problemi di coordinamento della riforma con la disciplina della libertà vigilata v. nota 22. La Corte di Cassazione ha ritenuto la libertà vigilata con prescrizioni terapeutiche contrastante con il principio della riserva di legge in materia di misure di sicurezza, v. Cass., Sez. V pen., 8 gennaio 2010, n. 9656.

allora muovere le stesse considerazioni critiche relative alla fissazione di un termine massimo di durata: sembra delinarsi uno scollamento fra gli obiettivi della riforma, che aspirano ad un efficace percorso terapeutico-riabilitativo del folle reo, e l'assoluta irrilevanza, sul piano normativo, del contesto cui egli appartiene, che potrebbe, tuttavia, essere determinante ai fini della riabilitazione stessa.

Si sarebbe, forse, potuto ricorrere ad una presunzione relativa, temperata, come anche per il termine massimo di durata, dalla necessaria giustificazione delle ragioni che fondino l'eccezionalità e la transitorietà del ricovero sulla base dei soli fattori esogeni, *ex art. 1, comma 1-ter, d.l. n. 52 del 2014*, rendendo in tali casi più gravoso l'onere motivazionale in capo al giudice (aggravio non limitato, peraltro, alla sola fase del riesame della pericolosità).

Con la sentenza n. 186 del 2015, la Consulta ha, tuttavia, dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale, ritenendo errato il presupposto interpretativo da cui muoveva il giudice remittente, ad avviso del quale, come anticipato, la riforma avrebbe inciso sulla pericolosità sociale degli infermi di mente, differenziandola rispetto a quella generale di cui all'art. 203 c.p.³⁹

Secondo la Corte «Basta leggere la disposizione impugnata per comprendere che le frasi sulle quali si appunta la censura non riguardano la pericolosità sociale come categoria generale, ma si riferiscono più specificamente alla pericolosità che legittima il “ricovero in un ospedale psichiatrico o in una casa di cura”».

Non si sarebbe, quindi, introdotta una nuova pericolosità sociale degli infermi di mente, ma differenziati i criteri per la scelta della misura di sicurezza concretamente applicabile.

Dalla soluzione interpretativa della sentenza si ricava quello che è stato efficacemente definito un «sistema bifasico, scandito da un doppio giudizio prognostico [...] Al primo giudizio, “a base totale”, resterebbe affidato l'accertamento della pericolosità sociale del soggetto imputabile o “semi-infermo”. Qualora questa fase si concludesse con una prognosi di pericolosità, interverrebbe il secondo giudizio, “a base parziale”, finalizzato alla scelta della misura applicabile»⁴⁰.

³⁹ L'opinione era largamente condivisa in dottrina, v. M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., 922; M. BERTOLINO, *Declinazioni attuali della pericolosità sociale*, cit., 461; A. MASSARO, *Pericolosità sociale e misure di sicurezza*, cit., 10; G. DODARO, *Nuova pericolosità sociale*, cit., 613; più precisamente verrebbero a differenziarsi i criteri in base ai quali fondare il giudizio di pericolosità sociale nei confronti di infermi e seminfermi di mente, rimanendo invariato il concetto di pericolosità sociale quale probabilità di “recidiva”.

⁴⁰ Così A. MASSARO, *Pericolosità sociale e misure di sicurezza*, cit., 11, ripresa testualmente da

Volgendo tuttavia l'attenzione alla fattispecie complessa da cui discende l'applicabilità delle misure di sicurezza, che consta del fatto di reato e dell'accertamento della pericolosità sociale⁴¹, sembra che alla modificazione della base del giudizio per l'applicazione dell'OPG e CCC consegua, automaticamente, una distinzione anche in termini di fattispecie.

Dal confronto fra le diverse fattispecie complesse (quella, cioè, necessaria per disporre l'internamento in OPG e CCC, e le altre, che legittimano l'applicazione delle restanti misure di sicurezza), si evince, infatti, che unico elemento differenziale è la maggiore o minore estensione della base per formulare il giudizio di pericolosità, rimanendo invariato il fatto di reato, che ne costituisce il presupposto.

Poiché la riforma ha espunto dalla base del giudizio di pericolosità per l'applicazione dell'OPG e CCC il parametro di cui all'art. 133, secondo comma, n. 4 c.p., la fattispecie necessaria per integrare tutte le altre misure di sicurezza consta, allora, di un elemento in più.

Il rapporto di specialità in astratto si fonda sull'assunto secondo il quale una fattispecie può dirsi speciale laddove contenga un elemento in più rispetto alla generale, tale per cui, laddove la fattispecie speciale mancasse, verrebbe integrata quella generale.

L'elemento specializzante costituisce, tuttavia, un elemento negativo implicito della fattispecie generale: esso esclude, infatti, che l'accadimento concreto sussumibile nella fattispecie speciale possa rientrare, altresì, nell'ambito applicativo di quella generale (derogata, per l'appunto, da quella speciale)⁴².

Tirando allora le fila del ragionamento, la fattispecie per l'applicazione dell'OPG e CCC lungi dal configurare una disciplina di carattere speciale, costituisce, viceversa, la fattispecie generale per l'applicazione delle misure di sicurezza; le condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo, delle quali non si può tener conto, confermerebbero la natura negativa

Cass., Sez. VI pen., 18 novembre 2015, n. 49469. Sulla sentenza della Corte costituzionale v. anche A. PUGIOTTO, *La giurisprudenza difensiva in materia di opg a giudizio della Corte costituzionale*, in *Rivistaaic.it*, 4/2015, 6; M. PELISSERO, *Le misure di sicurezza*, cit., 1542; M.T. COLLICA *La riformata pericolosità sociale*, cit., 436; M. FIORENTINI, *La pesatura del cuore. Il giudizio di pericolosità sociale all'indomani della sentenza costituzionale n. 186 del 2015*, in *Studium iuris*, 2/2016, 180.

⁴¹ Così M. GALLO, voce *Capacità penale*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, 886, nota 5; per una critica v. F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1961, 127, nota 256; *amplius* B. PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940, 183 ss.

⁴² V. M. TRAPANI, *La divergenza*, cit., 220 ss.; sulla struttura logica del rapporto di specialità fra fattispecie v. recentemente A. CELOTTO, *Fonti del diritto e antinomie*, Torino, 2014, 100.

dell'elemento specializzante (che, in questo caso, viene esplicitato dalla stessa disposizione di legge).

Non deve, poi, sorprendere che la fattispecie generale abbia un ambito applicativo più ristretto di quella speciale: ciò dipende dal maggior numero di misure di sicurezza applicabili sulla scorta della fattispecie speciale e dalla natura alternativa, e non cumulativa, dei parametri di cui all'art. 133 c.p. idonei a fondare, ciascuno singolarmente, il giudizio di pericolosità sociale.

Sembra allora che i profili di contrasto della riforma con il dettato costituzionale non attengano principalmente all'irragionevolezza delle scelte del legislatore (che, comunque, modificando la base del giudizio di pericolosità, ha distinto le fattispecie applicabili agli infermi e seminfermi di mente rispetto a quelle degli altri autori pericolosi), bensì alla funzione che l'ordinamento riconosce alle misure di sicurezza detentive per gli infermi di mente. Se non possono non condividersi le premesse da cui muove il d.l. n. 52 del 2014 e, cioè, la necessità di contenere le ipotesi di pericolosità latente o i cc.dd. ergastoli bianchi, le radicali conclusioni cui si è pervenuti con la riforma continuano a destare alcune perplessità sia sul fronte della cura che su quello della custodia: si dovrebbe, forse, distinguere «[...] la critica al sistema delle misure di sicurezza [...] dalla critica al funzionamento concreto degli O.P.G [...]»⁴³, che talvolta rischia di comprometterne i rivoluzionari obiettivi⁴⁴.

Pare, infine, opportuno dare conto di alcune delle proposte elaborate durante gli Stati Generali dell'Esecuzione Penale⁴⁵ nel tavolo dedicato alle

⁴³ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 141.

⁴⁴ V. anche le osservazioni di M.T. COLLICA, *Verso la chiusura degli O.P.G.: una svolta (ancora) solo annunciata?*, in *Leg. pen.*, 4/2014, 281, secondo cui «Pur apprezzando il messaggio della legge, che non intende, come detto, far gravare sul soggetto infermo di mente le disfunzioni delle amministrazioni sanitarie regionali, che non riescono a garantire la presa in carico di quanti non sono più in condizioni di pericolosità sociale conclamata, non risulta condivisibile lo strumento con cui si è inteso realizzare l'obiettivo. Il fine, cioè, non giustifica i mezzi utilizzati dal legislatore: si pone, infatti, il rischio di introdurre una disciplina ancora più problematica in termini di tutela della salute del soggetto».

⁴⁵ Su cui v. G. GIOSTRA, *Si schiude un nuovo orizzonte per l'esecuzione penale? Delega penitenziaria e Stati generali: brevi considerazioni a margine*, in *Quest. giust.*, 2/2015, 61 ss.; M. RUOTOLO, *Gli Stati generali sull'esecuzione penale: finalità e obiettivi*, in *Penalecontemporaneo.it*, 11 marzo 2016; F. FIORENTIN, *La conclusione degli "Stati Generali" per la riforma dell'esecuzione penale in Italia*, in *Penalecontemporaneo.it*, 7 giugno 2016; M. PELISSERO, *Gli Stati generali sull'esecuzione penale: i problemi noti messi a nudo e la necessità di risposte di sistema*, in *Dir. pen. proc.*, 9/2016, 1125 ss.; nello specifico, per quanto riguarda le misure di sicurezza, v. M. PELISSERO, *Le misure di sicurezza personali*, cit., 1545; ID., *La politica penale delle interpolazioni*, cit., 66; M.T. COLLICA, *La riformata pericolosità sociale*, cit., 440 ss.; M. BERTOLINO, *Il "crimine" della pericolosità sociale*, cit.; F.

misure di sicurezza⁴⁶: pur lasciando inalterate le regole di accertamento della pericolosità sociale e la previsione di un termine massimo di durata, la proposta si segnala per una condivisibile gradualità e progressione nella scelta della misura di sicurezza applicabile⁴⁷.

In primo luogo, dette misure vengono riservate ai soggetti non imputabili, eliminando di fatto il doppio binario nei confronti dei seminfermi di mente, al cui percorso terapeutico riabilitativo dovrebbe quindi provvedere l'istituzione carceraria.

Le misure di sicurezza che il giudice può disporre sono differenziate in base alla gravità del reato commesso: se il massimo edittale non supera i tre anni, il giudice si limita a segnalare al DSM competente la sentenza di proscioglimento e la perizia, con l'invito a predisporre un percorso terapeutico riabilitativo per l'infermo di mente; laddove invece il reato commesso sia punito con una sanzione superiore a tre anni nel massimo, il giudice può ricorrere ad una misura obbligatoria di cura e controllo, che dovrebbe sostituire la libertà vigilata, cui può associare una serie di prescrizioni finalizzate a garantire un effettivo percorso di cura. Nell'ipotesi di reati sanzionati con una pena non inferiore nel minimo a quattro anni, può disporsi il ricovero in un servizio per pazienti psichiatrici giudiziari (SPPG): in tal caso viene circoscritto anche il novero dei reati presupposto (delitti contro l'incolumità pubblica o contro la persona), nonché dei reati attesi, necessari per l'applicazione della misura di cura e controllo; occorre infatti che «sussista il fondato motivo di ritenere probabile la commissione di altro reato della medesima indole e almeno di pari gravità». Non sembra che la proposta si discosti dalla pericolosità sociale quale presupposto applicativo delle misure di sicurezza, nonostante siano valorizzate le esigenze di cura e riabilitazione, che fondano, congiuntamente alla prognosi di "recidiva", l'applicazione del ricovero coattivo in SPPG: è, infatti, necessario che all'infermo di mente occorran cure ad elevata intensità⁴⁸.

PALAZZO, *La riforma penale alza il tiro?*, in *Penalecontemporaneo.it*, 30 maggio 2016, 58 ss.

⁴⁶ Disponibile in www.giustizia.it (ultimo accesso 12.04.2017).

⁴⁷ Così anche M. BERTOLINO, *Il "crimine" della pericolosità sociale*, cit., 24.

⁴⁸ Come si ricava, peraltro, dall'art. 222 c.p. (nel testo della proposta di riforma), rubricato "Misure giudiziarie di cura e controllo". Sembra, inoltre, che per disporre la misura di sicurezza detentiva occorra tanto la pericolosità sociale quanto il bisogno di cura, mentre il venir meno di uno soltanto dei due presupposti legittimerebbe la revoca ai sensi dell'art. 207 c.p. (nel testo elaborato dalla proposta di riforma). È poi necessario coordinare la disciplina prevista per l'applicazione provvisoria della misura di sicurezza, che si arricchisce della necessaria prognosi di assoluzione ai sensi dell'art. 88 c.p., con quella in via generale dettata dall'art. 222 c.p. (come modificato dalla proposta di riforma) che trova applicazione con la «pronuncia della sentenza di primo grado che stabilisce

2. *Il passaggio da OPG e CCC a REMS. La complessa vicenda normativa: da una colpevole inerzia ad un'impreparata (ma non più procrastinabile) riforma. Lo stato attuale delle REMS*

Il definitivo superamento di quell'«autentico orrore» cui il Capo dello Stato ha fatto riferimento nel discorso di fine anno e che, per rievocare l'espressione di uno dei principali fautori delle strutture manicomiali, ha spesso assunto le sembianze di «un'immensa latrina»⁴⁹, subisce una sorprendente accelerazione a partire dal 2008, colmando in tempi relativamente brevi l'abissale divario che per trent'anni⁵⁰ aveva distinto il trattamento del folle da quello del folle reo⁵¹.

Il primo passo consiste nell'attuazione della delega di cui all'art. 2, comma 283, della finanziaria 2008 (l. n. 244 del 2007), cui il Governo ha provveduto con il d.P.C.M. 1° Aprile 2008, al fine di ultimare il riordino

il proscioglimento per infermità psichica dell'imputato [...] ».

⁴⁹ Così C. LOMBROSO, *La cattiva organizzazione della polizia ed i sistemi carcerari*, in *Il momento attuale*, Milano, 1903, 9 con riferimento al manicomio criminale di Aversa. Nel 1975 i manicomi criminali cambiano nome, divenendo Ospedali psichiatrici giudiziari, v. E. MUSCO, voce *Misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, Agg., I, Milano, 1997, 772, che rimprovera al legislatore di aver mutato soltanto il *nomen iuris*, senza intervenire sulla natura essenzialmente custodiale e repressiva di tali strutture. Secondo T. PADOVANI, *L'ospedale psichiatrico giudiziario e la tutela della salute*, in *Tutela della salute e diritto privato* a cura di F. D. Busnelli e U. Breccia, Milano, 1978, 247 « [...] se la legge avesse veramente inteso promuovere un'efficace riforma delle sue (per unanime riconoscimento) decrepite strutture, il primo passo avrebbe dovuto consistere nel sancirne l'equiparazione, sul piano organizzativo, all'ospedale psichiatrico comune [...] ».

⁵⁰ Ci si riferisce alla riforma Basaglia, l. n. 180 del 1978.

⁵¹ Dopo aver, infatti, constatato che la natura ibrida degli OPG, a cavallo fra ospedale e carcere, si era risolta in un'esaltazione della funzione custodiale, l'alternativa percorribile era la seguente: o normalizzare l'infermità psichica all'interno del carcere, abolendo quindi la distinzione fra imputabili e non imputabili, ovvero incrementare il supporto terapeutico e riabilitativo del folle reo nell'ambito delle misure di sicurezza. Sui progetti relativi alla c.d. carcerizzazione v. M.T. COLLICA, *La crisi del concetto*, cit., 305. Non sono mancate critiche anche alla c.d. sanitarizzazione, sia da parte di coloro che per motivi di sicurezza pubblica si schieravano a favore di una conservazione delle precedenti strutture e sia da parte di chi ha ritenuto le REMS «espressione di una strisciante perpetuazione della logica manicomiale». Sul punto v. F. DELLA CASA, *Basta con gli OPG! La rimozione di un "fossile vivente" quale primo passo di un arduo percorso riformatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2013, 97; per un'approfondita ricostruzione v. anche L. CARACENI, *L'insostenibile peso dell'ambiguità. Verso il crepuscolo delle misure di sicurezza psichiatriche*, in *Proc. pen. giust.*, 6/2013, 126 ss.; M.C. ORNANO, *Il superamento dell'ospedale psichiatrico giudiziario: aspetti problematici ed esperienze operative della gestione dell'autore di reato affetto da disagio mentale*, in *Cass. pen.*, 5/2013, 2086 ss.

della medicina penitenziaria intrapreso con il d.lgs. n. 230 del 1999⁵². L'obiettivo della riforma del '99 era quello di superare l'idea secondo la quale il diritto alla salute dovesse declinarsi in maniera differente a seconda che i destinatari delle cure si trovassero in stato di detenzione od internamento, ovvero in libertà. Mentre nel d.lgs. n. 230 del 1999 non si faceva espresso riferimento al problema degli Ospedali psichiatrici giudiziari, se ne trova invece un'esplicita menzione nell'art. 5 del d.P.C.M. 1° aprile del 2008, ove si stabilisce che «sono trasferite alle regioni le funzioni sanitarie afferenti agli Ospedali psichiatrici giudiziari ubicati nel territorio delle medesime»⁵³. La questione risiede nella logica priorità che si dovrebbe riconoscere alle componenti di ciascun acronimo: prima che una realtà "giudiziaria", l'OPG dovrebbe essere un ospedale, e, prima di una casa di custodia, la CCC dovrebbe rappresentare un luogo di cura⁵⁴. Si comprende, allora, come il processo di sanitarizzazione avviato nel 2008 sia stato per troppo tempo disatteso⁵⁵.

⁵² A sua volta attuazione della delega di cui all'art. 5 della l. n. 419 del 1988. Con il d.lgs. n. 230 del 1999 si è regolato il passaggio della medicina penitenziaria al Servizio Sanitario Nazionale e « [...] si introduceva la radicale innovazione dell'affido alle Aziende Sanitarie Locali dell'organizzazione dell'assistenza sanitaria in carcere. Dopo una breve e modesta fase sperimentale in alcune regioni italiane (Lazio, Puglia, Toscana) il progetto è rimasto inattuato e abbandonato [...] », così R. MALANO, *Attualità delle problematiche riguardanti i manicomi giudiziari. Una revisione storica dei progetti di legge riguardanti il superamento dell'ospedale psichiatrico giudiziario e la modifica dell'attuale sistema della non imputabilità per gli infermi di mente autori di reato*, in *Riv. it. med. leg.*, 4-5/2008, 1031; v. anche G. LA GRECA, *Delega al governo per il riordino della medicina penitenziaria - commento*, in *Dir. pen. proc.*, 1/1999; B. BENIGNI, *La salute in carcere: una riforma da applicare*, in *Antigone*, 1/2009; C. CANTONE, *La riforma della sanità penitenziaria: Problemi e percorsi possibili*, in *Quaderni ISSP*, 11/2012, 7 ss.; F. DELLA CASA, *op. cit.*, 66. Per una più completa disamina di questi aspetti si rinvia a G. CAMERA, *Liberi, detenuti malati o affetti da tossicodipendenza, internati in strutture penitenziarie dedicate: diverse prospettive del diritto alla salute*, in *questo volume*.

⁵³ V. però le osservazioni critiche di G. DI ROSA, *Il superamento dell'ospedale psichiatrico giudiziario*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2013, 1404 secondo cui «L'ottimo intendimento dichiarato di assicurare a detenuti e internati le stesse cure dei cittadini in stato di libertà stenta tuttavia a realizzarsi, a causa della mancata condivisione di un pensiero di accoglienza reale dei malati provenienti dal carcere da parte di tutti i preposti alla gestione delle strutture sanitarie esterne».

⁵⁴ A differenza, ad esempio, di quanto disposto dall'art. 1, comma 1, della l. n. 36 del 1904, in cui la custodia veniva anteposta alla cura: «Debbono essere *custodite e curate* nei manicomi le persone affette per qualunque causa da alienazione mentale, quando siano pericolose a sè o agli altri e riescano di pubblico scandalo e non siano e non possano essere convenientemente custodite e curate fuorché nei manicomi».

⁵⁵ Soprattutto se si tiene conto del fatto che non rientrava nelle originarie intenzioni del legislatore quella di prevedere un'esclusiva gestione sanitaria interna alle REMS: si riservavano ancora all'amministrazione penitenziaria « [...] compiti relativi all'amministrazione

Da una lettura delle linee guida di cui all'allegato C del d.P.C.M. *de quo* non sfugge, infatti, come il programma di – graduale – superamento degli OPG, ripartito in tre fasi e caratterizzato da una rinnovata centralità delle funzioni terapeutico-riabilitative e dal principio di territorializzazione, rappresenti una svolta epocale: la responsabilità della gestione sanitaria degli OPG è assunta dalle Regioni⁵⁶, si prevede la stesura da parte dei DSM⁵⁷ di un programma finalizzato alla dimissione degli internati che abbiano «concluso la misura di sicurezza», si stabilisce il reinserimento in carcere dei ricoverati in OPG per infermità psichica sopravvenuta⁵⁸, nonché lo svolgimento degli accertamenti psichici *ex art.* 112 d.P.R. n. 230 del 2000 (reg. esec. ord. penit.) all'interno degli «istituti ordinari».

Il decreto prevede, inoltre, la ripartizione degli internati sulla base del territorio di provenienza (ponendo quindi le basi della c.d. territorializzazione), al fine di predisporre programmi terapeutico-riabilitativi⁵⁹ idonei a

della sicurezza e lo stesso D.P.C.M. 1 Aprile 2008, che ha avviato il superamento degli ospedali psichiatrici giunto a completamento negli anni successivi, muoveva dal medesimo presupposto», così A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1367. Occorre, cioè, superare l'idea per cui «Custodire e curare ben difficilmente sono compatibili e il primo fine finisce per prevalere», v. G. ZAPPA - C. A. ROMANO, *Infermità mentale, pericolosità sociale e misure di sicurezza alla prova degli anni Duemila*, in *Rass. penit. crim.*, 2-3/1999, 88.

⁵⁶ «*Ex lege*, tutto il personale afferente alla medicina penitenziaria è transitato al Ministero della Salute, non esclusi i direttori di OPG», così A. CALOGERO, *La chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in *www.rivistadignitas.it*, 20 febbraio 2013.

⁵⁷ U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, Torino, 2015, 13: «Il dipartimento di salute mentale (DSM) è l'insieme delle strutture e dei servizi che hanno il compito di farsi carico della domanda legata alla cura, all'assistenza e alla tutela della salute mentale nell'ambito del territorio definito dall'Azienda sanitaria locale (ASL). Il DSM è dotato delle seguenti infrastrutture: servizi per l'assistenza diurna; i Centri di Salute Mentale (CSM); servizi semiresidenziali, quali i Centri Diurni (CD); servizi residenziali, quali le strutture residenziali (SR) distinte in residenze terapeutico-riabilitative e socio-riabilitative; infine, i Servizi Psichiatrici di Diagnosi e Cura (SPDC)»; secondo A. CALOGERO, *Superamento degli OPG – Attuazione del DPCM 1 aprile 2008*, in *www.siaecm.org* i «Dipartimenti di Salute Mentale, con queste difficoltà croniche e con risorse finanziarie insufficienti ed inferiori a tutti gli altri paesi europei, non possono farsi carico anche dei pazienti del circuito penitenziario».

⁵⁸ A condizione che siano state attivate le sezioni di cura e riabilitazione in carcere, come disposto dagli artt. 65 ord. penit., e dagli artt. 111, comma 5 e comma 7, d.P.R. n. 230 del 2000 e 115, comma 4, d.P.R. n. 230 del 2000.

⁵⁹ Nell'art. 3-ter, comma 5, l. n. 9 del 2012 tali programmi vengono definiti «percorsi terapeutico – riabilitativi», senza alcun riferimento alla necessaria individualizzazione del percorso, successivamente inserita dal d.l. Balduzzi (art. 6, comma 3, d.l. n. 158 del 2012), che peraltro subordinerà all'adozione di tali programmi l'erogazione dei fondi di cui al comma 6 dell'art. 3-ter d.l. n. 211 del 2011 («decreto del Ministro della salute di approvazione di uno specifico programma di utilizzo proposto dalla medesima regione, che deve consentire la realizzabilità di progetti terapeutico-riabilitativi *individuali*»).

garantire l'effettiva ripresa in carico da parte delle Regioni degli internati provenienti dai propri territori⁶⁰. Si tratta, come è evidente, di obiettivi ambiziosi, che richiedono un'attenta valutazione delle molteplici ricadute applicative non solo di carattere organizzativo, burocratico e finanziario⁶¹, ma anche, come si vedrà, più strettamente "giuridico"⁶².

Ad accelerare il superamento degli OPG concorre l'ispezione del Comitato europeo per la prevenzione della tortura⁶³, che denuncia lo stato di degrado in cui versano gli OPG di Aversa e Napoli, e, poco tempo dopo, l'inchiesta della Commissione Marino⁶⁴. Una volta assurta agli onori (o orrori) della cronaca la condizione dei circa mille internati

Benché il requisito dell' "individualità" scompaia nel d.l n. 24 del 2013 (art. 1, comma 1, lett. c)), così tornando all'originaria formulazione "percorsi terapeutico-riabilitativi", esso assumerà nuovamente rilievo con la legge di conversione n. 57 del 2013 ("progetti terapeutico-riabilitativi «individuali»"). Sul punto v. anche F. SCHIAFFO, *La riforma continua*, cit., 3. Nella l. n. 81 del 2014 tali percorsi assumeranno, infatti, centrale importanza nel processo di superamento degli OPG e nella disciplina generale delle misure di sicurezza detentive: ci si riferisce alla restrizione dei parametri per formulare il giudizio di pericolosità sociale per infermi e seminfermi di mente (non si può tener conto della sola mancanza di programmi terapeutici individuali) ed alla fase di riesame della misura, ove è necessario che «il programma documenti in modo puntuale le ragioni che sostengono l'eccezionalità e la transitorietà del prosieguo del ricovero».

⁶⁰ Si stabilisce l'affidamento a «strutture OPG con livelli diversificati di vigilanza [...] strutture di accoglienza e [...] affido ai servizi psichiatrici sociali e territoriali», v. F. DELLA CASA, *op. cit.*, 67, nota 14.

⁶¹ Su cui v. A. SALVATI, *Il passaggio dell'assistenza sanitaria in carcere al sistema sanitario nazionale*, in *Amministrazione in cammino*.luiss.it, 20 maggio 2010, 8 ss. (ultimo accesso 12.04.2017).

⁶² Si pensi all'applicabilità o meno, all'interno delle nuove REMS delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario.

⁶³ Il cui report è disponibile in *www.cpt.coe.int*. (ultimo accesso 12.04.2017). In ossequio alla logica dei corsi e ricorsi storici, il Comitato ravvisa una violazione dei diritti umani proprio nell'OPG di Aversa, il primo manicomio criminale fondato nel 1876 e definito da Lombroso un'immensa latrina. Dal 14 al 26 settembre 2008 la delegazione del CPT ha monitorato le condizioni di alcuni commissariati di polizia, case circondariali, ospedali psichiatrici giudiziari e centri di identificazione ed espulsione. V. anche il *Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento per migranti in Italia* della Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, in *www.senato.it* (ultimo accesso 12.04.2017). La degradante condizione degli OPG era nota da molto tempo, ben prima del 2008, v. A. PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali*, cit., § 3.

⁶⁴ Nata al fine di monitorare più in generale l'efficienza del Servizio sanitario nazionale, come si evince dalla deliberazione di cui al 30 luglio 2008, in *www.senato.it* (ultimo accesso 12.04.2017), ove non si fa riferimento alla specifica situazione degli OPG. Tuttavia nel 2010 viene pubblicato il report del CPT ed in data 11 giugno 2010 la Commissione Marino effettua un sopralluogo a sorpresa negli OPG di Aversa e Barcellona Pozzo di Gotto, da cui prende piede il rapido cammino di riforme culminato con la l. n. 81/2014, v. F. DELLA CASA, *op. cit.*, 83.

in OPG⁶⁵, la rilevanza politica del problema⁶⁶ conduce il Parlamento ad inserire nella legge di conversione (l. n. 9 del 2012) del c.d. Decreto svuota carceri (d.l. n. 211 del 2011) l'art. 3-ter, che, sull'onda di una «sdegnata emergenza»⁶⁷, non si riferisce più ad un graduale, ma ad un definitivo⁶⁸, superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari⁶⁹, fissato originariamente per il 1° febbraio 2013.

Si stabilisce, altresì, che entro il 31 marzo 2012 il Ministro della Salute adotti un decreto di natura non regolamentare⁷⁰ per la definizione dei «requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi, anche con riguardo ai profili di sicurezza» delle future REMS⁷¹, di cui si individuano tre direttrici fondamentali: esclusiva gestione sanitaria all'interno delle strutture, attività perimetrale di sicurezza e di vigilanza esterna⁷², destinazione delle strutture ai soggetti provenienti, di norma⁷³, dal territorio regionale.

⁶⁵ Lo studio a cura di V. ANDREOLI, *Anatomia degli ospedali psichiatrici giudiziari italiani*, in *www.rassegnapenitenziaria.it*, 2002, 17 analizza il numero di internati dal 1950 al 2000: da un'iniziale presenza pari a circa 2000 internati nel primo decennio monitorato, il numero si è poi stabilizzato fra i 1000 ed i 1500 internati ogni anno.

⁶⁶ Secondo S. FERRACUTI, *Rems. Notifica dei provvedimenti agli internati. Se l'ufficiale giudiziario non c'è chi li raccoglie?*, in *www.quotidianosanita.it*, 4 maggio 2016, «Il processo è stato improntato ad una esigenza politica di rapidità» e «la fantasia ideologica (e gli interessi elettorali) hanno vinto sul senso pratico».

⁶⁷ L'efficace espressione è di A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1359: alla nota locuzione “perenne emergenza” di S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, si aggiunge, infatti, anche lo “sdegno” per le inumane condizioni in cui versano gli internati. V. anche S. MOCCIA, *Il volto attuale del sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2013, 1095, ove l'Autore sottolinea «l'insopportabile dimensione antiumana degli ospedali psichiatrici giudiziari».

⁶⁸ Sulle scelte terminologiche del legislatore v. anche C. MAZZUCATO – G. VARRASO, *Chiudere o...aprire? Il “superamento” degli OPG tra istanze di riforma e perenni tentazioni di “cambiare tutto per non cambiare niente”*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2013, 1340 ss.

⁶⁹ O meglio della «struttura in cui le medesime sono eseguite», così F. DELLA CASA, *op. cit.*, 69, posto che le misure di sicurezza previste dal codice sono ancora quelle dell'OPG e della CCC.

⁷⁰ Sui problemi che sorgono dall'adozione di decreti ministeriali non regolamentari v., fra gli altri, F. MODUGNO - A. CELOTTO, *Un non regolamento statale nelle competenze concorrenti*, in *Quad. cost.*, 2003, 355 ss.

⁷¹ Che tuttavia la l. n. 9 del 2012 non definisce, servendosi di una circonlocuzione («strutture destinate ad accogliere le persone cui sono applicate le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario»). Un primo riferimento è rinvenibile solo nel Decreto interministeriale del 1° ottobre 2012.

⁷² Peraltro «ove necessario in relazione alle condizioni dei soggetti interessati», così l'art. 3-ter, comma 3, d.l. n. 211 del 2011: sulla base del tenore letterale della disposizione si potrebbe, quindi, escludere qualsiasi attività di vigilanza perimetrale.

⁷³ Secondo F. DELLA CASA, *op. cit.*, 71 l'inciso “di norma” garantirebbe un temperamento alla regola, ad esempio, nelle ipotesi in cui un infermo di mente abbia origini straniere o

Gli aspetti problematici della riforma attengono da una parte alla regolazione dei rapporti con l'Amministrazione penitenziaria⁷⁴ e dall'altra alle esigenze di "custodia" di alcuni internati con patologie particolarmente gravi. Nello specifico occorre chiarire se e come possa trovare applicazione la normativa penitenziaria⁷⁵ e come il nuovo trattamento del folle reo debba essere coordinato con le competenze della magistratura di sorveglianza⁷⁶ e delle forze dell'ordine, trattandosi comunque di soggetti che per l'ordinamento italiano stanno scontando una misura di sicurezza. D'altro canto le strutture di cinque dei sei OPG presenti in Italia erano incompatibili con i requisiti minimi necessari per garantire un effettivo percorso terapeutico e riabilitativo⁷⁷ (ad eccezione dell'OPG di Castiglione delle Stiviere), rima-

nel caso di un soggetto la cui famiglia si sia trasferita in una Regione diversa. Tuttavia un simile inciso, se interpretato strumentalmente, può comportare una sistematica deroga al generale requisito della territorializzazione.

⁷⁴ Si è profilato, ad esempio, il problema di una doppia direzione, penitenziaria e sanitaria, così A. CALOGERO, *Superamento degli OPG*, cit., eventualità tuttavia esclusa da F. SCARPA, *Audizione in qualità di direttore dell'OPG di Montelupo Fiorentino*, in *Atti parlamentari, Senato, XVI Legislatura. Commissione parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del Servizio Sanitario nazionale, resoconto stenografico n. 84, seduta n. 87 del 13 Ottobre 2010, 10-11*, in www.senato.it (ultimo accesso 12.04.2017).

⁷⁵ F. DELLA CASA, *op. cit.*, 92 «le disposizioni incompatibili [...] grosso modo, sono la maggioranza: si sta alludendo a tutte quelle norme che risultano profondamente stonate, anzi addirittura stridenti, qualora se ne ipotizzi l'applicabilità all'interno di un ambiente ad esclusiva valenza sanitaria: tanto per fare qualche esempio, si pensi anzitutto, alle limitazioni relative alla permanenza all'aperto (art 10 ord. penit), all'apparato disciplinare (artt. 38-50 ord. penit.), all'impiego della forza fisica (ammesso dall'art 41 comma 1 ord penit [...] al regime di sorveglianza particolare (art 14-bis ord penit) o al regime c.d. di carcere duro previsto dall'art 41-bis ord.penit. [...] sottolineato che le disposizioni sinora richiamate sono tutte relative alla vita che si svolgerà all'interno delle nuove strutture regionali, sembrano, per contro, applicabili senza incertezze le disposizioni inerenti alla collocazione dell'interessato nella c.d. area penale esterna»; v. anche C. MAZZUCATO - G. VARRASO, *Chiudere o...aprire?*, cit., 1348.

⁷⁶ Si pensi ad esempio al "banale" problema della notifica degli atti, riportato da S. FERRACUTI, *Rems. Notifica dei provvedimenti*, cit.; sul punto cfr. anche quanto disposto dall'art. 3 dell'«Accordo concernente disposizioni per il definitivo superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari. Conferenza Unificata Stato Regioni» del 26 febbraio 2015, in www.statoregioni.it (ultimo accesso 12.04.2017). Un confronto costante con la magistratura di sorveglianza è un elemento fondamentale per garantire piena attuazione agli scopi della riforma, secondo P. DOMIANO [et al.] *Intervista ai professionisti delle REMS di Bologna e Parma*, in *Sestante*, 1/2015, 21 «Il percorso terapeutico e riabilitativo di ciascun ospite non può prescindere da una adeguata ed efficace relazione e collaborazione con l'autorità giudiziaria. È quest'ultima, infatti, che autorizza lo svolgimento del percorso di cura all'esterno, mediante la concessione di permessi e licenze».

⁷⁷ F. SCARPA, *Audizione in qualità di direttore*, cit., 11.

nendo quindi preclusa una loro potenziale riqualificazione.

Il comma 4 dell'art. 3-ter d.l. n. 211 del 2011 dispone inoltre che «a decorrere dal 31 marzo 2013 le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia sono eseguite esclusivamente all'interno delle strutture sanitarie di cui al comma 2»⁷⁸ e che «le persone che hanno cessato di essere socialmente pericolose devono essere senza indugio dimesse e prese in carico, sul territorio, dai Dipartimenti di salute mentale»⁷⁹.

Ai commi 8 e 9 dell'art. 3-ter d.l. n. 211 del 2011 sono previsti stringenti controlli per garantire l'attuazione della riforma: da una parte il monitoraggio del Comitato permanente per la verifica dell'erogazione dei livelli essenziali di assistenza, dall'altra l'esercizio dei poteri sostitutivi del Governo nelle ipotesi di mancato rispetto da parte delle Regioni del termine di cui al comma 1.

Peraltro, l'erogazione dei fondi stanziati alle Regioni dal comma 6 dell'art. 3-ter d.l. n. 211 del 2011 viene subordinata, con il decreto Balduzzi (art. 6, comma 3, d.l. n. 158 del 2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 189 del 2012) all'approvazione, da parte del Ministro della Salute, di un apposito programma di utilizzo di tali fondi predisposto da ciascuna Regione, che consenta la realizzabilità dei progetti terapeutico-riabilitativi individuali.

Il 1° ottobre 2012 viene emanato il decreto interministeriale di cui al comma 2 dell'art. 3-ter d.l. n. 211 del 2011 (nonostante la scadenza fosse stata fissata per il 31 marzo 2012), all'interno del quale sono per la prima volta definiti i requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi minimi delle future REMS. Nell'allegato A del decreto si stabiliscono: l'esclusiva

⁷⁸ La disposizione, se interpretata letteralmente, potrebbe porsi in contrasto con il principio di sussidiarietà delle misure di sicurezza detentive, v. F. SCHIAFFO, *La riforma continua*, cit., 5.

⁷⁹ Si tratta della categoria dei c.d. dimissibili, coloro, cioè, che hanno cessato di essere pericolosi ed il cui internamento è stato generalmente prorogato sulla base di una mera pericolosità latente. Tuttavia l'inciso "senza indugio" ed il riferimento alla cessazione della pericolosità sociale, se interpretati nel loro significato letterale, sembrerebbero riconoscere legislativamente la «realizzazione di ipotesi di sequestro di persona a carico di pubblici ufficiali e/o incaricati di pubblico servizio impegnati a vario titolo nella amministrazione della giustizia», così F. SCHIAFFO, *La riforma continua*, cit., 6; A. PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali*, cit., § 4.

gestione sanitaria interna⁸⁰, un numero massimo di 20 posti letto⁸¹, il personale occorrente⁸², la responsabilità della gestione all'interno della struttura assunta da un medico dirigente psichiatra. L'organizzazione del lavoro è rimessa alla definizione di linee guida professionali e di percorsi assistenziali, nonché di procedure scritte adottate da ciascuna REMS⁸³ nell'ambito delle direttive dei DSM competenti.

La tardiva emanazione del decreto interministeriale ha reso inevitabile l'ulteriore rinvio del termine per il superamento degli OPG: infatti la scadenza prevista al quarto comma dell'art. 3-ter d.l. n. 211 del 2011 viene differita al 1° aprile 2014 ad opera del d.l. n. 24 del 2013, convertito con modificazioni dalla l. n. 57 del 2013.

L'ennesima proroga è infine disposta dal d.l. n. 52 del 2014, convertito con modificazioni dalla l. n. 81 del 2014, che ha fissato come termine il 31 marzo 2015.

Tale ultimo intervento legislativo prevede, oltre a disposizioni di carattere generale concernenti la disciplina delle misure di sicurezza detentive (la

⁸⁰ Si è temuto, peraltro, che le strutture venissero appaltate ai privati convenzionati con il Servizio sanitario nazionale, in virtù della disposizione, contenuta nell'Allegato A del decreto del 1° ottobre 2012, secondo cui «Le strutture residenziali sanitarie per l'esecuzione della misura di sicurezza devono essere realizzate e gestite dal Servizio sanitario delle Regioni e delle province Autonome di Trento e Bolzano [...]», v. F. DELLA CASA, *op. cit.*, 88.

⁸¹ Il numero massimo di degenti per struttura sembra costituire un fondamentale spartiacque fra una realtà manicomiale ed una residenza psichiatrica: occorre quindi evitare che il limite di 20 degenti sia aggirato tramite la costruzione di più padiglioni nella stessa struttura, v. *ibidem*, 89. Sul punto v. anche le riflessioni di P. DELL'ACQUA – S. D'AUTILIA, *Abbandonare quei luoghi*, cit., 1360, ad avviso dei quali «L'individuo patisce l'alterità. La vita nelle istituzioni costringe a vivere assieme agli altri ma in realtà spinge (sottilmente) a costruire muri invalicabili a difesa della propria indicibile e insopprimibile individualità».

⁸² Sembra opportuno aver definito il limite minimo di personale necessario in ciascuna struttura (12 infermieri a tempo pieno, 6 OSS a tempo pieno, 2 medici psichiatri a tempo pieno, 1 educatore o tecnico della riabilitazione psichiatrica a tempo pieno, 1 psicologo a tempo pieno, 1 assistente sociale per fasce orarie programmate, 1 amministrativo per fasce orarie programmate): durante le ispezioni della Commissione Marino presso l'OPG di Barcellona Pozzo di Gotto, per 329 internati erano disponibili un medico, due infermieri, un educatore e quarantacinque agenti di polizia penitenziaria, v. *Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari – Commissione parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del servizio sanitario nazionale*, in *www.senato.it*, 20 luglio 2011 (ultimo accesso 12.04.2017).

⁸³ Aventi ad oggetto una serie di profili, fra cui, ad esempio, i trattamenti terapeutico riabilitativi, la definizione del programma individualizzato, la gestione delle emergenze, le modalità di raccordo con gli altri servizi del DSM, le modalità di attivazione delle Forze dell'Ordine, v. G. DODARO, *Ambiguità e resistenze nel superamento dell'OPG in Regione Lombardia: verso l' "istituzionalizzazione ospedaliera" del malato di mente autore di reato?*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2013, 1389 ss.

restrizione dei parametri del giudizio di pericolosità sociale e la fissazione di un termine massimo di durata), una serie di scadenze in capo alle Regioni finalizzate a garantire la completa attuazione alla riforma. Viene riconosciuta la possibilità di modificare entro il 15 giugno 2014 i «programmi presentati in precedenza» al fine di riqualificare i DSM, contenere il numero complessivo di posti letto e destinare le risorse alla realizzazione o riqualificazione delle strutture pubbliche⁸⁴. Si dispone inoltre che i percorsi terapeutico-riabilitativi individuali di dimissione di ciascuna delle persone ricoverate siano obbligatoriamente predisposti ed inviati al Ministero della salute ed all'autorità giudiziaria entro quarantacinque giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione. Entro sei mesi le Regioni sono, altresì, tenute a comunicare lo stato di realizzazione delle nuove strutture; viene, infine, ribadita la possibilità che il Governo intervenga in via sostitutiva.

Non essendo stato ulteriormente prorogato il termine previsto dal d.l. n. 52 del 2014, a partire dal 31 marzo 2015 gli OPG sono “definitivamente” chiusi.

Quale futuro per le nuove REMS?

Da un'analisi della prima relazione al Parlamento sullo stato di attuazione della riforma⁸⁵ emergono diverse note positive ed alcune criticità. Si registra una diminuzione delle presenze, da 880 internati alla data del 31 gennaio 2014 a 793 in data 9 settembre 2014 (tenendo conto, tuttavia, dell'ingresso di 84 persone negli OPG fra il 1° giugno ed il 1° settembre 2014), probabilmente in conseguenza delle novità introdotte con il d.l. n. 52 del 2014. Analizzando le ordinanze dei magistrati di sorveglianza, la relazione sottolinea come molte di esse contengano un «preciso e dettagliato esame delle condizioni del soggetto», e prescrivano un termine entro cui gli organi territorialmente competenti devono definire un Progetto Terapeutico Riabilitativo Individualizzato (PTRI). Viene riportata anche la sollecitazione, rivolta ai Provveditorati Regionali, a predisporre, all'interno degli Istituti penitenziari ordinari, le strutture previste dagli artt. 111 e 112 d.P.R. n. 230 del 2000 e 148 c.p., così da circoscrivere il numero di ingressi nelle REMS ed evitare un'eccessiva eterogeneità dei soggetti presenti all'interno delle strutture.

⁸⁴ Secondo G.L. GATTA, *Aprite le porte agli internati!*, cit., la disposizione è finalizzata a «privilegiare soluzioni alternative all'internamento negli OPG e nelle CCC [...] per rivedere i propri programmi e 'dirottare' i finanziamenti statali per la riconversione degli OPG e la creazione delle nuove strutture a beneficio delle strutture pubbliche presenti sul territorio e alla riqualificazione dei dipartimenti di salute mentale»; v. anche M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., 920.

⁸⁵ *Relazione sullo stato di attuazione delle iniziative per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari aggiornata al 30 settembre 2014*, in *Penalecontemporaneo.it*, 4 dicembre 2014, con nota di G. ALBERTI, *Chiusura degli OPG: si profila un'ennesima proroga del termine*.

Alla data del 1 giugno 2014 sono dichiarati dimissibili 476 soggetti. Preme, tuttavia, sottolineare come tra le schede che negano la dimissibilità degli internati ve ne sia una quota pari al 22,5 % che «include le motivazioni più disparate, talvolta non chiaramente esplicitate», disattendendo così le indicazioni del d.l. n. 52 del 2014, che all'art. 1, comma 1-ter, prescrive che «Per i pazienti per i quali è stata accertata la persistente pericolosità sociale, il programma documenta in modo puntuale le ragioni che sostengono l'eccezionalità e la transitorietà del prosieguo del ricovero».

Meno confortante è invece lo stato di avanzamento per la realizzazione delle strutture, non solo per i casi del tutto peculiari della Regione Veneto, che non aveva inviato alcun programma, e della Regione Sicilia⁸⁶, ma soprattutto avuto riguardo alla stima dei tempi di realizzazione delle singole strutture indicata da ogni Regione, che oscilla mediamente tra uno e tre anni. Infatti nelle «Prospettive» inserite nella parte finale della Relazione si sottolinea che «Nonostante il differimento al 31 marzo 2015 del termine per la chiusura degli OPG, sulla base dei dati in possesso del Ministero della salute appare non realistico che le Regioni riescano a realizzare e riconvertire le strutture entro la predetta data».

La previsione si riflette nelle conclusioni dell'ultima Relazione sul processo di superamento degli OPG⁸⁷ trasmessa al Parlamento il 22 gennaio 2016, in cui si ribadisce come alcune Regioni non siano state in grado di predisporre neppure tutte le strutture provvisorie che avevano preventi-

⁸⁶ Cfr. la *Relazione sullo stato di attuazione delle iniziative per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari del 30 settembre 2014*, cit., 14: «Occorre evidenziare che, per quanto concerne, specificamente, la regione Siciliana, in materia di sanità penitenziaria è stato emanato esclusivamente il decreto legislativo 20 giugno 2005, n.125, recante “Norme di attuazione dello Statuto speciale della regione siciliana, concernenti il trasferimento di funzioni in materia di medicina penitenziaria”, ai sensi del quale sono state trasferite alla regione le funzioni sanitarie di cui all'art 8 del richiamato d.lgs. n.230/1999 con riferimento “ai soli settori della prevenzione e dell'assistenza ai detenuti e agli internati tossicodipendenti”. A tutt'oggi, invece, non risulta ancora emanato alcun decreto legislativo per il trasferimento, in particolare, delle funzioni relative agli ospedali psichiatrici giudiziari». Benché la Regione Sicilia abbia aperto due REMS, essa rimane « [...] la regione con il maggior numero di misure di sicurezza non eseguite», così F. CORLEONE, *Seconda relazione trimestrale sull'attività svolta dal Commissario unico per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari*, in *Penalecontemporaneo.it*, 27 dicembre 2016, 10, con nota di G.L. GATTA, *O.P.G. e R.E.M.S.: a che punto siamo? Le relazioni del Commissario unico per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari*, Franco Corleone. La Liguria è al momento l'unica Regione senza REMS.

⁸⁷ *Relazione al Parlamento sul processo di superamento degli OPG. Dicembre 2015*, in *Penalecontemporaneo.it*, 16 febbraio 2016, con nota di G. ALBERTI, *Superamento degli OPG: a che punto siamo?*

vato, ovvero, laddove predisposte, esse risultano talvolta insufficienti. Le conseguenze di tale ritardo non sono di lieve entità: alla data del 31 marzo 2015 erano presenti 689 internati negli OPG. Alla data del 15 dicembre 2015 nelle REMS erano presenti 455 ricoverati, ma risultavano ancora internate in OPG 164 persone e, soprattutto, erano 98 quelle in stato di libertà che non avevano fatto ingresso in alcuna REMS.

Con il d.P.C.M. del 19 febbraio 2016 il Governo, in base a quanto disposto dall'art. 3-ter, comma 9, d.l. n. 211 del 2011, ha nominato un Commissario unico per provvedere, in via sostitutiva, alla definitiva chiusura degli OPG di Barcellona Pozzo di Gotto e Montelupo Fiorentino (al 28 febbraio 2017 l'OPG di Barcellona Pozzo di Gotto ospitava ancora 6 internati) ed al tempestivo ricovero di tutti gli infermi di mente destinatari di una misura di sicurezza detentiva presso le REMS competenti (al 28 febbraio 2017 erano ben 290, infatti, le misure di sicurezza ineseguite, a fronte di 569 pazienti in REMS, di cui circa il 40% in esecuzione provvisoria)⁸⁸.

2.1. *Sanitarizzazione e territorializzazione al banco di prova. Il reclamo ex art. 35-bis l. n. 354 del 1975*

Malgrado l'avvio claudicante delle nuove REMS, si deve constatare come gli obiettivi della riforma intrapresa con il d.P.C.M. del 1° aprile 2008 rappresentino una vera rivoluzione copernicana nel trattamento del folle reo.

La tutela del diritto alla salute, di cui all'art. 32 Cost., deve trovare eguale, se non maggiore, attuazione nei luoghi in cui l'ordinamento dispone una restrizione della libertà personale⁸⁹: se tale restrizione dovesse infatti comportare un'inefficace tutela del diritto alla salute, o, peggio ancora, un trattamento degradante, ciò determinerebbe non solo un'irragionevole disparità di trattamento, ma contravverrebbe a quanto previsto dall'art. 27, terzo comma, Cost., laddove si ritenga di poter estendere l'ambito applicativo di tale disposizione anche alle misure di sicurezza⁹⁰, o dall'art. 13, quarto

⁸⁸ Sul punto v. F. CORLEONE, *Seconda Relazione Semestrale sulle attività svolta dal Commissario unico per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari*, in *Penalecontemporaneo.it*, 7 marzo 2017, con nota di G. L. GATTA, *Chiusura completa degli O.P.G.: finalmente a un passo dalla meta*.

⁸⁹ Cfr. T. PADOVANI, *L'ospedale psichiatrico giudiziario*, cit., 237.

⁹⁰ C.F. GROSSO, voce *Responsabilità penale*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, 724; A. FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1334; v. anche le considerazioni di P. NUVOLONE, *Il rispetto della persona umana nella esecuzione della pena*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, Padova, 1969, 295, secondo cui vi sarebbe «un complesso di norme costituzionali che prevedono il rispetto di

comma, Cost.⁹¹, che imporrebbe di sanzionare ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà.

Inoltre nel caso degli OPG, prima, e delle REMS, oggi, la funzione custodiale dovrebbe essere servente rispetto a quella terapeutico-riabilitativa⁹². Infatti nelle REMS (e prima negli OPG e CCC) « [...] la tutela della salute non assume [...] il semplice ruolo di limite al contenuto ed alle modalità del trattamento, ma quello, ben più pregnante ed incisivo, di scopo del trattamento stesso, nel senso che questo è funzionalmente predisposto per ripristinare la salute (in questo caso mentale) dell'internato»⁹³.

Peraltro l'orientamento interpretativo, del tutto condivisibile, che esclude l'applicabilità all'interno delle nuove strutture delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario⁹⁴, che si caratterizzano per un contenuto

taluni diritti fondamentali del cittadino e che possono essere riferiti anche ai detenuti (2,3,7,8,13,15,32, ecc.).»

⁹¹ I. CARACCIOLI, *op. cit.*, 49, «Un criterio così generale come quello, ad esempio, di cui al comma 4 dell'art 13 Cost. (“è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone *comunque* sottoposte a restrizione di libertà”) non può logicamente tener fuori dalla sua sfera d'azione la restrizione di “libertà personale” conseguente all'irrogazione di una pena o di una misura di sicurezza detentiva. E, se per la pena il divieto assoluto di ogni forma di violenza risulta esplicitamente dalla prima parte del comma 3 dell'art. 27 Cost. (“le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità”), lo stesso non può dirsi per la misura di sicurezza, alla quale il suddetto art. 27 non ha modo (se non in via di estensione analogica, peraltro inammissibile, trattandosi – come diremo – di norma specificamente dettata per disciplinare il contenuto della sola pena) di essere riferito».

⁹² Si deve avere particolare riguardo all'aspetto della riabilitazione, « [...] se consideriamo il rapporto tra personale sanitario e riabilitativo, notiamo una netta prevalenza del primo con il rischio che il trattamento degli internati dimessi dagli OPG sia più sanitario che riabilitativo», così M. PELISSERO, *Il definitivo superamento*, cit., 1026; ID., *Quale futuro per le misure di sicurezza?*, cit., 1275. Anche G. DODARO, *Ambiguità e resistenze*, cit., 1391, sottolinea il rischio di una medicalizzazione del trattamento, in considerazione della sproporzione fra personale sanitario (medici e infermieri) e quello che dovrebbe occuparsi della riabilitazione; v. anche G. DODARO, *L'impatto di saperi, culture e sentimenti d'insicurezza dei servizi psichiatrici sulle politiche per il superamento dell'ospedale psichiatrico giudiziario*, in *boa.unimib.it*, 2013, 4 (ultimo accesso 12.04.2017), ove l'A. sostiene che si tratti di «pratiche culturali e operazioni tipiche della psichiatria da SPDC».

⁹³ T. PADOVANI, *L'ospedale psichiatrico giudiziario*, cit., 239.

⁹⁴ Cfr. nota 75. F. SCARPA, *Dopo l'Ospedale Psichiatrico Giudiziario: valutazioni e riflessioni “oltre il confine”*, in *Sestante*, 1/2015, 35 ritiene che l'ordinamento penitenziario sia stato comunque “calato” all'interno delle nuove REMS a seguito del precitato “Accordo concernente disposizioni per il definitivo superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari. Conferenza Unificata Stato Regioni”: in esso, tuttavia, si fa esclusivo riferimento ai “diritti” disciplinati dalla l. n. 354 del 1975 e dai capi I e II del Titolo I del d.P.R. n. 230 del 2000: sulla base di tale disposizione si potrebbe, allora, argomentare che l'applicazione della disciplina penitenziaria all'interno delle REMS debba limitarsi

marcatamente custodiale, consente di circoscrivere una serie di incompatibilità fra la funzione terapeutico-riabilitativa e la normativa penitenziaria stessa: si pensi, ad esempio, a quanto previsto in materia di sanzioni disciplinari⁹⁵ ovvero di mezzi di coercizione⁹⁶.

Sembra quindi che il nuovo volto delle misure di sicurezza di cui agli artt. 219 c.p. e 222 c.p. riporti il trattamento del folle reo nei binari dell'art 32 Cost. e, più in generale, del rispetto della dignità umana⁹⁷. Sul piano del "dover essere normativo" le nuove strutture, quanto meno per come delineate dal decreto interministeriale del 1° ottobre 2012, lasciano ben sperare: l'auspicio è che rimangano tali anche nella concreta gestione dei degenti, evitando qualsiasi deriva di medicalizzazione del trattamento, a scapito della riabilitazione e del reinserimento nel tessuto sociale⁹⁸ dell'infermo di mente, e sempre a condizione che vi sia una realtà territoriale in grado di fronteggiare adeguatamente la complessa gestione di tali pazienti⁹⁹.

Ad analoghe conclusioni non poteva giungersi avuto riguardo agli

ai profili che operino in "*bonam partem*", escludendo viceversa l'estensibilità di tutte le disposizioni incompatibili con il percorso terapeutico riabilitativo. *In primis* potrebbero quindi trovare applicazione le disposizioni di cui agli articoli 35-*bis* e 35-*ter* ord. penit.

⁹⁵ Sul punto v. le osservazioni di T. PADOVANI, *L'ospedale psichiatrico*, cit., 250 ss. Le disposizioni analizzate dall'Autore sono rimaste pressoché invariate nel d.P.R. n. 230 del 2000. Sembra, peraltro, che fosse più consona la formulazione di cui all'art. 280, R.d. n. 787 del 1931, in cui si faceva riferimento, nell'irrogazione delle sanzioni disciplinari nei confronti degli infermi di mente, alle «esigenze tecnico-sanitarie», a differenza della «sufficiente capacità naturale che consenta loro coscienza dell'infrazione commessa ed adeguata percezione della sanzione conseguente» di cui all'art. 20 d.P.R. n. 431 del 1976 ed all'attuale art. 20 d.P.R. n. 230 del 2000; sul punto v. anche A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli*, cit., 93. Permangono nella disciplina attuale le criticità legate all'applicazione nei confronti degli infermi in REMS delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario concernenti i rapporti con l'esterno, come ad esempio il visto di controllo della corrispondenza o i permessi di colloquio, ovvero la corrispondenza telefonica, disciplinati, rispettivamente, all'art. 20, comma 2 e 3, d.P.R. n. 230 del 2000; v. ancora le osservazioni di A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli*, cit., 92; sul punto cfr. anche F. CORLEONE, *Relazione semestrale sull'attività svolta dal Commissario unico per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari*, in *Penalecontemporaneo.it*, 27 dicembre 2016, 31 ss., con nota di G.L. GATTA, *O.P.G. e R.E.M.S.: a che punto siamo?*, cit.

⁹⁶ Cfr. nota 140.

⁹⁷ Sui rapporti tra dignità umana e diritto alla salute v. A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in *questo volume*.

⁹⁸ Cfr. nota 92.

⁹⁹ Secondo A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1363 «Il rischio più evidente è quello che le porte si aprano a fronte di un tessuto socio-sanitario rimasto sostanzialmente inalterato rispetto al passato, anche in considerazione del vivido ricordo di come il mancato adeguamento delle strutture di assistenza psichiatrica abbia rappresentato uno degli elementi di maggiore rallentamento della svolta legislativa del 1978».

OPG, non solo per le inumane condizioni in cui si trovavano gli internati, ma anche per l'impostazione prettamente custodiale del trattamento del folle reo in tali strutture, oltre che per il duplice meccanismo presuntivo di accertamento della pericolosità sociale¹⁰⁰ e di scelta della misura applicabile, faticosamente superato dagli interventi della Corte costituzionale (ed oggi, definitivamente, dalla l. n. 81 del 2014).

Meno coerente con la tutela apprestata dall'art. 32 Cost. pare invece la molteplicità di soggetti colpiti da infermità mentale che possono confluire nelle REMS¹⁰¹. Si potrebbe forse valorizzare l'alternativa prescritta all'art. 148 c.p., destinando tali soggetti ad una struttura psichiatrica ordinaria, ovvero, laddove vi siano insormontabili esigenze di custodia, in apposite sezioni del carcere idonee a contemporaneamente cura e custodia (che però attualmente mancano quasi ovunque). È quanto dovrebbe avvenire per i casi di cui agli artt. 70 c.p.p. ss. e 286 c.p.p.

Anche sotto il profilo della territorializzazione sorgono taluni aspetti problematici: non ci si riferisce soltanto alla mancata predisposizione, in diverse Regioni, di sufficienti strutture all'indomani della riforma¹⁰²; parte della dottrina ha criticato la non omogenea dislocazione delle strutture stesse

¹⁰⁰ In tema di contrasto fra il diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost. e le presunzioni di pericolosità v. A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli*, cit., 94; T. PADOVANI, *L'ospedale psichiatrico giudiziario*, cit., 260.

¹⁰¹ Imputati prosciolti per vizio totale e parziale di mente (artt. 88 e 89 c.p.), imputati cui sono applicate misure di sicurezza in via provvisoria (artt. 206 c.p. e 312 c.p.p.), condannati ai quali nel corso dell'esecuzione della pena sia sopravvenuta un'infermità psichica (art. 148 c.p.), soggetti sottoposti ad una misura di sicurezza detentiva che nel corso della sua esecuzione siano colpiti da infermità psichica (art. 212 c.p.), soggetti imputati o condannati inviati in OPG per essere sottoposti ad osservazione psichiatrica (art. 112 comma 1 e 2 d.P.R. n. 230 del 2000) i detenuti minorati psichici, (art. 111, comma 5, d.P.R. n. 230 del 2000), cfr. T. PADOVANI, *L'ospedale psichiatrico giudiziario*, cit., 245 e 268 ss.; F. DELLA CASA, *op. cit.*, 72, sottolinea, peraltro, come tale eterogeneità non tradisca solo gli obiettivi di carattere «terapeutico-specialistico», ma determini anche una «generale intensificazione delle cautele custodiali, che collidono con le più elementari esigenze terapeutiche proprie del sofferente psichico»: si pensi, ad esempio, alla necessità di dover sottoporre a perizia psichiatrica un appartenente alla criminalità organizzata. Sul punto cfr. anche F. CORLEONE, *Relazione semestrale sull'attività svolta dal Commissario unico per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari*, cit., 71 ss.

¹⁰² F. CORLEONE, *Seconda relazione trimestrale sull'attività svolta dal Commissario unico per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari*, cit., 20 ss.; nella Relazione si sottolinea, altresì, che «il principio della territorialità non viene quasi mai rispettato per le donne. In molte REMS, infatti, non vi è ad oggi la possibilità di ospitare donne e di conseguenza ci si trova costretti ad assegnarle alle poche strutture disponibili, ma che spesso sono lontane dalla loro Regione di provenienza».

rispetto alle realtà sanitarie locali deputate al trattamento dell'infermità¹⁰³. In alcuni casi sembra, infatti, che le REMS tendano a riproporre un modello segregante nella gestione dell'infermità mentale¹⁰⁴: il vincolo di 20 posti letto per struttura ha come obiettivo una ripartizione delle residenze sul territorio nazionale, onde evitare una mera trasformazione degli OPG in "mini OPG".

Pare invece condivisibile la vicinanza di alcune REMS alle strutture ospedaliere¹⁰⁵ (non l'insediamento della residenza all'interno dell'ospedale), che potrebbe giustificarsi con l'esigenza di disporre nell'immediato di una struttura ove gestire in sicurezza le situazioni di emergenza sanitaria, tramite la predisposizione di protocolli operativi, come previsto dall'allegato A del decreto interministeriale del 1° ottobre 2012. Si ritiene, altresì, proficua la ripartizione dei degenti nelle REMS a seconda della gravità del disturbo¹⁰⁶, finalizzata a garantire piena attuazione al criterio di c.d.

¹⁰³ Spesso restie a prendere in carico i soggetti sottoposti a misure di sicurezza « [...] per il timore comprensibile, ma non razionalmente giustificabile, della reiterazione di reati per il cui omesso impedimento poter essere eventualmente chiamati a rispondere in sede penale» G. DODARO, *Ambiguità e resistenze*, cit., 1396. È, tuttavia, evidente che, così facendo, si rischia di tradire lo scopo stesso della riforma, che tende a superare la "segregazione" dell'infermo di mente a favore di una gestione extramuraria della patologia. Sottolinea la necessità di evitare potenziali conflitti fra il Servizio che gestisce le REMS e quelli territorialmente competenti, spesso dovuti a differenze nella valutazione della diagnosi, o nell'elaborazione del progetto terapeutico, che potrebbero comportare un'inutile protrazione dell'internamento dell'infermo di mente nella struttura, F. SCARPA, *Dopo l'Ospedale Psichiatrico*, cit., 35.

¹⁰⁴ Si prenda, ad esempio, la Regione Lombardia, ove si è assistito alla concentrazione di nuove strutture (almeno sei) nel polo castiglione ed ove peraltro sono state canalizzate buona parte delle risorse finanziarie (circa trentadue milioni di euro), v. G. DODARO, *Ambiguità e resistenze*, cit., 1396 ss., secondo cui «Il vecchio ospedale psichiatrico giudiziario si ridimensiona, "si spezza" (in strutture), ma non "si piega" (ai principi della riforma operata dalla l.n.9/2012)». Favorevole alla conservazione del polo di Castiglione delle Stiviere, F. FEDERICI, *Il superamento degli O.P.G.: una riforma possibile?*, in *Penalecontemporaneo.it*, 25 luglio 2013.

¹⁰⁵ Sempre con riferimento all'esperienza della Lombardia si vedano tuttavia le condivisibili critiche di G. DODARO, *Ambiguità e resistenze*, cit., 1398: le REMS sono state, infatti, inserite all'interno del perimetro delle Aziende Ospedaliere. Si tratta di una soluzione forse eccessiva rispetto alla possibilità di collocarle vicino, ma non dentro, le strutture ospedaliere stesse.

¹⁰⁶ In Lombardia, ad esempio, si sono distinte le strutture a seconda dell'alta, media, o bassa intensità terapeutico-riabilitativa ed assistenziale necessaria, al fine di garantire un trattamento diversificato ed individualizzato, cfr. *ibidem*, 1393. Non si deve, inoltre, sottovalutare il problema dell'eterogeneità delle patologie di cui erano affetti gli internati, che si trovavano nei vecchi OPG, sul punto v. F. SCARPA, *Dopo l'Ospedale Psichiatrico*, cit., 34, secondo cui «Un gruppo di utenti, caratterizzato da un case mix così differenziato, e che può spesso presentare una maggiore tendenza all'acting out, richiede un intervento terapeutico particolarmente complesso, rispetto a quello messo in atto nelle strutture territoriali già

diversificazione¹⁰⁷ ed individualizzazione del trattamento.

Sempre sotto il profilo della sanitarizzazione e territorializzazione, sembra opportuno analizzare alcune ordinanze della magistratura di sorveglianza che, in conseguenza del perdurante ricovero presso gli Ospedali psichiatrici giudiziari dopo la scadenza del termine previsto dalla l. n. 81 del 2014, hanno applicato il rimedio preventivo di cui all'art. 35-*bis* l. n. 354 del 1975¹⁰⁸ a tutela di alcuni internati¹⁰⁹.

Si tratta di provvedimenti che accertano l'“illegittimità” dell'internamento nelle vecchie strutture degli OPG: l'organo giurisdizionale impone quindi alla Regione di disporre entro un determinato termine¹¹⁰ il trasferimento dell'infermo presso una REMS territorialmente competente. Nell'ipotesi di inosservanza di tali provvedimenti, l'art. 35-*bis* ord.penit. contempla, altresì, la possibilità di instaurare un giudizio di ottemperanza¹¹¹,

esistenti per pazienti non “giudiziali” e dalle quali, in molti casi, la medesima persona è stata già allontanata o, in altri casi, non viene accolta».

¹⁰⁷ Come previsto dal decreto interministeriale del 1° ottobre 2012, nella parte in cui prevede il c.d. criterio della diversificazione degli internati all'interno delle REMS in funzione delle «diverse caratteristiche psicopatologiche». Sul punto v. F. DELLA CASA, *op. cit.*, 90.

¹⁰⁸ Si tratta del rimedio a carattere preventivo introdotto dal d.l. n. 146 del 2013 (convertito con mod. dalla l. n. 10 del 2014), sulla scorta delle sollecitazioni provenienti dalla sentenza “Torreggiani”, Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani and Others v. Italy*, ric. n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, su cui v. F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Penalecontemporaneo.it*, 9 gennaio 2013. Sul procedimento per reclamo v. L. MARAFIOTI, *Il procedimento per reclamo*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria* a cura di P. Corso, Milano, 2015, 341 ss.; M. BORTOLATO, *Art 35-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato* a cura di F. Della Casa, G. Giostra, Assago, 2015; E. VALENTINI, *Il reclamo: casi e forme*, in *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, a cura di F. Caprioli, L. Scomparin, Torino, 2015, 205 ss.; G. FIORELLI, *Procedimento per reclamo e “nuova” giurisdizionalità?*, in *Emergenza carceri, Radici remote e recenti soluzioni normative* a cura di R. Del Coco, L. Marafioti e N. Pisani, Torino, 2014; F. FIORENTIN, *Il reclamo “giurisdizionale” per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, in *Rass. penit. crim.*, 3/2013, 235 ss. Per ulteriori riferimenti bibliografici sia consentito il rinvio ad A. LAURITO, *Reclamo giurisdizionale e rimedi compensativi a tutela degli internati: gli ‘esclusi eccellenti’ della riforma*, in *Giurisprudenzapenale.it*, 7-8/2016.

¹⁰⁹ Le ordinanze prese in considerazione sono quelle dell'Ufficio di sorveglianza di Firenze del 21/10/2015, dell'Ufficio di sorveglianza di Reggio Emilia del 18/11/2015 e dell'Ufficio di sorveglianza di Messina dell'8/01/2016, in *www.altrodiritto.unifi.it*.

¹¹⁰ 15 giorni nel caso dell'ordinanza dell'Ufficio di sorveglianza Messina e di Reggio Emilia, 3 mesi nel provvedimento dell'Ufficio di sorveglianza di Firenze.

¹¹¹ Sul giudizio di ottemperanza v. A. LUZIO, *Tutela dei diritti dei detenuti ed ottemperanza: nuovi orizzonti dell'effettività*, in *Emergenza Carceri, Radici remote e recenti soluzioni*

che può comportare, ove occorra, la nomina di un commissario *ad acta*¹¹².

Pare, tuttavia, necessario sottolineare come le ordinanze in questione non facciano esclusivo riferimento alla “illegittimità” del ricovero in OPG avuto riguardo alla l. n. 81 del 2014, che ne dispone la chiusura a decorrere dal 31 marzo 2015, bensì anche e soprattutto al profilo terapeutico e riabilitativo, che deve informare il percorso di cura nelle nuove strutture e che risulta totalmente incompatibile con le condizioni dei vecchi OPG¹¹³. Ci si potrebbe, allora, domandare se, in futuro, tale rimedio sarà esperibile anche a tutela del trattamento dell’infermo di mente nelle nuove REMS, nel caso in cui le Regioni risultassero inadempienti non solo dal punto vista della corretta destinazione territoriale dell’infermo¹¹⁴, ma anche sotto il profilo di inadeguata sanitarizzazione delle strutture (nell’ipotesi in cui si contravvenga alle prescrizioni di cui al decreto interministeriale del 1° ottobre 2012¹¹⁵). Peraltro se la violazione dell’art. 69, sesto comma, lett. b), ord.penit. si protrae per un periodo di tempo non inferiore a quindici giorni, in condizioni tali da violare l’articolo 3 della CEDU, come interpretato dalla Corte EDU, sembra possibile ricorrere al rimedio di cui all’art. 35-ter ord.penit.¹¹⁶.

normative, a cura di R. Del Coco, L. Marafioti e N. Pisani, Torino 2014.

¹¹² L’auspicio è che tali rimedi siano in grado di bilanciare il divario intercorrente fra le prerogative dell’amministrazione e la tutela dei diritti di detenuti ed internati, i quali spesso « [...] non possono contare su una tutela effettiva dei propri diritti fondamentali, compromessa principalmente dalla scarsa capacità di intervento della magistratura di sorveglianza sull’amministrazione, dall’inadeguatezza degli organismi di tutela esistenti, dalla mancanza di previsioni e garanzie specifiche in determinate ipotesi», così E. D’ALTERIO, *Il sistema amministrativo penitenziario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2013, 420.

¹¹³ Ad esempio la motivazione dell’ordinanza dell’Ufficio di sorveglianza di Messina, p. 4, sottolinea come «Di talché è di assoluta evidenza che - a decorrere dall’1.4.2015 - le misure di sicurezza detentive devono essere eseguite esclusivamente all’interno delle strutture sanitarie identificate dalla legge nelle R.E.M.S., che sono strutture sanitarie di pertinenza e gestione in capo alla Sanità Regionale e che devono presentare precisi requisiti strutturali ed organizzativi secondo lo schema di cui al D.M. di attuazione dell’1.10.2012»

¹¹⁴ È il caso, ad esempio, dell’ordinanza dell’Ufficio di sorveglianza di Reggio Emilia, che riscontra una duplice violazione dei diritti dell’internato, il quale è ricoverato in OPG, quando dovrebbe essere in una REMS, ed al contempo l’OPG in cui è internato si trova in una Regione diversa da quella da cui l’infermo di mente proviene (il Veneto).

¹¹⁵ La disposizione invocata dalle ordinanze in commento è l’art 62 ord. penit. ove si elencano gli istituti per l’esecuzione delle misure di sicurezza detentive e che, da una lettura sistematica con la l. n. 81 del 2014, non possono più essere le vecchie strutture ove venivano eseguiti i ricoveri in OPG e CCC, ma le REMS. In futuro, per denunciare la mancata o inadeguata sanitarizzazione delle nuove strutture, si potrà far valere quanto disposto, ad esempio, dagli articoli 5 e segg. ord. penit. e dalle disposizioni del relativo regolamento.

¹¹⁶ Si tratta del rimedio risarcitorio previsto dal d.l. n. 92 del 2014 convertito dalla l. n. 117

In effetti, malgrado la disposizione faccia esclusivo riferimento al “detenuto” ed alla pena, la rubrica dell’art. 35-ter ord.penit. e l’art. 2, comma 2, del d.l. n. 92 del 2014 menzionano anche l’internato¹¹⁷.

2.2. *La custodia del folle reo: quale ruolo nelle REMS? “Incognito sconosciuto”: i casi-limite di infermità psichica. L’esperienza del “Club S.P.D.C. aperti no restraint”*

Uno degli aspetti di maggiore criticità della riforma attiene alle ipotesi in cui l’infermità psichica, che colpisce l’autore di un fatto di reato, ne renda particolarmente complesso il trattamento sul piano terapeutico-riabilitativo ed aumenti in via esponenziale il rischio di commissione di atti auto e/o etero lesivi.

In considerazione delle esigenze di difesa sociale, che nel nostro sistema contraddistinguono, unitamente alla cura, il trattamento riservato ai soggetti infermi o semi-infermi di mente che abbiano commesso un reato, sembra necessario prestare, in taluni e limitati casi¹¹⁸, maggiore accortezza. Si prenda ad esempio la vicenda di “Incognito Sconosciuto”, «un ragazzo molto bello e prestante [...] che si faceva chiamare ‘Incognito Sconosciuto’

del 2014, su cui v. A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in *Penalecontemporaneo.it*, 13 ottobre 2014; G. GIOSTRA, *Art 35ter*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. Della Casa e G. Giostra, Assago, 2015; M. DEGANELLO, *I rimedi risarcitori*, in *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, a cura di F. Caprioli, L. Scomparin, Torino, 2015, 257 ss.; F. FIORENTIN, *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all’art. 3 CEDU: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, in *Penalecontemporaneo.it*, 6 novembre 2014; recentemente v. anche A. MENGhini, *Quale rimedio compensativo per gli ergastolani?*, in *Dir. pen. proc.*, 11/2016, 1434 ss.; EAD., *Spazio detentivo minimo e violazione dell’art. 3 CEDU: per una lettura conforme ai canoni di dignità e umanità della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2017, 122 ss.; sia nuovamente consentito rinviare, per ulteriori riferimenti bibliografici, ad A. LAURITO, *Reclamo giurisdizionale*, cit.

¹¹⁷ Così G. GIOSTRA, *Art. 35ter*, cit., 417 e A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in *Penalecontemporaneo.it*, 13 ottobre 2014; A. PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici*, cit., § 3.

¹¹⁸ A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1365 « [...] per alcuni malati cronici la meta più realistica resta quella di una terapia farmacologica in grado di contenere determinati sintomi, senza che, almeno nel breve periodo, si disvelino autentiche possibilità di piena risocializzazione al di fuori delle porte dell’ “istituzione” », v. anche A. CALOGERO, *Superamento degli OPG*, cit., secondo cui «vi è una fascia minoritaria di malati mentali con alta pericolosità fino all’acting-out criminale, da cui la società e la famiglia in particolare, deve essere tutelata dalla psichiatria civile con interventi più “mirati”».

[...] arrestato in flagranza di reato» poiché «alla stazione Termini aveva tentato di disarmare un poliziotto [...]»¹¹⁹: la gravità del fatto commesso e l'elevato pericolo di "recidiva" di un soggetto *ictu oculi* colpito da infermità psichica dovrebbero imporre una soluzione di carattere custodiale e l'adozione delle più opportune cautele all'interno delle nuove REMS.

Se, da un lato, sembrano eccessivamente rigorose le critiche mosse alla riforma, responsabile, ad avviso di parte della dottrina, di una c.d. «vittimizzazione secondaria»¹²⁰, dall'altra non si possono sottovalutare le aspettative di sicurezza delle comunità territoriali ove si insedieranno le nuove strutture. Per quanto concerne la sicurezza interna, il decreto interministeriale del 1° ottobre 2012 prevede la realizzazione di sistemi di chiusura delle porte, di sistemi di allarme, ovvero l'installazione di telecamere¹²¹: pare tuttavia che manchi un adeguato coordinamento con la Prefettura e le forze dell'ordine, con cui occorrerebbe stipulare specifici accordi e protocolli per definire, prima di tutto, le modalità di intervento nei casi di urgenza, come previsto dal decreto interministeriale stesso¹²² e

¹¹⁹ «La sua identità è stata scoperta dalla trasmissione "Chi l'ha visto", in quanto la sorella lo cercava. Grazie ad una sua fotografia trasmessa in televisione, l'agente di polizia che lo aveva arrestato in flagranza di reato [...] lo ha riconosciuto». Il caso è tratto dal resoconto stenografico dell'audizione parlamentare della dott.ssa Guglielmi, Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Roma, dinanzi alla Commissione Parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del Servizio sanitario nazionale del 29 marzo 2011, v. *Commissione parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del servizio sanitario nazionale, seguito dell'inchiesta su alcuni aspetti della medicina territoriale, con particolare riguardo al funzionamento dei servizi pubblici per le tossicodipendenze e dei dipartimenti di salute mentale, 112a seduta, 29 marzo 2011*, in www.senato.it, 10 (ultimo accesso 12.04.2017).

¹²⁰ Intesa come «la condizione di ulteriore sofferenza e oltraggio sperimentata dalla vittima dopo avere subito la commissione di un reato in relazione ad un atteggiamento di insufficiente attenzione o di negligenza da parte del soggetto che dovrebbe essere deputato alla sua tutela: lo Stato complessivamente inteso», così P. DI NICOLA, *op. cit.*, 16.

¹²¹ La Regione Lombardia, ad esempio, ha investito non solo sulla "sicurezza fisica" (tramite la predisposizione di strumenti finalizzati a prevenire le fughe e gli atti auto e/o etero lesivi degli infermi di mente) ma anche sulla "sicurezza procedurale", concernente la selezione del paziente secondo il tipo di struttura, e sulla "sicurezza relazionale", che valorizza la capacità dello staff sanitario di riconoscere le situazioni a rischio. Sul punto v. G. DODARO, *Ambiguità e resistenze*, cit., 1395.

¹²² V. ad es. le osservazioni di N. MAZZAMUTO, *Relazione al convegno SEAC 2012*, in www.conams.it (ultimo accesso 12.04.2017), secondo cui «Una volta esclusa la Polizia penitenziaria, non sappiamo a quali Forze dell'Ordine (Polizia, Carabinieri?) sarà affidata la vigilanza perimetrale e la sicurezza esterna, con quali modalità e frequenze (posti fissi, turni di ronda?), con quali sistemi di sicurezza (recinzioni, telecamere, meccanismi elettronici?) [...] non essendo difficile prevedere che, di fronte all'internato che va in escandescenze, nel tempo necessario alla chiamata telefonica ed all'arrivo delle Forze dell'ordine, il peggio possa già essersi consumato» V. anche F. DELLA CASA, *op. cit.*, 90; F. MAISTO, *Criminale (è il)*

dall'art. 6 dell'Accordo raggiunto in seno alla Conferenza unificata Stato-Regioni del 26 febbraio 2015.

Sembra, inoltre, assolutamente imprescindibile il coordinamento con i servizi territoriali che si occupano della presa in carico dell'infermo di mente e che assumono quindi un ruolo chiave nella efficace attuazione della riforma¹²³: spesso all'abbandono del progetto terapeutico riabilitativo corrisponde

manicomio, cit., 7. Sui primi episodi "problematici" v. C. BARTOLETTI [et al.], *Anche quando è più difficile. L'esperienza della REMS Casa degli Svizzeri di Bologna*, in *Sestante*, 1/2015, 41, fra i quali si segnala, soprattutto, il mancato rientro di un infermo da un permesso accordato dal Magistrato di sorveglianza. Sull'inadeguata valutazione dei problemi legati ai pazienti psichiatrici "gravi" da parte della riforma v. anche G. BALBI, *Infermità di mente*, op. cit., 17 secondo cui «Nel contempo si stanno manifestando problemi enormi di sicurezza, interni (a chi mai spetta gestirla?) e esterni (le forze dell'ordine non stanno in alcun modo fornendo la loro disponibilità)». Si veda peraltro il monito del Tribunale di Roma, riportato da G.L. GATTA, *Revoca del ricovero in OPG*, cit. ove si denuncia che «Non esistono nel Lazio – osserva il Tribunale – comunità terapeutiche ad alta protezione con le caratteristiche necessarie per contenere o curare un soggetto come l'imputato, all'eventuale fine di applicare la misura non detentiva della libertà vigilata», cui è seguita una nota informativa inviata alle forze dell'ordine da parte del Tribunale stesso; secondo G.L. GATTA, *Aprite le porte agli internati! Un ulteriore passo verso il superamento degli OPG e una svolta epocale nella disciplina delle misure di sicurezza detentive: stabilito un termine di durata massima (applicabile anche alle misure in corso, a noi pare)*, cit., «il prezzo che il nuovo congegno legislativo paga sull'altare dell'abolizione dell'ergastolo bianco può insomma essere molto elevato: il sacrificio della orrenda ma evidente necessità, in funzione di difesa sociale, di neutralizzare la persistente pericolosità sociale di alcuni autori di reato, che vengono ciononostante rimessi in libertà». Recentemente v. anche P. POMPILI - G. NICOLÒ - S. FERRACUTI, *Dagli Opg alle Rems. Ma i medici non possono fare i poliziotti*, in *www.quotidianosanità.it*, 2 novembre 2016. Sul punto v. anche le indicazioni di cui all'art. 2 del precitato "Accordo concernente disposizioni per il definitivo superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari. Conferenza Unificata Stato Regioni", che disciplina trasferimenti, traduzioni e piantonamenti. Cfr. anche F. CORLEONE, *Relazione semestrale sull'attività svolta dal Commissario unico per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari*, cit., 29, ove si riporta che «tra le 26 REMS presenti sul territorio nazionale, 19 hanno un servizio di vigilanza privato, 5 ne sono sprovviste, 2 affidano il servizio ai dipendenti della REMS. In tutti i casi in cui è presente il servizio di vigilanza, tranne che in uno, si tratta di un servizio di vigilanza 24 ore su 24». In particolare, poi, «Solo in 7 casi gli operatori svolgono servizio all'esterno della struttura, nelle rimanenti strutture gli operatori permangono all'ingresso della REMS; in un locale apposito».

¹²³ V. ad esempio M. PELISSERO, *Quale futuro per le misure di sicurezza?*, cit., 1275, «Temo che il decreto svuota-OPG si trasformi in una esperienza analoga a quella post-Basaglia quanto ad esito in parte fallimentare, ma con il rischio di risultati opposti: se, infatti, le criticità della riforma della L. n.180/1978 stanno nell'aver affidato alla gestione delle famiglie i malati di mente dimessi dagli ospedali psichiatrici comuni, nel caso degli internati in OPG, responsabili di reati anche gravi, mi sembra difficile che, in assenza delle previste strutture, si interrompa l'internamento con la conseguenza che difficilmente gli OPG potranno essere "chiusi"».

l'aggravio della patologia ed il rischio di reiterazione di fatti di reato¹²⁴.

A fronte dei menzionati problemi di sicurezza, che devono essere adeguatamente e celermente risolti, al fine di evitare che il primo eclatante episodio di mancato coordinamento possa mettere in discussione, nell'opinione pubblica, la sostenibilità di una gestione esclusivamente sanitaria all'interno delle REMS¹²⁵, occorre, d'altra parte, prendere atto dell'esperimento di un gruppo di SPDC (Servizio Psichiatrico di Diagnosi e Cura), che hanno fondato il "Club S.P.D.C. aperti no restraint", nei quali si esclude il ricorso alla contenzione meccanica e vengono lasciate aperte le porte del reparto.

L'obiettivo perseguito è quello di garantire il massimo grado di libertà di movimento ai ricoverati, poiché si ritiene che esso costituisca il più efficace rimedio per prevenire comportamenti violenti. Nei casi particolarmente complessi l'intervento contenitivo è di carattere fisico o chimico, ma mai meccanico: si tratta, come è evidente, di una sfida forse ancora più ambiziosa delle stesse REMS e che ha come scopo primario quello di porre in discussione non solo il concetto di contenzione, ma più in generale l'idea del trattamento dell'infermo di mente secondo una logica, comunque, custodiale. Occorrerà tuttavia valutare la sostenibilità di tale innovativo approccio con le ipotesi in cui la malattia mentale assuma tratti violenti ed ingestibili, rispetto alle quali l'esigenza di contenimento dell'aggressività potrebbe risultare ineludibile.

¹²⁴ Sul punto v., ad es., F. CARRIERI, R. CATANESI, *La perizia psichiatrica sull'autore del reato: evoluzione storica e problemi attuali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/2001, 35 i quali riportano « [...] l'esperienza di aver periziato più volte gli stessi pazienti, i cui reati si inserivano costantemente nelle fasi di allontanamento arbitrario dal progetto terapeutico».

¹²⁵ L'esclusiva gestione sanitaria e la centralità del modello terapeutico riabilitativo costituiscono senza dubbio una sfida delle nuove REMS, di cui occorrerà monitorare gli sviluppi. È, infatti, necessario valutare se nell'eterna dialettica fra i due poli della cura e della custodia, «l'imposizione per via legislativa di uno dei due volti come quello esclusivo rappresenti una soluzione concretamente praticabile», cfr. A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1364, ovvero se debbano condividersi le perplessità di FRANCO e FRANCA BASAGLIA, *Postfazione* a E. GOFFMAN, *Asylums. Le istituzioni totali. I meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Torino, 2010, 408, secondo cui « [...] sarebbe sufficiente applicare realmente all'istituzione psichiatrica il modello medico, renderla cioè tecnicamente efficiente, per risolvere le sue contraddizioni?».

3. *Il confine fra cura e contenzione chimica: profili di (il)liceità della contenzione*

Si è prospettato il rischio che l'esclusiva gestione medica delle REMS e l'eventuale attività perimetrale di vigilanza possano comportare, talvolta, problemi di custodia per gli infermi con disturbi di particolare intensità.

Sussiste, al contempo, il pericolo che in totale assenza di personale penitenziario in grado di fronteggiare e contenere episodi di carattere violento, si ricorra a forme di contenzione chimica, al fine di prevenire che tali impulsi degenerino in un atto auto e/o etero lesivo. La questione si inserisce in uno scenario particolarmente inquietante: è di tutta evidenza, infatti, come la «somministrazione di farmaci che modificano il comportamento (tranquillanti e sedativi)»¹²⁶ sia idonea a «determinare un totale annullamento del soggetto»¹²⁷.

Sembra, peraltro, necessario sottolineare come il confine fra la terapia, la riabilitazione e la contenzione appaia quanto mai labile¹²⁸, risultando assai complesso scindere gli effetti che un farmaco può spiegare a seconda della finalità di cura e/o di custodia per cui esso viene somministrato. I due profili finiscono talvolta per sovrapporsi; rispetto ad altre forme di contenzione¹²⁹ praticabili nell'ambito del trattamento psichiatrico, la contenzione chimica

¹²⁶ G. DODARO, *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidario*, in *Riv. it. med. leg.*, 6/2011, 1487.

¹²⁷ A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1369; v. anche S. D'AMATO, *Osservazioni sulla contenzione in psichiatria e i suoi riflessi in tema di stato di necessità*, in *Penalecontemporaneo.it*, 15 dicembre 2015, 2 «l'Autore chiarisce che, sul piano scientifico, la 'terapia elettroconvulsivante' viene fondata dagli addetti ai lavori sul dato oggettivo di un progressivo incremento di disturbi e patologie resistenti al trattamento farmacologico. Tale resistenza, a sua volta, sarebbe la naturale conseguenza della cronica assunzione di psicofarmaci, effetto di quel fenomeno di 'psicofarmacologizzazione di massa' che è messo sotto accusa, ovvero la somministrazione a pioggia (da parte di medici di base, neurologi e/o altri specialisti) di psicofarmaci, sempre più frequentemente prescritti, oltre che per patologie più o meno gravi, anche per condizioni normali dell'esistenza umana, quali tristezza, lutto, melanconia, rabbia, timidezza, deficit dell'attenzione, iperattività». Sui problemi relativi alla contenzione nelle REMS v. anche F. CORLEONE, *Relazione semestrale sull'attività svolta dal Commissario unico per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari*, cit., 43 ss., con particolare riferimento alla situazione del Sistema Polimodulare REMS Provvisorie di Castiglione delle Stiviere: «All'interno della struttura vengono effettuate regolarmente delle contenzioni. Nel periodo che va dal 1° aprile 2015 al 31/03/2016, si registrano 918 episodi che interessano 59 pazienti».

¹²⁸ V. anche C. SALE, *Analisi penalistica della contenzione*, in *Penalecontemporaneo.it*, 27 aprile 2014, 27 ss.

¹²⁹ La contenzione può essere manuale, meccanica, chimica, ambientale o relazionale, v. G. DODARO, *Il problema della legittimità*, cit., 1487.

pone, quindi, ulteriori problemi di accertamento. Nei casi più complessi, inoltre, contenzione meccanica e contenzione chimica si sommano, rendendo ancor più ardua la delimitazione¹³⁰ fra le diverse tipologie di intervento.

L'aspetto che si intende qui sommariamente analizzare attiene alla liceità o meno dell'eventuale ricorso alla contenzione chimica all'interno delle REMS. Pare necessario domandarsi, in primo luogo, se tale trattamento coattivo sia penalmente rilevante. A tal fine occorre distinguere fra le diverse tipologie di contenzione. Per quanto riguarda alcune ipotesi di contenzione meccanica è, infatti, necessario valutare se ed in quali limiti trovi applicazione l'art. 13 Cost. e le garanzie che esso pone a presidio di qualsiasi restrizione della libertà personale (riserva assoluta di legge e riserva di giurisdizione). In secondo luogo occorre stabilire se il ricorso alla contenzione chimica, che ad avviso di parte della dottrina dovrebbe essere ricondotta nell'alveo dell'art. 13 Cost.¹³¹, debba trovare una propria fonte di legittimazione in base a quanto disposto dall'art. 32, secondo comma, Cost., ove è prevista una riserva relativa di legge per lo svolgimento di qualsiasi trattamento sanitario coattivo. Pare, inoltre, necessario interrogarsi se la "fonte legale" legittimante possa individuarsi nella disposizione di cui all'art. 60 R.d. n. 615 del 1909, attuativo della l. n. 36 del 1904¹³², ovvero se tale disposizione debba ritenersi tacitamente abrogata a seguito dell'entrata in vigore della riforma Basaglia¹³³. Un'analoga disciplina è oggi contenuta nell'art. 41

¹³⁰ È, ad esempio, il caso analizzato da G. DODARO, *Il nodo della contenzione in psichiatria tra gestione della sicurezza, diritti del paziente e "inconscio istituzionale"*, in *Penalecontemporaneo.it*, 25 febbraio 2014 ed anche il "caso Mastrogiovanni", Trib. della Lucania, 30 ottobre 2012 (dep. 27 aprile 2013), Giud. Garzo, in *Penalecontemporaneo.it*, con nota di G. DODARO, *Morire di contenzione nel reparto psichiatrico di un ospedale pubblico: la sentenza di primo grado sul caso Mastrogiovanni*, 12 giugno 2013.

¹³¹ La questione non è di lieve momento, in considerazione della natura assoluta della riserva di legge e della riserva di giurisdizione. Sul problema v. M. MASSA, *Diritti fondamentali e contenzione nelle emergenze psichiatriche*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/2013, 187 ss. ed *ivi* per gli opportuni riferimenti bibliografici, normativi e giurisprudenziali; *amplius* ID., voce *Contenzione*, in *Dig. disc. priv.*, Agg., Torino, 2016, 58 ss.; v. anche D. PICCIONE, *Umanesimo costituzionale e contenzione delle persone nell'ordinamento italiano*, in *www.triesteliberadacontenzione.wordpress.com*

¹³² Art. 60 R.d. n. 615 del 1909: «Nei manicomi debbono essere aboliti o ridotti ai casi assolutamente eccezionali i mezzi di coercizione degli infermi e non possono essere usati se non con l'autorizzazione scritta del direttore o di un medico dell'Istituto. Tale autorizzazione deve indicare la natura e la durata del mezzo di coercizione».

¹³³ Occorre ulteriormente distinguere fra una disposizione che facoltizzi il ricorso alla contenzione, rispetto ad un obbligo giuridico, di fonte legale o meno, che imponga di ricorrere alla contenzione chimica per evitare un atto auto e/o etero lesivo da parte dell'infermo di mente. Nega l'esistenza di un obbligo di fonte legale il Trib. Cagliari, sez. Gip, sent. 17 luglio 2012, Giud. Casula, mentre ritiene ancora vigente l'art. 60 R.d. 615

ord.penit. e nell'art. 82 del nuovo regolamento di esecuzione penitenziaria, motivo che ha fatto dubitare taluno dell'avvenuta abrogazione tacita del vecchio regio decreto¹³⁴. Sembra, infine, opportuno domandarsi se sia possibile individuare una "posizione di garanzia" in capo al medico-psichiatra rispetto agli atti auto e/o etero lesivi dell'infermo di mente¹³⁵, che legittimi (o, meglio, imponga) il ricorso alla contenzione, sia essa desumibile da una fonte legale o "meno". Una volta individuata la posizione di garanzia, con o "senza" una fonte legale, occorre poi approfondire se la posizione di garanzia stessa rilevi solo a fini terapeutici¹³⁶ od anche custodiali¹³⁷ e se la contenzione chimica sia un trattamento sanitario che possa rientrare all'interno della cura ovvero, come pare desumersi dal concetto stesso di contenzione, collocarsi nell'ambito della custodia. È quindi necessaria una puntuale delimitazione del confine fra la somministrazione di farmaci a fini di cura rispetto ad una somministrazione che abbia come unico obiettivo la contenzione dell'infermo. Solo una volta risolti tali problemi ricostruttivi è possibile, successivamente, interrogarsi se l'eventuale obbligo giuridico, sia idoneo a scriminare, in virtù di un altrettanto eventuale conflitto di doveri, il divieto scaturente dalle fattispecie di reato che possono configurarsi in conseguenza

del 1909 Trib. Vallo della Lucania, 30 ottobre 2012, citate da G. DODARO, *Il nodo della contenzione*, cit.

¹³⁴ Secondo G. DODARO, *Il problema della legittimità*, cit., 1498 «La decisione del legislatore penitenziario di confermare l'impostazione della legge manicomiale si può giustificare solamente sulla base del presupposto esegetico che l'entrata in vigore della legge n. 180 non abbia comportato l'abrogazione delle norme che disciplinavano la contenzione fisica in ambito psichiatrico».

¹³⁵ Sulle questioni relative, più in generale, alla responsabilità per omissione del medico psichiatra all'interno delle REMS si rinvia a L. BRIZI, *Dallo psichiatra "medico-terapeuta" allo psichiatra "medico-direttore": forme e modelli di responsabilità penale nel nuovo volto delle REMS*, in *questo volume*.

¹³⁶ Sul punto v. le posizioni riportate da G. DODARO, *Il problema della legittimità*, cit., 1488 ss.; Ritiene che si tratti di atto medico C. SALE, *op. cit.*, 6 «La contenzione, pertanto, osservata da questa visuale è qualificabile come atto medico». Così anche T. BANDINI, *Introduzione*, in *La contenzione fisica in psichiatria* a cura di R. Catanesi, L. Ferraninni e P. F. Peloso, Milano, 2006, VIII. Laddove si ritenga lecito ricorrere alla contenzione farmacologica, pare opportuno elaborare "linee guida" e "buone pratiche", al fine di disciplinarne quanto più possibile le modalità esecutive, così G. DODARO - L. FERRANNINI, *Contenzione meccanica in psichiatria. Introduzione a focus*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/2013, 174 ss.

¹³⁷ A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1372 «La gestione interna diviene esclusivamente sanitaria, ma le nuove strutture restano pur sempre delle residenze per l'esecuzione di misure di sicurezza: "a prima lettura" parrebbe che il medico psichiatra si veda (ri)affidati anche autentici compiti "di polizia"; EAD., *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, 2013, 401 ss.

del ricorso alla contenzione chimica¹³⁸ e, in caso di risposta affermativa, entro quali limiti¹³⁹. Sembra tuttavia che sorgano due aspetti problematici: da una parte la necessità, *ex art. 32*, secondo comma, Cost., di una specifica indicazione di fonte legale¹⁴⁰, che espressamente autorizzi un trattamento

¹³⁸ Per un'interpretazione della contenzione come atto medico, atipico e, quindi, di per sé penalmente lecito (e non, viceversa, tipico ma non antiggiuridico) v. C. SALE, *op. cit.*, 10. La negazione della tipicità dell'attività medica risiede, secondo D. PULITANÒ, *L'attività terapeutica*, in *Diritto penale. Parte speciale* a cura di D. Pulitanò, I, Torino, 2014, 37. «[...] in un diffuso, comprensibile disagio (concettuale? psicologico?) di fronte alla affermazione di tipicità penale di un tipo di fatto normalmente lecito e doveroso. L'affermazione di tipicità è sentita come uno stigma negativo [...] Ma l'attività terapeutica è un campo in cui la realizzazione di fatti tipici di lesione personale non funge da indizio dell'illiceità», v. anche G. DODARO, L. FERRANNINI, *Contenzione meccanica in psichiatri*, cit., 170. Sembra tuttavia che muovendo dalla costruzione "bipartita" del reato, il problema possa trovare immediata soluzione: l'attività medica, compiuta in presenza di cause di giustificazione (nell'ipotesi adempimento del dovere), nascerebbe di per sé lecita, v. M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., 293 «Il fatto realizzato in presenza di una causa di giustificazione nasce *ab initio* penalmente lecito, o se si preferisce, penalmente irrilevante». Per un'analisi dei problemi concernenti il fondamento di liceità dell'attività medica v. I. LEONCINI, *I reati contro la vita*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale* a cura di A. Fiorella, Torino, 2013 ed *ivi* per gli opportuni riferimenti bibliografici.

¹³⁹ Ammettendosi l'esistenza di una posizione di garanzia e, quindi, di un correlativo obbligo giuridico, secondo parte della dottrina si potrebbe riconoscere efficacia scriminante a tale dovere. V. ad es. D. PULITANÒ, *L'attività terapeutica*, cit., 37, secondo cui «Lungi dall'indiziare alcunché di illecito, l'incisione chirurgica sul corpo del paziente si presenta come adempimento di una posizione di garanzia, cioè di un dovere. Appunto l'adempimento del dovere - di doveri che normalmente si legano al consenso dell'interessato - è la prospettiva in cui l'attività terapeutica fondamentalmente si inquadra, nell'ottica della giustificazione»; secondo G. DODARO, *Il problema della legittimità*, cit., 1504 ss. l'obbligo discendente dalla posizione di garanzia di protezione e controllo della sicurezza nei luoghi di cura è idoneo a rendere leciti (oltre che obbligatori) gli interventi di *coercizione fisica* in presenza di necessità ed urgenza, mentre per quanto concerne le forme di *contenzione meccanica* «Trattandosi dell'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica, è ragionevole ritenere che la giustificazione copra solamente l'uso di strumenti previsti da disposizioni di legge ad hoc o implicati dal dovere. Non possono considerarsi legittimi strumenti di adempimento di doveri d'ufficio mezzi vietati dalla legge o comunque proibiti in mancanza di particolari garanzie previste dalla Costituzione. Tali appunto sono i mezzi meccanici per la contenzione fisica del paziente. Essi non possono ritenersi implicati nella garanzia della sicurezza nei luoghi di cura, dal momento che soccorrono nell'operatività dei servizi, come abbiamo visto, per compensare carenze organizzative».

¹⁴⁰ Pur volendo ritenere tuttora vigente l'art 60 R.d. n. 605 del 1909 si tratta di una disposizione di rango secondario, nella quale si fa generico riferimento a mezzi di coercizione, senza specificare se possa farsi ricorso alla contenzione chimica, specificazione che pare necessaria per garantire l'osservanza della riserva di legge di cui all'art. 32, secondo comma, Cost. Anche nell'ipotesi in cui si volesse riconoscere efficacia vincolante all'interno delle REMS (ma v. nota 94) all'art 41 ed all'art. 82 del regolamento di esecuzione

sanitario contro la volontà del paziente, peraltro a fini contenitivi e non strettamente terapeutici, dovrebbe indurre a ritenere insufficiente l'attuale previsione normativa. Dall'altra, pur volendo "prescindere" da apposita fonte legale, «L'art 27 e l'art. 32 della costituzione si pongono come barriere contro quei trattamenti, anche terapeutici, che implicano una lesione dei diritti naturali dell'uomo; né la legge o i regolamenti autorizzano l'uso di quei trattamenti»¹⁴¹. Si potrebbe forse valorizzare tale aspetto ed argomentare che la copertura costituzionale del diritto alla salute, quale diritto fondamentale dell'individuo, e, più in generale, il rispetto della dignità umana dell'internato, vietino ogni trattamento coattivo con esse incompatibile e che non sia giustificato da situazioni di emergenza¹⁴²; ne discenderebbe, allora, una restrizione della stessa "posizione di garanzia" del medico-psichiatra relativa al trattamento dell'infermo di mente nelle REMS, nei suoi elementi di carattere indirettamente custodiale, concernenti l'obbligo di impedire atti auto e/o etero lesivi ricorrendo alla contenzione chimica. Si escluderebbe, quindi, un'eventuale responsabilità penale ex art. 40, secondo comma, c.p.; dalla delimitazione dell'obbligo giuridico discenderebbe altresì l'inidoneità dello stesso a scriminare le ipotesi in cui si ricorra a forme di contenzione chimica. Sembra residuare la possibilità che, nei limiti previsti dal codice e sussistendone i presupposti, possano invece trovare applicazione le scriminanti di cui agli articoli 52 c.p. e 54 c.p.¹⁴³.

penitenziaria (d.P.R. n. 230 del 2000), in essi si fa riferimento alla coercizione fisica, senza nulla disporre esplicitamente in ordine alla contenzione chimica. Peraltro lo stesso art. 41, terzo comma ord. penit., stabilisce che «[...] L'uso deve essere limitato al tempo strettamente necessario e deve essere costantemente controllato dal sanitario», così circoscrivendo l'intervento contenitivo ai casi di stretta attualità e necessità. Si pensi d'altra parte all'uso distorto che si potrebbe fare di tale disposizione ai danni di un internato, applicando, ad esempio, l'art. 41, primo comma, ord. penit. nella parte in cui legittima il ricorso alla contenzione per «vincere la resistenza, anche passiva all'esecuzione degli ordini impartiti». Rilevano il contrasto di tali disposizioni con l'art. 32 Cost. A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli*, cit., 93 e T. PADOVANI, *L'ospedale psichiatrico giudiziario*, cit., 254 e 255; v. anche M. MASSA, *Diritti fondamentali e contenzione*, cit., 193.

¹⁴¹ P. NUVOLONE, *Il rispetto della persona umana*, cit., 306.

¹⁴² Riprendendo le parole della Corte costituzionale (nella nota sentenza Corte cost., 2-18 luglio 2003, n. 253): «le esigenze di tutela della collettività non potrebbero mai giustificare misure tali da recare danno, anziché vantaggio, alla salute del paziente».

¹⁴³ Rendendo, dunque, facoltativo, e non obbligatorio, il ricorso alla contenzione chimica. Cfr. sul punto v. anche S. CACACE, *Il medico e la contenzione: aspetti risarcitori e problemi d'autodeterminazione*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/2013, 217; v. anche 222 ss. per quanto concerne i profili di risarcibilità del danno.

Lorenzo Brizi

Dallo psichiatra “medico-terapeuta” allo psichiatra “medico-direttore”: forme e modelli di responsabilità penale nel nuovo volto delle REMS

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Dal camice alla toga. Gli aspetti peculiari dell’attività medico-psichiatrica e gli “effetti riflessi” sul piano del giudizio di responsabilità penale – 3. La responsabilità penale del medico-psichiatra. Considerazioni introduttive – 4. La posizione di garanzia del medico-psichiatra nelle ricostruzioni proposte. La valorizzazione della disciplina normativa tra discrasie interpretative e ossimori valutativi – 4.1. Il “ruolo” del consenso del “folle reo” nella perimetrazione della posizione di garanzia del medico-psichiatra – 4.2. “Lo sguardo altrove”. La posizione di garanzia del medico-psichiatra valorizzata attraverso il richiamo alla tutela (costituzionale) della salute – 5. Dallo psichiatra “medico-terapeuta” allo psichiatra “medico-direttore”; dal giudice terapeuta allo psichiatra organo di giustizia. Eterogenesi di fini e di ruoli nel “nuovo volto” delle REMS – 5.1. Verso una responsabilità “multilivello”. La responsabilità penale dello psichiatra in qualità di “medico-direttore” – 5.2. La responsabilità penale dello psichiatra in qualità di “medico-terapeuta” – 6. L’omissione colposa in psichiatria. Brevi riflessioni sull’epilogo di un nuovo inizio

1. *Premessa*

Il processo di c.d. «definitivo superamento degli Ospedali psichiatrici giudiziari»¹ (OPG), stimolato (certamente, ma non solo) dallo «sdegno» per la scoperta delle condizioni di «autentico orrore»² e di degrado nel quale versavano

¹ Così la rubrica dell’art. 3-ter inserito nel corpo del d.l. n. 211 del 2011 dalla l. n. 9 del 2012. Sulle «luci ed ombre» della (impegnativa) terminologia adottata dal legislatore, Cfr. C. MAZZUCATO, G. VARRASO, *Chiudere o... aprire? Il “superamento” degli OPG tra istanze di riforma e perenni tentazioni di “cambiare tutto per non cambiare niente”*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2013, 1340-1343.

² Queste le parole utilizzate da Giorgio Napolitano, nel 2012, in occasione del discorso al Paese di fine anno. Si tratta di una sensazione già avvertita dalla letteratura giuridica: si veda, in particolare, S. MOCCIA, *Il volto attuale del sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2013, 1095, che parla di «insopportabile dimensione antiumana degli ospedali psichiatrici giudiziari». Analogamente già V. ANDRIOLI, *Gli infermi di mente avanti la Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1968, 1804 ss., ora in ID., *Cinquant’anni di dialoghi*

gli OPG italiani³, ed il conseguente processo di “istituzionalizzazione” delle Residenze per l’esecuzione delle misure di sicurezza (REMS), impone di chiarire le possibili ripercussioni della riforma sul piano della ricostruzione della responsabilità penale del medico-psichiatra per i fatti commessi dal proprio paziente.

L’attribuzione, infatti, al personale medico della «esclusiva gestione sanitaria all’interno delle strutture»⁴ ripropone il problema, vero *leitmotiv* della letteratura giuridica *post*-Basaglia, dell’esatta perimetrazione della responsabilità (penale) del medico-psichiatra per le condotte auto ed etero-aggressive commesse dai pazienti.

Più nello specifico, si tratta di stabilire se le «funzioni terapeutico-riabilitative e socio-riabilitative»⁵ attribuite alle REMS e, soprattutto, se il potere di *imperio* che gli operatori sanitari sembrerebbero (inevitabilmente) chiamati ad esercitare all’interno delle Residenze, siano tali da impegnare il medico-psichiatra verso compiti non più (e non solo) terapeutici ma anche di tipo penitenziario-custodiale. Il trasferimento della «responsabilità della gestione interna di tali strutture»⁶ ad un medico “dirigente” psichiatra, altrimenti detto, impone di saggiare se dietro l’etichetta di un processo di sanitarizzazione perseguito attraverso l’istituzione delle REMS⁷, si celino,

con la giurisprudenza, II, Milano, 2007, 952.

³ Cfr. la *Relazione sulle condizioni di vita e di cura all’interno degli ospedali psichiatrici giudiziari*, della Commissione parlamentare di inchiesta sull’efficacia e l’efficienza del Servizio sanitario nazionale, in www.senato.it (ultimo accesso 12.04.2017); l’*Indagine conoscitiva sulla situazione sanitaria nelle carceri*, della Commissione permanente Igiene e Sanità istituita presso il Senato della Repubblica, *ivi*, e, ancora prima, l’ispezione del Comitato per la prevenzione della tortura, consultabile in www.cpt.coe.int. Sottolinea come le due inchieste abbiano aperto un «enorme e terrificante vaso di Pandora», F. DELLA CASA, *Basta con gli OPG! La rimozione di un “fossile vivente” quale primo passo di un arduo percorso riformatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2013, 83.

⁴ Così, il terzo comma dell’art. 3-ter del d.l. n. 211 del 2011. Sulla genesi e sullo sviluppo di tale disposizione, Cfr. F. SCHIAFFO, *La riforma continua del «definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari»: la tormentata vicenda legislativa dell’art. 3-ter del d.l. n. 211/2011*, in *Crit. dir.*, 1/2013, 1 ss.

⁵ Cfr. l’Allegato A del decreto del Ministero della Salute del 1 ottobre 2012, attraverso il quale vengono fissati, come indicato nell’intestazione, i «*Requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi delle strutture residenziali destinate ad accogliere le persone cui sono applicate le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell’assegnazione a casa di cura e custodia*».

⁶ *Ibidem*.

⁷ Per l’esigenza di affiancare al processo di sanitarizzazione delle strutture deputate ad accogliere i c.d. malati mentali *anche* una riforma complessiva degli istituti della imputabilità, della pericolosità sociale e delle misure di sicurezza, si veda, di recente, D. D’AURIA, *Un primo passo verso la sanitarizzazione del trattamento sanzionatorio dei non imputabili in*

piuttosto, dei veri e propri obblighi custodiali anche in considerazione delle caratteristiche organizzative di tali strutture.

2. *Dal camice alla toga. Gli aspetti peculiari dell'attività medico-psichiatrica e gli “effetti riflessi” sul piano del giudizio di responsabilità penale*

L'indagine volta a delineare il perimetro della responsabilità penale del medico-psichiatra, sembrerebbe risultare arricchita dalle peculiarità “operative” che caratterizzano questa scienza medica.

Se è vero, infatti, che la psichiatria costituisce una branca specialistica della più ampia attività medica⁸, dovendosi dunque ricondurre ai canoni di questa particolare forma di responsabilità le ipotesi di *malpractice* nella gestione della malattia mentale⁹, è altrettanto vero come tale professione presenti degli ulteriori profili di complessità e di criticità che manifestano, inevitabilmente, la loro eco nella ricostruzione delle fattispecie penali che vengono in rilievo¹⁰.

Un primo fattore di instabilità e incertezza deriva, anzitutto, dalla difficoltà di procedere alla “valutazione” dello stadio clinico nel quale versa il paziente: l'«imprevedibilità di condotta che caratterizza talune sindromi psichiatriche»¹¹ connessa alla difficoltà di individuare degli schemi operativi precostituiti¹², rendono particolarmente labile, infatti, «il confine tra

attesa di una riforma complessiva dell'imputabilità, in *Cass. pen.*, 2/2014, 718 ss.

⁸ Così, G. CANEPA, *Note introduttive allo studio della responsabilità professionale dello psichiatra in ambito ospedaliero*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/1983, 19 ss., che, efficacemente, afferma come lo psichiatra abbia del medico «doveri, poteri e diritti». Analogamente, R. CUPELLI, *Non tutto ciò che si può si deve anche fare. I rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari: il caso dello psichiatra*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2014, 231.

⁹ R. ZANNOTTI, *La responsabilità penale dello psichiatra e dello psicologo*, in *Trattato di medicina legale e scienze affini*, diretto da G. Giusti, V. Tossicologia, errori professionali, opinioni, Padova, 2009, 1083.

¹⁰ In questi termini, A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012, 181 ss.

¹¹ F. INTRONA, *Problemi interpretativi, pratici e burocratici suscitati dalla legge sui trattamenti sanitari obbligatori dei malati di mente*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/1980, 15.

¹² A. FIORI, *La responsabilità professionale dello psichiatra*, in *La psichiatria forense in diritto civile. Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, a cura di F. Ferracuti, Milano, 1988, 51, rileva come tale difficoltà sia, almeno in parte, ascrivibile alla circostanza per cui determinate patologie psicotiche presentino dei connotati sintomatici simili ma per le quali, tuttavia, sembrerebbe doversi procedere a moduli operativi dissimili. La debolezza del procedimento diagnostico in psichiatria è sottolineata con

diagnosi corretta e diagnosi errata, trattamento indovinato e trattamento sbagliato»¹³, suggerendo l'idea per cui il medico-psichiatra sia sempre più spesso chiamato ad emettere un «giudizio divinatorio»¹⁴ piuttosto che una diagnosi sullo stato psicopatologico del paziente¹⁵.

Alla «estrema conflittualità nosografica»¹⁶, si affiancano poi le problematiche insite all'attività «più strettamente “modale” e operativa della scelta del percorso terapeutico»¹⁷ da seguire nel caso di specie. La difficoltà di segnare una linea di confine tra condotte di tipo auto ed etero-aggressive¹⁸, nonché la problematica relativa ai mezzi da utilizzare per la cura del paziente¹⁹,

particolare efficacia anche da L. PONTI, G. BOVIO, *Un nuovo diritto per il malato di mente o una nuova percezione della malattia mentale?*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/1986, 1062 ss., spec. 1064 e, più recentemente, da R. CATANESI, V. MARTINO, *Verso una psichiatria forense basata su evidenze*, ivi, 6/2006, 1011.

¹³ G. FIANDACA, *Responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: i reati omissivi*, in *La tutela della salute mentale e responsabilità penale degli operatori*, a cura di A. Manacorda, Perugia, 1989, 212. Un minor grado di certezza scientifica, dunque, che si riverbera, poi, sulla maggiore opinabilità delle decisioni adottate e da adottarsi. In tal senso, M. BARALDO, *Gli obblighi dello psichiatra, una disputa attuale: tra cura del malato e difesa sociale*, in *Cass. pen.*, 12/2008, 4638 ss.

¹⁴ Così A. GARGANI, *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione: due casi “esemplari” di responsabilità ex art. 40 comma 2 c.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 11/2004, 1402.

¹⁵ Per una esaustiva ed articolata analisi del (complesso) rapporto tra diritto penale e psicopatologia forense, sotto il duplice angolo prospettico del “ruolo” della scienza psichiatrica nell'accertamento (processuale) del vizio di mente e della “solidità” teorico-pratica dei criteri da questa elaborati, si veda, per tutti, M. BERTOLINO, *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema della infermità mentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2006, 539 ss.

¹⁶ A. FIORI, *La riforma (della riforma) psichiatrica e la responsabilità professionale dello psichiatra*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/1982, 537, sottolinea come le difficoltà definitorie abbiano aperto la strada verso «l'epoca della massima discrezionalità, dove qualsiasi disturbo (...) può divenire vizio di mente rilevante per l'imputabilità». Si veda pure, al riguardo, G. PONTI, *Il dibattito sull'imputabilità*, in *Questioni sull'imputabilità*, a cura di A. Ceretti, I. Merzagora, Padova, 1994, 10.

¹⁷ G. DE FRANCESCO, *L'imputazione della responsabilità penale in campo medico-chirurgico: un breve sguardo d'insieme*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2012, 970, il quale, più specificamente, rileva come in tale ambito le regole cautelari siano caratterizzate da una «strumentalità alternativa» in considerazione dell'impossibilità di ricondurre le soluzioni (astrattamente) prospettabili ad un'unica (concreta) opzione applicativa.

¹⁸ Sull'adattabilità di tale distinzione alla “realtà” della malattia psichiatrica, si veda, in senso particolarmente critico, A. REALDON, *Malati di mente e ricovero coatto*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/1980, 916, nonché M. BILANCETTI, F. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 2013, 160.

¹⁹ La difficoltà di individuare mezzi terapeutici adeguati al caso specifico, è ben evidenziata da A. FIORI, F. BUZZI, *Problemi vecchi e nuovi della professione psichiatrica*, in *Riv. it. med. leg.*, 6/2008, 1445 ss.

rendono particolarmente complessa non solo la stessa individuazione degli obblighi (penalmente rilevanti) di cui è titolare il medico-psichiatra ma la stessa possibilità di ripercorrere, in sede giudiziale, il percorso clinico da questi seguito e, dunque, l'idoneità, o meno, delle terapie intraprese²⁰.

Nondimeno, la circostanza secondo cui egli, nello specifico contesto di rischio nel quale esercita la propria attività, è l'unico che “può” intervenire, rappresenterebbe un elemento di non trascurabile rilevanza in ordine alla possibilità di configurare una posizione di garanzia per il sol fatto che si trovi a “gestire” la malattia mentale del paziente. La «fiducia “irrealistica” nella funzione “taumaturgica” svolta dallo stesso medico»²¹ sembrerebbe, poi, alimentare quel *trend* giurisprudenziale che tende ad attribuire all'operatore sanitario il ruolo di vero e proprio “custode” (*id est*: di garante) del malato. Con la conseguenza per cui si finisce con il costruire una responsabilità che si cristallizza sulla “funzione” e sul “ruolo” ricoperto²² piuttosto che sul fatto in concreto verificatosi²³.

3. La responsabilità penale del medico-psichiatra. Considerazioni introduttive

Tralasciando le forme di responsabilità dolosa che costituiscono delle ipotesi di difficile verifica in questo ambito²⁴, lo schema entro cui

²⁰ Il problema finisce con l'aumentare laddove si tenga a mente come, rispetto allo studio delle malattie mentali, non si possa parlare di una scienza psichiatrica, ma di tante scienze psichiatriche, ognuna delle quali, poi, caratterizzata da suoi autonomi peculiari profili. In questi termini P. GIROLAMI, *Il “contratto di cura”: considerazioni generali*, in *La responsabilità professionale dello psichiatra*, a cura di S. Jourdan e U. Fornari, Torino, 2006, 5.

²¹ C. PEZZIMENTI, *La responsabilità penale del medico tra linee guida e colpa “non lieve”: un'analisi critica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2015, 311.

²² Cfr., sul “fascino” esercitato dalle qualifiche pubblicistiche nella ricostruzione della responsabilità *per omissionem*, G. SALCUNI, *I “circuiti” ed i “cortocircuiti” nelle scelte dei modelli di tutela fra pubblico e privato. Le qualifiche pubblicistiche e le posizioni di garanzia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2014, 875.

²³ Sottolineano efficacemente la connessione tra “allarme sociale” e “risposta giudiziaria” quale “concausa” in vista della costruzione di una responsabilità omissiva a carico dello psichiatra, F. BRICOLA, *La responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: profili penalistici generali*, in *La tutela della salute mentale e responsabilità penale degli operatori*, cit., 138 e, nello stesso volume, G. FIANDACA, *Responsabilità penale dell'operatore di salute mentale*, cit., 195. In termini analoghi, già G. FORNARI, *Il trattamento del malato di mente e la legge 180/78: aspetti psichiatrico-forensi e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/1984, 333, il quale, non a caso, parlava di «*criminalizzazione dello psichiatra*».

²⁴ Per un'ampia e ragionata casistica, cfr. R. ZANNOTTI, *La responsabilità penale dello psichiatra*,

viene ricondotta²⁵ la responsabilità dello psichiatra è essenzialmente quello del c.d. reato omissivo improprio²⁶.

Senza entrare nel merito di quel processo di «criminalizzazione di secondo grado»²⁷ che si realizza attraverso il ricorso alla clausola di equivalenza di cui all'art. 40, secondo comma c.p., è opportuno rilevare come, dal punto di vista della tipizzazione della fattispecie, il reato omissivo improprio prima ancora che un problema di causalità pone un problema di individuazione del soggetto «attivo» del reato²⁸, titolare del relativo obbligo giuridico di impedimento dell'evento.

La dialettica tra formalismo²⁹ e sostanzialismo³⁰ nella ricostruzione della

cit., 1096-1097; G. MARRA, S. PEZZETTO, *La responsabilità dello psichiatra nella giurisprudenza successiva alla legge n. 180 del 1978*, in *Cass. pen.*, 10/2006, 3429.

²⁵ Isolata sembrerebbe essere la pronuncia con la quale Cass., Sez. IV pen., 14 novembre 2007, n. 10795, Pozzi, annotata, *ex plurimis*, da F. CINGARI, *Presupposti e limiti della responsabilità penale dello psichiatra per gli atti etero-aggressivi del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2009, 440 ss., dove la Suprema Corte ha escluso la possibilità di muovere un rimprovero nei confronti del medico a titolo di omesso impedimento dell'evento, riqualificando la condotta come di natura commissiva. Sul punto, si vedano pure le osservazioni di C. CUPELLI, *La responsabilità penale dello psichiatra. Sui rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari*, Napoli, 2013, 28 ss.

²⁶ Come rileva A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, 2013, 127-128, la tendenza che, specie in passato, si registrava proprio nell'attività medico-chirurgica, era quella di qualificare come omissiva la condotta del sanitario e ciò «non solo per «ragioni sistematiche», ma anche per «ragioni probatorie» in considerazione della possibilità «di avvalersi di regole meno rigorose nell'accertamento del nesso eziologico».

²⁷ L. RISICATO, *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo. Genesi e soluzione di un equivoco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/1995, 1268; EAD., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001.

²⁸ Sull'importanza che la soggettività omissiva riveste nell'economia applicativa dell'art. 40, secondo comma c.p., si vedano, *ex multis*, G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 23-24; A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento*, cit., 236-237; M. ROMANO, *Sub Art. 40*, in *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, 378; A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985, 37; D.P. DEMURO, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1998, 846 ss.; A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2/2000, 582. Nella manualistica si vedano, per tutti, C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013, 264.

²⁹ Aderiscono all'indirizzo formale nella ricostruzione delle posizioni di garanzia, sia pur con sfumature alquanto differenti con riferimento alle fonti legittimate a fondare obblighi giuridici di impedimento dell'evento, F. ANTOLISEI, *L'obbligo di impedire l'evento*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1/1936, 121 ss.; F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1947, 54 ss.; I. CARACCIOLI, voce *Omissione (Diritto penale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, 1965, 895.

³⁰ Cfr., pur nella eterogeneità delle posizioni espresse, F. SGUBBI, *La responsabilità penale*

c.d. *Garantenstellung*, sembrerebbe oggi trovare il proprio punto di sintesi nella concezione “mista”, formale-funzionale³¹. La posizione di garanzia, in quest’ottica, sarebbe qualificata dalla presenza di un obbligo impeditivo (cristallizzato in fonti formali)³² posto a carico di alcune categorie di soggetti, in vista della necessità di attribuire una tutela rafforzata a determinati beni giuridici stante l’incapacità del titolare di apprestarvi una tutela adeguata³³. L’obbligo giuridico in questione può ritenersi operante in quanto la “doverosità” d’intervento “preesista”, sulla base di una fonte giuridica, rispetto alla situazione di pericolo che il *Garant* è chiamato a neutralizzare³⁴.

L’esistenza di una posizione di garanzia in capo al medico-psichiatra non sembrerebbe scontare incertezze di sorta tanto in dottrina che in giurisprudenza³⁵.

Il combinato disposto degli artt. 2 e 32 della Costituzione³⁶ e la normativa di settore³⁷ rappresenterebbero, infatti, una traccia particolarmente significativa in vista dell’attribuzione al medico-psichiatra di una posizione “di protezione” rispetto alla tutela dei propri pazienti³⁸. Maggiori problemi, tuttavia, si incontrano nel momento in cui si debba procedere

per omesso impedimento dell’evento, Padova, 1975, 130; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 227 ss.; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, 277.

³¹ *Ex multis*, F. MANTOVANI, *L’obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2001, 337 ss. Analogamente, anche N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003, 50 ss.

³² A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, cit., 586.

³³ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 644-645; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, 158.

³⁴ Da ultimo, A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento*, cit., 262-263.

³⁵ Nelle sentenze pronunciate nei casi di responsabilità psichiatrica, la circostanza secondo cui il medico-psichiatra sia titolare di una posizione di garanzia, sembrerebbe, in effetti, essere una circostanza mai messa in discussione. Anzi, l’assunto secondo il quale il medico sia garante della salute del paziente, è stato ribadito dalla giurisprudenza anche nelle ipotesi di sentenze assolutorie. Cfr., ad esempio, Trib. Bologna, 9 giugno 1993, Frank, in *Crit. pen.*, 1993, 57, che, dopo aver ammesso l’obbligo a carico del medico-psichiatra di tutelare la salute del paziente, ne esclude la responsabilità per omicidio colposo per la «concreta imprevedibilità dell’evento».

³⁶ Al riguardo, si veda, per tutti, E. SBORRA, *La posizione di garanzia del medico*, in *Medicina e diritto penale*, a cura di S. Canestrari [et. al], Napoli, 2009, 117.

³⁷ Per una esaustiva e compiuta individuazione degli indici normativi valorizzabili in tal senso, per tutti, G. DODARO, *Posizione di garanzia degli operatori dei servizi psichiatrici per la prevenzione di comportamenti auto o etero-aggressivi del paziente. Gli orientamenti della giurisprudenza penale (1978-2010)*, in *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici. Giurisprudenza e clinica a confronto*, a cura di G. Dodaro, Milano, 2011, 51.

³⁸ *Ex multis*, I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, 82 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 169-170.

all'individuazione della "sfera di signoria" che grava sull'operatore di salute mentale: in particolare si tratterà di stabilire *in che modo* ma, soprattutto, *in che limiti* possa riconoscersi in capo a questi un dovere di intervento finalizzato all'impedimento di eventi lesivi dell'integrità personale del malato (es. suicidio) o di terzi (es. omicidio).

Come ampiamente noto, il problema relativo all'esatta perimetrazione del contenuto della posizione di garanzia dello psichiatra ha trovato il proprio atto di genesi nella disciplina introdotta dalla l. 13 maggio 1978, n. 180 (c.d. legge Basaglia).

Il passaggio da un modello "istituzionalizzante" ad un modello "personalistico" nella cura della malattia mentale, non ha infatti mancato di suscitare perplessità in ordine alla ricostruzione degli obblighi, penalmente rilevanti, da attribuire al medico-psichiatra. Più nello specifico, si tratta di stabilire se l'abbandono di un sistema «staticamente custodialistico nella cura della malattia mentale»³⁹ in cui il folle reo veniva considerato come «oggetto di custodia e di coercizione intramurale»⁴⁰, sia tale da attribuire al medico competenze esclusivamente di carattere terapeutico-sanitario. Ovvero se, nonostante il *novum* normativo, caratterizzato dall'abbandono (parziale) del regime manicomiale in vista di una più compiuta valorizzazione della volontà del "folle-reo"⁴¹, permangano doveri di custodia in capo all'operatore di salute mentale⁴².

Inevitabili le conseguenze che ne derivano sul piano della ricostruzione della responsabilità penale dell'operatore medesimo. Ritenere, come tradizionalmente afferma la dottrina penalistica, che lo psichiatra sia titolare di un solo compito terapeutico, vorrebbe dire creare «una specie di autorizzazione

³⁹ A. FIORI, *La riforma (della riforma) psichiatrica*, cit., 535.

⁴⁰ U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, Torino, 2015, 648

⁴¹ *Infra*, par. 4.2.

⁴² La visione per cui alla "cura" dovesse necessariamente affiancarsi (se non anteporsi) la "custodia" del "folle-reo", era strutturalmente radicata nelle fondamenta del sistema tracciato dalla l. 14 febbraio 1904 («Disposizioni sui manicomi e sugli alienati»). Una volta edificato il sistema manicomiale sul principio di «pericolosità a sé o agli altri» connesso alla previsione di una fitta serie di fattispecie penali dettate dall'«esigenza di evitare la libera circolazione di persone pericolose», *sub specie*, i malati di mente, in capo agli operatori di salute mentale derivavano prima ancora che degli obblighi terapeutici, degli obblighi di natura squisitamente custodiale. Per una compiuta ed esaustiva analisi della normativa previgente, per tutti, M. ROMANO, F. STELLA, *Ricoveri, dimissioni e trattamento terapeutico dei malati di mente: aspetti penalistici e costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1973, 388 ss. Sulle ragioni e conseguenti problematiche interpretative di un modello di marca squisitamente custodiale, Cfr., A. BREGOLI, *Figure di sorveglianti dell'incapace dopo la legge 180*, in *Un altro diritto per il malato di mente*, a cura di P. Cendon, Napoli, 1988, 827; A. QUARANTA, *Il sistema di assistenza sanitaria*, Milano, 1985, 166.

all'impunità⁴³ rispetto alle condotte (certamente) etero-aggressive e (forse anche) auto-lesive commesse dal proprio paziente⁴⁴. Viceversa, ritenere, come sostenuto dalla letteratura medico-legale, che lo psichiatra abbia anche un dovere di controllo, lo esporrebbe a una dichiarazione di responsabilità rispetto agli eventi di danno cagionati dal proprio paziente e diretti contro la propria persona o contro l'altrui incolumità⁴⁵.

4. *La posizione di garanzia del medico-psichiatra nelle ricostruzioni proposte. La valorizzazione della disciplina normativa tra discrasie interpretative e ossimori valutativi*

Quando dal piano degli intenti si volge lo sguardo alle ricostruzioni fornite dalla letteratura giuridica e dalla giurisprudenza, il senso di vertigine finisce inevitabilmente con l'aumentare. Una prima lettura, valorizzando, come già precisato, la “svolta epocale” determinata dalla legge Basaglia arriva alla conclusione secondo cui non sia «assolutamente costruibile oggi un obbligo giuridico di custodia, un obbligo di sorveglianza che arrivi a garantire la non commissione di un reato da parte di terzi»⁴⁶. Eliminati, infatti, i profili più “aspri” dell'assetto manicomiale del 1904, la soluzione diretta a rendere il medico psichiatra “custode” di ogni condotta tenuta dal folle-reo, comporterebbe un indebito “ritorno al passato” attraverso il surrettizio reinserimento di competenze di difesa sociale, estranee alla rimodellata normativa⁴⁷.

Preso di posizione che troverebbe conferma anzitutto nell'abrogazione delle fattispecie contravvenzionali di cui agli artt. 714 e ss. c.p.

La rinuncia a «prevenire “in forma mediata” eventuali delitti contro la vita e l'incolumità individuale degli alienati, nonché contro la vita e l'incolumità di terzi»⁴⁸, avrebbe infatti determinato uno «svuotamento

⁴³ Circostanza icasticamente sottolineata da G. CANEPA, *op. cit.*, 24.

⁴⁴ Sia sufficiente, a testimonianza di questa opinione, il rinvio a G. FIANDACA, *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, in *Foro it.*, II, 1988, c. 112; ID., *Responsabilità penale dell'operatore di salute mentale*, cit., 206 ss.

⁴⁵ Valga, per il momento, il rinvio a U. FORNARI, *op. cit.*, 615 ss.

⁴⁶ F. BRICOLA, *La responsabilità penale dell'operatore di salute mentale*, cit., 144.

⁴⁷ In questi termini, sia pure con sfumature differenti, G. INSOLERA, *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale omissiva dello psichiatra*, in *Ind. pen.*, 3/1990, 775; P. GIROLAMI, S. JOURDAN, *Lo psichiatra e il suicidio del paziente. Viaggio attraverso le categorie giuridiche delle “obligations de sécurité” e degli “obblighi di protezione”*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/2001, 60.

⁴⁸ F. BRICOLA, voce *Custodia di minori, alienati di mente o persone detenute (Contravvenzioni*

del contenuto della posizione di garanzia»⁴⁹ dello psichiatra. Questi, in particolare, non sarebbe più gravato da alcun obbligo di sorveglianza stante l' (acquisita consapevolezza della) inidoneità di far fronte, mediante custodia, alle esigenze preventive che, in concreto, possono caratterizzare la patologia psichica della quale è affetto il paziente⁵⁰.

Ulteriore conferma viene poi tratta dalla "rimodulazione" della disciplina del trattamento sanitario obbligatorio.

La circostanza per cui, in tali ipotesi, sussistano in capo al paziente delle "alterazioni di particolare gravità", unitamente ad una condotta non partecipativa dello stesso⁵¹, imporrebbe di ritenere come nella posizione di garanzia del medico rientrino *anche* obblighi di natura custodiale⁵². Trovandosi di fronte a un paziente non in grado di "badare a sé stesso", gli atti auto ed etero-aggressivi non potrebbero essere a questo ascrivibili, dovendone piuttosto rispondere *per omissionem* il medico psichiatra⁵³. Segnatamente, dovrebbe escludersi la responsabilità ai sensi dell'art. 40, secondo comma c.p., nelle ipotesi di ricovero volontario da parte del paziente⁵⁴, quantomeno per le condotte etero-aggressive⁵⁵.

concernenti la), in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 583.

⁴⁹ P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, in *Trattato di diritto penale – Parte speciale*, III, diretto da G. Marinucci, E. Dolcini, II, *I delitti colposi*, Padova, 2009, 347.

⁵⁰ Si tratta di un dato valorizzato dalla letteratura prevalente. Si vedano, al riguardo, P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., 345; R. ZANNOTTI, *La responsabilità penale dello psichiatra*, cit. 1087; A. GARGANI, *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione*, cit., 1399; G. FIANDACA, *Responsabilità penale dell'operatore di salute mentale*, cit., 205.

⁵¹ Cfr. i presupposti fissati dall'art. 34, comma 4 della l. n. 833 del 1978.

⁵² R. ZANNOTTI, *La responsabilità penale dello psichiatra*, cit., 1087, secondo il quale di fronte alla sottoposizione a t.s.o. di un disturbato mentale, «il contenuto della posizione di garanzia del sanitario si estende (eccezionalmente) fino a ricomprendere anche l'obbligo di custodia, in quanto può affermarsi che in tal caso la custodia non costituisce altro che un ulteriore risvolto del generico obbligo di cura». Analogamente anche D. CHINDEMI, V. CARDILE, *Violenza psichica endo-familiare, plagio della vittima e rimedi terapeutici*, in *Resp. civ. prev.*, 5/2007, 1201.

⁵³ Così, quasi testualmente, A. MANNA, *La riforma Basaglia e la responsabilità penale dello psichiatra per atti auto- ed etero-lesivi dei pazienti in Italia*, in *Arch. pen. web*, 2016, 2.

⁵⁴ *Contra*, in giurisprudenza, Cass., Sez. IV pen., 12 febbraio 2013, n. 16975, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2013, 1441, con nota di C. SALE, *Causalità omissiva e suicidio del paziente*; Cass., Sez. IV pen., 27 novembre 2008, n. 48292, in *Cass. pen.*, 4/2010, 1462, con nota di P. PIRAS, C. SALE, *Atti auto ed etero lesivi e responsabilità dello psichiatra*.

⁵⁵ La ricostruzione (già proposta da F. STELLA, *La responsabilità dello psichiatra nel trattamento open-door*, in *Problemi giuridici attuali della istituzione psichiatrica*, Roma, 1974, 7, nonché da G.M. FLICK, *Cura elo custodia. Aspetti penalistici e costituzionalistici*, ivi, 46) è fatta propria, tra gli altri, anche da M. ZANCHETTI, *Fra l'incudine e il martello: la responsabilità penale dello*

I dati normativi qui rapidamente passati in rassegna non sembrerebbero, tuttavia, fornire soluzioni univoche prestandosi anzi ad interpretazioni antitetiche. Così, mentre per l'indirizzo interpretativo testé menzionato la riforma del 1978, nelle sue articolazioni, costituirebbe puntuale conferma della esclusiva titolarità, in capo al medico-psichiatra, di funzioni terapeutiche⁵⁶, altra parte della dottrina, al contrario, giunge a ribadire che questi sia ancora oggi gravato da obblighi generali di sorveglianza.

Muovendo da una concezione, per così dire, “realistica” della malattia mentale, si è ritenuto come nonostante l'intervento riformatore sia stato mosso dal lodevole intento di eliminare l'equazione “malattia mentale – (dunque) – pericolosità sociale”, resterebbe un incrollabile dato di fatto: quello per cui «taluni malati di mente continuano ad essere “pericolosi” pure dopo l'emanazione delle nuove norme»⁵⁷. Anzi, il riferimento, tra i presupposti applicativi del t.s.o., alle «alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici» coinciderebbe nella realtà vivente della malattia psichica con il concetto di «pericolosità a sé o ad altri» caratterizzante la normativa del 1904⁵⁸.

La riforma Basaglia, in quest'ottica, pur avendo realizzato quella “svolta” (agognata) nella “gestione” e cura della malattia mentale, poco o nulla avrebbe mutato in ordine alla perimetrazione della responsabilità penale del medico-psichiatra: l'obbligo di cura posto a suo carico, ricomprenderebbe in sé anche un dovere di sorveglianza finalizzato all'adozione di una serie di interventi atti a scongiurare la possibile causazione di eventi

psichiatra per il suicidio del paziente in una recente pronuncia della Cassazione, in *Cass. pen.*, 9/2014, 2862; M. MASPERO, *Mancata previsione di evento suicidario e responsabilità dello psichiatra: creazione di un fuzzy set o rilevazione di un ossimoro?*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2002, 913 ss., e ribadita in *Id.*, *La responsabilità del medico per il suicidio del paziente alla luce della recente giurisprudenza di merito*, *ivi*, 4-5/2005, 785.

⁵⁶ C. CUPELLI, *La responsabilità penale dello psichiatra*, *cit.*, 50 ss.

⁵⁷ Così, F. INTRONA, *Problemi interpretativi, pratici e burocratici*, *cit.*, 13; G. CANEPA, *op. cit.*, 23; A. FIORI, *La riforma (della riforma) psichiatrica*, *cit.*, 554-555.

⁵⁸ Sulla impossibilità di mantenere, nei confronti del malato di mente, il concetto di “pericolosità”, si veda G. FIANDACA, *Responsabilità penale dell'operatore di salute mentale*, *cit.*, 208. In senso analogo anche A. MANNA, *Sull'“abolizione” degli ospedali psichiatrici giudiziari: pericolosità sociale o bisogno di terapia?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2013, 1332, il quale, dopo aver rilevato l'aporia di un sistema che intende mettere al bando la categoria della pericolosità per poi utilizzarla, surrettiziamente, quale presupposto applicativo delle misure di sicurezza, ritiene come il presupposto applicativo di queste «non potrà più consistere nella “pericolosità sociale”, bensì nel c.d. “bisogno di terapia”, oltre, ben inteso, la commissione di un fatto di reato». *Contra*, di recente, A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire: l'eterna dialettica tra “cura” e “custodia” nel passaggio dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/2015, 1369.

dannosi contro terzi o contro la stessa persona del “folle-reo”.

4.1. *Il “ruolo” del consenso del “folle reo” nella perimetrazione della posizione di garanzia del medico-psichiatra*

La ricerca di un appiglio normativo, sia pur mosso dall'intento di rimediare all'indeterminatezza⁵⁹ dell'art. 40, secondo comma c.p., non sembrerebbe risultare probante. Fuori, infatti, dalle apodittiche affermazioni secondo cui il medico risulterebbe titolare di una posizione di garanzia a scopo terapeutico⁶⁰, rimane intatto il problema di stabilire se al fianco (o all'interno) dello stesso obbligo possano essere individuati anche doveri di natura custodiale⁶¹.

Un ulteriore percorso interpretativo astrattamente percorribile potrebbe essere quello di indagare sul “ruolo” giocato dal consenso del paziente.

Senza entrare nel merito di analisi che richiederebbero ben altro approfondimento, si deve rilevare come la “costituzionalizzazione” del consenso informato⁶², connessa ad una progressiva “soggettivizzazione”

⁵⁹ Sulla difficoltà di delimitare i confini della tipicità del reato omissivo improprio, con conseguente trasfigurazione dell'art. 40, secondo comma c.p. in una fattispecie «a formazione giudiziaria», Cfr., per tutti, T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Ind. pen.*, 2/1999, 535 ss. Sui problemi, viceversa, sollevati con riferimento alla compatibilità della disposizione con il principio della riserva di legge, F.C. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1993, 354.

⁶⁰ L'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale, che ha definitivamente inquadrato il servizio di igiene mentale nell'ambito di un servizio pubblico, costituirebbe prova sin troppo evidente del principio secondo cui il medico-psichiatra sia destinatario di un dovere terapeutico che lo renda titolare «di obblighi di intervento finalizzati alla tutela della salute individuale». Così, G. FIANDACA, *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, cit., c. 109, alla cui lettura fa eco, sia pure attraverso l'utilizzo di impostazioni teoriche e conclusioni differenti, A. GARGANI, *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione*, cit., 1400; I. LEONCINI, *I reati contro la vita*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di A. Fiorella, Torino, 2013, 26; C. CUPELLI, *La colpa dello psichiatra. Rischi e responsabilità tra poteri impeditivi, regole cautelari e linee guida*, in *Penalecontemporaneo.it*, 21 marzo 2016, 8.

⁶¹ Un (sia pur) “flebile” dovere di sorveglianza, viene ravvisato da R. ZANNOTTI, *La responsabilità penale dello psichiatra*, cit., 1087-1088, nei casi in cui il paziente si trovi ricoverato in regime di t.s.o.

⁶² F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari “non obbligatori” e Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1982, 314; M. RUOTOLO, sub *Art. 13 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, I, Torino, 2006, 325. Nella letteratura penalistica, si veda, per tutti, F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, 37 ss.

della nozione di salute⁶³, abbia determinato un rovesciamento della tradizionale visione del rapporto medico-paziente. Quest’ultimo, infatti, non sarebbe più mero spettatore delle scelte prese (ed imposte) dal medico, ma la consapevolezza sull’*an* e sul *quomodo* della terapia lo renderebbero «protagonista delle sue scelte di vita»⁶⁴, consentendogli di concorrere, in via partecipata, all’adozione della decisione maggiormente aderente alle proprie aspettative ed esigenze⁶⁵.

Il consenso informato, in quest’ottica, avrebbe non solo permesso di «far uscire il malato dal cono d’ombra della soggezione al medico»⁶⁶, ma anche di modificare gli obblighi, penalmente rilevanti, da addossare a quest’ultimo. Di fronte, infatti, al dissenso alle cure manifestato dal paziente, la posizione di garanzia del medico dal generico e pervasivo obbligo di cura⁶⁷ si trasformerebbe in un dovere di “assecondarne la volontà”⁶⁸ al fine di garantirne la libertà morale⁶⁹.

⁶³ Sulle coordinate di un diritto alla salute soggettivo, in cui viene posto al centro del dialogo non già la malattia da curare ma lo stesso soggetto portatore della patologia clinica, attraverso una più spiccata valorizzazione dei profili del suo consenso (al trattamento) e della sua autodeterminazione (alle cure), Cfr., *ex plurimis*, M. BESSONE, E. ROPPO, *Diritto soggettivo alla “salute”, applicabilità diretta dell’art. 32 della Costituzione ed evoluzioni della giurisprudenza*, in *Pol. dir.*, 1974, 766 ss.; M.C. D’ARRIGO, voce *Salute (diritto alla)*, in *Enc. Dir.*, agg. V, Milano, 2001, 1009 ss. Un recente ed efficace quadro di sintesi è fornito da A. PIOGGIA, *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2011, 127 ss. Sulle ricadute di simili concezioni nell’ambito penalistico, Cfr., A. GARGANI, *Jus imperfectum? L’esercizio del diritto di rifiutare le cure tra esigenze di garanzia e prospettive di riforma*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2014, 505 ss.; L. EUSEBI, *Verso una recuperata determinatezza della responsabilità medica in ambito penale?*, in *Criminalia*, 2009, 428.

⁶⁴ L. D’AVACK, *Sul consenso informato all’atto medico*, in *Dir. fam.*, 2/2008, 759.

⁶⁵ Particolarmente efficace, al riguardo, F. GIUNTA, *Il consenso informato all’atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2001, 378, il quale evidenzia come sia la persona bisognosa di cure e non la malattia a dover essere oggetto di attenzione da parte del medico.

⁶⁶ B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, 87.

⁶⁷ F. MANTOVANI, voce *Eutanasia*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 427; D. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire e diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 6/2007, 1197. Accolgono tale soluzione, sia pur limitatamente al consenso manifestato dal paziente capace di intendere e di volere, F.D. BUSNELLI, E. PALMERINI, voce *Bioetica e diritto privato*, in *Enc. dir.*, agg. V, Milano, 2001, 149.

⁶⁸ F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1997, 91. *Contra*, tuttavia, G. IADECOLA, *La responsabilità penale del medico tra posizione di garanzia e rispetto della volontà del paziente. (In tema di omessa trasfusione di sangue «salvavita» rifiutata dal malato)*, in *Cass. pen.*, 3/1998, 960.

⁶⁹ C. CUPELLI, *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2009, 1145, al quale si rinvia, inoltre, per la descrizione della multiforme

Si tratta di premesse generali che sembrerebbero poter operare anche in ambito psichiatrico⁷⁰. Posto il generale principio della volontarietà delle cure e ritenendosi necessaria la partecipazione del degente anche qualora questi sia sottoposto ad un trattamento sanitario obbligatorio⁷¹, ben potrebbe ritenersi che l'autodeterminazione del paziente possa risultare in grado di scindere il rapporto di consequenzialità logica tra gesto auto ed etero-aggressivo dell'infermo di mente e la chiamata in causa dello psichiatra. Questi potrebbe non essere considerato penalmente responsabile nel caso in cui il paziente, dopo aver manifestato il proprio dissenso alle cure, abbia commesso un reato nei confronti di terze persone⁷², salvo che, come affermato in giurisprudenza, non sussistessero nel caso di specie i presupposti per emettere un t.s.o.⁷³

Affidare all'elemento del consenso informato il compito di fungere da "ago della bilancia" tra i due poli della cura e della custodia, sembrerebbe, tuttavia, condurre a risultati non del tutto convincenti e, soprattutto, poco confacenti alle caratteristiche specifiche del contesto nel quale il medico-psichiatra si trova ad operare.

Nonostante la riforma di cui alla legge Basaglia abbia posto al centro del dibattito politico e istituzionale l'autodeterminazione del paziente⁷⁴,

tipologia di interventi richiesti al medico per affrontare simili ipotesi.

⁷⁰ Con riferimento alle problematiche connesse al tema del consenso in ambito psichiatrico, Cfr., G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Milano, 2008, nonché C. CUPELLI, *La responsabilità penale dello psichiatra*, cit., 108 ss., il quale indica con particolare eshaustività la palinogenesi della posizione di garanzia del medico-psichiatra in considerazione della manifestazione di consenso/dissenso manifestato dal paziente.

⁷¹ Rilevano come le riforme degli anni '80 abbiano determinato, sotto il profilo "volontaristico", una equiparazione tra il malato di mente e qualsiasi altro soggetto in cura, G. MASOTTI, T. SARTORI, G. GUAITOLI, *Il consenso del malato di mente ai trattamenti sanitari*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/1992, 305.

⁷² Sostanzialmente in questi termini A. MANNA, *La riforma Basaglia e la responsabilità penale dello psichiatra*, cit., 2. *Contra*, G. DODARO, *Posizione di garanzia degli operatori*, cit., 51.

⁷³ La mancata adozione di un t.s.o. al ricorrere dei suoi presupposti applicativi, secondo la giurisprudenza costituisce fonte di responsabilità per il medico psichiatra nel caso di reato commesso dal richiedente. Si veda, ad esempio, Trib. Bolzano, 9 febbraio 1989, March, in *Giur. mer.*, 2/1985, 681, dove si ravvisa la responsabilità del medico psichiatra a titolo di concorso omissivo in omicidio colposo commesso dall'infermo di mente rispetto al quale non era stata data avvio la procedura di ricovero coatto nonostante la sussistenza dei presupposti.

⁷⁴ Sottolinea efficacemente tale aspetto anche G. FERRANDO, *Incapacità e consenso al trattamento medico*, in *Follia e diritto*, a cura di G. Ferrando, G. Visentini, Torino, 2003, 127. Analogamente anche B. DE RISIO, *La responsabilità dello psichiatra*, in *La responsabilità*

l’elaborazione di un principio di autonomia decisionale così incisivo anche in ambito psichiatrico sembrerebbe correre il rischio di rappresentare una mera astrazione, una esercitazione accademica lontana dai dati sensibili della realtà⁷⁵.

La malattia mentale, infatti, proprio per la sua caratteristica di “attaccare” la psiche dell’individuo, può non solo alterare la percezione della realtà esterna ma anche rendere particolarmente ostica l’acquisizione di una consapevolezza in ordine al *tipo* nonché alle *modalità* di cura da ricevere per il superamento della stessa.

Lo stato patologico mentale, infatti, nel quale versa il paziente psichiatrico non consentirebbe un autonomo discernimento delle conseguenze derivanti dall’esercizio di un’attività terapeutica⁷⁶. Anzi, ben potrebbe accadere che la consapevolezza richiesta venga acquisita solo dopo l’inizio di un trattamento terapeutico.

Con ciò, non si vuole sostenere che il paziente psichiatrico, in conseguenza della malattia che lo affligge, perda il diritto di tutelare *ex se* la propria salute e che, segnatamente, il medico debba scegliere il percorso terapeutico “al posto” del paziente. Si intende, piuttosto, porre l’accento sulla circostanza fattuale che caratterizza la malattia psichiatrica e come la “validità” del consenso manifestato dal disturbato mentale, lungi dalla possibilità di essere ricostruita attraverso facili astrazioni, dovrà essere valutata caso per caso⁷⁷ dovendosi rifuggire da generiche classificazioni⁷⁸.

Non solo: la manifestazione di volontà del paziente, una volta prestata,

sanitaria, a cura di F. Peccenini, Bologna, 2007, 279.

⁷⁵ Cfr., M. BASSI, *Il consenso informato nei contesti operativi psichiatrici*, in *Il consenso informato in psichiatria* a cura di G. Vella, A. Siracusano, Roma, 1996, 61.

⁷⁶ L’impressione si ritrova anche in P. GIROLAMI, *Alcune considerazioni in tema di consenso al trattamento sanitario con particolare riguardo all’ambito psichiatrico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/1997, 305.

⁷⁷ Sottolinea la necessità di differenziare le risposte a seconda del tipo di intervento terapeutico di cui necessita il paziente, F. GIUNTA, *Il consenso informato all’atto medico*, cit., 395. Ritiene necessario distinguere l’ipotesi in cui il paziente si sia rivolto ad uno psichiatra *autonomamente*, sulla base di un disagio psichico dallo stesso avvertito, dall’ipotesi in cui il paziente sia stato *indotto* da altri al trattamento sanitario, P. GIROLAMI, *Alcune considerazioni in tema di consenso al trattamento sanitario*, cit., 307. Più in generale, sulla necessità per cui il consenso informato rifletta «un equilibrio oggettivo e soggettivo», si veda V.B. MUSCATIELLO, *Il consenso dell’uomo qualunque (i diritti presi poco sul serio)*, in *Riv. it. med. leg.*, 3-4/2003, 551; G. IADECOLA, *In tema di rilevanza penale del trattamento medico-chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Giust. pen.*, 2/1991, 163; F. MANTOVANI, *Il consenso informato: pratiche consensuali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/2000, 9 ss.

⁷⁸ Il dubbio circa l’esistenza di una «volontarietà *tout court*», è condiviso anche da B. DE RISIO, *op. cit.*, 279. Cfr., pure, F. INTRONA, *I diritti del malato di mente; ovvero il malato di mente nel diritto*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/1993, 15.

dovrà essere costantemente monitorata⁷⁹ per valutare se la decisione originariamente presa possa considerarsi ancora attuale soprattutto nei casi di dissenso che, come visto e in ossequio alla tradizionale lettura fornita dalla letteratura giuridica, potrebbe produrre l'effetto di esonerare il medico psichiatra da responsabilità penale.

4.2. "Lo sguardo altrove". La posizione di garanzia del medico-psichiatra valorizzata attraverso il richiamo alla tutela (costituzionale) della salute

Riguardo ad una questione così complessa e proteiforme, il distacco dai "tradizionali" percorsi interpretativi potrebbe realizzarsi moltiplicando ed integrando i diversi punti di osservazione. L'allontanamento da un esistente fatto di rigide catalogazioni (cura *vs.* custodia⁸⁰; condotta auto-lesiva *vs.* condotta etero-aggressiva⁸¹) rende necessario volgere lo sguardo lontano dal (pur vivido) materiale solitamente utilizzato per avvicinarsi alle peculiarità, per così dire, dinamiche che sembrerebbero caratterizzare l'attività terapeutico-psichiatrica.

Esclusa la possibilità di utilizzare gli indici normativi *post*-Basaglia ed il consenso informato per gli incerti risultati cui essi portano, la costruzione della posizione di garanzia dell'operatore di salute mentale sembrerebbe possa essere validamente argomentata analizzando più approfonditamente il contenuto del "dovere terapeutico" tradizionalmente imposto nei confronti di ogni medico, quindi anche dello psichiatra.

Al riguardo, una risposta soddisfacente potrebbe proprio venire da una più attenta considerazione del contenuto del diritto alla salute, di cui agli artt. 2 e 32 Cost. Con ciò, non si vuole certo assecondare quel *trend* giurisprudenziale in forza del quale gli operatori medici vengono considerati

⁷⁹ Si è soliti, infatti, parlare del consenso informato in psichiatria non quale semplice atto, autoritariamente imposto dall'alto, ma quale processo di produzione che coinvolge, prima ancora che il malato ed il medico psichiatra, anche le persone per questi maggiormente significative. Per l'utilizzo di tale terminologia, Cfr., in particolare, P. GIROLAMI, *Alcune considerazioni in tema di consenso al trattamento sanitario*, cit., 309; A. VENCHIARUTTI, *Obbligo e consenso nel trattamento della sofferenza psichica*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, *I diritti in medicina*, a cura di L. Lenti, E. Palermo Fabris, P. Zatti, Milano, 2011, 829 ss. Si veda, inoltre, O. GRECO, R. CATANESI, *La responsabilità professionale dello psichiatra*, Padova, 1990, 30.

⁸⁰ Sulla difficoltà di incasellare entro rigide strutture teoriche, prima ancora che pratiche, i concetti di "cura" e "custodia", si veda, per tutti, A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1365.

⁸¹ Cfr. *Supra*, in nota 18.

come portatori *ex lege* di una posizione di garanzia⁸². Soluzione che, per il suo eccesso di indeterminatezza nella ricostruzione della fonte dell'obbligo⁸³, finirebbe per giustificare decisioni giudiziali prese, *ex post*, dietro il *maquillage* del rispetto del principio di legalità e, quindi, di tipicità della posizione di garanzia⁸⁴.

Richiamare l'attenzione sugli artt. 2 e 32 della Costituzione⁸⁵ vuol dire rilevare come la tutela della salute del malato di mente in cura possa richiedere, di fronte a patologie che si caratterizzano per una condotta particolarmente violenta del degente, un'adeguata strategia di intervento tesa ad adottare anche strumenti di natura custodiale⁸⁶. Si pensi⁸⁷ ai disturbi psichici più gravi, come una sindrome maniaco-depressiva in ragione della quale il soggetto alterna a momenti di depressione momenti di *iper* elevazione del tono dell'umore; oppure, ancora, ai disturbi della personalità, *sub specie* di disturbi antisociali o disturbi *borderline*.

Si tratta di ipotesi, alle quali se ne potrebbero accostare molte altre, nelle quali la malattia mentale è in grado di provocare il concatenarsi di una pluralità di eventi (autolesionistici o psicotico-aggressivi) che, lungi dal poter essere ricondotti ad una modalità di realizzazione unitaria o,

⁸² In questo senso, si veda Cass., Sez. IV pen., 1 dicembre 2004, n. 9739, in *Diritto e Giustizia*, 2005, 75 ss., con nota di G. IADECOLA, *Il medico è sempre garante della salute*; e in *Cass. pen.*, 6/2006, 2158 ss., con nota di A. ROIATI, *L'accertamento del rapporto di causalità ed il ruolo della colpa come fatto nella responsabilità professionale medica*. Nel medesimo senso, già Cass., Sez. IV pen., 13 settembre 2000, n. 9638, in *Cass. pen.*, 2/2002, 574, con nota di A. CAVALLO, *In tema di rapporto di causalità*.

⁸³ Sull'eccessiva indeterminatezza delle disposizioni costituzionali a fondare la punibilità per il reato non impedito, Cfr., per tutti, F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia*, cit., 337 ss.; ID, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, ivi, 4, 2004, 984 ss. Ritene, tuttavia, come possibile fonte di una posizione di garanzia possa essere anche una disposizione costituzionale purché capace di creare un legame funzionale tra gli interessi in gioco, F. SGUBBI, *op. cit.*, 187-188.

⁸⁴ Analogamente E. SBORRA, *op. cit.*, 118; L. FORNARI, *La posizione di garanzia del medico*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, *Le responsabilità in medicina*, a cura di A. Belvedere, S. Riondato, Milano, 2011, 840.

⁸⁵ Rinvergono nel riferimento costituzionale della tutela della salute, quale «fondamentale diritto dell'individuo» nonché «interesse della collettività», la posizione di garanzia del medico-psichiatra, M. BILANCETTI, F. BILANCETTI, *op. cit.*, 157.

⁸⁶ Pur a voler ritenere superato il modello custodialistico, infatti, resta ad ogni modo l'incontrovertibile dato di fatto per cui «la misura di sicurezza detentiva dell'ospedale psichiatrico giudiziario (...) [sia] caratterizzata anche da esigenze di difesa sociale, le quali si traducono giuridicamente nella sussistenza di obblighi di custodia nei confronti degli internati». Così, A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1369.

⁸⁷ Le considerazioni di seguito svolte, sono il frutto di un ampio ed articolato confronto avuto con il dott. Cesare Caruso, al quale rivolgo il mio più sincero ringraziamento.

comunque, da poter essere automaticamente “incasellati” entro rigidi schemi nominalistici, costituiscono la risultante di un complesso di “spinte” psico-somatiche che, pur provenienti dal medesimo individuo, si sviluppano in maniera dinamica e “disordinata” nel tempo⁸⁸.

I doveri di cura e di sorveglianza del medico, in questa tipologia di casi, finiscono inevitabilmente con il sovrapporsi e con il fondersi in un amalgama comune, non potendosi segnare, con probabilità né logica né psichiatrica, una esatta linea di confine nelle diverse modalità di estrinsecazione del disturbo psichico⁸⁹.

In breve, il dovere (calmierato, in considerazione delle specificità del caso concreto) di custodia gravante nei confronti del medico psichiatra, non deve considerarsi come un qualcosa di “altro”, di “diverso” rispetto al più ampio e generale dovere di cura⁹⁰. Il dovere di sorveglianza, infatti, rappresenta una delle tante, e plurime, modalità attuative del più generale dovere terapeutico⁹¹ che caratterizza ogni settore medico-chirurgico in ambito di degenza ospedaliera⁹².

Sembrirebbe cogliere nel segno, in quest’ottica, l’affermazione secondo cui il dovere di custodia gravante sul medico-psichiatra sarebbe «specificat[o] dal dovere di cura»⁹³. Un obbligo “specialistico”, si potrebbe dire, tale da

⁸⁸ Sulla multifattorialità dei gesti aggressivi del malato psichiatrico, sia pure sotto l’esclusivo angolo prospettico delle condotte suicidarie, si vedano D. DE LEO, L. PAVAN, C. BALCONCINI, *Suicidio*, in *Trattato italiano di Psichiatria*, II, Milano 1999, 2401 ss.

⁸⁹ In questo senso, V. anche M. PELISSERO, *La colpa medica nella giurisprudenza penale*, in *Contr. impr.*, 3/2015, 543.

⁹⁰ Analogamente, G. IADECOLA, *Responsabilità del direttore di una casa di cura per il suicidio di una paziente affetta da una sindrome depressiva*, in *Dir. pen. proc.*, 9/2004, 1150; G. MARRA, *Un caso di responsabilità penale dello psichiatra per l’omicidio commesso dal suo paziente*, in *Cass. pen.*, 5/2008, 2608. In giurisprudenza, cfr. *Cass.*, Sez. IV pen., 27 novembre 2008, n. 48292, Desana, in *Giust. pen.*, 2/2009, 621, con nota di P. PIRAS, C. SALE, *Atti auto ed etero lesivi e responsabilità penale dello psichiatra. La posizione di garanzia dello psichiatra nei confronti del paziente*, per la quale gravano, sul medico-psichiatra, «doveri di protezione e di sorveglianza del paziente in relazione al pericolo di condotte auto lesive (e, naturalmente, eterolesive)».

⁹¹ Sarebbe proprio una più spiccata valorizzazione dei profili sostanziali di una quanto mai evanescente “funzione terapeutica” che porta M. BILANCETTI, F. BILANCETTI, *op. cit.*, 159, a ritenere lo psichiatra, almeno da un punto di vista astratto, responsabile delle condotte auto ed etero-aggressive commesse dal proprio paziente.

⁹² La circostanza secondo cui il dovere di sorveglianza debba essere attuato nei confronti di ogni “malato”, a prescindere dal fatto che questi sia affetto da un disturbo psichico o fisico, è ben evidenziata anche da M. PORTIGLIATTI BARBOS, *La responsabilità professionale dell’operatore di salute mentale: profili medico-legali*, in *Tutela della salute mentale*, cit., 87, nonché da A. BARALDO, *op. cit.*, 4647

⁹³ Così, efficacemente, A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1371

impegnare il medico psichiatra anche verso un'attività di controllo *stricto sensu* intesa tutte le volte in cui la psicopatologia della quale il paziente è affetto sia tale da lasciar intravedere la possibilità che la malattia si palesi secondo delle modalità psico-aggressive⁹⁴.

Ritenere che il medico-psichiatra possa rispondere anche delle condotte etero-aggressive del paziente da questi curato, non significa certo riproporre l'adagio, particolarmente crudo, per cui «quando il malato è legato lo psichiatra è libero; quando il malato è libero lo psichiatra è legato»⁹⁵; né, tanto meno e più specificamente, si intende (ri-)attribuire all'operatore di salute mentale una funzione di “difesa sociale”⁹⁶. Neppure si vuole, da un punto di vista strettamente giuridico, avallare quell'indirizzo interpretativo che ravvisa una posizione di garanzia nei confronti di chi abbia «la signoria sull'accadimento concreto»⁹⁷.

La teoria, sia pur elaborata nell'ambito del diritto penale dell'impresa per segnare il fascio di obblighi impeditivi, appunto, incombenenti sull'imprenditore, ben potrebbe, almeno nella sua matrice originaria, riferirsi anche alla posizione del medico-psichiatra. Una volta ricondotta la posizione di garanzia del medico-psichiatra nel novero delle c.d. «posizioni di controllo su fonti di pericolo»⁹⁸, in considerazione dello stato di incapacità, totale o parziale, nel quale versa l'internato, la *Garantenstellung* di questi potrebbe essere individuata, da un punto di vista funzionale,

⁹⁴ Ancora, sul punto, M. PELISSERO, *La colpa medica nella giurisprudenza penale*, cit., 543. In senso analogo anche G. IADECOLA, *Ipotesi particolari di colpa professionale*, in *La responsabilità penale dei medici e delle strutture sanitarie: profili penali e civili*, a cura di G. Iadecola, M. Bona, Milano, 2009, 157, il quale rileva come tali conclusioni, lungi dall'attribuire all'operatore di salute mentale l'ormai desueto ruolo di custode e controllore, si rendano necessarie tutte le volte in cui sia presumibile che il degente ponga in essere condotte pericolose per l'incolumità fisica del paziente e di terzi.

⁹⁵ F. BASAGLIA, *Conversazione: a proposito della nuova legge 180*, in *Scritti*, VII, 1981-1982, Torino, 481.

⁹⁶ Si tratterebbe, piuttosto, di attribuire al medico il compito di impedire una determinata classe di eventi proprio a presidio della garanzia della stessa cura dovuta nei confronti del malato mentale, tutte le volte in cui la patologia della quale egli è affetto sia tale da mettere a repentaglio l'incolumità di terzi e, quindi, anche la propria. *Contra*, in considerazione della tassatività dei presupposti legittimanti l'adozione di un t.s.o., B. BLASI, E. FERPOZZI, *Trattamenti sanitari obbligatori per i malati mentali*, in *Riv. it. med. leg.*, 6/1991, 1061 ss.

⁹⁷ Si allude alla c.d. *Herrschaftstheorie* elaborata da B. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Schwartz, 1971; ID., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1979, così come citato da A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, 2009, 144, al quale si rinvia per i necessari approfondimenti della teoria.

⁹⁸ In questo senso, G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 189.

attraverso il richiamo ad un ampio quanto slabbrato concetto di “dominio sull’incapace”⁹⁹. Un potere che, estrinsecandosi nella capacità di esercitare un vero e proprio potere di direzione e controllo sulla persona del folle gli imporrebbe di intervenire *anche* al fine di impedire la commissione di reati da parte di quest’ultimo.

La ricostruzione, già ampiamente criticata nei suoi profili contenutistici essenziali, mal sembrerebbe attagliarsi rispetto al medico-psichiatra. Non solo perché tale teoria rischierebbe di svuotare di contenuto la giuridicità dell’obbligo¹⁰⁰ richiesta dall’art. 40, secondo comma c.p., rimettendo all’intuito del giudice il compito di ricostruire “compiti e doveri” dello stesso¹⁰¹, ma anche perché non consentirebbe di prendere in considerazione le peculiarità del caso concreto e, in particolare, la stessa possibilità materiale di agire del medico psichiatra in considerazione dei mezzi a disposizione per la cura del paziente. Con l’ulteriore rischio di muovere da un’autentica inversione metodologica: piuttosto, infatti, che partire dalla norma per elaborare, poi, la relativa nozione, si parte, al contrario, proprio da quest’ultima piegando il risultato per tal via acquisito alla regola¹⁰².

5. *Dallo psichiatra “medico-terapeuta” allo psichiatra “medico-direttore”; dal giudice terapeuta allo psichiatra organo di giustizia. Eterogenesi di fini e di ruoli nel “nuovo volto” delle REMS*

La difficoltà di segnare, quasi fosse un dato scientificamente provabile, una chiara linea di confine attorno ai due poli della “cura” e della “custodia” nell’ambito della ripartizione dei compiti del medico-psichiatra,

⁹⁹ Il riferimento è, ancora una volta, a B. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, cit., 89, che individua nel dominio sull’impresa (*Verbandsherrschaft*), il presupposto della posizione di garanzia dell’imprenditore rispetto alle condotte dei propri dipendenti.

¹⁰⁰ L’indeterminatezza della ricostruzione viene evidenziata da K. MAIWALD, *Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte*, in *Jus*, 1981, 473-480, le cui osservazioni critiche sono ampiamente riportate da N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale*, cit., 44. Per un ulteriore apparato critico alla teoria, si veda G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 240; A. NISCO, *op. cit.*, 146; N. PISANI, voce *Obbligo di impedire l’evento*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, IV, Milano, 2006, 3859 ss.

¹⁰¹ Si vedano, al riguardo, le efficaci considerazioni di A. GARGANI, *Ubi colpa, ibi omissio*, cit., 584-585.

¹⁰² Analogamente N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale*, cit., 45 ss., secondo il quale il peccato capitale di tale ricostruzione risiederebbe nella pretesa «di desumere dalla misura del potere “naturalistico” di impedimento la rilevanza dell’omesso esercizio del potere stesso».

sembrerebbe amplificarsi in conseguenza del processo di “definitivo superamento” degli Ospedali psichiatrici giudiziari.

Nelle trame di un intervento normativo attraverso il quale il legislatore, tra fini più o meno dichiarati, intende portare a compimento il percorso di riforma psichiatrica avviato dalla legge Basaglia¹⁰³, sembrerebbe annidarsi l’insidia di un “ritorno al passato”¹⁰⁴ rispetto alla gestione della malattia mentale e delle competenze della psichiatria.

L’obiettivo di rendere le Rems «la sede privilegiata per affrontare i problemi della cura e della riabilitazione psichica e sociale dei malati di mente autori di reato»¹⁰⁵, passa anzitutto attraverso una maggiore “valorizzazione” delle competenze del medico psichiatra. Le Rems, sia pur costruite attorno ad una fortezza esterna nella quale può essere garantita una «attività (...) di sicurezza e di vigilanza»¹⁰⁶, sono affidate, al loro interno, alla «esclusiva gestione sanitaria»: al «medico dirigente psichiatra» viene, infatti, attribuita «la responsabilità della gestione interna».

Lo psichiatra è così chiamato a «fare manicomio»¹⁰⁷, caricando le proprie spalle di competenze di natura prettamente dirigenziale e organizzativa. Dire, infatti, che il medico-psichiatra sarà titolare della “gestione sanitaria” degli istituti per l’esecuzione delle misure di sicurezza, vuol dire, almeno ad una prima lettura, “trasformare” nuovamente il medico-psichiatra in una *longa manus* dell’amministrazione pubblica di cui finisce per dover eseguire le “prescrizioni” dettagliatamente redatte dal Giudice dell’esecuzione.

La conseguenza più vistosa sembrerebbe quella di determinare un capovolgimento dei ruoli ad essi spettanti. Il Giudice, infatti, di fronte al “folle-reo” sarà chiamato a prescrivere il *pharmakòn* che l’ordinamento gli mette a disposizione (l’internamento in una Rems); il medico-psichiatra dovrà dare seguito alla richiesta di cure. Dovrà, cioè, dare esecuzione alla misura di sicurezza.

I profili pratico-applicativi della “pena-terapia” che il medico-psichiatra sarà chiamato ad applicare risultano essere particolarmente problematici, e ciò per almeno due profili. Anzitutto, e come non si è mancato di

¹⁰³ A. GRISPINI, G. DUCCI, *Il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari. Considerazioni e riflessioni*, in *Rass. pen. crimin.*, 1/2013, 2.

¹⁰⁴ Questa la “preoccupazione” di C. CUPELLI, *La colpa dello psichiatra*, cit., 8; Id., *Dagli OPG alle REMS: un ritorno alla medicina custodiale?*, in *Penalecontemporaneo.it*, 23 dicembre 2016, p. 7.

¹⁰⁵ In questi termini L. CIMINO, *Il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari: un’analisi critica*, in *Riv. crimin. vittim. e sicurezza*, 2/2014, 34.

¹⁰⁶ Cfr. Allegato A del decreto del Ministero della Salute, cit.

¹⁰⁷ E. MONTANARI, *Il nodo della pericolosità tra psichiatria e diritto in Italia*, in *Riv. sperim. fren.*, 1/2013, 81.

sottolineare¹⁰⁸, perché la “fuoriuscita” dell’ordinamento penitenziario dalle questioni attinenti alla malattia mentale, potrebbe comportare non poche conseguenze in situazioni rispetto alle quali si potrebbero porre dei profili emergenziali tali da richiedere un tempestivo intervento delle Forze dell’Ordine.

A ciò si aggiunga una ulteriore considerazione relativa alla stessa “tipologia” di soggetti ai quali si rivolgono le Rems. A tali residenze, infatti, potranno far ingresso solo una particolare categoria di disturbati psichici, ovvero coloro rispetto ai quali siano «acquisiti elementi dai quali risult[i] che ogni misura diversa non [sia] idonea ad assicurare cure adeguate a far fronte alla [loro] pericolosità sociale»¹⁰⁹.

La nuova misura, dunque, si rivolge a soggetti che non solo sono da considerarsi pericolosi, sia pur entro la particolare nozione fornita dal quarto comma dell’art. 3-ter della l. n. 211 del 2011¹¹⁰, ma che lo sono anche, in una ideale scala quantitativa, in maniera “grave”. Con la conseguenza che le Rems continueranno ad «essere il punto di drammatica ricongiunzione dei mondi della risposta al reato e della salute mentale»¹¹¹.

5.1. Verso una responsabilità “multilivello”. La responsabilità penale dello psichiatra in qualità di “medico-direttore”

Le (sia pur) brevi considerazioni svolte attorno al processo di sanitarizzazione delle Residenze per l’esecuzione delle misure di sicurezza, consentono di ritenere sussistente in capo al medico-psichiatra una responsabilità, per così dire, “multilivello”.

Il ruolo di “medico-direttore”, infatti, ben potrebbe impegnare lo psichiatra verso forme di responsabilità per omesso impedimento dell’evento tutte le volte in cui la propria attività di *compliance* non sia stata in grado di “azzerare” o, quantomeno, ridurre i rischi della commissione di reati all’interno della struttura oggetto di gestione. In considerazione della «posizione di potenziale offensore di interessi (...) collegati ed “esposti”

¹⁰⁸ A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1373.

¹⁰⁹ Art. 1, l. n. 81 del 2014. Sul punto, *amplius* A. LAURITO, *Le REMS e la sfida del nuovo modello terapeutico-riabilitativo nel trattamento del “folle reo”*, in questo Volume.

¹¹⁰ Sul punto, Cfr. A. PUGIOTTO, *La “giurisprudenza difensiva” in materia di ospedali psichiatrici giudiziari a giudizio della corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 4/2015, 1432; D. POTETTI, *La pericolosità sociale del malato di mente nell’art. 3-ter del d.l. n. 211 del 2011*, in *Cass. pen.*, 9/2015, 3322 ss.; A. MARTUFI, *Nulla periculositas sine actione? Pericolosità sociale e materialità del fatto alla prova delle fattispecie di quasi reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2015, 818 ss.

¹¹¹ C. MAZZUCATO, G. VARRASO, *op. cit.*, 1346.

alla sfera d’azione o di signoria»¹¹² rivestita, allo psichiatra potrebbe essere attribuita una responsabilità assimilabile, almeno in parte, a quella gravante sull’imprenditore in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro¹¹³ di cui al d.lgs. 81 del 2008.

La qualifica di “dirigente” attribuita allo psichiatra nel nuovo volto delle Rems potrebbe in effetti essere considerata sufficiente per desumere l’esistenza di un dovere-potere di vigilanza, *ex lege*, su tutti gli atti appartenenti alla gestione delle Residenze¹¹⁴.

Partendo, infatti, dal presupposto per cui gravi in capo al medico-psichiatra un dovere di organizzazione, gestione e controllo della struttura, questi potrebbe essere considerato responsabile per le condotte auto ed etero-aggressive commesse dai propri pazienti, prima ancora che per una “erronea terapia”, per la violazione di tali regole di comportamento. Condotte che, a prescindere dal fattore scatenante e, dunque, dell’adeguatezza, o meno, degli interventi terapeutici messi in atto, potrebbero essere in effetti considerate come il “prodotto” della “incapacità” dello psichiatra medico-direttore di dotare la struttura – sottoposta alla sua gestione – di strumenti pratico-operativi volti a prevenire reati del tipo di quelli che, in concreto, si sono verificati, fondando dunque una sua responsabilità per colpa.

Ancora, finirebbero, così ragionando, con il cristallizzarsi sulla “posizione” rivestita dal medico-psichiatra anche le condotte tenute dal personale infermieristico: se pare indubitabile che su questi incomba un dovere di controllo rispetto ai degenti, non è men vero che gli errori da questi compiuti possano essere considerati, ancora una volta, la conseguenza di una disfunzione organizzativa imputabile allo stesso medico-direttore.

Onde evitare indebite estensioni che potrebbero finire con il trasformare la responsabilità del medico-psichiatra in una forma di responsabilità oggettiva, un tentativo di ridimensionamento potrebbe essere riconosciuto

¹¹² D. PULITANÒ, voce *Igiene e sicurezza sul lavoro (tutela penale)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, 105.

¹¹³ Un tentativo di ricondurre entro gli schemi della responsabilità per la violazione dei doveri di sicurezza in materia di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro era stato, invero, già proposto dalla letteratura psichiatrica sotto l’impero della legge Basaglia. In questi termini G.C. NIVOLI, I. LORETTU, A. NIVOLI, L. F. NIVOLI, *La responsabilità forense dello psichiatra*, in *Studi su aggressività e suicidio*, 2008, 18 ss.; A. FIORI, *La riforma (della riforma) psichiatrica*, cit., 535 ss.

¹¹⁴ Suggerzione ricavabile non solo in alla luce delle “funzioni” attribuite al medico-psichiatra, ma anche in considerazione della nozione, particolarmente ampia, di “dirigente” fornita dall’art. 2, lett. d, del t.u. Sulla “inconsistenza” della relativa nozione dell’ambito del diritto penale del lavoro, si veda, per tutti, N. PISANI, *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2008, 827-828.

attraverso una più ponderata valorizzazione del canone della “corretta organizzazione” di cui al d.lgs. 231 del 2001¹¹⁵.

Come ampiamente noto, tale normativa, introducendo una forma di responsabilità da reato delle persone giuridiche, individua nell’adozione di modelli di gestione, direzione e controllo, lo strumento per escludere la responsabilità dell’ente in caso di reati commessi da soggetti operanti all’interno della sua struttura organizzativa¹¹⁶. Il canone della “corretta organizzazione”, sia pur elaborato dal legislatore per garantire il rispetto del canone della colpevolezza anche rispetto agli enti¹¹⁷, secondo i più recenti orientamenti interpretativi ben potrebbe trovare applicazione anche rispetto alle ipotesi di responsabilità individuale¹¹⁸ tutte le volte

¹¹⁵ In questa sede, non è certamente possibile dar conto della copiosa bibliografia sorta a seguito dell’introduzione nel nostro ordinamento delle ipotesi di responsabilità amministrativa da reato dagli enti. Per una ricognizione delle coordinate sostanziali della normativa, Cfr. G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la “parte generale” e la “parte speciale” del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Padova, 2002, 110; C.E. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica: profili strutturali e sistematici*, in *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia “punitiva”*, a cura di G. De Francesco, Torino, 2004, 23; S. VINCIGUERRA, *La struttura dell’illecito*, in *La responsabilità dell’ente per il reato commesso nel suo interesse (D. Lgs. N. 231/2001)*, a cura di M. Ceresa-Gastaldo, A. Rossi, Padova, 2004; M. PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, in *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, di Francesco Antolisei, I, a cura di C.F. Grosso, Milano, 2007, 867; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008.

¹¹⁶ Sui profili relativi alla “colpevolezza” soggettiva dell’ente avendo riguardo, in particolare, al diverso ruolo svolto dai modelli organizzati a seconda che l’autore del reato sia un soggetto in posizione apicale ovvero subordinata, Cfr., D. PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2002, 415 ss.

¹¹⁷ Il profilo della “colpevolezza dell’ente” ha costituito, sin dall’entrata in vigore del d.lgs. n. 231 del 2001, uno dei temi maggiormente dibattuti dalla scienza penalistica. Nonostante il rinvio al concetto di “colpa di organizzazione”, la dottrina più recente non ha mancato di avanzare dubbi sulla compatibilità di questo modello “da reato” con il principio di personalità della responsabilità penale di cui all’art. 27, primo comma Cost. Emblematico, al riguardo, A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econom.*, 1/2002, 54, il quale si chiede «se siffatta colpa di organizzazione [...] possa davvero integrare la colpevolezza penalistica» oppure si traduca in un «giudizio di *factio culpae*», cioè «una “colpa” intessuta esclusivamente di elementi oggettivi». Analogamente, anche P. PATRONO, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, ivi, 1/2002, 191. G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell’illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci ed ombre nell’attuazione della delega legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2001, 1141. Per una più ampia analisi degli orientamenti in parola, si veda, recentemente, N. PISANI, *La colpevolezza dell’ente*, Roma, 2012.

¹¹⁸ Sull’“adattabilità” del criterio della “colpa di organizzazione” anche ad alcune forme

in cui la sua attività si inserisca all'interno di una struttura complessa, articolata su base piramidale¹¹⁹, rispetto alla quale il soggetto della cui responsabilità si tratti, assuma un ruolo di vertice¹²⁰.

Tali modelli, infatti, in quanto diretti a garantire la prevenzione del rischio-reato all'interno di strutture complesse¹²¹, ben potrebbero essere valorizzati al fine di circoscrivere più efficacemente i contorni del comportamento alternativo lecito richiesto allo psichiatra “medico-direttore”¹²², consentendo di superare la suggestione per cui questi sia chiamato a rispondere per una “colpa” intrisa di soli elementi oggettivi (violazione di regole cautelari) e non anche soggettivi.

In quest'ottica, le condotte precedentemente prese in considerazione potrebbero non essere considerate quale “estrinsecazione” o, se si preferisce,

di responsabilità individuale, si veda D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 53; N. PISANI, *La “colpa per assunzione” nel diritto penale del lavoro. Tra aggiornamento scientifico ed innovazioni tecnologiche*, Napoli, 2012, 238 ss.; ID., *Posizioni di garanzia e colpa d'organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. econom.*, 1/2009, 150; A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento*, cit., 354-355. *Contra*, tuttavia, G. COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2005, 96.

¹¹⁹ Si veda, ad esempio, A. MASSARO, *Principio di affidamento e responsabilità per colpa nell'attività medico-chirurgica in équipe*, in *Temi penali*, a cura di M. Trapani, A. Massaro, Torino, 2013, 207, che individua nell'adempimento degli obblighi di “corretta organizzazione” una possibile strada per valutare l'effettiva responsabilità del medico in posizione apicale rispetto al fatto commesso dal subordinato. Per un ulteriore approfondimento della posizione assunta dall'Autrice, Cfr., altresì, *Principio di affidamento e “obbligo di vigilanza” sull'operato altrui: riflessioni in materia di attività medico-chirurgica in équipe*, in *Cass. pen.*, 11/2011, 3857 ss.

¹²⁰ In questo senso, ad esempio, C.F. GROSSO, *Responsabilità penale per i reati commessi col mezzo della stampa*, Milano, 1969, 135, rispetto alla responsabilità del direttore di giornale, ritiene come l'unico modo per conciliare il dovere di controllo da attuarsi personalmente con il principio stabilito dall'art. 57 c.p. – stante l'impossibilità di una vigilanza costante e capillare nei confronti di ogni singolo preposto – sarebbe quello di imporre al direttore di elaborare «un meccanismo di vigilanza efficace, adeguato alle dimensioni del periodico, e tale da ridurre al minimo i rischi di pubblicazioni criminose».

¹²¹ In termini analoghi, R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, 2008, 71 ss. Sulla finalità di “indirizzo” dei *compliance programs* si veda, per tutti, C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d.lg. n. 231/2001). Parte I*, in *Cass. pen.*, 1/2013, 376 ss.

¹²² *Amplius*, sul punto, A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento*, cit., 349 ss., spec. 354. Il ruolo dei modelli di organizzazione gestionale ai fini della valutazione di responsabilità dei vertici di una struttura psichiatrica, è stata, di recente, valorizzata anche da C. SALE, *La “flessibilità” dell'evento da impedire in psichiatria*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/2015, 1408.

una agevolazione¹²³ della *mala gestio* della REMS da parte del medico-psichiatra tutte le volte in cui questi, svolta la «fase cognitivo-rappresentativa, funzionale alla percezione del rischio e alla valutazione della sua intensità»¹²⁴, abbia adottato misure di “sicurezza procedurale” all’interno della struttura¹²⁵.

5.2. La responsabilità penale dello psichiatra in qualità di “medico-terapeuta”

L’ambito di responsabilità dello psichiatra nella veste di “medico-terapeuta” sembrerebbe essere più nitido ma non per questo esente da criticità.

Il trasferimento della gestione interna delle Rems all’esclusiva competenza del medico psichiatra al quale fa da *pendant* la “fuoriuscita” delle Forze dell’Ordine dalla gestione della sicurezza intramurale delle medesime, rende ancor più sfumata e labile la possibilità di segnare una linea di demarcazione tra i confini della “cura” e quelli della “custodia”. Anzi, ad una prima lettura sembrerebbe che il medico psichiatra sia (nuovamente) chiamato ad esercitare dei veri e propri compiti di “polizia” nell’ottica di favorire e garantire una maggiore difesa sociale *della società dagli internati*¹²⁶.

La medicina psichiatrica viene, in qualche modo, riportata indietro nella sua storia, al tempo della legge manicomiale del 1904 con conseguente arretramento di prospettiva rispetto alla riforma del 1978¹²⁷. Anche a voler ritenere sussistente un dovere di custodia a carico del medico

¹²³ Così, G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell’illecito di ente collettivo*, cit., 1149.

¹²⁴ Così, C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d.lg. n. 231/2001)*. Parte II, in *Cass. pen.*, 2/2013, 842.

¹²⁵ Ben potrebbe (o dovrebbe) lo “psichiatra-direttore” impartire le indicazioni circa le modalità di accesso nelle stanze di degenza; fornire le cautele da adottare, da parte degli infermieri, nell’approcciarsi all’internato; individuare lo *staff* necessario in considerazione del disturbo di cui è affetto il degente nonché del periodo di intrattenimento con il paziente, *et similia*. In questa direzione si pone il «Programma di utilizzo delle risorse destinate alla realizzazione di strutture sanitarie extra ospedaliere per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari» approvato dalla Giunta della Regione Lombardia in attuazione dell’art. 3-ter, comma 6 l. n. 9 del 2012. Come rilevato da G. DODARO, *Ambiguità e resistenze nel superamento dell’Opg in Regione Lombardia: verso l’“istituzionalizzazione ospedaliera” del malato di mente autore di reato?*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2013, 1387, il programma lombardo si segnala per il modo in cui viene affrontata la “questione sicurezza” interna alla Rems della Regione.

¹²⁶ La suggestione è condivisa anche da chi, recentemente, ha fornito le prime analisi dell’intervento riformatore sotto il particolare angolo prospettico delle “ricadute” di questo sulla perimetrazione della responsabilità penale del medico psichiatra. Si veda, al riguardo, C. CUPELLI, *La colpa dello psichiatra*, cit., 7-8; A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1372.

¹²⁷ In questi termini A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1372.

psichiatra già sotto l'*impero* della l. Basaglia, il mutamento sembrerebbe essere incontestabile. L'obbligo di custodia gravante solo in alcuni casi a carico del medico psichiatra quale risvolto della necessità di apprestare un intervento terapeutico il più possibile confacente alle peculiarità della sintomatologia dello specifico paziente, viene adesso generalizzato e (sembrerebbe) esteso automaticamente a tutti gli internati ed a prescindere dalle “ragioni” di degenza. Sicché risulta essere estremamente difficile, nel nuovo contesto, individuare un dovere custodiale quale *pendant* di un dovere di cura o, se si preferisce, una “cura” caratterizzata anche da esigenze di “custodia”. Questa, resa necessaria per le mutate vesti del medico-psichiatra, “fuoriesce” dai compiti di gestione terapeutica di cui è (pur sempre) titolare, per rientrare in un generalizzato dovere di garantire la custodia all'interno della struttura¹²⁸.

6. *L'omissione colposa in psichiatria. Brevi riflessioni sull'epilogo di un nuovo inizio*

Il riconoscimento di una posizione di garanzia del medico psichiatra *tanto* per gli atti auto-aggressivi *quanto* per le condotte etero-lesive, non consente, tuttavia, di considerare il medico psichiatra *per ciò solo* responsabile del fatto commesso dal proprio paziente¹²⁹.

La possibilità di instaurare una «colpa medica *in re ipsa*»¹³⁰ quale conseguenza di quel *trend* giurisprudenziale che tende ad “appiattare” l'accertamento della colpa nel previo riconoscimento di una posizione di garanzia in capo al soggetto agente¹³¹, potrebbe in effetti essere evitato attraverso una più attenta “valutazione” delle modalità tipologiche entro

¹²⁸ La commistione dei profili della cura e della custodia viene sottolineata da C. CUPELLI, *La colpa dello psichiatra*, cit., 8, il quale rileva come il prioritario compito del medico psichiatra sarà quello di assolvere a «compiti di *gestione della sicurezza*», piuttosto che garantire elevati *standards* terapeutico-riabilitativi. Con l'ulteriore conseguenza, sottolineata sempre dall'Autore, per cui lo psichiatra sia chiamato a garantire l'ordine pubblico e la tutela della collettività.

¹²⁹ Chiarissimo, sul punto, G. FIANDACA, *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, cit., c. 112.

¹³⁰ La preoccupazione è avvertita in particolar modo da A. CRESPI, *I recenti orientamenti giurisprudenziali nell'accertamento della responsabilità professionale del medico-chirurgo: evoluzione o involuzione?*, in *Riv. it. med.*, 4/1992, 802.

¹³¹ In dottrina, l'impostazione secondo cui il “non fare” dell'omittente potrebbe validamente essere ricostruito quale automatica violazione di un dovere di diligenza, rinvenibile nella stessa norma che impone un obbligo giuridico di attivarsi, è proposta da G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 108.

le quali si manifesta il reato omissivo improprio colposo.

Tale forma di manifestazione del reato, infatti, secondo le più recenti analisi interpretative, risulta sottoposta ad un processo di duplice qualificazione normativa¹³²: la condotta dell'omittente, infatti, è caratterizzata dapprima da un obbligo (attinente al "fatto") di impedimento, relativo all'*an* dell'intervento; poi, e parallelamente, dalle regole cautelari (attinenti alla "colpevolezza")¹³³, valevoli ad individuare il *quomodo* dello stesso.

Sarebbe proprio sul piano delle regole cautelari che la dialettica tra cura e custodia potrebbe trovare composizione: queste, infatti, concorrendo nella "descrizione" dell'obbligo di impedimento, consentirebbero di individuare *in concreto* la condotta richiesta¹³⁴ dall'art. 40, secondo comma c.p.¹³⁵

Il punto necessita di qualche ulteriore riflessione.

Stante le peculiarità della psichiatria, il ruolo delle regole cautelari in questo ambito risulta particolarmente discusso¹³⁶. La circostanza secondo cui "oggetto" dell'intervento psichiatrico sia la mente dell'uomo, cioè quanto di più imponderabile ed impalpabile possa esistere, non solo rende particolarmente ostica la loro individuazione ma anche la stessa possibilità di usare le "tradizionali" linee-guida quale (automatico) parametro di legittimità dell'operato medico psichiatrico¹³⁷.

¹³² Efficacemente, al riguardo, C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/1992, 828, parla di «surplus di normatività» caratterizzante il modello dell'illecito omissivo colposo. In senso analogo, anche P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, II, *Teoria della pena. Teoria del reato*, Milano, 2006, 1972 ss. Più in generale, sulle affinità tra omissione e colpa, e, dunque, sulla necessità di distinguere i due piani normativi, F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, 89 ss.; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, 139 ss.; A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento*, cit., 81.

¹³³ A. MASSARO, *Principio di affidamento e responsabilità per colpa*, cit., 202-203.

¹³⁴ A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1371.

¹³⁵ Sottolinea efficacemente l'importanza delle regole cautelari nella descrizione dell'illecito omissivo (improprio) colposo, C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia*, 2013, 641-642.

¹³⁶ M. PELISSERO, *La colpa medica nella giurisprudenza penale*, cit., 545.

¹³⁷ Per una esaustiva analisi dell'impatto delle linee-guida e delle buone pratiche in ordine all'accertamento della responsabilità della classe medica (in generale), si vedano: M. CAPUTO, *Filo d'Arianna o flauto magico? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2012, 875 ss.; C. PEZZIMENTI, *op. cit.*, 311; L. RISICATO, *Linee guida e imperizia "lieve" del medico dopo la l. 189/2012: i primi orientamenti della Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 6/2013, 691 ss.; G. STAMPANONI BASSI, *In tema di accertamento della responsabilità medica: sulla rilevanza delle "linee guida"*, in *Arch. pen. web*, 19 settembre 2012. La possibilità di cristallizzare il sapere scientifico

Senza entrare nel merito del dibattito sul se la “codificazione” delle linee-guida compiuta dal decreto Balduzzi abbia determinato una palinogenesi della responsabilità medica dalle forme della colpa generica alle forme della colpa specifica¹³⁸, giova piuttosto rilevare i “rischi” connessi ad una valorizzazione incondizionata delle regole cautelari in ambito psichiatrico¹³⁹. Queste, infatti, lungi dal sortire l’effetto di rendere lo psichiatra responsabile “del fatto proprio” potrebbero, al contrario, esporlo al rischio (ancora una volta) per cui l’interprete si limiti, nell’accertamento del carattere colposo della condotta, a valutare la violazione della regola cautelare piuttosto che analizzare anche la stessa possibilità naturalistica, prima ancora che giuridica, di adeguarsi al modello di comportamento astrattamente richiesto.

Il recupero della c.d. componente soggettiva della colpa¹⁴⁰ potrebbe risultare, in tal senso, uno strumento operativo non meramente “descrittivo”¹⁴¹ ma valevole a valutare l’effettiva rimproverabilità per il realizzato. Consentirebbe, altrimenti detto, di evitare che il reato colposo si esponga al rischio di celare, dietro la propria struttura, forme di responsabilità oggettiva occulta¹⁴², «rischio

psichiatrico entro degli astratti modelli procedimentali valevoli per segnare il confine tra una diagnosi “giusta” ed una “sbagliata”; tra intervento terapeutico “adeguato” e “insufficiente”, è ben messa in luce da G. PONTI, *op. cit.*, 8. Per una indicazione “di massima” dei percorsi diagnostici e terapeutici da seguire in psichiatria, U. FURNARI – S. CODA, *Deontologia e responsabilità in psichiatria e psicologia forense*, in *Riv. it. med. leg.*, 6/2000, 1175 ss.; T. BANDANINI – G. ROCCA, *La psichiatria forense e il “vizio di mente”: criticità attuali e prospettive metodologiche*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2010, 415 ss.; F. INTRONA, *Responsabilità medica per colpa: valutazione medico-legale*, in *Trattato di Medicina legale*, V, Padova, 1999, 955; C. CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 9/2013, 2999.

¹³⁸ Particolarmente efficace, al riguardo, l’analisi svolta da O. DI GIOVINE, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in *Arch. pen. web*, 2014, 1 ss.

¹³⁹ La *primauté* della regola cautelare, rispetto all’inosservanza degli obblighi di custodia o sorveglianza, viene ritenuta come la più fondata da F. STELLA, *op. cit.*, 13.

¹⁴⁰ Cfr., *ex multis*, A. MASSARO, “Concretizzazione del rischio” e prevedibilità dell’evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa, in *Cass. pen.*, 12/2009, 4712 ss.; S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Ind. pen.*, 1/2012, 21 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa “penale”. Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2013, 1723 ss.; G. FORTI, voce *Colpa (diritto penale)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, II, cit., 954 ss., nonché, sia pure con sfumature del tutto peculiari, M. DONINI, *L’elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2013, 124 ss.

¹⁴¹ Per osservazioni critiche alle teorie della doppia misura della colpa, nella manualistica, DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2011, 432 ss.

¹⁴² Così, G. FURNARI, *Descrizione dell’evento e prevedibilità del decorso causale: “passi*

che si concretizzerebbe proprio nel caso in cui si prescindesse dall'accertamento della componente soggettiva della colpa e (...) si ritenesse di poter edificare la responsabilità penale sul mero dato oggettivo della violazione di una regola cautelare»¹⁴³. Solo «concretizzando ed individualizzando il giudizio di responsabilità»¹⁴⁴, sarebbe dunque possibile valutare se l'agente fosse effettivamente in grado di osservare la regola cautelare violata e, dunque, evitare il prodursi dell'evento dannoso o pericoloso¹⁴⁵. Analisi che dovrà avvenire prestando particolare attenzione non solo ai mezzi¹⁴⁶ a disposizione dello psichiatra, ma anche, e soprattutto, alla partecipazione del degente alle strategie cliniche impostate dallo psichiatra¹⁴⁷.

La limitazione di responsabilità compiuta attraverso le regole cautelari ai soli eventi lesivi commessi dal paziente che risultino essere un prodromo della sua malattia, potrebbe essere esclusa laddove si valorizzino, come visto, i suoi compiti gestionali ed organizzativi. Una responsabilità che, prescindendo dall'adeguatezza, o meno, degli interventi terapeutici messi in atto dal medico psichiatra, scatterebbe in conseguenza della violazione del dovere di garantire la sorveglianza nei luoghi di degenza.

Il passaggio dagli OPG alle REMS, sia pur motivato dai migliori propositi, rende dunque particolarmente complessi gli ambiti teorici entro i quali muoversi per poter inquadrare gli schemi della responsabilità colposa del medico psichiatra. Bene, allora, sarebbe un intervento legislativo (*sic!*) che, valutando i costi e i benefici della riforma, intervenga *anche* per chiarire i contorni della responsabilità psichiatrica. Una responsabilità che,

avanti” della giurisprudenza sul terreno dell'imputazione colposa, in Riv. it. dir. proc. pen., 3/1999, 725.

¹⁴³ Testualmente, A. MASSARO, *Principio di affidamento e responsabilità per colpa*, cit., 196.

¹⁴⁴ D. CASTRINUOVO, *La colpa “penale”. Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 1737.

¹⁴⁵ A livello monografico, di recente, A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011, 195 ss.; A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento*, cit., 301 ss.

¹⁴⁶ Sottolinea il punto P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., 347, che estromette dall'obbligo di garanzia di cui all'art. 40, secondo comma c.p., le condotte etero-aggressive del paziente psichiatrico, in considerazione dell'«[im]possibilità di adempiere efficacemente a tale obbligo». Più in generale, sulla rilevanza dei “poteri impeditivi” quale ulteriore parametro da prendere in considerazione per valutare una responsabilità *ex art. 40*, secondo comma c.p., I. LEONCINI, *L'obbligo di impedire l'infortunio*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, a cura di F. Giunta, D. Micheletti, Milano, 2010, 113; N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale*, cit., 50; ID., *Posizioni di garanzia e colpa d'organizzazione*, cit., 129.

¹⁴⁷ Un accenno all'incidenza della “variabile” soggettiva del paziente in ordine all'accertamento del nesso di causalità, è fornito da R. CATANESI, *Valutazione della causalità in psichiatria*, in *Psichiatria forense, criminologia ed etica psichiatrica*, a cura di V. Volterra, Milano, 2006.

costruita su di uno schema “multilivello”, finirebbe per innescare gli ormai ben noti meccanismi della medicina difensiva e svilire, in ultima analisi, quanto di buono potrebbe rinvenirsi nel “nuovo panorama” tracciato nel terreno della psichiatria.

Annaelena Mencarelli

*Le misure di sicurezza detentive al vaglio della
Corte europea dei diritti dell'uomo*

SOMMARIO: 1. La valorizzazione della difesa sociale (anche) a discapito del diritto alla salute del singolo. – 2. La *Sicherungsverwahrung* nel sistema sanzionatorio tedesco del doppio binario. – 2.1. La *Sicherungsverwahrung* innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Il caso *M. v. Germany* – 2.1.1. Il contrasto della *Sicherungsverwahrung* con l'art. 5 § 1 lett. a) CEDU: da un diritto penale del fatto a un diritto penale dell'autore. – 2.1.2. La violazione dell'art. 7 CEDU e il concetto di pena in senso sostanziale. – 2.1.3. La nuova serie di pronunce della Corte di Strasburgo sulla *Sicherungsverwahrung* – 2.2. La riforma della custodia di sicurezza del 2010 e le resistenze del *Bundesverfassungsgericht* nel controllo dell'autore pericoloso. – 3. Le esigenze di difesa sociale in un sistema a base "monistica". L'esperienza francese. – 3.1. Il *Conseil Constitutionnel* sull'irretroattività delle misure introdotte dalla riforma del 2008. – 3.2. Il caso *Berland v. France* e il rispetto dell'art. 7 CEDU nell'applicazione retroattiva delle nuove misure introdotte dalla riforma del 2008 nei confronti dell'autore non imputabile. – 4. Considerazioni conclusive: il doppio binario nel giusto bilanciamento tra "cura" e "custodia" del reo.

1. *La valorizzazione della difesa sociale (anche) a discapito del diritto alla salute del singolo*

Alcune pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo sulle misure di sicurezza detentive previste nei sistemi penali tedesco e francese offrono uno spunto per riflettere sul nuovo diritto penale della modernità, segnato com'è da una complessiva tendenza a cercare nel diritto uno strumento di anticipazione e prevenzione del rischio, in tutti i casi in cui la priorità diviene non tanto quella di reagire a fatti commessi, ma la necessità di prevenire la commissione di futuri reati¹. Una tendenza, questa, che riporta al

¹ «Il diritto penale moderno è un diritto penale della messa in pericolo. Ma il concetto di pericolo provoca il dissolversi dei criteri di valutazione della colpevolezza. Colpevolezza e pericolosità non si possono più distinguere chiaramente già in virtù del fatto che il legislatore pone in primo piano la pericolosità del fatto, mentre per le misure di sicurezza dovrebbe essere decisiva la pericolosità dell'autore. Il moderno diritto penale

centro del sistema sanzionatorio il delinquente pericoloso, con un quanto mai critico scivolamento verso quel diritto penale d'autore tipico dei regimi totalitari. L'agente pericoloso, imputabile o non imputabile che sia, assume quasi uno *status* dal quale difficilmente riesce a liberarsi.

Sul versante della pena detentiva, il nostro Paese ha già subito la significativa condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo, quando la sentenza *Torreggiani* ha svelato la condizione disumana e degradante cui erano sottoposti i detenuti negli ordinari istituti penitenziari². Un'analogha sorte non ha riguardato gli ospedali psichiatrici giudiziari, che da luoghi di esecuzione di una misura di sicurezza volta a contenere la pericolosità sociale di soggetti affetti da infermità psichica sono divenuti nel corso degli anni una sorta di "discarica sociale" diretta a relegare entro mura impermeabili rispetto all'ambiente circostante individui dei quali la società preferiva non farsi carico³.

Se si volge lo sguardo alla situazione d'oltralpe diviene forse più agevole comprendere le ragioni delle difficoltà incontrate in Italia nel percorso volto al "superamento" degli ospedali psichiatrici giudiziari: si tratta, in effetti, di misure che certamente non rappresentano una peculiarità italiana e, anzi, è piuttosto frequente imbattersi, nel contesto europeo, in soluzioni caratterizzate da una sostanziale prevalenza delle istanze di difesa sociale

sanziona interessi preventivi dello Stato, e cioè interessi di direzione e pianificazione. E ciò rende sempre più difficile delimitare la pena da interventi di altro genere»: K. VOLK, *L'imputabilità e le misure di sicurezza nell'ordinamento tedesco*, in *Imputabilità e misure di sicurezza*, a cura di A. Manna, Padova, 2002, 149-150. Sulle nuove esigenze della società del rischio in cui è la logica preventiva a prevalere, vedi ampiamente M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008.

² Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani and Others v. Italy*, ric. n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, in *Penalecontemporaneo.it*, 9 gennaio 2013, con nota di F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*. Per un'accurata riflessione sull'impatto della sentenza *Torreggiani* nel nostro ordinamento e sul senso della pena carceraria, si veda AA. VV., *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, a cura di M. Ruotolo, Napoli, 2014.

³ Sono questi i risultati allarmanti delle ispezioni avviate dalla Commissione Marino prima della chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari. Cfr. *Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari della Commissione parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del Servizio sanitario nazionale*, Atti parlamentari, Senato della Repubblica, XVI legisl., doc. XXII-bis n. 4, in www.senato.it (ultimo accesso 12.04.2017). Quello che è stato definito dall'ex Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano come un "estremo orrore", in cui l'eterna dialettica tra "cura" e "custodia" ha visto la sua più grande sconfitta, è ben evidenziato da A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire: l'eterna dialettica tra "cura" e "custodia" nel passaggio dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/2015, 1357.

rispetto alle esigenze di cura del singolo.

Da una parte il riferimento è a un sistema sanzionatorio tradizionalmente a doppio binario, qual è quello tedesco⁴, stigmatizzato dalla Corte europea nel momento in cui, non apprestando misure idonee a garantire la cura e la riabilitazione di soggetti reclusi in applicazione della *Sicherungsverwahrung* in quanto considerati altamente pericolosi, confonde finalità che dovrebbero rimanere ben distinte, tanto da indurre l'organo sovranazionale a rinvenire una violazione dell'art. 7 CEDU nell'applicazione di una misura di sicurezza che nella sostanza viene ad assumere i connotati di una vera e propria pena.

Dall'altra parte si colloca l'ordinamento giuridico francese, noto tradizionalmente per la sua impronta "monistica", in cui tutte le funzioni della sanzione vengono assorbite da una pena unitariamente considerata⁵, ma che ha introdotto nel corso degli anni misure dirette specificamente a prevenire la pericolosità sociale, perdendo quella sua "impermeabilità" rispetto alle esigenze di difesa sociale. L'ampio ventaglio di riforme volte ad apprestare strumenti di difesa sociale è tale da far parlare di una vera e propria "conversione" della Francia al doppio binario⁶.

Il diffuso ricorso a misure che in ragione delle finalità perseguite si pretende di assoggettare a principi diversi rispetto a quelli governanti la pena, ma che nella sostanza si traducono in una forte limitazione della libertà personale in

⁴ Il sistema penale tedesco distingue tra pene e misure di sicurezza, le c.d. *Maßregeln der Besserung und Sicherung*, la cui funzione risiede nella protezione della società e dei singoli cittadini dalla futura commissione di reati. Le considerazioni alla base dello *Zweispurigkeitssystem* non sono diverse rispetto a quelle fondanti il sistema italiano, laddove si ritiene che gli scopi preventivi non possano essere assolti dalla pena, intimamente connessa alla colpevolezza del soggetto agente. Lo *StGB* predispose pertanto, nei § 63 e ss., un apparato di misure di sicurezza strettamente ancorate alla pericolosità sociale e applicabili quando la funzione individualpreventiva non possa essere assolta dalla pena, nel rispetto del principio di proporzionalità di cui al § 62 *StGB*. Per una completa analisi delle singole *Maßregeln* previste dal legislatore tedesco, H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlino, 1996, 806 ss; W. STREE, § 63, in *Strafgesetzbuch Kommentar*, a cura di A. Shönke, H. Schröder, Monaco, 2006;

⁵ L'idea di un sistema sanzionatorio rigorosamente monistico viene tradizionalmente fatta risalire a Von Liszt, il quale nella sua celeberrima opera *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, pubblicata in Germania nel 1882, definisce la pena come "protezione di beni giuridici e prevenzione di crimini", ponendo la funzione preventiva al centro del sistema penale. Cfr. F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962, 47. Per una completa disamina del sistema sanzionatorio francese, sufficiente il riferimento a R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, Parigi, 1967, 499 ss.; J. PRADEL, *Droit pénal général*, XXI, 2016, Parigi, 511 ss.; B. BOULOC, *Droit pénal général*, Paris, 2015, 424 ss.

⁶ L'osservazione è di M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in *Penalecontemporaneo*, it, 26 luglio 2011, 13.

cui, in particolare, il diritto alla salute del singolo viene quasi annullato, induce a una riflessione sullo stesso fondamento del doppio binario sanzionatorio e sulla profonda crisi che sta vivendo ormai da anni⁷.

Il frutto di quello che nell'esperienza giuridica italiana è stato definito come uno storico "compromesso" tra Scuola classica e Scuola positiva è sintetizzato, come ampiamente noto, dalla contrapposizione tra la pena intesa come misura retributiva per il reato commesso, saldamente ancorata alla colpevolezza del soggetto e commisurata alla gravità del fatto, e la misura di sicurezza come uno strumento che guarda al futuro, diretto a neutralizzare la pericolosità sociale del reo e pertanto destinato a durare fintantoché questa non venga meno⁸. I due binari si ricongiungono di fronte a soggetti giudicati imputabili per il fatto commesso ma al contempo socialmente pericolosi, i quali si vedono applicate entrambe le misure, dando luogo a quel punto di contatto che più destabilizza le fondamenta del sistema sanzionatorio del doppio binario⁹.

Se si superano gli angusti schemi formali della dogmatica tradizionale per seguire quell'approccio garantistico e maggiormente attento alla sostanza di cui si fa portatrice la Corte di Strasburgo¹⁰, emerge con evidenza la grave lesione dei diritti fondamentali derivante da una doppia limitazione alla propria libertà personale. Le pronunce sulla *Sicherungsverwahrung* tedesca, in particolare, svelando la natura sostanziale di pena che può assumere una misura di sicurezza nella sua concreta attuazione, sottoponendo l'individuo a una duplice limitazione della libertà personale che va ben oltre la colpevolezza per il fatto commesso, rappresentano da questo punto di vista un'occasione per rimeditare sul funzionamento complessivo del doppio binario sanzionatorio anche nel nostro sistema costituzionale che, attraverso l'art. 27, terzo comma Cost., attribuisce esplicitamente alla

⁷ E. MUSCO, voce *Misure di sicurezza*, in *Enc. Giur.*, I, Roma, 1997, 762. Il primo modello sanzionatorio del doppio binario trova le sue origini nel codice penale svizzero elaborato da Carl Stooss nel 1893, che influenzò agli inizi del Novecento numerosi paesi in Europa nella costruzione del moderno sistema sanzionatorio del doppio binario. Per un'analisi comparata vedi la ricostruzione di M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 251 ss.

⁸ Per tutti F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, 553 ss., al quale si rinvia anche per le necessarie indicazioni bibliografiche.

⁹ Il risultato aberrante dell'applicazione congiunta della pena e della misura di sicurezza è ben evidenziato da M. TRAPANI, *Il sistema italiano delle sanzioni criminali tra pena "legale" e prassi applicativa*, Modena, 1995, 11.

¹⁰ Per maggiori indicazioni si rinvia a A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in *questo volume*.

pena anche una funzione rieducativa¹¹, come tale proiettata verso il futuro.

Allo stesso tempo, dagli orientamenti della Corte dei diritti si può trarre un importante monito per tutti quei sistemi giuridici che in nome di pressanti esigenze di difesa sociale sembrano porre in secondo piano i diritti inviolabili dell'individuo.

2. *La Sicherungsverwahrung nel sistema sanzionatorio tedesco del doppio binario*

La misura di sicurezza sulla quale è intervenuta la Corte europea dei diritti è la *Sicherungsverwahrung*, introdotta per la prima volta nell'ordinamento tedesco durante il regime nazionalsocialista¹², sopravvissuta successivamente alla riforma del 1975¹³, per divenire infine oggetto di una serie di interventi legislativi che ne hanno comportato una progressiva espansione dell'ambito applicativo, rendendone critica la compatibilità con i principi costituzionali interni e con la CEDU.

La *Sicherungsverwahrung* è una misura di sicurezza custodiale applicabile dal giudice al momento della condanna a soggetti imputabili già condannati per delitti dolosi della medesima indole, che siano ritenuti socialmente pericolosi alla stregua di una valutazione complessiva dell'autore e del fatto, da cui si ricavi la sua inclinazione a commettere rilevanti reati. Si tratta di una tipica ipotesi, dunque, di applicazione congiunta di pene e misure di sicurezza al soggetto imputabile, che, come già precisato, mette in crisi le fondamenta di un sistema ispirato al doppio binario sanzionatorio nel tentativo di coniugare le funzioni della pena con la prevenzione della

¹¹ Sulla rieducazione come concetto riferibile anche alle misure di sicurezza F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, I, *Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, 403-404; P. NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie sostanziali e processuali della libertà del cittadino*, in *Stato di diritto e misure di sicurezza*, Padova, 1962, 174.

¹² La *Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Meregeln der Sicherung un Besserung* del 24 novembre 1933 segna la data del formale ingresso delle misure di sicurezza nel sistema tedesco e dell'introduzione di un modello fondato sul doppio binario sanzionatorio, a favore del quale propende la dottrina tedesca maggioritaria. Per un approfondimento sulla legge del 1933 e sull'apertura del sistema tedesco alle misure di sicurezza si vedano in particolare J. BAUMANN, W. MITSCH, U. WEBER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bielefeld, 2003, 711 e P. BOCKELMANN, K. VOLK, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, 1987, 8f. Sulla crisi del doppio binario in Germania e sul nuovo "volto" della pena si veda invece C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, 1997, § 3, Rn. 58.

¹³ Sulla riforma dello *StGB*, nella letteratura italiana, G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993.

pericolosità sociale.

Il progressivo ampliamento del ricorso alla *Sicherungsverwahrung* vede le sue origini nel 1998, quando il legislatore è intervenuto, con una scelta peraltro opposta rispetto a quella seguita di recente dal legislatore italiano nel superamento del sistema degli ospedali psichiatrici giudiziari¹⁴, per abolirne il termine di durata massima e disporre l'applicazione retroattiva anche ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore¹⁵. Nonostante gli evidenti profili di criticità, la nuova disciplina è stata ritenuta costituzionalmente legittima dal *Bundesverfassungsgericht*, che con ben tre pronunce ha confermato l'applicazione retroattiva dell'abolizione del termine massimo di durata della *Sicherungsverwahrung*, in conformità alla *ratio* di un doppio binario che vede ancorato il giudizio di pericolosità sociale al momento di esecuzione della misura¹⁶.

Gli aspetti problematici di questa misura non potevano che acuirsi quando un secondo intervento legislativo ha ampliato la custodia di sicurezza primaria, prevedendo la possibilità per il giudice di rinviare a un momento successivo rispetto alla sentenza di condanna l'applicazione della misura, nei casi in cui non fosse ancora possibile effettuare con precisione un giudizio di pericolosità sociale¹⁷. Era il primo tassello che ha infine condotto alla *Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung* del 28

¹⁴ Nell'inserire un termine di durata delle misure di sicurezza detentive, corrispondente alla previsione edittale massima della pena detentiva prevista per il reato commesso, il legislatore intendeva porre fine al fenomeno dei c.d. ergastoli bianchi, contribuendo però a minare le fondamenta del sistema a doppio binario in cui l'indeterminatezza della misura di sicurezza rimane saldamente ancorata alla funzione da loro svolta. Per i tratti essenziali della legge n. 81 del 2014 si rinvia ad A. LAURITO, *Le REMS e la sfida del nuovo modello terapeutico-riabilitativo nel trattamento del "folle reo"*, in questo volume.

¹⁵ Per una dettagliata ricostruzione diacronica, per tutti, T. BARTSCH, *Sicherungsverwahrung – Recht, Vollzug, aktuelle Probleme*, Baden-Baden, 2010, 36 ss. Berlino, 2012, 36 ss.

¹⁶ *BverfG*, 3 dicembre 1998, in *NStZ*, 1999, 156; *BverfG*, 5 febbraio 2004, in *NJW*, 2004, 739; *BverfG*, 5 agosto 2009, *ivi*, 2010, 1514. Nelle tre pronunce la Corte Costituzionale tedesca ribadisce in particolare l'importanza delle misure di sicurezza per far fronte alla pericolosità del soggetto, rilevando che la garanzia del principio di irretroattività previsto dal § 103 GG non riguarda anche misure il cui scopo non risiede nel retribuire la colpevolezza, ma nel tutelare la collettività. L'indeterminatezza della misura può trovare del resto un argine nel principio di proporzionalità, sufficientemente assicurato dalla possibilità di chiedere un riesame della misura sulla base di presupposti che si fanno sempre più stringenti con il passare del tempo. Su queste pronunce, in particolare, H.W. LAUFHÜTTE, R. RISSING VAN SAAN, K. TIEDEMANN, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, Berlin, 2006, 526 e C. LAUE, *Die Sicherungsverwahrung auf dem europäischen Prüfstand*, in *JR*, 2010, 199; K. LAUBENTHAL, *Die Renaissance der Sicherungsverwahrung*, in *ZStW*, 116 (2004), 703 ss.

¹⁷ *Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung*, par. 66a *StGB*, così come modificato nel 2002.

luglio 2004, che, con il § 66b *StGB*, ha introdotto la misura più invasiva che il sistema sanzionatorio tedesco abbia conosciuto: il riferimento è alla *nachträgliche Sicherungsverwahrung*, con la quale si recide completamente ogni legame tra fatto commesso e pericolosità del soggetto, visto che l'applicazione della misura è disposta sulla base di una prognosi di pericolosità successiva alla sentenza di condanna, per i soli fatti emersi nel corso dell'esecuzione della pena¹⁸.

Nell'ottica del legislatore tedesco la previsione di una misura totalmente sganciata rispetto al fatto commesso, espressione di una politica criminale propria più di un diritto penale d'autore che di un diritto penale del fatto, era pienamente giustificata da esigenze di difesa sociale: il § 129 *StrVollG*, del resto, chiarisce esplicitamente che le tre diverse forme di *Sicherungsverwahrung* comportano una limitazione della libertà personale "a tutela della collettività".

Le modifiche che hanno coinvolto il sistema penale tedesco negli ultimi anni, già oggetto di un vivace dibattito interno, non hanno mancato di suscitare ulteriori dubbi, se inserite nel più ampio apparato di tutele predisposto dalla Convenzione europea dei diritti. La Corte EDU, nella sua rinnovata attenzione ai diritti fondamentali dell'individuo, non ha esitato a dichiarare il contrasto dei tratti più problematici della *Sicherungsverwahrung* con il diritto alla salvaguardia e alla sicurezza di ogni persona e con il principio di legalità, di cui, rispettivamente, agli articoli 5 e 7 CEDU.

2.1. *La Sicherungsverwahrung innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Il caso M. v. Germany*

Nel 2009 la *Sicherungsverwahrung* tedesca giunge per la prima volta al vaglio della Corte EDU¹⁹. Il ricorrente, recidivo condannato alla pena detentiva di cinque anni per tentato omicidio e furto, veniva sottoposto anche all'internamento in custodia di sicurezza una volta espia la pena in ragione dei disturbi della personalità cui risultava affetto, non tali da dichiararne la non imputabilità per vizio di mente, ma idonei a confermare la sua particolare propensione a commettere reati e, dunque, la sua

¹⁸ J. LANGE, *Die Kriminalprognose im Recht der Sicherungsverwahrung*, Berlino, 2012, 172 ss.; J.D. JANSING, *Nachträgliche Sicherungsverwahrung. Entwicklungslinien in der Dogmatik der Sicherungsverwahrung*, Monaco, 2004.

¹⁹ Corte EDU, 17 dicembre 2009, *M. v. Germany*, ric. n. 19359/2004. Per un commento alla pronuncia, vedi J. Kinzig, *Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland*, in NJW, 2010, 233.

pericolosità sociale. Una volta decorso il termine di dieci anni dall'inizio di esecuzione della custodia di sicurezza, il soggetto ricorreva alla Corte regionale di Marburg per chiedere la cessazione della misura e il suo rilascio. Con decisione confermata nei successivi gradi di giudizio, la sua richiesta veniva respinta sulla base del § 67d comma 3 *StGB* che, così come modificato dalla riforma del 1998, consentiva l'applicazione retroattiva dell'eliminazione del termine di durata massima della custodia di sicurezza anche ai soggetti la cui custodia di sicurezza era stata disposta anteriormente all'entrata in vigore della riforma.

In particolare, la Corte Costituzionale federale richiamava il § 2, comma 6 *StGB*, che autorizza l'applicazione retroattiva delle misure di sicurezza in quanto non costituenti pene soggette al principio di irretroattività di cui al § 103 comma 2 GG²⁰. Motivi di interesse pubblico, come la protezione della società da delinquenti pericolosi, giustificano l'adozione di misure retroattive. La privazione della libertà personale oltre il termine di dieci anni era del resto sufficientemente garantita, a parere della Corte, dal § 67 comma 3 *StGB*, che ricostruiva la *Sicherungsverwahrung* come un istituto di carattere eccezionale, applicabile in presenza di stringenti requisiti procedurali che consentivano un costante, periodico e accurato controllo della permanenza della pericolosità sociale.

Quando la questione giunge innanzi alla Corte europea dei diritti, la custodia di sicurezza viene analizzata in relazione a due diversi profili che conducono a ravvisare una violazione degli artt. 5 § 1 lett. a) e 7 CEDU.

²⁰ Il § 2, comma 6 *StGB* corrisponde sostanzialmente all'art. 200 c.p., che assoggetta le misure di sicurezza alla legge in vigore al momento della loro applicazione. Sul fronte costituzionale, l'art. 25, comma 2, Cost. stabilisce solamente per le pene il principio di irretroattività, dando luogo a inevitabili criticità sistematiche che inducono la dottrina dominante a fornire un'interpretazione restrittiva del dato normativo. Come rilevano M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, I, Torino, 2014, 40 ss. e G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2015, 105-107, non solo non può applicarsi una misura di sicurezza a chi abbia commesso un fatto che al momento della sua realizzazione non era previsto come reato, ma una misura di sicurezza prevista da una legge posteriore non può trovare applicazione qualora la legge del tempo in cui il soggetto ha agito non prevedesse l'applicabilità di quella stessa misura. L'art. 200 c.p. contemplerebbe, in altri termini, l'ipotesi in cui una legge successiva disciplinasse diversamente le modalità di esecuzione di una misura già prevista nel sistema. Anche la retroattività delle misure di sicurezza patrimoniali ha suscitato innumerevoli perplessità in quegli autori che hanno del resto anticipato quanto successivamente precisato dalle importanti pronunce della Corte EDU sulle ipotesi speciali di confisca previste dal nostro legislatore. Cfr. sul punto la ricostruzione di G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *op. cit.*, 108-109 e M. TRAPANI, voce *Confisca*, in *Enc. Giur.*, VIII, Roma, 1988, 2.

2.1.1. *Il contrasto della Sicherungsverwahrung con l'art. 5 § 1 lett. a) CEDU. Da un diritto penale del fatto a un diritto penale dell'autore*

L'articolo 5 § 1 CEDU contiene un elenco di motivi che giustificano la privazione della libertà personale, altrimenti non ammissibile²¹. Tra questi rileva, per la fattispecie oggetto di giudizio, il sottoparagrafo a), che richiede una sufficiente connessione causale tra una sentenza di condanna che accerti in conformità alla legge la colpevolezza per un fatto di reato e la privazione della libertà personale. Ciò significa che più risulta ampio il lasso di tempo intercorrente tra la condanna e la privazione della libertà, meno evidente diviene il legame tra la prima e la seconda.

Perché una privazione della libertà personale possa considerarsi “legale”, e quindi conforme ai parametri individuati nel sistema di protezione dei diritti umani imposto dalla CEDU, non basta del resto che sia fornita di una base legale, dovendosi trattare di una legge “di qualità”, che sia sufficientemente precisa in modo tale da consentire a un soggetto di prevedere in maniera ragionevole le conseguenze derivanti dalla propria azione e di non subire una restrizione della libertà personale del tutto “arbitraria”²².

Nel caso di specie la Corte omette di soffermarsi su quest'ultimo aspetto in quanto non considerato necessario ai fini della decisione, poiché la privazione di libertà oltre il termine di dieci anni sofferta dal ricorrente non risulta giustificabile ancor prima ai sensi dell'art. 5 § 1 CEDU²³. L'applicazione retroattiva del nuovo regime di durata della

²¹ Il *leading case* sulla definizione dell'ambito di applicazione dell'art. 5 CEDU, e dunque della nozione di “privazione della libertà personale”, è dato dal caso *Guzzardi c. Italia* del 1980, ove la Corte ha indicato per la prima volta i criteri sulla base dei quali stabilire se vi sia stata una privazione della libertà personale o una sua mera restrizione. Per la sentenza, vedi Corte EDU, 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italy*, ric. n. 7367/76, in *Foro it.*, IV, 1981, 1. *Amplius* S. LONGO, F. ZACCHÈ, *Art. 5. Diritto alla libertà e alla sicurezza*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. UBERTIS, F. VIGANÒ, Torino, 2016, 97 ss.; L. KALB, *La privazione della libertà personale (art. 5 CEDU)*, in *CEDU e ordinamento italiani*, a cura di A. Di Stasi, Padova, 2016, 251 ss.

²² Sulla nozione europea di legalità si rinvia per tutti V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità in materia penale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes, V. Zagrebelsky, Milano, 2011, 69 ss. Per un'attenta riflessione sui concetti di calcolabilità e prevedibilità del rischio penale, in particolare, O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 1, 174 ss.; D. PULITANO, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Penalecontemporaneo.it*, 13 luglio 2015.

²³ La Corte, al punto 103 della decisione, ha peraltro modo di osservare che la privazione di libertà personale del ricorrente non potesse giustificarsi neanche sulla base della lett.

Sicherungsverwahrung ha infatti determinato la rottura della connessione causale tra la condanna e la privazione della libertà personale in ragione del prolungamento della custodia oltre i dieci anni. Rimangono però in ogni caso degni di nota i dubbi della Corte EDU sulla possibilità per il ricorrente di prevedere, all'epoca dei fatti, che il suo agire avrebbe condotto all'applicazione della custodia di sicurezza per un periodo di tempo illimitato, in quanto valorizzate dai giudici di Strasburgo per ravvisare la violazione dell'art. 7 CEDU da parte dello Stato tedesco.

Quali conseguenze trarre in ogni caso da simili considerazioni, se non un avvertimento per il legislatore di non introdurre misure che rischiano di limitare la libertà dei cittadini per motivi del tutto indipendenti rispetto alla commissione di un fatto di reato? Anche il sistema tedesco sembra non resistere a quella tendenza della nuova "società del rischio" a prevenire e anticipare la risposta penale, concentrando ancora una volta l'attenzione sull'autore del reato in risposta a pressanti esigenze di difesa sociale.

2.1.2. *La violazione dell'art. 7 CEDU e il concetto di pena in senso sostanziale*

La violazione dell'art. 7 CEDU costituisce il punto centrale della pronuncia in commento, poiché lascia trasparire il tentativo di riportare le esigenze di cura dell'individuo all'interno della misura di sicurezza detentiva.

Nel caso *M. v. Germany* la Corte europea aggiunge un tassello ulteriore a quell'articolato percorso volto al superamento delle mere etichette formali per giungere a una nozione di "materia penale" (*rectius*: di "illecito penale" e, quindi, di "sanzione penale") in senso sostanziale. Il sistema di garanzie imposto dall'art. 7 CEDU si estende oltre le misure a contenuto patrimoniale fino a ricomprendere, come era immaginabile, vere e proprie misure privative della libertà personale²⁴.

e) dell'art. 5 CEDU. Le Corti nazionali avevano infatti accertato che il soggetto non soffriva di disordini mentali tali da potersi considerare un "alienato" rispetto al quale è legalmente applicabile una misura restrittiva personale.

²⁴ La nuova nozione di "materia penale", frutto di un percorso che vede come protagoniste la Corte di Giustizia e la Corte europea dei diritti, ha vissuto un graduale ampliamento che ha consentito di ricomprendere in un "grande contenitore" cui vengono applicati i medesimi principi, sanzioni penali e sanzioni amministrative, sino a coinvolgere il binomio pene-misure di sicurezza con le recenti pronunce della Corte di Strasburgo relative alle diverse forme di confisca prevista dal diritto italiano. Per un approfondimento sull'impatto del diritto sovranazionale sul sistema sanzionatorio nazionale e per più ampie indicazioni al riguardo si rinvia ad A. MASSARO, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei "doppi binari" nazionali nel*

I criteri *Engel*, elaborati dalla Corte dei diritti, consentono di superare le qualifiche formali nazionali per applicare a misure dal contenuto sostanzialmente afflittivo i principi che governano la pena così come previsti dall'art. 7 CEDU²⁵. La verifica della natura della sanzione passa quindi attraverso una serie di indici: a) la qualificazione che la sanzione riceve nel diritto interno, comprensiva anche delle procedure legate alla sua adozione; b) la natura e lo scopo della sanzione, verificando se abbia una funzione repressiva e punitiva; c) il grado e la severità della sanzione²⁶.

Il fatto che la *Sicherungsverwahrung* sia qualificata dal sistema del doppio binario tedesco come una misura di sicurezza non avente lo scopo di punire per un fatto commesso, ma di proteggere la società da un delinquente pericoloso, non preclude l'applicazione dell'art. 7 CEDU, veicolata da una nozione di "materia penale" autonoma rispetto alle qualifiche formali adottate dai singoli Stati membri. Se la custodia di sicurezza costituisce una pena ai sensi dell'art. 7 CEDU, ne sarà vietata l'applicazione retroattiva e la modifica normativa del 2008, che abolisce il termine di durata massima della misura, non potrà coinvolgere i fatti commessi nel periodo antecedente alla sua entrata in vigore.

I risultati delle ispezioni svolte nei luoghi di esecuzione della misura confermano alla Corte come la *Sicherungsverwahrung*, eseguita peraltro in ale separate all'interno di istituti penitenziari ordinari, non comprenda nella sostanza alcuna misura speciale, ulteriore rispetto a quelle previste per i detenuti ordinari, che sia specificamente diretta a ridurre la pericolosità sociale del soggetto sottoposto a custodia di sicurezza. Come ha sottolineato il Consigliere incaricato dalla Commissione europea per i diritti umani nella sua visita in Germania, le persone soggette a custodia di sicurezza, in ragione della durata potenzialmente illimitata della misura, richiedono una particolare assistenza medica e psicologica. Nonostante la consapevole difficoltà di gestire soggetti portatori di un'elevata pericolosità sociale, questo non significa che pochi privilegi, come la possibilità di indossare propri vestiti o di arredare le celle in maniera più comoda, siano

segno sostanzialistico-funzionale della "materia penale", in *Penalecontemporaneo.it*, 15 luglio 2015; C.E. PALIERO, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione "classica" a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1985, 894 ss.; A.M. MAUGERI, *Il sistema sanzionatorio comunitario dopo la Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di G. Grasso, R. Sicurella, Milano, 2005, 100 ss.

²⁵ Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel and Others v. the Netherlands*, n. ric. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72.

²⁶ *Amplius*, anche per le criticità dei criteri in questione, A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione*, cit.

misure sufficienti per una riabilitazione del soggetto.

Poiché la misura di sicurezza ha lo scopo di proteggere la società, ma allo stesso tempo di mettere il detenuto nella condizione di svolgere una vita responsabile al di fuori del luogo di detenzione, la sua funzione finisce con il sovrapporsi alla pena quando vengano a mancare le strutture idonee a consentire un percorso riabilitativo. A ciò si viene ad aggiungere la durata tendenzialmente illimitata della custodia di sicurezza, che contribuisce a renderla una vera e propria pena con funzione punitiva e deterrente²⁷.

La Corte EDU ritiene dunque di trovarsi di fronte a un'autentica sanzione penale, che rappresenta persino una delle sanzioni più dure, se non la più dura, disciplinate dal codice penale tedesco, tanto da lasciar ragionevolmente supporre che l'evidente peggioramento delle condizioni del ricorrente fosse proprio il risultato della sua perdurante privazione di libertà nel regime di custodia di sicurezza, più che della condanna alla pena detentiva in sé. La natura sostanzialmente punitiva e afflittiva della *Sicherungsverwahrung*, ricavata in maniera significativa anche dalla valorizzazione delle modalità esecutive della stessa, consente di attrarla nell'orbita delle garanzie apprestate dall'art. 7 CEDU, con conseguente operatività del principio di irretroattività.

2.1.3. *La nuova serie di pronunce della Corte di Strasburgo sulla Sicherungsverwahrung*

La sentenza della CEDU nel caso *M. v. Germany* aveva determinato una "spaccatura" della giurisprudenza tedesca tra le pronunce che effettivamente disponevano la rimessione in libertà dei soggetti detenuti in custodia di sicurezza per fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge del 1998 una volta espriato il termine di durata massima di dieci anni, e quelle che invece ritenevano di dover attendere un intervento del legislatore, l'unico onerato dall'obbligo di dare esecuzione alle statuizioni della Corte²⁸.

Non hanno dunque tardato a pervenire innanzi alla Corte di Strasburgo altri ricorsi promossi da quei detenuti che si vedevano negare la sospensione della misura, ricorsi che hanno infine condotto a ben tre nuove pronunce di condanna dello Stato tedesco per violazione degli articoli 5 e 7 CEDU, che ribadiscono sostanzialmente quanto già stabilito

²⁷ Per le problematicità della durata indeterminata della misura di sicurezza, vedi *infra* par. 4.

²⁸ Sul dibattito sviluppatosi in Germania in ordine alle modalità di attuazione della pronuncia della Corte EDU nel caso *M. v. Germany*, vedi A. GREGER, *Herausforderung Sicherungsverwahrung. Wie die Praxis mit der Entscheidung des EGMR (M. gegen Deutschland) umgehen kann*, in *NStZ*, 2010, 676.

nel precedente caso *M. v. Germany*²⁹.

La *Sicherungsverwahrung* costituisce una pena in senso sostanziale cui si applicano le garanzie fornite dall'art. 7 CEDU, in quanto: a) la competenza per la sua adozione spetta al giudice penale in ragione della condanna per un fatto di reato; b) la durata tendenzialmente indeterminata della misura la rende una sanzione grave e afflittiva; c) le sue concrete modalità esecutive non si differenziano rispetto al trattamento cui sono sottoposti i detenuti in ordinari istituti penitenziari. Le funzioni della misura finiscono con il sovrapporsi con quelle assolute dalla pena, sicché l'applicazione retroattiva dell'abolizione del termine massimo di durata di quella che costituisce di fatto una pena aggiuntiva, viola il principio di prevedibilità e calcolabilità del rischio penale.

La Corte europea ha poi avuto modo di pronunciarsi, sempre nella stessa data, sulla più critica *nachträgliche Sicherungsverwahrung* prevista dalla legge bavarese, in relazione alla quale la violazione degli artt. 5 lett. a) e 7 CEDU si fa ancora più evidente, poiché una misura che si fonda sulla pericolosità sociale manifestata solamente in un momento successivo, durante l'esecuzione della pena, comporta strutturalmente l'assenza di ogni legame causale tra la commissione del fatto di reato e l'applicazione della sanzione³⁰.

Se la Corte europea mostra di non ritenere di per sé illegittime misure di durata potenzialmente illimitata, questo non significa che l'indeterminatezza possa tradursi in concreto in una privazione perpetua della libertà personale, poiché la sua esecuzione deve pur sempre tendere a una riabilitazione del soggetto pericoloso. Dalla lettura combinata delle decisioni del 2011 si ricava che in discussione non sia tanto la misura della custodia di sicurezza in sé, bensì la necessità che siano garantite specifiche modalità esecutive in grado di restituire alla *Sicherungsverwahrung* la sua effettiva funzione preventiva volta alla risocializzazione del soggetto condannato. Un sistema a doppio binario è dunque pienamente legittimo, così come la Corte europea non pone in dubbio l'ammissibilità di sanzioni di durata indeterminata, a condizione però che il legislatore riesca a differenziare effettivamente sul piano esecutivo le due sanzioni.

²⁹ Corte EDU, 13 gennaio 2011, *Kallweit v. Germany*, ric. n. 17792/07; Corte EDU, 13 gennaio 2011, *Mautes v. Germany*, ric. n. 20008/07; Corte EDU, 13 gennaio 2011, *Schummer v. Germany*, ric. n. 27360/04 e 42225/07. Per un commento alle tre sentenze, vedi G. ABADESSA, *Tre sentenze sulla "custodia di sicurezza" (Sicherungsverwahrung) nell'ordinamento tedesco, e sull'obbligo dello Stato di adeguarsi ai giudicati della Corte*, in *Penalecontemporaneo.it*, 11 marzo 2011.

³⁰ Corte EDU, 13 gennaio 2011, *Haidn v. Germany*, ric. n. 6587/04.

2.2. *La riforma della custodia di sicurezza del 2010 e le resistenze del Bundesverfassungsgericht nel controllo dell'autore pericoloso*

In un clima in cui si faceva sempre più pressante l'esigenza di porre mano alle diverse forme di custodia di sicurezza, soprattutto in seguito ai ripetuti "bacchettamenti" della Corte europea, l'intervento del legislatore non ha tardato ad arrivare³¹.

La *Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung* del 22 dicembre 2010, entrata in vigore dal primo gennaio 2011, procede anzitutto a delimitare le ipotesi di applicazione della *Sicherungsverwahrung*, relegando in particolare l'ambito applicativo della tanto discussa *nachträgliche Sicherungsverwahrung* ai soli casi in cui debba essere interrotto l'internamento in ospedale psichiatrico a seguito della recupero dello stato di capacità o quando sia ancora da eseguire tutta o parte della pena detentiva nei confronti di un soggetto che sia stato dichiarato parzialmente imputabile laddove permanga il suo stato di pericolosità sociale.

Non pare superfluo rilevare come la riforma sia stata una conseguenza dell'impatto sulla sicurezza pubblica delle pronunce della Corte europea dei diritti, che con le sue decisioni aveva comportato la rimessione in libertà di soggetti altamente pericolosi. Particolare clamore aveva suscitato, tra le altre, la vicenda della liberazione di Hans Peter W. dopo trent'anni trascorsi in custodia di sicurezza, che aveva ispirato anche un articolo del *Süddeutsche Zeitung* intitolato *Ein Mann macht Angst*, in cui si descrivevano le ore trascorse da un gruppo di poliziotti a sorvegliarlo³².

Per quanto attiene più specificamente alle indicazioni provenienti dalla Corte europea, si decide di introdurre una nuova misura di internamento terapeutico per gli autori di reato violenti con disturbi psichici in strutture sempre chiuse, ma distinte dagli ordinari istituti penitenziari. L'art. 5 della legge di riforma condiziona l'internamento, ora disposto dal giudice civile, alla diagnosi di un disturbo psichico che possa procurare con alta probabilità offese gravi alla vita, all'incolumità o libertà personale o all'altrui libertà di autodeterminazione sessuale, quando però non siano efficaci misure meno invasive della libertà personale³³.

³¹ Per più diffuse considerazioni sul punto G. FREUND, *Gefahren und Gefährlichkeit im Straf- und Maregelrecht. Wieder die Einspürigkeit im Denken und Handeln*, in GA, 2010, 194.

³² Una vicenda di cronaca che, come rileva M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata*, cit., 27, aveva senza dubbio contribuito a determinare un senso generale di insicurezza nella società tedesca.

³³ La nuova misura della *Therapienunterbringung*, condizionata alla sussistenza di disturbi psichici rischia tuttavia di sovrapporsi alla misura dell'internamento in ospedale psichiatrico

Al di là degli interrogativi suscitati da una nuova sanzione la cui natura meramente preventiva continua a essere dubbia, tanto da far parlare di un nuovo *Etikettenschwindel* in un sistema in cui poteva risultare sufficiente intervenire direttamente sulla concreta attuazione del già disciplinato istituto della custodia di sicurezza, ad aver suscitato maggiori dubbi era la delimitazione della nuova disciplina ai soli fatti commessi successivamente alla sua entrata in vigore. Il che equivaleva a confermare l'applicazione delle precedenti forme di *Sicherungsverwahrung* ai fatti pregressi³⁴.

L'evidente contrasto con i principi espressi dalla Corte dei diritti ha dunque comportato la remissione al *Bundesverfassungsgericht* di quattro questioni di legittimità costituzionale, cui la Corte ha risposto con una decisione dal contenuto alquanto contraddittorio e che merita un cenno in quanto svela l'evidente persistere di una politica criminale del tutto proiettata verso istanze di difesa sociale a scapito delle esigenze di cura del singolo³⁵.

Dopo aver svolto una serie di considerazioni sui rapporti tra diritto nazionale e CEDU, che inevitabilmente impone un riferimento all'analogo

di cui al § 67a *StGB*, rischiando di non trovare applicazione nella prassi o di porsi in contrasto con le statuizioni della Corte EDU. Sul punto J. KINZIG, *Die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung*, in NJW, 2011, 177.

³⁴ Per una lettura critica della riforma del 2010, ivi, 182. L'Autore parla di una legge che presenta luci e ombre. Da salutare con favore sono sicuramente la limitazione della custodia di sicurezza primaria ai soli criminali sessuali e violenti, e la progressiva eliminazione della *nachträgliche Sicherungsverwahrung*, che contribuiscono a delinearne i caratteri di una "extrema ratio" del sistema. Violerebbe invece i principi posti dalla Corte EDU la perdurante vigenza della previgente disciplina, e dunque delle tradizionali forme di custodia di sicurezza, per i fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge del 21 dicembre 2010. Ma anche la riserva di custodia di sicurezza al momento della condanna, di cui al § 66a *StGB*, che vede ampliato l'accertamento definitivo della pericolosità sociale al termine ultimo di esecuzione della pena, pone dubbi di compatibilità con l'art. 5 lett. a CEDU in quanto fa dipendere il presupposto di applicazione della misura sostanzialmente dal comportamento tenuto dal condannato durante l'esecuzione della pena.

³⁵ Poiché la Corte Costituzionale tedesca aveva fatto già salva l'applicazione retroattiva della disciplina della *Sicherungsverwahrung* ponendo a fondamento della propria decisione il sistema del doppio binario, si è trovata di fronte al difficile compito di conciliare le proprie affermazioni con le statuizioni della Corte EDU sulla natura sostanziale di pena della custodia di sicurezza. Ha dunque scelto una soluzione di "compromesso", rilevando che se per un verso la misura non costituisce una pena ai sensi dell'art. 103 § 2 GG, per altro verso le modalità concrete con le quali la stessa viene attuata ne hanno fatto emergere la natura di pena in senso sostanziale. Cfr. sul punto le osservazioni di J. KASPAR, *Die Zukunft der Zweispurigkeit nach den Urteilen von Bundesverfassungsgericht und EGMR*, in ZStW, 2015, 654. Sui rapporti tra Corte EDU e Corte Costituzionale, F. ROCCHI, *Istituto tedesco della Sicherungsverwahrung: il dialogo tra la Corte di Strasburgo e la Corte Costituzionale, in Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, a cura di A. Gaboardi [et al.], Torino, 2013, 345 ss.

dibattito tuttora presente nell'esperienza giuridica italiana³⁶, la Corte Costituzionale dichiara l'illegittimità della perdurante vigenza della custodia di sicurezza solamente quando applicata a soggetti che non manifestino una elevata pericolosità sociale e che quindi siano sottoposti a una misura in concreto carente di quegli strumenti necessari per l'assolvimento di finalità terapeutiche e di cura. Viene al contrario fatta salva la legittimità dell'efficacia retroattiva dell'abolizione del termine massimo della custodia di sicurezza se disposta in via del tutto eccezionale nei confronti di soggetti che abbiano manifestato una particolare pericolosità sociale, purché alla restrizione della libertà personale corrisponda la predisposizione di adeguate misure terapeutiche riabilitative³⁷.

La disciplina della *Sicherungsverwahrung*, anche se sottoposta a un'interpretazione restrittiva in cui domina il principio di proporzionalità, si trova "salvata" in via transitoria per scongiurare i pericoli cui sarebbe sottoposta la collettività qualora si disponesse l'immediata liberazione degli internati in custodia di sicurezza. L'ago della bilancia pende nuovamente a favore della difesa sociale a scapito dei diritti fondamentali della persona, minati da quella che, come anticipato, è stata definita la misura più invasiva che l'ordinamento tedesco abbia mai conosciuto.

3. Le esigenze di difesa sociale in un sistema a base "monistica". L'esperienza francese

Il diritto penale francese, come già anticipato, risulta originariamente estraneo alla logica del doppio binario, concentrando nella sola pena le diverse funzioni cui la sanzione per la commissione di un fatto di reato

³⁶ Una delle tappe più significative nel (tentativo di) dialogo tra Corte EDU e Corte Costituzionale italiana è indubbiamente rappresentata dalla sentenza n. 49 del 2015 del nostro Giudice delle Leggi, nel quadro delle complesse vicende relative alla confisca urbanistica "senza condanna". Senza la pretesa di ricostruire un dibattito particolarmente articolato e complesso, si rinvia, per tutti, a D. PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte Cost. n. 49/2015*, in *Penalecontemporaneo.it*, 22 giugno 2015 e V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2015, 1259 ss. V. anche A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione*, cit.

³⁷ *BVerfG*, 4 maggio 2011, su cui, in particolare, J. PYHRR, *Sicherungsverwahrung – auf dem Weg in ruhiges Fahrwasser?*, Amburgo, 2015, 137 ss. e, in una prospettiva "medico legale", *Sicherungsverwahrung – wissenschaftliche Basis und Positionsbestimmung. Was folgt nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 04.05.2011?*, a cura di J.L. Müller e altri, Berlino 2012.

deve adempiere. La *loi n. 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la repression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs* ha tuttavia posto il primo tassello per la costruzione di un sistema sanzionatorio improntato al controllo degli autori pericolosi, quando ha introdotto la *suivi socio-judiciaire*, una sanzione dai connotati tipici delle misure di sicurezza ancorate al presupposto della pericolosità sociale e svincolate dalla colpevolezza del soggetto.

Nonostante il legislatore francese abbia omesso di specificarne la natura giuridica, la misura mira chiaramente a prevenire la recidiva di soggetti condannati per alcune fattispecie di reati sessuali, imponendo l'obbligo di sottoporsi a misure di sorveglianza e assistenza per un periodo di tempo determinato dal giudice, in seguito all'esecuzione della pena carceraria³⁸.

La natura ibrida della misura si accentua ulteriormente con la successiva legge n. 2004-204 del 9 marzo 2004, meglio nota per l'istituzione del registro FIJAIS contenente informazioni relative agli autori di reati sessuali, quando il legislatore elimina il termine massimo della *suivi judiciaire* con riguardo ai crimini puniti con la pena dell'ergastolo. L'intervento del legislatore intende fornire una risposta a questioni emergenziali e, in particolare, al preoccupante incremento di condanne per reati sessuali causati da disturbi della personalità cui difficilmente la pena carceraria riesce a porre rimedio.

Il complesso delle riforme culmina con la legge n. 174 del 25 febbraio 2008 che introduce la *réretention de sûreté*, la prima misura di sicurezza a carattere custodiale che l'ordinamento francese abbia mai conosciuto e che consente la reclusione potenzialmente perpetua di soggetti imputabili che abbiano già scontato la pena detentiva, con evidenti affinità rispetto alla misura tedesca della *Sicherungsverwahrung*. Anche in questo caso la misura entra nel sistema penale francese in seguito alla serie di delitti commessi da soggetti recidivi che avevano fortemente scosso l'opinione pubblica e che avevano mostrato l'insufficienza degli strumenti già predisposti per controllare il rischio di recidiva di delinquenti considerati altamente pericolosi.

A ogni modo la *réretention de sûreté* vede la logica della difesa sociale

³⁸ Le misure in questione, tuttavia, non si esauriscono in una serie di divieti come quello di frequentare determinate zone, poiché il legislatore consente al giudice di disporre un obbligo di cura al condannato sulla base di una perizia psichiatrica, richiedendo a tal fine il suo consenso. Fin qui non sembrerebbero rilevarsi particolari criticità, vista l'apparente valorizzazione dell'autodeterminazione del singolo. Basta tuttavia proseguire nella lettura della disposizione per accorgersi come in caso di mancato consenso il giudice possa disporre la pena detentiva. Può davvero considerarsi consenso quello "estorto" sotto minaccia di una pena detentiva? V. sul punto le osservazioni di J. CASTAIGNÈDE, *Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels ou la dialectique sanction-traitement*, in *Rev. sc. crim. dr. pén. comp.*, 1999, 30.

raggiungere il suo culmine anche nell'ordinamento francese, analogamente a quanto avvenuto sul fronte dell'ordinamento tedesco con la *Sicherungsverwahrung*, poiché si tratta sempre di una misura a carattere custodiale applicabile a soggetti pienamente imputabili dopo l'esecuzione della pena, avendo come unico fine la prevenzione della recidiva. Con una differenza che le consente, tuttavia, di trovare pur sempre un fondamento nella commissione di un reato presupposto, dal momento che la misura, per poter essere eseguita, deve comunque essere stata prevista dal giudice del merito nella sentenza di condanna³⁹.

3.1. *Il Conseil Constitutionnel sull'irretroattività delle misure introdotte dalla riforma del 2008*

Mentre la dottrina francese rinveniva nella nuova misura i connotati tipici delle misure di sicurezza, decisamente significativa, soprattutto se analizzata parallelamente alle pronunce del *Bundesverfassungsgericht*, è la pronuncia della Corte Costituzionale francese del 2008, che nel valutare la legittimità costituzionale della riforma, si trova ad affrontare il nodo cruciale dell'efficacia retroattiva delle nuove disposizioni sulla *rétenion de sûreté*⁴⁰.

Quello che emerge con prepotenza è l'incapacità, se non la precisa scelta, di prendere posizione sulla natura giuridica della *rétenion de sûreté*: non si tratta né di una pena, né di una sanzione avente caratteri punitivo. La misura incide però in maniera così incisiva sulla libertà dei singoli cittadini da dover essere sottoposta ai principi fondamentali di adeguatezza, necessità e proporzionalità, come prevede la legge di riforma che dispone l'applicazione della misura in via del tutto eccezionale nei confronti di

³⁹ Il nuovo art. 706-53-13 *code proc. pénal* prevede in particolare che la *rétenion de sûreté* possa essere applicata a soggetti condannati a una pena detentiva non inferiore a quindici anni per reati connotati da violenza o abusi sessuali, sulla base dell'accertamento della pericolosità sociale al termine della esecuzione della pena, purché la possibilità dell'interamento sia stata disposta nella sentenza di condanna per il reato commesso. La relativa valutazione spetta entro un anno dal termine della pena a un'apposita *Commission multidisciplinaire des mesures de sûreté*, che disporrà l'applicazione della misura solo se le altre misure di sorveglianza e assistenza non siano sufficienti a prevenire il rischio di recidiva (art. 706-53-14 *code proc. pénal*). Proprio la diversità tra l'organo giurisdizionale che pronuncia la condanna e la Commissione che effettua il giudizio di pericolosità ha sollevato dubbi di compatibilità con l'art. 5 § 1 lett. a) CEDU, come sottolineato da J.P. CÉRÉ, *La rétenion de sûreté à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *AJ pénal*, 2008, 219.

⁴⁰ Cons. cost., 21 febbraio 2008, n. 562, in www.conseil-constitutionnel.fr. Per un commento alla sentenza, C. LAZERGES, *La rétenion de sûreté: le malaise du Conseil constitutionnel*, in *Rev. science crim. et dr. pén. comp.*, 2008, 731.

soggetti particolarmente pericolosi che soffrano di un disturbo grave della personalità.

Mentre la Corte Costituzionale tedesca insiste a più riprese nell'inquadrare la *Sicherungsverwahrung* nell'ambito delle misure di sicurezza al fine di sottrarla al divieto di retroattività, la Corte Costituzionale francese, forse perché non ancora pronta a sancire definitivamente l'ingresso nel sistema francese del doppio binario, assume sulla questione intertemporale un atteggiamento più prudente, che richiama immediatamente i percorsi logici sviluppati dalla Corte EDU nel tentativo di fornire una definizione di pena soggetta alla disciplina dell'art. 7 CEDU. In questo caso, del resto, manca la stessa qualificazione formale della misura e al *Conseil Constitutionnel* francese risulta più agevole volgere lo sguardo alla sostanza, al contenuto effettivamente lesivo della misura.

Anche se il sistema francese conosce il principio di irretroattività delle sole sanzioni qualificate come pene, il *Conseil Constitutionnel* perviene condivisibilmente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 13 l. n. 174/2008 nella parte in cui dispone l'applicazione retroattiva ai fatti commessi anteriormente alla sua entrata in vigore di una misura che, pur non costituendo una pena, incide tanto significativamente sulla libertà personale dell'individuo. La Corte Costituzionale francese mostra così la sua capacità di andare oltre le astratte categorie dogmatiche, con un approccio che guarda più alla sostanza e alla vanificazione che subirebbe la *ratio* di garanzia del principio di legalità a causa dell'applicazione retroattiva di una misura restrittiva della libertà personale⁴¹. Diverso il caso della *surveillance de sûreté*, anch'essa prevista dalla riforma del 2008, che nell'introdurre solamente una serie di controlli su un soggetto che comunque rimane in stato di libertà, non limita eccessivamente, a parere della Corte, i diritti fondamentali dell'individuo⁴².

L'irretroattività della *rétenion de sûreté*, se da un lato pone al riparo lo Stato francese da eventuali condanne della Corte dei diritti, non nasconde tuttavia quel succedersi continuo di interventi legislativi aventi come scopo il controllo di delinquenti pericolosi, a dimostrazione di come

⁴¹ In questo senso, efficacemente, M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata*, cit., 22-23.

⁴² La scelta di far salva la retroattività della misura non custodiale della *surveillance de sûreté* è stata tuttavia oggetto di critiche da parte di chi ha osservato come, per tal via, permanerebbe comunque un'efficacia retroattiva della *rétenion de sûreté*, dal momento che il legislatore ne prevede l'applicazione in caso di violazione degli obblighi imposti con la *surveillance de sûreté*. Cfr. C. LAZERGES, *op. cit.*, 741 e M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata*, cit., 23.

anche in Francia la complessiva linea di politica criminale si sia spostata dalla reazione al fatto colpevole alla prevenzione della pericolosità sociale, inducendo taluno a parlare di un vero e proprio *droit pénal de la dangerosité*⁴³. Una sorta di esasperazione del generale senso di insicurezza collettiva, in cui l'esigenza di difesa della società finirebbe paradossalmente con il limitare le libertà del singolo in un'epoca in cui i diritti fondamentali dell'uomo non hanno mai raggiunto così alti livelli di protezione.

3.2. *Il caso Berland v. France e il rispetto dell'art. 7 CEDU nell'applicazione retroattiva delle nuove misure introdotte dalla riforma del 2008 nei confronti dell'autore non imputabile*

La legge n. 174 del 25 febbraio 2008 non si è limitata a prevedere una serie di misure dirette al controllo dell'autore imputabile pericoloso, ma ha segnato anche una decisiva inversione di rotta rispetto al previgente modello amministrativo di intervento sul malato di mente autore di reato. Il giudice penale, a fronte di un soggetto non imputabile per infermità di mente, dichiarava infatti sentenza di non luogo a procedere o di assoluzione, mentre la scelta relativa all'ordine di ospedalizzazione era rimessa esclusivamente all'autorità amministrativa, in via del tutto analoga a quanto avviene per qualsiasi altro soggetto affetto da disturbo mentale non autore di reato: «[...] il Parlamento non considerò infatti opportuno attribuire a un tribunale penale la competenza a decidere sul trattamento della malattia mentale, perché questa scelta sarebbe apparsa di significato repressivo»⁴⁴.

Nel 2008 il legislatore francese trasferisce al giudice penale la competenza a disporre l'internamento in ospedale psichiatrico di soggetti dichiarati non imputabili sulla base di una perizia psichiatrica dalla quale emerga la pericolosità del soggetto per la sicurezza delle persone e dell'ordine pubblico, cui peraltro si aggiunge la possibilità di applicare una serie di *mesures de sûreté* a contenuto interdittivo (artt. 706-135 e 706-136 code proc. pénal)⁴⁵.

Lo spostamento delle competenze a giudicare sull'infermo di mente nell'orbita del diritto penale è l'effetto diretto di una scelta in cui il profilo

⁴³ G. GIUDICELLI- P.J. DELAGE, *Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi*, in www.college-de-france.fr.

⁴⁴ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 163.

⁴⁵ Sulla scelta di trasferire al giudice penale la competenza a disporre il ricovero in ospedale psichiatrico vedi A. GIUDICELLI, *L'irresponsabilité pénale des malades mentaux face à l'hypothèse du droit pénal post-moderne*, in *Rev. pénit. dr. pén.*, 2007, 780.

del “reato” torna a prevalere sulla “malattia”, per la rilevata incapacità di un modello amministrativo, in cui ogni decisione sulla malattia mentale viene rimessa al solo medico, a tutelare le esigenze di difesa della collettività dal delinquente pericoloso. Simile mutamento di prospettiva non poteva allora che sollevare ulteriori dubbi in ordine alla natura penale o meno delle nuove misure introdotte e il caso *Berland v. France* ha offerto alla Corte dei diritti l’occasione per pronunciarsi sulla natura delle nuove misure introdotte dalla legge del 2008, sempre in relazione ai profili intertemporali⁴⁶.

Il Sig. Berland veniva accusato nel settembre del 2007 di omicidio e atti violenti, ma veniva dichiarato incapace di intendere e di volere in base alla nuova legge del 2008, con il conseguente ordine di internamento in ospedale psichiatrico e l’ulteriore applicazione delle nuove misure interdittive che gli ponevano il divieto di avere contatti con le parti civili per venti anni e di detenere armi. La decisione veniva confermata dalle Corti interne sulla base del rilievo che la legge del 2008 non introduceva delle pene soggette al principio di irretroattività, ma solamente delle misure di sicurezza applicabili a soggetti assolti per vizio di mente.

Quando il ricorso giunge innanzi alla Corte europea per lamentata violazione dell’art. 7 CEDU, la Corte dei diritti si preoccupa preliminarmente di distinguere la fattispecie in esame rispetto al caso *M. v. Germany*.

In primo luogo, la *Sicherungsverwahrung* costituisce una misura applicata a persone particolarmente pericolose quale completamento di una condanna alla pena detentiva; un aspetto simile involge la prima parte della legge del 2008 che introduce la *rétention de sûreté*, mentre il caso Berland rientra nella seconda parte della nuova legge che disciplina l’assoluzione per infermità psichica.

In secondo luogo, nel caso *M. v. Germany*, la Corte ha concluso che la misura, applicata in seguito all’accertamento e alla condanna per tentato omicidio e furto, e da eseguirsi in un ordinario istituto carcerario, era una delle sanzioni più gravi che potessero essere imposte dal codice penale tedesco e pertanto dovesse essere classificata come pena ai sensi dell’art. 7 CEDU. Nel caso di specie, invece, il Signor Berland veniva ricoverato in un istituto specializzato in seguito alla assoluzione per malattia di mente.

La Corte europea rileva al riguardo come l’obiettivo della misura consista nel consentire al soggetto di ricevere le cure idonee in una struttura a ciò specializzata, e, in via secondaria, di prevenire il rischio di reiterazione di reati della stessa indole. A tutela dei diritti dell’individuo privato della propria libertà personale, il sistema francese prevede la possibilità di

⁴⁶ Corte EDU, 3 settembre 2015, *Berland v. France*, ric. n. 42875/10.

rivolgersi al Tribunale delle libertà per chiedere in ogni tempo la revoca della misura dell'internamento in ospedale che, sebbene priva di una durata predeterminata, può sempre venire meno qualora cessino le esigenze di cura alla stessa sottese.

L'ordine di ospedalizzazione, così come l'interdizione ventennale dall'intrattenere contatti con le parti civili e il divieto di detenzione di armi, assolvono a scopi preventivi e non possono dirsi soggetti al concetto di pena fatto proprio dall'art. 7 CEDU. La natura penale della misura non si può desumere neanche dal primo dei criteri elaborati dalla Corte EDU, che richiede un collegamento causale con un illecito penale: le misure inflitte non derivano dalla condanna per un reato, poiché il soggetto è stato dichiarato non imputabile. Il ricovero coatto è piuttosto funzionale a tutelare la sicurezza pubblica in ragione della pericolosità sociale manifestata dall'imputato, nonché a garantire la cura dello stesso ricorrente in una struttura a ciò specializzata e sulla base delle risultanze di una perizia regolarmente eseguita. La misura ha dunque una funzione marcatamente preventiva e non è perciò soggetta al principio di irretroattività delineato dall'art. 7 CEDU.

La restrizione della libertà personale in seguito a un proscioglimento per vizio di mente è pertanto, a parere della Corte dei diritti, una misura legittimamente consentita anche se disposta a tempo indeterminato, quando in concreto sia adeguata alla cura e alla riabilitazione dell'internato non imputabile ma pur sempre pericoloso. Da questo punto di vista, il caso *Berland v. France*, se confrontato con le decisioni sulla *Sicherungsverwahrung* tedesca, conferma la funzionalità di un sistema a doppio binario quando veda come destinatari delle misure di sicurezza soggetti non imputabili per vizio di mente.

4. *Considerazioni conclusive: il doppio binario nel giusto bilanciamento tra "cura" e "custodia" del reo*

L'idea di una detenzione indefinita nel tempo e avente scopi preventivi è ormai ampiamente conosciuta da molti Stati europei, dalla Svizzera al Belgio, dalla Germania all'Olanda e all'Austria. In questi Paesi i criminali recidivi e "anormali" possono essere sottoposti a una detenzione preventiva e dai caratteri indefiniti. La stessa Francia, alla quale risultava estranea l'idea di un sistema sanzionatorio fondato sul doppio binario, con la riforma del 2008 ha inserito una custodia di sicurezza detentiva (la *rétenion de sûreté*)

per persone pericolose.

Nelle scelte politico-criminali degli Stati europei sembra quasi riecheggiare quella teoria del “diritto penale del nemico” formulata negli anni Ottanta dall’illustre penalista Günther Jakobs^{47 48}. Al *Bürgerstrafrecht*, il diritto penale del cittadino capace di volere e di rispettare il diritto, si contrappone il *Feindstrafrecht*, il diritto del nemico che non può e non vuole conformarsi alle regole della società civile, posizionandosi al di fuori di essa. Chi infrange ripetutamente le regole della società non è più un cittadino e non merita di ricevere i benefici positivi che la stessa consente di creare.

Il paradigma del diritto penale del nemico, elaborato da Jakobs con specifico riferimento al soggetto terrorista, è andato ben oltre i contorni della sua formulazione originaria, trovandosi riferito, più in generale, a tutti i tentativi volti a distanziare, neutralizzare e controllare soggetti pericolosi, recuperando l’idea jakobsiana per cui una simile finalità può essere perseguita anche attraverso un “alleggerimento” delle garanzie procedurali, passando per un’anticipazione della tutela finanche prima che un reato sia effettivamente commesso⁴⁹. Tutto questo, perché non vi è «nessuna regola di diritto per i nemici della regola del diritto», sicché ogni pericolo con cui viene minacciata la vita della società deve essere individuato e neutralizzato.

Difficile conciliare queste premesse con i diritti inviolabili riconosciuti dalla Carte costituzionali dei singoli Paesi e con le indicazioni provenienti dalla Corte di Strasburgo. Lo stesso articolo 17 CEDU contiene il divieto per gli Stati membri di interpretare le disposizioni della Convenzione al fine di violare i diritti e le libertà fondamentali riconosciuti o di porre agli stessi limitazioni più ampie di quelle previste dalla Convenzione⁵⁰.

⁴⁷ G. JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in ZStW, 1985, 751 e Id., *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in HRRS, 2004, n. 3, 88 ss. Nella sterminata letteratura registratasi in argomento si segnalano, in particolare, L. FERRAJOLI, *Il diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale*, in *Quest. Giust.*, 4/2006; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, in *Cass. pen.*, 2/2006, 735 ss.; R. ZAFFARONI, *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano 2006, 757 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale del nemico*, Pisa, 2014; F. RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in *Ind. pen.*, 1/2006, 181 ss.

⁴⁸ Con specifico riferimento alla *Sicherungsverwahrung* v. J. LANGE, *op. cit.*, 51 ss.

⁴⁹ Inevitabile il richiamo alle misure di prevenzione antimafia, che consentono la confisca di beni appartenenti a soggetti solamente “indiziati” di appartenere a un’associazione di tipo mafioso, finendo con il costituire una mera “scorciatoia probatoria”, come rilevato da S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema attuale*, Napoli, 2000, 75 ss. Per i profili di legittimità costituzionale delle misure di prevenzione vedi G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1994, 118 ss. e E. GALLO, voce *Misure di prevenzione*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1990, 1 ss.

⁵⁰ La Corte europea (Corte EDU, 1 luglio 1961, *Lawless v. Ireland* (no. 3), ric. n. 332/57), ha

Limitazioni sono consentite solo laddove vi sia una guerra o un'emergenza pubblica che minacci l'intero Paese, purché ciò avvenga con misure strettamente richieste dalle esigenze della situazione concreta⁵¹.

È evidente che queste eccezioni non possano porsi alla base di discipline derogatorie per i soggetti considerati in vario modo pericolosi dai diversi Paesi membri della Convenzione. Le misure adottate dalle legislazioni moderne nella "lotta" contro il delinquente pericoloso continuano nondimeno a prevedere risposte sanzionatorie che si distaccano sempre di più dalla colpevolezza per concentrarsi sulla sola pericolosità manifestata.

Alcuni ordinamenti giustificano il carattere indeterminato e indefinito di misure dirette a prevenire la pericolosità sociale nascondendosi dietro un sistema sanzionatorio costruito sul modello del doppio binario e consentendo alla misura di sicurezza di apportare deroghe ai principi fissati per le pene con un grave sacrificio della libertà personale a fronte di supposte esigenze preventive di difesa sociale. È la storia della *Sicherungsverwahrung*, strumentalizzata dal legislatore al punto tale da consentire, con la tanto discussa *nachträgliche Sicherungsverwahrung*, una limitazione della libertà personale di soggetti particolarmente pericolosi anche per comportamenti tenuti successivamente alla pronuncia della sentenza di condanna, nella fase di esecuzione della pena. Una netta cesura, dunque, tra fatto commesso e risposta sanzionatoria.

Anche un ordinamento improntato originariamente su un sistema sanzionatorio di tipo monistico, quale quello francese, non sembra discostarsi poi molto da queste esigenze preventive. La stagione di riforme che introducono misure dirette al controllo della pericolosità sociale culmina con la *rétention de sûreté* e con il trasferimento delle competenze a decidere sull'infermo di mente autore di reato dall'autorità amministrativa all'autorità giudiziaria, rivelando il ruolo preponderante che viene ad assumere la commissione di un reato a scapito della "malattia" tanto da indurre a ipotizzare l'avvenuta costruzione di un modello sanzionatorio a doppio binario. Quella concezione originaria di una pena idonea a contenere le

ad esempio ritenuto contrastante con l'art. 17 CEDU la legge irlandese contro il terrorismo, sulla base del rilievo che la disposizione non costituisce il fondamento per negare le garanzie proclamate dalla Convenzione.

⁵¹ Si tratta dell'eccezione posta dall'art. 15 CEDU. La Corte EDU ha avuto modo di osservare che in nessun caso le garanzie concernenti i valori fondamentali dell'ordinamento democratico di cui all'art. 3 CEDU, che stabilisce il divieto di tortura e di trattamenti disumani e degradanti, possano comunque essere limitate anche nelle situazioni più difficili, come la lotta contro il terrorismo, e a prescindere dalla condotta tenuta dal soggetto. Vedi al riguardo il caso Corte EDU, Grande Camera, 19 febbraio 2009, *A. and Others v. the United Kingdom*, ric. n. 3455/05.

diverse funzioni cui deve assolvere il sistema sanzionatorio, ad ogni modo, consente al *Court Constitutionnel* di assoggettare la *rétenion de sûreté* al principio di irretroattività della legge penale.

Nell'ottica europea la qualificazione di una sanzione non ha tuttavia alcun peso: che la misura di sicurezza abbia natura penale o amministrativa poco importa, poiché ciò che conta è la sua concreta capacità afflittiva. La Corte di Strasburgo non contesta la validità dogmatica di un sistema sanzionatorio improntato sul doppio binario, ma richiede che le restrizioni alla libertà dei cittadini siano tutte assistite dalle stesse garanzie.

Nei casi analizzati, la partita si gioca tutta sulla retroattività o meno delle sanzioni predisposte dai singoli ordinamenti, sulla possibilità del singolo di calcolare il rischio penale in cui incorre. Non è in discussione la legittimità di misure che siano prive di un termine di durata massima, anche se in un *obiter* la Corte dei diritti sembra avanzare alcune riserve⁵².

Sebbene i tempi non siano ancora maturi per previsioni attendibili sui futuri orientamenti della Corte di Strasburgo, la durata indeterminata della misura di sicurezza rimane una questione con la quale, come anticipato, l'ordinamento italiano sembrerebbe non doversi più confrontare, posto che dal 2014 le misure di sicurezza detentive si vedono delimitate da un termine massimo di durata. Come la determinatezza temporale possa conciliarsi con quel presupposto inscindibile dell'attualità della pericolosità sociale è un quesito che inevitabilmente apre un nuovo scenario di riflessioni sul persistente funzionamento del doppio binario sanzionatorio, che vede proprio nell'assenza di limiti temporali la base fondante della distinzione tra pene e misure di sicurezza. Forse una risposta potrà trovarsi nel dato costituzionale e in quella "tensione" della pena alla rieducazione del condannato che le consente di proiettarsi verso il futuro.

La Corte dei diritti con i suoi interventi sulle misure di sicurezza previste in altri ordinamenti giuridici lancia per ora un messaggio di evidente rilievo anche per l'ordinamento italiano: le esigenze di cura del singolo oltrepassano gli schemi formali innalzati dai singoli Paesi e si estendono anche alle misure dirette a prevenire la pericolosità sociale.

La cruda esperienza degli ospedali psichiatrici giudiziari ha già mostrato

⁵² Nel caso Corte EDU, 13 gennaio 2011, *Schummer v. Germany*, ric. n. 27360/04 e 42225/07, il ricorrente aveva lamentato il contrasto del prolungamento della privazione della libertà personale oltre limite di dieci anni con il divieto di trattamenti disumani e degradanti sancito dall'art. 3 CEDU. E, nonostante la Corte non abbia ravvisato nel caso di specie una violazione dell'art. 3 CEDU, è interessante notare come la stessa abbia lasciato intendere che l'incertezza sul termine della misura privativa della libertà personale possa in taluni casi condurre a una violazione della disposizione convenzionale.

come la difesa sociale sia stata la prima preoccupazione del nostro legislatore. Se il nuovo modello delle REMS dovesse arrestarsi a una modifica fatta di sole “etichette”, senza un effettivo cambiamento delle concrete modalità di trattamento della malattia mentale, alla Corte di Strasburgo verrà offerta una nuova occasione per proseguire nel suo percorso di tutela dei diritti fondamentali dell’individuo. Ad ogni modo, per usare le parole dell’illustre penalista Klaus Volk, «se la nostra società fosse pronta a spendere più denaro per l’esecuzione della pena e se riuscisse a confrontarsi in modo più pacato con il fenomeno della criminalità, potremmo rinunciare alle problematiche misure di sicurezza ed integrarle in un nuovo concetto di pena»⁵³.

⁵³ K. VOLK, *op. cit.*, 152.

SEZIONE TERZA

DIRITTO ALLA SALUTE E TRATTENIMENTO
DEGLI STRANIERI IRREGOLARI

Piergiorgio Gualtieri

Il trattenimento dello straniero nel prisma sanzionatorio italiano

SOMMARIO: 1. Premessa. Il trattenimento dello straniero nel sistema normativo italiano – 2. Dalla funzione alla.....funzione. Per una definizione formale, ateleologica, del concetto di sanzione giuridica – 2.1. Natura giuridica del trattenimento dello straniero nei CPR. Il processo cautelare come processo di natura sanzionatoria – 3. Il Cappellaio e Alice: ovvero della Costituzione e dei processi cameral-sommari di natura contenziosa – 3.1. Critica ai *Patres* sulla apoliticità dell'interpretazione. Humpty Dumpty, diritto alla salute e giudice della convalida – 4. Note sparse su *Hotspot* e migranti

1. *Premessa. Il trattenimento dello straniero nel sistema normativo italiano*

La normativa sul trattenimento dello straniero irregolare mostra dei tratti fortemente incostituzionali. Sono molteplici e denunciati da tempo dalla migliore dottrina, i rischi connessi alla situazione *de qua*, ivi fra tutti l'ineffettività della tutela dei diritti inviolabili dello straniero irregolare quali veri e propri limiti sostanziali alla validità delle disposizioni e, dunque, delle norme nazionali¹. Si tratta però di rischi che, a ben vedere, sono rimasti allo stato declamatorio. Secondo un noto indirizzo di teoria generale, infatti, un sistema giuridico è valido solo in quanto effettivo. L'effettività che può a sua volta essere ricercata nella applicazione concreta, pratica del diritto². In altri termini, sono i tribunali in senso lato a rendere efficaci le singole norme ed effettivo l'intero ordinamento³, specie se inteso

¹ Cfr. L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, 2013, 38, secondo cui «nel paradigma della democrazia costituzionale, possiamo registrare l'isomorfismo che anche in materia sostanziale lega validità e democrazia: i limiti e i vincoli sostanziali, cioè di contenuto, imposti dai diritti fondamentali alla volontà delle maggioranze, valgono infatti a condizionare la validità giuridica delle norme non più solo alle loro forme ma anche ai loro contenuti [...]». Sulla contrapposizione validità formale-validità sostanziale, cfr. anche G. PINO, *Norma giuridica*, in *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo. Estratto*, Torino, 2013, 149, 169-171.

² In questo senso, A. ROSS, *Diritto e giustizia*, trad. di G. Gavazzi, Torino, 1965, 34-35.

³ Sulle diverse accezioni del vocabolo "efficacia" nel linguaggio giuridico, cfr. G. PINO,

come ordinamento parziale, derivato e non anche originario. È la politica giudiziaria, dunque, che orienta le condotte dei consociati e, per quel che qui interessa, anche della pubblica amministrazione.

Prendendo in considerazione l'attuale indirizzo normativo e giudiziale, si tratta di chiarire, in primo luogo, la natura giuridica del trattenimento dello straniero all'interno di un centro di permanenza per i rimpatri, individuata, già al livello astratto dei concetti "puri" come sanzione processuale di tipo amministrativo predisposta dall'ordinamento a tutela della ragionevole durata della procedura espulsiva. Solo in questo modo sarà poi possibile chiarire se ed in che modo, ad assetto normativo invariato, senza, cioè, un intervento legislativo sul punto, gli organi giurisdizionali interessati, siano in grado di rendere la misura detentiva uno strumento residuale⁴. È infatti possibile rinvenire anticorpi che aspettano solo di essere attivati, per via interpretativa, dall'unico filtro di controllo dell'operato della pubblica amministrazione, ovvero la magistratura onoraria dei giudici di pace.

Nel dettaglio, è noto come la scienza giuridica imponga rigorose cautele nella descrizione dei fenomeni normativi⁵. L'analisi del diritto positivo,

Sul concetto di efficacia, in *Le metamorfosi del diritto. Studi in memoria di Alfonso Catania*, a cura di F. Mancuso, G. Preterossi, A. Tucci, Milano-Udine, 2013, 181-185.

⁴ Cfr. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, 111, secondo cui dato che le antinomie sono frutto dell'interpretazione, «l'interpretazione, se può creare un'antinomia, può anche evitarla, prevenirla».

⁵ Una premessa metodologica risulta indispensabile. La descrizione cui si è fatto riferimento al testo non comporta l'adesione alla nota teoria della avalutatività dell'interpretazione, tipica del pensiero Illuminista. Nel prosieguo si avrà modo di chiarire l'impossibilità logica, prima ancora che giuridica, di un approccio meramente descrittivo al fenomeno normativo in generale. Impostazione, quest'ultima, che si presenta come necessaria conseguenza della distinzione tra "atto", inteso come documento, "disposizione" e "norma" nel senso di enunciato linguistico, la prima, e di significato dell'enunciato, la seconda. Senza pretesa di esaustività, cfr. M. BARBERIS, *Lo scetticismo immaginario. Nove obiezioni agli scettici* à la génoise, in *Analisi e diritto 2000. Ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura di P. Comanducci, R. Guastini, Torino, 2001, 2 ss.; N. BOBBIO, *L'analoga nella logica del diritto* (1938), a cura di P. Di Lucia, Milano, 2006, 65 ss. e 143 ss.; A. BURDESE, M. GALLO, *Ipotesi normativa ed interpretazione del diritto*, estratto dalla *Riv. it. sc. giur.*, III, 1-4/1949, 356-387; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 27 ss.; H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), a cura di A. Carrino, Napoli, 1997, 55 ss.; ID., *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), trad. di S. Cotta e G. Treves, Milano, 1952, 156 ss.; ID., *La dottrina pura del diritto* (1934), trad. di R. Treves, Torino, 1956, 92-104; G. PINO, *Norma giuridica*, in *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo. Estratto*, Torino, 2013, 144 ss.; R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto. Prefazione* di A. Gambaro, ristampa anastatica, Torino, 2003, 26-76 e 87-159; U. SCARPELLI, *Il metodo giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, XXVI, 4/1971, 533-574; G. TARELLO,

infatti, non può che tendere, in sede applicativa, alla individuazione del tipo di disciplina entro cui sussumere la vicenda storica di volta in volta oggetto d'interesse⁶. Esigenza, questa, dal chiaro risvolto esclusivamente formale⁷.

Il «problema dell'interpretazione»: una formulazione ambigua, in *Riv. int. fil. dir.*, XLII, 2/1966, 349-357; ID., *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974, 19-50, 51-85, 389-521; ID., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 9-10; M. TROPER, *Una teoria realista dell'interpretazione*, in *Mat. stor. cult. giur.*, XXIX, 2/1999, 473-493; V. VELLUZZI, *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Pisa, 2013, 17 ss.; ID., *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto*, in *Criminalia*, 2009, 493-507; ID., *Scetticismo interpretativo moderato e argomenti dell'interpretazione*, in *Dir. quest. pubbl.*, 5/2005, 103-109; F. VIOLA, *Ideologia e interpretazione del diritto nell'esperienza italiana*, estratto dal volume *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo, 1974, 167 ss.; G. ZACCARIA, voce *L'interpretazione della legge*, in *Enc. dir. Ann.*, V, Milano, 2012, 694-709.

⁶ Così, ad esempio, M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, I, Torino, 2014, 516-517, secondo cui «la riconduzione di una qualunque situazione giuridicamente rilevante come autonoma fattispecie ad una categoria generale fissata dal legislatore, o elaborata dalla scienza del diritto, assume significato e importanza soltanto quando, oltre a soddisfare ad una esigenza di classificazione, porta con sé una determinata disciplina: quella, cioè, caratteristica della categoria generale richiamata»; M. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, I, Torino, 2006, 53.

Sottopone a critica il concetto di "sussunzione", M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, Milano, 2006, 708-709, per il quale «l'interpretazione della fattispecie astratta e la decisione sul caso si realizzano non per sussunzione del fatto nella fattispecie, bensì per analogia nello sviluppo dialettico che nasce dal confronto tra la fattispecie astratta e la situazione di vita». Per un'analisi approfondita dei modelli di inferenza nel ragionamento giudiziario, cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2011, 38 ss.; A. KAUFMANN, *Il ruolo dell'abduzione nel procedimento di individuazione del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2001, 324.

⁷ In questi termini M. GALLO, *Questioni in tema di misure di sicurezza*, in *Giur. it.*, CI, II, 1949, 347 e, sia pure argomentando in sede di teoria generale del diritto, H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, cit., 129. Quest'ultimo, come noto, predilige un approccio eminentemente formale, ateleologico al fenomeno giuridico in quanto, se è certamente innegabile «[...] che la *posizione di norme* ha luogo per scopi determinati, che essa ricade sotto la legge dello scopo, che, in altri termini, ha natura teleologica, non può essere in alcun modo pregiudizievole per la natura dei concetti che riposano sulla norma, per i corollari derivati dalla norma. [...] L'eliminazione del momento dello scopo dalla formazione giuridica dei concetti fa sì che i concetti *giuridici* sussistano unicamente come categorie *formali*» (corsivi originali). Il panorama delineato da Kelsen si presenta, tutt'oggi, gravido di conseguenze soprattutto se calato nel contesto che interessa in questa sede, ovvero la natura giuridica del trattenimento dello straniero irregolare nei CPR. Estromesso il dato teleologico-funzionale, l'analisi delle misure cautelari in generale e del trattenimento in particolare, risulterà più lineare e meno problematica. In altri termini, la legittimità di un istituto giuridico non può dipendere dalla funzione assegnata allo stesso, di volta in

Una digressione in merito alla natura di un particolare istituto, pertanto, non può eludere il dato sistematico inteso come prodotto organico di più disposizioni, interne e sovranazionali, che concorrono a qualificarne i contenuti⁸.

Il trattenimento dello straniero irregolare⁹ all'interno di un Centro di permanenza per i rimpatri (d'ora in avanti, CPR) si presenta disciplinato dal d.lgs. n. 286 del 1998 (t.u. imm.) e dalla Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (del 16.12.2008) recante «Norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini

volta, dall'interprete. Si pensi alla custodia preventiva in carcere disposta dal giudice penale. Come avremo modo di sottolineare, il fenomeno cautelare, nelle sue diverse articolazioni, si presenta, strutturalmente, come sanzione giuridica in quanto conseguenza della inosservanza, attuale o potenziale, di una norma (giuridica), nel caso di specie quella desumibile dalla ragionevole durata del processo *ex art.* 111, secondo comma, Cost. In questo senso, la custodia in carcere mantiene la natura di sanzione indipendentemente dallo scopo perseguito. Sostenere con G. ILLUMINATI, *Presunzione d'innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1978, 958-959, che «in concreto, ad onta di ogni acrobazia logica, la carcerazione preventiva» non possa distinguersi, sul piano strutturale, «dalla pena propriamente detta» e, per contro, sollecitare una differenziazione «esclusivamente sul piano delle finalità perseguite, cautelari nell'un caso, di prevenzione e rieducazione nell'altro», significa, a ben vedere, trattare diversamente situazioni sostanzialmente (*rectius*, strutturalmente) identiche, in contrasto con il principio formale di uguaglianza. Se nell'analisi intorno alla natura giuridica di un istituto rilevano solo ed unicamente gli effetti normativi dello stesso (oltre la struttura), coerenza logica impone, innanzitutto, il medesimo *nomen iuris*; in secondo luogo l'assoggettamento alle medesime conseguenze tipiche predisposte dal sistema per istituti analoghi o simili, fatte salve, come per il binomio custodia cautelare in carcere-pena detentiva, ipotesi di invalidità costituzionale per contrasto con una norma gerarchicamente superiore (ovvero, la presunzione d'innocenza quale regola di trattamento prevista dall'art. 27, secondo comma, Cost.).

⁸ Sulla c.d. norma reale, quale risultato di tutte le disposizioni normative che intervengono a qualificare un fatto, per tutti, M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., 14-16; G. LICCI, *Figure del diritto penale*, Torino, 2010, 142-143, 257.

⁹ Dal combinato disposto degli artt. 1 e 4 del d.lgs. n. 286 del 1998, è possibile identificare la genesi dell'irregolarità nella mancanza di un passaporto valido o altro documento equipollente e del visto d'ingresso da parte di un cittadino di Stato non appartenente all'Unione europea o di un apolide. Cfr. anche l'art. 3 (Definizioni), n. 2, della Direttiva 2008/115/CE. Da ultimo, il d.l. n. 13 del 2017, all'art. 19, ha sostituito la denominazione: «centro di identificazione ed espulsione» con la seguente: «centro di permanenza per i rimpatri». In generale, sulla disciplina del trattenimento cfr. G. CAMPESI, *Lo statuto della detenzione amministrativa degli stranieri. Una prospettiva teorico-giuridica*, in *Rag. prat.*, XLIII, 2/2014, 471-488; ID., *Le libertà degli stranieri. La detenzione amministrativa nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, in *Pol. dir.*, XLIII, 2-3/2012, 333-391; A. CAPUTO, *Espulsione e detenzione amministrativa degli stranieri*, in *Quest. giust.*, 3/1999, 424-437; ID., *La detenzione amministrativa e la Costituzione: interrogativi sul diritto speciale degli stranieri*, in *Dir. imm. citt.*, 1/2000, 51-61; D. LOPRIENO, voce *Detenzione amministrativa*, in *Dig. Disc. pubbl.*, XV, Torino, 2015, 222 ss.

di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare»¹⁰. L'art. 14, t.u. imm. autorizza il questore a disporre il trattenimento dello straniero presso un centro di permanenza per i rimpatri, tra quelli individuati con decreto del Ministro dell'interno, per il tempo strettamente necessario, quando non sia possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera o il respingimento, a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento. Le situazioni transitorie di cui al testo della disposizione, vengono ulteriormente specificate¹¹ nella seconda parte del primo comma, che le

¹⁰ L'art. 20 (Attuazione) della Direttiva europea (c.d. rimpatri) prevedeva come termine ultimo per il recepimento delle disposizioni ivi contenute la data del 24.12.2010. L'Italia, come noto, ha provveduto tardivamente all'adempimento della normativa sovranazionale, sollecitata dalla sentenza della Corte di Giustizia, 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU, *Hassen El Dridi* in *Penalecontemporaneo.it*, 29 aprile 2011, con nota di F. Viganò, in cui la Corte, oltre a dichiarare incompatibile con la Direttiva rimpatri l'incriminazione di cui all'art. 14, comma 5-ter, d.lgs. n. 286 del 1998 (che sanzionava penalmente l'inottemperanza, anche reiterata, dell'ordine questorile di allontanamento), ha sottolineato la diretta applicabilità degli artt. 15 e 16 della Direttiva 2008/115 in quanto «incondizionati e sufficientemente precisi da non richiedere ulteriori specifici elementi perché gli Stati membri li possano mettere in atto» (§ 47). Il d.l. n. 89 del 2011, recante «Disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della Direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della Direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini dei Paesi terzi irregolari», convertito dalla l. n. 129 del 2011, ha mantenuto inalterato il sistema del d.lgs. n. 286 del 1998, inasprendo, per contro, la disciplina delle espulsioni e del trattenimento. Con un'operazione fortemente contestata [cfr. G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia: storia, diritto, politica*, in *Dem. dir.*, 3-4/2011, 177-225, secondo cui «alla luce della riforma del 2011 [...] la detenzione degli stranieri assume definitivamente i tratti di una misura amministrativa di sicurezza selettivamente diretta nei confronti di alcune categorie di persone»; G. SAVIO, *La detenzione amministrativa degli stranieri: da misura eccezionale a strumento di (inefficace) controllo ordinario dell'immigrazione illegale e di mortificazione delle garanzie fondamentali*, in *Antigone*, VII, 3/2012, 99], il legislatore del 2011 ha, da un lato, trasformato la regola (identificata, come tale, dalla Direttiva c.d. rimpatri all'art. 7 nell'istituto della partenza volontaria con la concessione di un termine compreso tra sette e trenta giorni per porre fine al soggiorno illegale dello straniero) in eccezione (*rectius*, in misura residuale in quanto accessibile, *ex* art. 13, comma 5, d.lgs. n. 286 del 1998, solamente su richiesta dell'interessato, salvo non ricorrano le condizioni per l'accompagnamento immediato alla frontiera a mezzo della forza pubblica di cui al comma 4) mentre, dall'altro, ha ampliato i presupposti legittimanti il trattenimento e la sua durata massima (fino a diciotto mesi), tanto da far sostenere ai primi commentatori la presenza di una chiara «finalità sanzionatoria». In questi termini L. MASERA, *Ridotto da 18 a 3 mesi il periodo massimo di trattenimento in un CIE: la libertà dei migranti irregolari non è più una bagatella?*, in *Penalecontemporaneo.it*, 10 novembre 2014.

¹¹ Secondo A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, in *Dir. imm. citt.*, XVI, 1/2014, 32-33, quanto ai «casi», «i requisiti costitu-

identifica nella necessità di prestare soccorso allo straniero o di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità ovvero acquisire i documenti per il viaggio o la disponibilità di un mezzo idoneo, oltre al pericolo di fuga¹² di cui all'art. 13, comma 4-*bis*. Lo *step* successivo

zionali potrebbero essere considerati, tutto sommato, soddisfatti». L'incostituzionalità investirebbe, per contro, il rinvio ad una fonte secondaria (decreto ministeriale) per la identificazione dei modi di detenzione dal momento che ne renderebbe impossibile una predeterminazione legale. «Infatti, proprio in relazione alla destinazione funzionale dei Centri ad una o più delle quattro ragioni sopra indicate [*id est*, quelle previste dall'art. 14, comma 1, t.u. imm.], la legge non s'incarica minimamente di stabilire parametri di carattere generale ed orientativo della discrezionalità del Ministero nell'individuare Centri già esistenti come "strutture immobiliari" (evidentemente per altri fini) o costituirne di nuovi». Analogo giudizio negativo è espresso da G. SAVIO, *La detenzione amministrativa degli stranieri*, cit., 106. Ritengono necessario procedere ad una interpretazione convenzionalmente orientata dei casi di cui all'art. 14, t.u. imm. con i presupposti della Direttiva rimpatri *ex art.* 15, § 1, lettere *a)* e *b)*, M. PIERDONATI, *La restrizione della libertà personale nel "carcere amministrativo" dei C.I.E.: tradimento e riaffermazione del principio di legalità*, in *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e di garanzia nella normativa nazionale ed europea*, a cura di R. Del Coco, E. Pistoia, Bari, 2014, 247-248; A. GABOARDI, *Difesa legittima e «C.I.E.»*. *La vulnerabilità giuridica di una detenzione "fuori legge"*, in *Penalecontemporaneo.it*, 10 ottobre 2013, 14-15; Tribunale di Crotone, 12 dicembre 2012, n. 1410, Aarrassi Hamza, Ababsa Abdelghani, Dhifalli Ali, in *Penalecontemporaneo.it*, 10 ottobre 2012, 13-14. Sia pure in riferimento all'art. 14, t.u. imm. nella formulazione antecedente la riforma del 2011, cfr. M.G. CIVININI, A. PROTO PISANI, G. SCARSELLI, *La tutela dei diritti dei cittadini extracomunitari*, in *Foro it.*, I, 2000, 3344 ss., secondo i quali «il provvedimento di trattenimento del questore *ex art.* 14 t.u. suscita forte imbarazzo», dal momento che «una decisione attinente alla libertà personale viene fatta dipendere da questioni (in gran parte) interne alla pubblica amministrazione che niente hanno a che vedere con il comportamento tenuto dalla parte».

¹² Il rinvio è all'art. 13, comma 4-*bis*, t.u. imm. Secondo l'enunciato normativo, rientrando nella disciplina dell'espulsione eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, si configura il rischio di fuga di cui al comma 4, lettera *b)* in ipotesi di mancato possesso del passaporto o di altro documento equipollente, in corso di validità (lettera *a)*; mancanza di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio (lettera *b)*; avere in precedenza dichiarato o attestato falsamente le proprie generalità (lettera *c)*; non avere ottemperato ad uno dei provvedimenti emessi dalla competente autorità, in applicazione dei commi 5 e 13, nonché dell'articolo 14 (lettera *d)* [ovvero, rispettivamente, inosservanza del termine per la partenza volontaria, del divieto di reingresso nel territorio dello Stato senza autorizzazione, susseguente a pregressa espulsione e, infine, degli obblighi imposti in luogo del trattenimento]; avere violato anche una delle misure di cui al comma 5.2. (lettera *e)* [trasgressione delle misure imposte dal questore in ipotesi di partenza volontaria, ovvero dimostrazione della disponibilità di risorse economiche derivanti da fonte lecita per un importo proporzionato al termine concesso; consegna del passaporto; obbligo di dimora; obbligo di presentazione]. Come avremo modo di sottolineare, non tutte le fattispecie sintomatiche del pericolo di fuga sono compatibili con quanto sancito dall'art 15, Direttiva 2008/115/CE. Non

così, ad esempio, le lettere *a*, *b*, *d* (solo per quanto concerne l'inosservanza del termine per la partenza volontaria e del divieto di reingresso nel territorio dello Stato senza autorizzazione, susseguente a pregressa espulsione, nonché, stante il rinvio all'art. 14, la mancata consegna del passaporto o altro documento equipollente), *e* (limitatamente alla mancata dimostrazione di risorse economiche, di fonte lecita, per un importo proporzionato al termine concesso e alla mancata consegna del passaporto o altro documento equipollente). Cfr. G. SAVIO, *La nuova disciplina delle espulsioni conseguente al recepimento della direttiva rimpatri*, in *Dir. imm. citt.*, XIII, 3/2011, 36-37. L'Autore, dopo avere sottolineato la non necessaria corrispondenza tra le ipotesi configuranti il rischio di fuga della disciplina interna con l'equivalente europea, ritiene che «la declinazione normativa del rischio di fuga sia stata predisposta in termini così restrittivi allo scopo di eludere l'applicazione della direttiva rimpatri». Per A. MARLETTA, *Detenzione "amministrativa" dello straniero e riserva di giurisdizione in materia di libertà personale*, in *Criminalia*, 2013, 609, le misure di cui agli artt. 13, comma 4-*bis* e 14, t.u. imm. sono «indici discutibili per la loro stessa sostanza» in quanto «rivelano la perdurante "ossessione coercitiva" del legislatore italiano». L'incompatibilità cui si accennava, è conseguenza diretta della diversità ontologica tra i presupposti interni e sovranazionali. Accolta la tesi della omogeneità strutturale delle lettere *a*) e *b*) dell'art. 15, § 1, Direttiva rimpatri, in combinato disposto con il considerando 16 della medesima (secondo cui la misura detentiva è giustificata soltanto per preparare il rimpatrio o effettuare l'allontanamento) e con l'art. 5, lettera *f*), CEDU, il trattenimento può essere disposto solo in presenza di un comportamento volontariamente e gravemente compromissorio dell'interessato, inteso, cioè, nel senso di una condotta attuale e concreta, di natura ostruzionistica rispetto alla esecuzione del provvedimento espulsivo, posta in essere dal migrante con l'unico intento di sottrarsi alla potestà amministrativa. Particolare interesse merita la tesi di A. GABOARDI, *op. cit.*, 15, il quale sostiene come non sempre le situazioni di cui agli artt. 13, comma 4-*bis* e 14 t.u. imm., siano in grado di giustificare il trattenimento. Per l'Autore, l'art. 15 della Direttiva rimpatri consentirebbe di prendere in esame, ai fini del trattenimento, le circostanze indicate dall'art. 14 t.u. imm. solo purché queste si accompagnino, in concreto, ad un rischio di fuga o a un contegno non collaborativo dello straniero nella preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento: un risultato, si dice, a cui si giunge, in parte, non applicando frammenti di disciplina nazionale, in parte interpretando quest'ultima conformemente al diritto sovranazionale. Si tratta di una impostazione non del tutto condivisibile, in quanto i presupposti [ad eccezione dell'art. 13, comma 4-*bis*, t.u. imm., lettere *c*, *d* (quest'ultima per quanto riguarda il rinvio all'art. 14 per le sole ipotesi dell'obbligo di dimora e di presentazione) ed *e* (anche in questo caso, per le sole ipotesi dell'obbligo di dimora e di presentazione)] elencati nella normativa interna sono prima ancora che strutturalmente, ontologicamente incompatibili con la disciplina di cui all'art. 15, lettere *a*) e *b*) della Direttiva 2008/115/CE. Nel dettaglio, il mancato possesso del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità, la mancanza di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio, l'inosservanza del termine per la partenza volontaria, la trasgressione del divieto di reingresso nel territorio dello Stato, la mancata consegna del passaporto o altro documento equipollente, in corso di validità, la mancata dimostrazione di un bagaglio di risorse economiche, di fonte lecita, per un importo proporzionato al termine concesso per la partenza volontaria, la necessità di prestare soccorso allo straniero o di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o

consiste nella trasmissione in copia degli atti adottati dal questore al giudice di pace territorialmente competente per la convalida, senza ritardo e comunque non oltre le quarantotto ore dall'adozione del provvedimento. L'udienza si svolge nelle forme dei procedimenti camerali *ex artt.* 737 ss. c.p.c., con la partecipazione necessaria di un difensore tempestivamente avvertito¹³. Entro le quarantotto ore successive alla celebrazione dell'udienza, il giudice provvede alla convalida del trattenimento, con decreto motivato, verificata l'osservanza dei termini e la sussistenza dei requisiti previsti dagli artt. 13 e 14¹⁴. Il provvedimento giurisdizionale assume la forma di titolo esecutivo della misura detentiva per un periodo complessivo di trenta giorni, prorogabile di ulteriori trenta giorni qualora l'accertamento dell'identità e della nazionalità ovvero l'acquisizione di documenti per il viaggio presenti

nazionalità o di acquisire i documenti per il viaggio ovvero la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo, si presentano, in prima battuta, come situazioni non corrispondenti al concetto di pericolo di fuga quale sinonimo di comportamento imputabile allo straniero irregolare, idoneo e diretto in modo non equivoco a sottrarsi volontariamente e consapevolmente agli obblighi imposti dalla pubblica amministrazione, sussistendo, infatti, in capo al migrante il diritto di conoscere le conseguenze derivanti da una sua eventuale ritrosia a collaborare con gli organi di polizia e dunque a valutare, a tutto tondo, se e come porsi nei confronti dell'autorità amministrativa, sia esso collaborativo o, per contro, evasivo. Da ciò deriva, a nostro avviso, la legittimità, almeno dal punto di vista della normativa europea, della nuova ipotesi di trattenimento di cui all'art. 10-ter, comma 3, t.u. imm., che sanziona il rifiuto *reiterato* dello straniero di sottoporsi ai rilievi fotodattiloscopici e segnaletici configurando un rischio di fuga. Misura detentiva in questione che deve essere disposta «caso per caso» per una durata massima di trenta giorni dalla sua adozione, salvo che non cessino prima le esigenze per le quali è stata disposta.

¹³ Per una panoramica dettagliata delle criticità intorno alla procedura di convalida, cfr. A. CAPUTO, L. PEPINO, *Giudice di pace, riserva di giurisdizione e libertà dagli arresti*, in *Quest. giust.*, 1/2005, 9-26; A. MARLETTA, *Detenzione "amministrativa" dello straniero e riserva di giurisdizione in materia di libertà personale*, cit., 603-618; G. SAVIO, *Controllo giurisdizionale e diritto di difesa degli stranieri trattenuti presso i centri di permanenza temporanea*, in *Dir. imm. citt.*, 1/2000, 63-70; R. ROMBOLI, *Sulla legittimità costituzionale dell'accompagnamento coattivo alla frontiera e del trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza e di assistenza, Stranieri tra i diritti: trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, a cura di R. Bin [et al.], Torino, 2001, 10 ss.; Tribunale di Milano, 12 gennaio 2001, ordinanza n. 345; Tribunale di Milano, 19 gennaio 2001, ordinanza n. 615, entrambe nella Gazzetta Ufficiale n. 34 del 5.9.2001. Considera, invece, pienamente legittima la procedura camerale, Corte cost., 14-26 febbraio 2002, n. 35.

¹⁴ Ad eccezione del requisito della vicinanza del centro di permanenza per i rimpatri di cui al comma 1.

gravi difficoltà, per un massimo di novanta giorni^{15 16}.

La Direttiva 2008/115/CE (c.d. Direttiva rimpatri), nata con l'obiettivo di armonizzare le procedure degli Stati membri in tema di soggiorno irregolare dei cittadini di Paesi terzi, organizza l'uso della forza secondo la logica della proporzione ed efficacia dei mezzi impiegati in relazione agli scopi perseguiti¹⁷.

In linea generale e coerentemente con le premesse, il ricorso al trattenimento¹⁸ viene limitato e subordinato, in negativo, alla mancanza, in concreto, di altre misure meno coercitive e sufficienti¹⁹, purché sussista

¹⁵ Il termine aumenta di ulteriori trenta giorni *ex art.* 14, comma 5, t.u. imm., se lo straniero ha già trascorso un periodo pari a quello di novanta giorni di cui al testo presso le strutture carcerarie. Per quanto riguarda la disciplina generale dei termini della misura detentiva, solleva dubbi sulla compatibilità costituzionale di un regime fisso che inibisce all'organo giudicante la possibilità di determinare, in concreto, il numero dei giorni da trascorrere come "ospite" all'interno di un CPR, R. PINARDI, *Corte costituzionale e libertà personale dello straniero*, in *Stranieri tra i diritti: trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Torino, 2001, 164. *Contra*, P. DUBOLINO, *Le questioni proposte e talune possibili ragioni del "no"*, *ivi*, 85.

¹⁶ Altre ipotesi di trattenimento sono previste nel t.u. imm. all'art. 13, commi 3 e 5-*bis*.

¹⁷ Così, esplicitamente, i considerando nn. 10, 13, 16, 20 e gli artt. 15 e 16 della Direttiva rimpatri.

¹⁸ Giustificato soltanto per preparare il rimpatrio od effettuare l'allontanamento. Cfr. l'art. 15, § 1, 5 e 6.

¹⁹ Si intende, ovviamente, sufficienti in vista dello scopo perseguito. *Leitmotiv* in letteratura è la tesi dell'assenza, nel t.u. imm., di strumenti d'esecuzione dell'espulsione meno pregiudizievole per il diritto alla libertà personale del respinto. Cfr., già A. CAPUTO, *La detenzione amministrativa e la Costituzione*, cit., 59, nota 18; L. MASERA, "Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il 'pacchetto sicurezza' 2009*, a cura di O. Mazza, F. Viganò, Torino, 2009, 79; F.B. MORELLI, *Intervento*, in *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013, 98; M. PIERDONATI, *op. cit.*, 251, 266, 269; F. VIGANÒ, L. MASERA, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2010, 580; Tribunale di Crotone, 12 dicembre 2012, n. 1410, cit., 14. Per A. GABOARDI, *op. cit.*, 14, se corrisponde al vero che «il d.l. 89/2011 ha provveduto a indicare alcune possibili misure meno restrittive alternative alla detenzione nei C.I.E., riproducendo nel nuovo comma 1-*bis* dell'art. 14 T.U. imm. tre dei quattro provvedimenti coercitivi contemplati dall'art. 7, par. 3, dir. 2008/115/CE per i casi di pericolo di fuga dello straniero sottoposto a procedura di allontanamento», tuttavia la disciplina interna contrasterebbe con la Direttiva nel momento in cui subordina l'applicabilità di suddette misure al possesso del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità e all'assenza di un decreto di espulsione emesso per motivi di ordine pubblico. L'assunto sembra convincente, con una precisazione. Fatta salva la disciplina interna più favorevole (in ossequio all'art. 4, § 3, Direttiva rimpatri), la rilevata antinomia, si ritenga di superarla con l'istituto della disapplicazione (stante la prevalenza gerarchica della normativa europea *ex art.* 117, primo comma, Cost., sia pure in termini non assoluti) o della abrogazione (quale criterio

un rischio di fuga (a) o un comportamento *lato sensu* impeditivo dello straniero irregolare che evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento (b)²⁰.

La disciplina prosegue, inoltre, prevedendo l'istituto del riesame giudiziario della legittimità del trattenimento, da effettuarsi, comunque, ad intervalli

di risoluzione di antinomie tra norme in progressione diacronica), verrebbe (comunque) meno per il tramite dell'applicazione diretta delle misure alternative dell'obbligo di presentazione e di dimora. Ciò significa, come avremo modo di sostenere, che non solo la pubblica amministrazione risulta gravata, allo stato degli atti (ovvero senza necessità di una specifica previsione legislativa), dell'obbligo di immediata applicazione della normativa europea (in questi termini cfr. Corte cost., 11 luglio 1989, n. 389) bensì anche il giudice di pace durante il giudizio di convalida, preso atto delle circostanze concrete che qualificano la richiesta di (convalida del) trattenimento, avrà la possibilità, in via alternativa, di non autorizzare la prosecuzione della misura, di disporre l'obbligo di presentazione in giorni ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente, l'obbligo di dimora in un luogo preventivamente indicato dove l'interessato possa essere rintracciato, il trattenimento all'interno di un CPR, secondo un *climax* di ascendente gravità analogo alla disciplina delle misure cautelari personali nel processo penale, stante l'uguaglianza sostanziale del diritto soggettivo sottoposto a limitazione.

²⁰ Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea, 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU, *Hassen El Dridi*, cit., §§ 39 ss., in cui la Corte ha sottolineato il carattere di *ultima ratio* del trattenimento da disporre «solo qualora l'esecuzione della decisione di rimpatrio [...] rischi, valutata la situazione caso per caso, di essere compromessa dal comportamento» dello straniero. In un'ottica decisamente meno garantista, cfr. Corte EDU, Grande Camera, 29 gennaio 2008, *Saadi v. the United Kingdom*, ric. n. 13229/03, in www.osservatoriocedu.eu, in cui la Corte, sia pure in ambiti concernenti il trattenimento di richiedenti asilo, ha sostenuto che il ricorso alla detenzione configuri un (generico) «diritto sovrano» dello Stato di controllare l'ingresso degli stranieri. Corollario indispensabile, è il potere coercitivo degli Stati di custodire potenziali immigrati. È noto come la Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali si alimenti dell'interpretazione della Corte EDU. Contrariamente a quanto proposto da autorevole dottrina nel sistema politico-istituzionale italiano, secondo cui i primi due commi dell'art. 13 Cost. si presenterebbero in rapporto di regola-eccezione con tutte le implicazioni di ordine sistematico-applicativo che una simile impostazione comporta, la Corte EDU «rigetta l'idea che, non appena un richiedente asilo si presenti da sé presso le autorità dell'immigrazione, tenta di entrare “regolarmente”, con la conseguenza che la detenzione non si può giustificare sulla base dell'art. 5, par. 1 (f)». In sintesi, una volta qualificato *a priori* il diritto alla libertà ex art. 5, § 1, CEDU quale regola generale, la Corte non procede ad una lettura coerente con questo principio, pervenendo, invece, ad una interpretazione restrittiva del medesimo, teleologicamente orientata alla tutela del potere coercitivo dello Stato, funzionale, appunto, all'esercizio di quel diritto «sovrano» di controllo delle frontiere di cui sopra, tipica espressione di una normativa ispirata alla logica della difesa sociale. Per M. GIALUZ, *Art. 5*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Padova, 2012, 139, la disposizione dell'art. 5, § 1, lett. f), CEDU risulta meno garantista rispetto alla Direttiva 2008/115/CE.

ragionevoli su richiesta dell'interessato o d'ufficio²¹.

L'esecuzione della misura detentiva, infine, perdura in relazione alle condizioni di pericolo di fuga o comportamento evasivo del cittadino di un Paese terzo e comunque non può superare i sei mesi (con eccezione di quanto previsto all'art. 15, § 6, in cui gli Stati membri vengono autorizzati a prolungare il termine massimo fino ad ulteriori dodici mesi se, nonostante sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, l'operazione di allontanamento rischi di durare più a lungo a causa della mancata cooperazione dello straniero irregolare o dei ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai paesi terzi)²².

Queste brevi indicazioni sul regime del trattenimento evidenziano una cronica difficoltà del sistema italiano ad ammettere, già sul piano del diritto scritto, una logica di garantismo a tutto tondo, incapace, se letta tra le linee, di gestire le paure derivanti da chi viene normativamente etichettato come diverso e dunque sottoposto ad un tipo di disciplina senza badare troppo al

²¹ È costante, in letteratura, la tesi secondo cui il legislatore italiano non abbia introdotto l'istituto del riesame del decreto di convalida del trattenimento. In questo senso, *ex multis*, A. MARLETTA, *op. cit.*, 615, dove l'Autore, efficacemente, evidenzia, da un lato, la previsione esplicita di un riesame per le sole misure meno coercitive previste dall'art. 14, comma 1-*bis*, t.u. imm., dall'altro una «paradossale discriminazione» legata ad una omissione per la misura più grave, ovvero il trattenimento. Si tratta di gravissime (se valutate riguardo agli effetti) considerazioni basate su una vetero-illuministica esigenza di previsione espressa senza la quale l'interprete nulla potrebbe, dovendo accettare, *ob torto collo*, la volontà sovrana del legislatore. Una lettura sistematica, a ben vedere, ne mostra l'inutilità. Come è stato efficacemente notato, a proposito del rinvio alle disposizioni comuni sul processo camerale, il legislatore non sempre opera in maniera esplicita con il richiamo agli artt. 737-742 c.p.c., preferendo, a volte, limitarsi a disporre che la pronuncia del giudice debba avvenire «in camera di consiglio» [così, A. CARRATTA, voce *Processo camerale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir. Ann.*, III, Milano, 2010, 947]. La conseguenza è ovvia. Tutte le volte in cui l'interprete si trovi davanti un corpo normativo che nomini espressamente il modo con il quale certi provvedimenti giurisdizionali debbono essere adottati, *nomen omen* camera di consiglio, il tipo (generale) di disciplina sarà quello sancito agli artt. 737-742 c.p.c. In questo senso, A.D. DE SANTIS, *Il "riesame" della convalida del trattenimento del cittadino straniero presso il CIE*, in *EuroconferenceLegal.it*, 3 agosto 2015 (ultimo accesso 12.04.2017), il quale sottolinea che «se gli stessi artt. 13 e 14 T.U. imm. dispongono che il procedimento si svolge in camera di consiglio, ben potrebbe considerarsi applicabile tanto la disciplina del reclamo, *ex art.* 739 c.p.c, quanto quella della revoca, *ex art.* 742 c.p.c.».

²² L. MASERA, *Stranieri irregolari e misure detentive: una libertà diversa?*, in *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013, 87, evidenzia le contraddizioni insite nella Direttiva 2008/115/CE e nelle interpretazioni offerte dalla Corte di Giustizia, oscillante tra i due poli della tutela, verrebbe da dire forte, dei diritti umani da un lato e della logica del puro efficientismo dall'altro.

principio di uguaglianza formale, che vuole situazioni strutturalmente simili garantite dal medesimo trattamento²³.

2. *Dalla funzione alla... funzione. Per una definizione formale, ateleologica, del concetto di sanzione giuridica*

Le numerose pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo sulle condizioni di applicabilità dell'art. 5, § 1, lett. *f*), insieme alle decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea sulla Direttiva rimpatri, hanno evidenziato la natura cautelare delle misure detentive previste nei testi giuridici di rispettiva competenza²⁴, predisposte nei confronti di cittadini di Paesi terzi in condizioni di irregolarità con riferimento alle normative in materia di ingresso e soggiorno degli Stati membri.

In effetti, se per tutela cautelare s'intende una tutela mediata, volta a garantire l'emanazione di un provvedimento definitivo di cui essa, in via preventiva, ne assicura la «fruttuosità pratica»²⁵, non sorprende come

²³ Per questo, una volta accolta la tesi secondo cui «la Costituzione italiana esprime, quanto alle limitazioni della libertà personale, un originale, esplicito, ineludibile atteggiamento di indifferenza rispetto alle qualificazioni formali della limitazione della libertà» (cfr. A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, cit., 31), e portandola alle dovute conseguenze, riconosciuta l'uguaglianza sostanziale (meglio, strutturale) degli "oggetti del contendere", ovvero la libertà personale, intesa, contrariamente a quanto sostiene la Corte costituzionale, sia come libertà fisica sia come libertà di movimento, la previsione di una medesima disciplina si presenta come una valvola di sicurezza idonea a garantire coerenza e certezza al sistema. Ciò significa non solo estendere al trattenimento, come è stato fatto, sia pure parzialmente, le garanzie di cui all'art. 13 Cost. (soprattutto la riserva di giurisdizione intesa come controllo pregnante e di ultima istanza sul bene garantito) bensì anche quelle in materia di ordinamento penitenziario, laddove si riconosca il singolo CPR come struttura votata alla detenzione. Cfr. A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in *questo volume*.

²⁴ *Id est*, la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e la Direttiva 2008/115/CE.

²⁵ P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 21, 141. L'insigne Autore, dopo avere sostenuto che i provvedimenti cautelari presentano una fisionomia strettamente processuale che consente di collocarli nella sistematica del processo come categoria a sé, tiene a ribadire la natura teleologica del concetto di tutela cautelare nel senso, cioè, che «la definizione dei provvedimenti cautelari, pur rimanendo nel campo processuale, va ricercata, più che in un criterio ontologico, in un criterio teleologico: non nella *qualità* [...] dei loro effetti, ma nel *fine* (anticipazione degli effetti del provvedimento principale), a cui questi loro effetti sono preordinati, sì da apparire fin dall'inizio destinati

la Corte EDU, nella sua più autorevole composizione, quando è stata chiamata a giudicare sul concetto di detenzione arbitraria abbia dato seguito all'orientamento tradizionale secondo cui non sussiste arbitrarietà laddove l'ordine di detenzione e l'esecuzione di quest'ultima siano «veramente conformi» all'obiettivo delle restrizioni autorizzate dall'art. 5, § 1, CEDU²⁶. A questo punto e con un salto logico non indifferente, il passo che nega la natura sanzionatoria al trattenimento in un CPR è breve: l'approccio teleologico da un lato e quello tradizionale legato al binomio illecito-sanzione dall'altro, infatti, possono essere annoverati tra i fattori culturali maggiormente impegnati nella diffusione di modelli

ad esaurirsi al momento in cui potranno cedere il posto agli effetti del provvedimento principale» (corsivi dell'Autore). Cfr. anche G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale. La carcerazione preventiva*, Padova, 1953, 5-6. *Contra*, come noto, E. ALLORIO, *Per una nozione del processo cautelare*, estratto dalla *Riv. dir. proc. civ.*, XIII, 1/1936, 4, secondo cui sussisterebbe un diritto sostanziale di cautela, ovvero un diritto ad ottenere la sanzione cautelare, ben distinta dalla sanzione principale. «A diversità di sanzione, deve corrispondere diversità di diritto soggettivo; accanto al diritto (alla sanzione) principale, deve sussistere il diritto (alla sanzione) cautelare». Come lo stesso Allorio riconobbe, in un saggio di pochi anni successivo, è ben chiara l'adesione alla teoria kelseniana della sanzione come elemento costitutivo (e costante) della norma giuridica. Idea, questa, abbandonata dal Maestro italiano nello scritto *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, estratto dalla *Riv. dir. civ.*, I, 2/1955, 261-262 ed oggetto di vivo dibattito tra F. CARNELUTTI, *Il valore della sanzione del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, I, 4/1955, 17 ss.; C. MANDRIOLI, *Appunti sulla sanzione e sua attuazione giurisdizionale*, in *Jus*, 1/1956, 86 ss. con replica di E. ALLORIO, *Osservazioni critiche sulla sanzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1/1956, 1 ss.

²⁶ Così, Corte EDU, Grande Camera, 29 gennaio 2008, *Saadi v. the United Kingdom*, cit., § 69; Corte EDU, 26 novembre 2009, *Tabesh v. Greece*, ric. n. 8256/07, § 53; Corte EDU, 1 dicembre 2009, *Hokic e Hrustic v. Italy*, ric. n. 3449/05, § 22; Corte EDU, 8 febbraio 2011, *Seferovic v. Italy*, ric. n. 12921/04, § 37. A riprova della centralità dello scopo della detenzione, cfr. Corte EDU, Grande Camera, 25 ottobre 1996, *Chahal v. the United Kingdom*, ric. n. 22414/93, che ha escluso la violazione dell'art. 5, § 1, lett. f), CEDU, in relazione al trattenimento del ricorrente per quasi cinque anni nel corso del procedimento di espulsione perché le autorità nazionali si erano attivate diligentemente per creare le condizioni che rendessero possibile l'esecuzione dell'espulsione, ma questa non era stata possibile stante la necessità di accertare in via giurisdizionale la legittimità del provvedimento di espulsione [sul punto si veda L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale (art. 5 CEDU e art. 2 Prot. 4)*, in *Dir. Pen. Cont. - Riv. Trim.*, 1/2011, 267]; Corte EDU, 8 ottobre 2009, *Mikolenko v. Estonia*, ric. n. 10664/05, § 65-68, in cui la Corte ha giudicato arbitraria una detenzione durata tre anni anche se era venuta meno una prospettiva realistica di esecuzione dell'espulsione. Cfr. anche la *Guida per operatori del diritto n. 6. L'immigrazione e la normativa internazionale dei diritti umani*, Ginevra, 2012, 169, secondo cui «un ulteriore requisito imposto dal diritto internazionale dei diritti umani impone che la detenzione sia ordinata per una finalità sincera di facilitare l'espulsione».

votati al concettualismo²⁷, di quei modelli, invero, che, con una inversione metodologica, costruiscono la regola dal concetto e non viceversa.

Lo scopo meramente preventivo delle misure e la dipendenza funzionale della figura dell'illecito da un atto di forza denominato sanzione, spingono l'analisi del trattenimento dello straniero verso ambiti predefiniti ma concettualmente coerenti con le stipulazioni di partenza. Se per prevenzione intendiamo l'azione volta a fronteggiare il pericolo, ad impedire il prodursi o lo svilupparsi di un fatto dannoso²⁸ e per sanzione si intende l'atto coercitivo quale conseguenza della trasgressione di un obbligo a sua volta qualificata in chiave di illecito, ecco dunque come la natura giuridica della detenzione amministrativa non possa collocarsi, per antonomasia, entro il *genus* delle risposte ordinamentali *ab origine* di tipo sanzionatorio. Non mancano certo, nel panorama interno, proposte teoriche nel senso di una sovrapposizione ontologica, prima ancora che normativa, tra la pena *lato sensu* intesa e la detenzione amministrativa. Dato che, di fatto, il trattenimento, come ogni misura custodiale, rappresenta la risposta più immediata ed effettiva ai problemi di sicurezza interna, sia essa intesa come sicurezza dal "rischio penale" del migrante sia come sicurezza amministrativa di controllo, gestione e riorganizzazione statale dei flussi migratori, solamente il suo "abuso" ad opera della pubblica amministrazione solleciterebbe una qualificazione in termini sanzionatori dell'istituto *de qua*. In altre parole,

²⁷ Se, come scrive L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, cit., 83, la teoria del diritto «si limita a stipulare concetti e tesi in grado di spiegare e di analizzare la struttura di qualunque fenomeno giuridico», proprio perché non si interessa dell'apparato normativo di un determinato (in quanto storicamente dato) sistema giuridico, il vizio di concettualismo cui si è fatto riferimento nel testo non può, per definizione, essere imputato anche alla teoria (generale) kelseniana. Concettualisti in senso stretto possono essere solamente i c.d. giuristi positivi, cioè coloro che studiano l'assetto giuridico concretizzato in diritto positivo (nel senso etimologico di "posto", formalizzato in enunciati linguistici suscettibili di interpretazione) e frutto di precise opzioni politico-istituzionali di un ordinamento, pretendendo di ricavare la regola dal concetto e non, come dovrebbe essere, il concetto dalla regola. In ultima analisi, «la categoria su cui opera la teoria generale del diritto è esclusivamente la categoria del diritto in generale. La domanda a cui essa risponde è: che cosa è il diritto?» (così N. BOBBIO, *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, in ID., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, a cura di T. Greco, Torino, 2014, 34). Detto brutalmente, dei singoli istituti la teoria generale non si interessa «perché non è affare suo» (*ibidem*). Nel nostro caso, l'identificazione del trattenimento in un CPR con la categoria delle sanzioni giuridiche si sposa perfettamente con un'indagine sia di teoria generale legata alla struttura, appunto, delle sanzioni sia di stretto diritto positivo, dal momento che la norma secondaria violata (kelsenianamente parlando) è quella ricavabile dall'art. 111, secondo comma, Cost.

²⁸ Testualmente, B. PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940, 243.

mentre il rispetto dei parametri legali precluderebbe una classificazione del trattenimento nell'ambito delle misure sanzionatorie, qualsiasi deviazione, elusione dai presupposti normativi o, in alternativa, una loro pedissequa ed apparente osservanza da parte degli organi di applicazione pratica rappresenterebbe, invece, la spia di uno scollamento dai fini prestabiliti e quindi una diretta percezione dello strumento in esame come vera e propria sanzione contro fatti socialmente indesiderati. Ma ognuno vede come far dipendere una qualificazione e, di conseguenza, un complesso di disciplina da osservazioni statistico-sociologiche di natura empirica renda maggiormente difficoltosa la costruzione di un apparato logico-formale di definizioni stipulative certo, prevedibile e dagli ambiti circoscritti anche solo in una prospettiva di (mera) denuncia del c.d. diritto illegittimo²⁹.

L'unica via seriamente percorribile, pertanto, diviene l'analisi critica degli sviluppi dommatici nati dal seme della teoria della coercizione come nucleo della sanzione^{30 31} e, in via speculare, della categoria dell'illecito

²⁹ Cfr., ad esempio, G. CAMPESI, *Lo statuto della detenzione amministrativa*, cit., 7; G. SAVIO, *La detenzione amministrativa degli stranieri*, cit., 109, in cui l'Autore prima di qualificare il trattenimento come «vera pena per la clandestinità e l'illegalità amministrativa», procede ad una elencazione di statistiche sui costi, economici ed umani, della misura detentiva; Tribunale di Milano, 12 gennaio 2001, n. 345 (G.U. n. 20 del 23.5.2001). In senso contrario, le approfondite riflessioni di A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa» degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quad. cost.*, 3/2014, 597 ss.; ID., *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Rivistaaic*, 2/2014, 14 ss. Pugiotta è l'Autore che più di ogni altro ha cercato di ancorare la Sua impostazione su solide fondamenta normative, richiamando, coerentemente, l'art. 117, primo comma, Cost. in combinato disposto con l'art. 7 CEDU e la relativa interpretazione sostanzialistico-funzionale della «materia penale» offerta dalla Corte EDU (cfr. A. MASSARO, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio*, in *Penalecontemporaneo.it*, 15 luglio 2015). Si tratta, invero, di considerazione «altra» rispetto a quella svolta nel testo, il cui unico obiettivo è dimostrare la natura sanzionatoria del trattenimento *a priori*, tale, cioè, già da una definizione logico-formale del concetto di sanzione giuridica. Quella di Pugiotta è un'indagine di stretto diritto positivo. Quella che si sta cercando di condurre, per contro, appartiene alla logica «pura» dei concetti, o, che dir si voglia, alla teoria generale del diritto, tesa a identificare (anche) le misure cautelari *tout court* con la figura delle sanzioni normativamente qualificate. Sulla distinzione (fondamentale) in figure di qualificazione «pure» e «spurie», per tutti, M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, 120-121. Cfr. anche G. LICCI, *Figure del diritto penale*, cit., 285.

³⁰ E dell'ordinamento «giuridico» come sistema di norme «coattive». Cfr. A. ROSS, *op. cit.*, 34.

³¹ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 28-29, secondo cui «una regola è una regola giuridica non perché la sua efficacia è assicurata da un'altra regola che dispone una sanzione; una regola è una regola giuridica perché dispone una sanzione». Se, dunque, per Kelsen «il problema della coercizione (costrizione, sanzione) non è il problema di assicurare l'efficacia di regole, ma il problema del contenuto delle regole», coerentemente, «l'elemento della coercizione, essenziale per il diritto, consiste non nella

(concetto, a sua volta, radicato, in quello di obbligo o di dovere)³², per comprendere le ragioni per le quali viene esclusa, già dal punto di vista astratto dell'ordinamento giuridico, la natura sanzionatoria delle misure cautelari.

Come noto, l'impostazione del primo Kelsen (per intenderci, quello dei *Hauptprobleme*, de *La Dottrina pura del diritto* e della *Teoria generale del diritto e dello Stato*, delle prime edizioni) ha avuto, nel tempo, larghissima eco nelle elaborazioni della dottrina (in via diretta) e giurisprudenza (in via indiretta) italiane. Valorizzata l'idea del diritto come sistema di obblighi, cioè come insieme di regole volte a sanzionare la condotta contraria alla fattispecie condizionante impositiva del dovere³³, il trinomio "obbligo-

cosiddetta «coazione psichica», ma nel fatto che le regole che formano l'ordinamento giuridico dispongono in casi specifici degli atti specifici di coercizione, in qualità di sanzioni». In *Id.*, *La dottrina pura del diritto* (1960), trad. di M.G. Losano, Torino, 1966, 52-54, Kelsen, riconoscendo la presenza di atti coercitivi che non hanno carattere di sanzione «per il fatto cioè che la loro condizione non è un illecito o un delitto, commesso da un certo soggetto e giuridicamente accertato», opera una estensione del concetto di sanzione tale da comprendere, appunto, «tutti gli atti coercitivi stabiliti dall'ordinamento giuridico, qualora con esso si voglia dire soltanto che l'ordinamento giuridico reagisce mediante questo atto contro uno stato di cose socialmente indesiderabile e che con questa reazione esso vuole esprimere l'indesiderabilità di tale situazione». In realtà, già nella *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 284, Kelsen riconosce l'esistenza di atti coercitivi che non assumono i connotati di sanzione giuridica, ovvero quelli degli organi amministrativi a cui non corrispondono comportamenti umani qualificati come illeciti. Evidente l'accezione ristretta di sanzione adottata dall'Autore, il quale ribadisce, infatti, che «autorizzando gli organi amministrativi a compiere tali atti coercitivi che non sono sanzioni, l'ordinamento giuridico fa un'eccezione alla regola secondo la quale sono ammessi provvedimenti coercitivi soltanto come sanzioni». *Contra*, F. D'AGOSTINO, voce *Sanzione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 320; *Id.*, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Torino, 1999, 45-47. In realtà, già con R.V. JHERING, *Der Zweck im Recht*, I, Leipzig, 1877, 320, si affermò la teoria tradizionale che definisce il diritto in termini di coazione. Cfr. N. BOBBIO, *Diritto e forza*, in *Id.*, *Studi per una teoria generale del diritto*, a cura di T. Greco, Torino, 2012, 103.

³² Come ha scritto M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., 522-523, (in tema di rapporti tra le figure della antigiridicità e della colpevolezza, ma il discorso può essere condotto ad un livello generale) il "dovere" esprime unicamente la necessità di una sanzione per l'autore del fatto previsto nella parte condizionante della regola giuridica, mentre l'"obbligo", invece, promana da quelle norme che risultano idonee a funzionare come vincolo alla volontà dei soggetti cui si rivolgono: questo perché la fattispecie condizionante ha come elementi essenziali l'intenzionalità o la leggerezza. *Id.*, *Il concetto unitario di colpevolezza*, cit., 124 ss. Trattasi, dunque, di concetti di genere (dovere) e di specie (obbligo). Cfr. anche B. PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, Padova, 1966, 35-37.

³³ H. Kelsen, *La dottrina pura*, cit., 163. «Il dire che un individuo è giuridicamente obbligato a osservare una certa condotta significa che una norma giuridica prevede una sanzione per la condotta contraria, cioè per un illecito». Questa correlazione biunivoca fra illecito ed obbligo è una costante del pensiero teorico (sia pure con le dovute eccezioni). Cfr., a titolo

illecito-sanzione” assume le caratteristiche tipiche di un dogma la cui valenza euristica è facile scorgere ancora oggi stante la diffusione capillare fra i giuristi positivi. La norma giuridica, dunque, si presenta come un giudizio ipotetico in cui ad una condizione (la c.d. norma secondaria) segue un atto condizionato (la c.d. norma primaria)³⁴. Si tratta di una norma giuridica, pertanto, caratterizzata dalla presenza di due proposizioni del

esemplificativo, F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, 227, secondo cui «la figura dell'atto illecito, contraria a quella dell'atto dovuto, si risolve nell'inadempimento dell'obbligo o, in altri termini, nella sua violazione»; A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, in ID., *Il diritto penale fra norma e società*, I, Milano, 2009, 191, nota 153, sottolinea che «la nozione di obbligo presuppone quella di illecito, in quanto è «obbligato» a tenere un certo comportamento quel soggetto che, ove non lo tenesse, commetterebbe un illecito»; B. PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, cit., 18-19, il quale afferma come la «violazione colpevole di obblighi e sanzione» siano «gli indici essenziali per la presenza dell'atto illecito». In questo senso possono definirsi un dogma le parole di H. KELSEN, *Problemi fondamentali*, cit., 390, secondo cui «per i giuristi la questione dell'obbligo è attuale quando l'illecito viene perpetrato, solo quando l'obbligo viene violato». In senso diverso, Angelo Ermanno Cammarata il quale, una volta affermato che la «qualificazione d'illiceità [...] è logicamente subordinata ad una preesistente qualificazione di obligatorietà che viene perciò ad essere riaffermata» (A.E. CAMMARATA, *Limiti tra formalismo e dommatica nelle figure di qualificazione giuridica*, in ID., *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Milano, 1963, 403), sostiene, in polemica con Kelsen, che «un conto è la valutazione del comportamento, come raffronto ad un modello deontologico: ed un conto è la rilevanza dello stesso comportamento in quanto «fatto» che «corrisponda» [...] alla fattispecie o ad un elemento di questa, quale presupposto – rispetto ad una norma diversa – di «conseguenze giuridiche». Essere, quindi, un comportamento, oggetto di valutazione da parte di una norma, non implica necessariamente ch'esso sia sempre un presupposto per la cosiddetta applicazione di una norma diversa, ossia per il sorgere di altre conseguenze» (ID., *Sulla cosiddetta coattività delle norme giuridiche*, estratto dalla rivista *Arch. pen.*, I-II, 1953, 3-16; ID., *Sulla concepibilità di un nesso logico tra «illecito» e «sanzione»*, in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, I, Milano, 1967, 107-109). Sul punto anche N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Torino, 1976, 55-61.

³⁴ Come noto, Kelsen ribalta la classica dicotomia norma primaria (condotta prescritta dall'ordinamento) norma secondaria (atto coercitivo il cui epifenomeno è la sanzione giuridica), considerando primaria la norma che prevede la sanzione e secondaria la norma che descrive la condotta che l'ordinamento giuridico mira a conseguire. In questo l'Autore è logicamente coerente con le premesse del suo discorso: se il carattere distintivo del diritto è l'essere un ordinamento coercitivo che stabilisce delle sanzioni, «il diritto è la norma primaria la quale dispone la sanzione». Cfr. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 61. Per una definizione particolare del concetto di norma secondaria cfr. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, trad. di M. Cattaneo, Torino, 1965, 34 ss.; N. BOBBIO, *Norme primarie e norme secondarie*, in ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., 149-169. Critico nei confronti di una distinzione in norme primarie e secondarie stante l'inesistenza di diritti o doveri «obiettivamente esistenti», K. OLIVECRONA, *Il diritto come fatto*, a cura di S. Castagnone, Milano, 1967, 110-113.

dover essere, l'una ricollegata alla condotta di un individuo obbligato a tenere un certo comportamento il cui opposto si presenta come "illecito", l'altra indirizzata all'organo giurisdizionale su cui grava, specularmente, l'obbligo di comminare una sanzione coercitiva nel caso in cui risulti violata la prima norma.

Così inquadrato il fenomeno giuridico, i due aspetti che lo connotano sono l'illecito e la sanzione³⁵. In altre parole, il contenuto del dovere giuridico è il comportamento contrario alla condotta che, in quanto illecito, è la condizione della sanzione. Il dovere giuridico è, dunque, il dovere di astenersi dall'illecito³⁶.

³⁵ L'illecito è inteso come (trasgressione di un) "obbligo", e la sanzione come "coercizione". L'identificazione del diritto con la forza è in linea con l'obiettivo primo di Kelsen, ovvero costruire un sistema di concetti il più astratto possibile, in grado di descrivere l'essenza della giuridicità. Il diritto è forza organizzata in quanto norme giuridiche sono solamente quelle che dispongono un atto coercitivo denominato sanzione. Per questo motivo, anche se implicitamente, la nullità, l'inammissibilità non possono essere considerate, per definizione, delle sanzioni giuridiche, in quanto unici atti di coercizione fisica sono la pena e l'esecuzione forzata. Come scrive lo stesso H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 19, «[c]he cosa può avere in comune il cosiddetto diritto degli antichi babilonesi con il diritto che vige oggi negli Stati Uniti? [...] Eppure vi è un elemento comune, che giustifica pienamente questa terminologia e permette alla parola «diritto» di apparire come l'espressione di un concetto dotato di un significato di alta importanza sociale. La parola si riferisce infatti a quella tecnica sociale specifica di un ordinamento coercitivo che, nonostante le grandi differenze esistenti fra il diritto dell'antica Babilonia e quello degli Stati Uniti di oggi [...] è pure essenzialmente la stessa per tutti questi popoli, tanto diversi di epoca, di luogo e di cultura: è la tecnica sociale che consiste nell'ottenere la desiderata condotta sociale degli uomini mediante la minaccia di una misura di coercizione da applicarsi in caso di condotta contraria». Anche A. ROSS, *op. cit.*, 29-34, considera «l'insieme delle regole per l'organizzazione ed il funzionamento dell'apparato coercitivo dello stato» carattere distintivo della giuridicità. Corollario di questa impostazione è l'idea secondo cui tutte le norme giuridiche, di condotta in senso stretto e di competenza, quelle cioè che attribuiscono un potere, un'autorità (dall'Autore considerate, queste ultime, come norme di condotta indirettamente formulate) consistono «in una direttiva per il giudice». Di conseguenza, essendo la «sentenza il fondamento dell'esecuzione», qualunque forma l'esecuzione possa assumere «essa costituisce potenzialmente esercizio della forza fisica contro una persona che non agisce secondo la sentenza».

Perviene alle medesime conclusioni, per cui il diritto è forza organizzata, ma argomentando da presupposti completamente diversi rispetto a quelli propri di Kelsen e Ross, K. OLIVECRONA, *op. cit.*, 107 ss. Sulla interessante e annosa questione (almeno per coloro che identificano il diritto con la forza organizzata) della c.d. banda di briganti, come esempio formulato in teoria generale del diritto per tracciare una linea distintiva tra una «comunità giuridica» e, appunto, una «banda di ladroni», cfr. N. BOBBIO, *Dal potere al diritto e viceversa*, in *Id.*, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., 177-181.

³⁶ *Ivi*, 59.

La dicotomia “illecito-sanzione”, a questo punto, entra trasversalmente sulla scena, imperando indisturbata nella discussione intorno ai c.d. mezzi di tutela giuridica³⁷. Insieme alla *summa divisio* teleologica tra prevenzione e repressione³⁸, il nuovo paradigma teorico presuppone, coerentemente

³⁷ In realtà, già con A. ROCCO, *La pena e le altre sanzioni giuridiche*, in *Opere giuridiche*, III (*Scritti giuridici vari*), Roma, 1933, 454-455, il binomio illecito-sanzione si presenta come caratteristica costante della tutela giuridica repressiva. L'Autore, pur argomentando da una posizione vicina all'imperativismo giuridico, sostiene, infatti, come non vi possa essere sanzione giuridica senza precetto giuridico e che, per converso, l'applicazione di una sanzione è sempre la conseguenza giuridica di un'azione illecita. «L'applicazione di ogni sanzione è [...] sempre la conseguenza di una violazione – colpevole o incolpevole, comunque tuttavia volontaria – di un precetto, cioè di un comando o divieto, epperò si trova, con l'azione contraria al precetto, in un rapporto di causalità». Si deve all'opera di Rocco la prima elaborazione di una teoria dei mezzi di tutela giuridica, preventiva e repressiva, quale insieme di misure sanzionatorie e non sanzionatorie predisposte dall'ordinamento per fini specifici di garanzia della società. Cfr. ID., *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, ivi, 713 ss. La storia giuridica moderna ha chiaramente evidenziato le aporie di una classificazione astratta, operata su base strettamente funzionalistica, tra misure e sanzioni come se, in generale, si trattassero di strumenti ontologicamente diversi e dunque non sovrapponibili. Avremo modo di contestare l'approccio oramai diffuso in dottrina e giurisprudenza, di stampo teleologico, basato, cioè, sulla dicotomia prevenzione-repressione tale per cui tutto ciò che riguarda la prevenzione non avrebbe dignità di sanzione bensì di misura [cfr., oltre gli scritti di Rocco, soprattutto B. PETROCELLI, *La pericolosità criminale*, cit., 234-235, per il quale «[...] se il bisogno di evitare che il danno si produca è nella sua essenza diverso da quello di reagire contro il danno che si è prodotto, e se per conseguenza i mezzi atti a soddisfare l'uno sono diversi da quelli occorrenti per soddisfare l'altro, nessun ingegnoso sforzo di costruzioni e di terminologie potrà mai valere ad annullare o modificare ciò che distingue logicamente una cosa dall'altra». Per ora sia sufficiente il richiamo al monito di F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., 30-31, secondo cui nulla esclude la compatibilità del concetto di sanzione con quello generale di prevenzione e dunque l'esistenza di sanzioni preventive. Sulla legittima difesa come sanzione generale dell'ordinamento “in funzione preventiva”, cfr. M. GALLO, P. SEVERINO, voce *Antigiuridicità penale*, in *Enc. giur.* II, Roma, 1988, 5.

³⁸ «Prevenire significa impedire, evitare, allontanare, respingere ed ha per oggetto qualche cosa futura [...]. Reprimere significa contenere, fermare, arrestare, trattenerne, dominare ed ha per oggetto qualche cosa attuale, presente, imminente, ovvero passata e qualche cosa insieme reale ed effettiva. Prevenire e reprimere sono concetti *teleologici*, e però *relativi*: relativi a ciò che si *vuole* prevenire o reprimere» (corsivi originali). Testualmente, A. ROCCO, *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, cit., 724. Cfr. anche G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale*, cit., 175 ss., che riprende, con parziali modifiche, la tesi di B. PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, cit., 256 ss. Tra gli autori che privilegiano un metodo teleologico, *ex multis*, F. BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, 1955, 223 ss. (soprattutto 241 ss. dove elabora un concetto unitario di sanzione come sintesi del momento funzionalistico, da un lato, e del binomio precetto-sanzione, dall'altro); N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, 537; ID., *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 122-123; F. CARNELUTTI, *Il valore della sanzione del diritto*, cit., 241; G. LICCI, *Misure sanzionatorie e finalità afflittiva: indicazioni per un sistema punitivo*, in *Riv. it. dir.*

(e necessariamente), l'esclusione delle misure cautelari dal novero delle sanzioni giuridiche. Laddove non operano in simbiosi, i due postulati (ideo)logici sono da soli sufficienti a garantirne l'*alterità*. La categoria del "dovere", infatti, preclude la natura sanzionatoria in quanto non sussisterebbe alcun obbligo (cautelare) in capo, ad esempio, ad un soggetto imputato in un processo penale il quale, dandosi alla fuga, non violerebbe, di conseguenza, nessuna norma preesistente³⁹.

In sintesi, mentre le sanzioni presuppongono in ogni caso la trasgressione di una norma, le misure prescindono dall'esistenza di un fatto illecito⁴⁰. Il nesso di imputazione sussistente tra la violazione del dovere contenuto nella parte condizionante della norma giuridica e la garanzia di un atto coercitivo agirebbe, per così dire, dall'esterno rispetto alle molteplici forme che può assumere la tutela cautelare, permeandone, in negativo, l'essenza. Detto altrimenti, solo la presenza di un obbligo a monte è in grado di qualificare come sanzione la conseguenza della sua trasgressione. Tesi, quest'ultima, alimentata dall'idea secondo cui la caratteristica distintiva della giuridicità di una norma e dell'ordinamento quale complesso o sistema di norme sarebbe la coercizione od uso organizzato della forza⁴¹.

A questo punto, però, delle due l'una: o si concepisce la coercizione

proc. pen., 3/1982, 1016 ss. (il quale, nel tentativo di enucleare una bipartizione in sanzioni afflittive e ripristinatorie, analizza sia la struttura delle norme giuridiche sia gli scopi delle due figure, avvicinandosi, a quanto sembra, più ad una lettura formale-strutturale che teleologica); C. MANDRIOLI, *Appunti sulla sanzione*, cit., 104; P. NUVOLONE, *La prevenzione nella teoria generale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1956, 13 ss.

³⁹ L'esempio è di G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale*, cit., 176, secondo cui «lo scopo della misura cautelare, in linea generale, non può mai consistere nella repressione di un danno: il danno, tecnicamente, presuppone la violazione di un obbligo e la esistenza di un illecito». L'Autore, tornando all'esempio dell'imputato che fugge, conclude il discorso sostenendo come «allo stesso modo l'arresto dell'evaso è diretto più che a reprimere un danno, a prevenire un pericolo futuro: l'inesecuzione della pena che sarà irrogata all'evasore in seguito al reato commesso»; ID., voce *Custodia preventiva* (*dir. proc. pen.*), in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, § 4.

⁴⁰ Ivi, 177. In questi termini, già, B. PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, cit., 256, per il quale elemento «necessariamente costante» nel mondo giuridico è che «il mezzo (misura sanzionatoria) con cui lo scopo si raggiunge ha contenuto di reazione al fatto (illecito) che ha resa necessaria la reintegrazione». Senza mezzi termini, se non c'è un illecito e, dunque, a monte un obbligo giuridico non c'è sanzione. «Non basta [...] che la sanzione *tenga dietro* [...] all'illecito, ma occorre che le tenga dietro in quanto *ne derivi*, e in quanto si *diriga* contro di esso» (corsivi originali).

⁴¹ Cfr. *supra*, nota 35. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 334: «[I]a sanzione specifica di un ordinamento giuridico può essere *soltanto* un atto coercitivo, [...] disposto dall'ordinamento giuridico per il caso di violazione di un obbligo» (corsivo aggiunto). Come è facile notare, in Kelsen l'obbligo sta alla sanzione come l'illecito alla coercizione.

come sanzione e allora bisogna riconoscere, almeno alle cautele personali del processo penale, carattere sanzionatorio, oppure una volta ammesso che non tutti gli atti coercitivi sono delle sanzioni, occorrerebbe negare validità alla tesi che identifica la coercizione con la sanzione⁴². Ragionando diversamente, si tratterebbero le misure cautelari del processo penale come norme incomplete, al massimo come frammenti di norma, in quanto pura coercizione senza, però, un obbligo preesistente violato e dunque senza un illecito loro direttamente riferibile.

Se, come in effetti pare preferibile, una definizione formale ed unitaria di sanzione giuridica assume il crisma di un concetto di teoria “pura”, valido, cioè, indipendentemente da come, in concreto, i singoli ordinamenti giuridici ne connotano l’essenza, è doveroso per contro prescindere dal contenuto della sanzione giuridica, sia essa un atto coercitivo o meno, in quanto, altrimenti, il discorso perverrebbe ad un esito infruttuoso carico di conseguenze statistico-sociologiche sulla effettività della norma in un determinato sistema⁴³.

⁴² Mentre Kelsen perverrà nel 1960 ad una estensione del concetto di sanzione, ricomprendendovi, per esempio, anche l’arresto preventivo o l’internamento «in manicomio di soggetti malati di mente socialmente pericolosi» a seguito della scoperta di atti coercitivi non connessi ad un illecito, Petrocelli, con estrema lucidità teorica, già nel 1940 riconosceva nella coazione l’essenza di tutte le misure di tutela giuridica e non solo di quelle sanzionatorie. Detto altrimenti, Petrocelli era consapevole del carattere coercitivo delle misure giuridiche senza però, con questo, identificare la coercizione con la sanzione. Quest’ultimo è, invece, il percorso del primo Kelsen. E non è un caso, appunto, che per Kelsen, essendo la sanzione un atto coercitivo, i due modelli (per antonomasia) di sanzione siano la pena e l’esecuzione forzata. Anzi, come ricorda N. BOBBIO, voce *Sanzione*, cit., 538, «chi risolve la nozione di sanzione giuridica in quella di coazione, come fa Kelsen, senza distinguere tra sanzione coattiva e coazione come esecuzione di sanzioni non coattive, è costretto a restringere l’ambito delle sanzioni nel diritto alla pena e all’esecuzione forzata». Per questo, ancora oggi, risulta condivisibile la tesi di N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, cit., 134-135, il quale, preso atto della «inevitabile presenza di norme non sanzionate», nel giustificare l’impostazione secondo cui il diritto è un complesso di regole a sanzione organizzata, afferma come la difficoltà possa essere risolta nel senso che «quando si parla di una sanzione organizzata come elemento costitutivo del diritto ci si riferisce non alle norme singole ma all’ordinamento normativo preso nel suo complesso». Pertanto il nesso tra sanzione e coazione risiede nel fatto che «l’apparato coattivo del diritto tende a impedire l’ineffettività dell’ordinamento non solo punendo con atti di forza l’inosservanza di obblighi primari ma anche impedendo o neutralizzando con la forza gli effetti dell’inadempimento di obblighi secondari, in cui consistono la maggior parte delle sanzioni». Cfr. N. BOBBIO, voce *Sanzione*, cit., 538. *Contra*, A.E. CAMMARATA, *Sulla concepibilità*, cit., 103 nota 8. La sanzione, dunque, attiene alla efficacia di un ordinamento e non anche alla sfera di validità della singola norma giuridica.

⁴³ Lo stesso Kelsen ritiene l’efficacia della norma come “altro” rispetto al diritto. Se con il termine efficacia s’intende che gli uomini si comportano effettivamente come devono comportarsi, secondo le norme giuridiche, allora in maniera del tutto logica rispetto alle premesse,

L'impostazione tradizionale ha sempre ricollegato l'idea della sanzione al precetto giuridico. Laddove vi è una regola deontica diretta a condizionare il comportamento dei consociati, si dice, la conseguenza di una sua violazione non può che assumere l'aspetto della sanzione⁴⁴.

La tesi tuttavia sta e cade con la premessa. Esistono enunciati linguistici non precettivi che non dispongono obblighi/doveri bensì semplicemente oneri o facoltà. Figure, queste ultime, garantite da un effetto giuridico (comunque) qualificato come sanzione⁴⁵.

Può sostenersi, pertanto, come la sanzione giuridica sia la conseguenza derivante dall'inosservanza di una norma o condizione antecedente⁴⁶. Nulla più nulla meno. Conclusione banale, certo, ma non per questo meno

a connotare il diritto è la sola validità, intesa come «dover essere» della norma giuridica, e non anche l'efficacia, essendo quest'ultima, mera qualifica del comportamento degli uomini e non del diritto. Così H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 39-40.

⁴⁴ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., 38-39, in cui distingue il "precetto" definito come «l'indicazione del contegno da tenere per evitare la sanzione» dal "comando" quale «minaccia di una sanzione a chi tenga o non tenga un determinato contegno». Per l'Autore «il precetto non è il comando, ma un elemento del comando: il comando è un precetto sanzionato». In altri termini il comando sarebbe la sintesi del precetto e della sanzione. Sul binomio "precetto-sanzione", cfr. F. BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, cit., 225, 236-237; F. D'AGOSTINO, voce *Sanzione (teoria generale)*, cit., 321; C. MANDRIOLI, *Appunti sulla sanzione*, cit., 104-105; B. PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, cit., 19; A. ROCCO, *La pena e le altre sanzioni giuridiche*, cit., 453; A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Padova, 1951, 16.

⁴⁵ La giurisprudenza di legittimità è solita parlare della inammissibilità dell'impugnazione come sanzione in ipotesi di irregolarità o comunque di violazioni di norme procedurali inerenti alla forma, presupposti, condizioni dell'impugnazione. Cfr., a titolo esemplificativo, Cass., Sez. I pen., 23 febbraio 2001, n. 18757, in CED Cass. pen. 2001; Cass., Sez. III pen., 3 marzo 2015, n. 11690, in www.italgiure.giustizia.it (ultimo accesso 12.04.2017). Sul rapporto invalidità processuali-sanzioni giuridiche, si veda R. FONTI, *L'inammissibilità degli atti processuali*, Padova, 2008, 14 ss. e 29 ss.

⁴⁶ L. FERRAJOLI, voce *Sanzione*, in *Diz. crit. dir.*, a cura di C. Donati, Milano, 1980, 360, distingue una sanzione giuridica "in senso stretto", quale conseguenza afflittiva predisposta da una norma giuridica per un atto illecito ed una sanzione "in senso lato" intesa come conseguenza spiacevole predisposta da un ordinamento giuridico per qualunque violazione di una norma ad esso appartenente: non soltanto, dunque, per le violazioni che implicano atti illeciti bensì anche per le violazioni che consistono in atti invalidi. Per Ferrajoli, dunque, «sia in senso stretto che in senso lato [...], la sanzione è comunque configurabile come conseguente di una condizione antecedente». L'Autore, inoltre, considera sanzioni non formalizzate, per contenuto e presupposti, le misure cautelari di polizia. Cfr. Id., voce *Misure cautelari di polizia*, ivi, 228 ss. Per considerazioni di natura formale si veda C.M. BIANCA, *Diritto civile*, I, Milano, 1982, 9, secondo cui la sanzione è una conseguenza sfavorevole «prevista per l'inosservanza della norma e comporta la privazione di un bene o di un effetto giuridicamente tutelati».

degnata di essere condivisa. D'altronde *entia non sunt multiplicanda sine necessitate*. Già ad un primo approccio legato al senso comune, il vocabolo "sanzione" rimanda all'idea della trasgressione di una regola predeterminata, indipendentemente dalla formulazione contenutistica dell'apodosi o della protasi della regola stessa. Nonostante risulti empiricamente fondata la tesi secondo cui gli enunciati giuridici non coincidono *tout court* con il linguaggio ordinario, questo non toglie che la stipulazione di ciò che definiamo "sanzione giuridica" trovi (meglio, possa trovare) un riscontro semantico già sul piano atecnico della sensibilità comune.

Nella sua composizione formale, la conseguenza nulla suggerisce in ordine ai contenuti e presupposti funzionali della medesima. Dal punto di vista (del *quid*) interno, può assumere i connotati di un atto di forza, come la pena e l'esecuzione forzata, ovvero di uno strumento non coercitivo. Si pensi, ad esempio, alla sentenza di annullamento pronunciata dalla Corte di Cassazione⁴⁷, ovvero alla pronuncia con la quale la suprema Corte, nella sua massima composizione, risolve un'antinomia interpretativa sorta intorno ad una disposizione, interpretata a sua volta, come è fisiologico nel sistema, diversamente dalla stessa o da diverse Sezioni della Corte⁴⁸. Ancora: dal punto di vista formale, il vocabolo "sanzione" nulla dice in ordine al contenuto, non della norma secondaria⁴⁹, bensì della fattispecie condizionante, se obbligo, dovere, comando o anche semplicemente onere⁵⁰. La categoria dommatica della illiceità, pertanto, non impedisce la

⁴⁷ Con le dovute eccezioni, i "casi" in presenza dei quali la Corte di Cassazione può annullare senza rinvio (art. 620 c.p.p.) o con rinvio (art. 623 c.p.p.) presuppongono, la maggior parte, l'inosservanza di una norma da parte dell'autorità giudiziaria, sia essa il tribunale (in senso lato) o il pubblico ministero.

⁴⁸ Se la disposizione è la proposizione linguistica contenuta in un atto o documento giuridico e la norma è il significato della proposizione stessa, qualora una o più Sezioni semplici della Cassazione (ma il discorso è suscettibile di generalizzazione) interpretino l'enunciato attribuendo significati tra loro incompatibili, tali da creare un'antinomia, la pronuncia delle Sezioni unite che, nella risoluzione del conflitto, accolga una o l'altra delle interpretazioni oggetto di controversia, si presenterà come sanzione nei confronti della Sezione semplice che ha adottato l'interpretazione ritenuta non conforme "al diritto positivo" in quanto inosservante di una norma preesistente.

⁴⁹ Intesa, tradizionalmente, come norma sanzionatoria a garanzia di una norma primaria sul comportamento.

⁵⁰ Fondamentali le osservazioni di T. PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, in *Le pene private*, a cura di F.D. Busnelli, G. Scalfi, Milano, 1985, 56 ss. Cfr. anche R. FONTI, *op. cit.*, 14 ss., la quale ricorda come l'influenza delle elaborazioni teoriche dei penalisti sul concetto di sanzione ne abbia relegato il significato entro gli schemi della (generica) reazione punitiva, a carattere tendenzialmente afflittivo, dell'ordinamento alla realizzazione di un illecito. In questi termini, già, C.M. BIANCA, *op. cit.*, 9, nota 12, secondo cui «l'in-

qualificazione in termini di sanzione giuridica della conseguenza derivante dall'inosservanza di una regola a presidio, ad esempio, della validità della norma violata⁵¹. Per contro, l'annullamento, la rescissione, l'inammissibilità, la nullità non si presentano, a ben vedere, come figure di qualificazione "pure"⁵², bensì come concetti di stretto diritto positivo, la cui disciplina è frutto delle valutazioni politiche di un ordinamento storicamente dato, insuscettibili di generalizzazione astratta.

Muovendo da queste premesse, allora, non può essere negata la natura di vera e propria⁵³ sanzione giuridica al *genus* "tutela cautelare". Se questa

certezza sulla nozione di sanzione è ancora largamente legata all'idea punitiva». È chiaro, da quanto risulta dal testo, che anche la figura della inammissibilità presenta le caratteristiche tipiche della sanzione giuridica. Riassumendo: se è "vero" che non sussiste obbligo senza sanzione, non altrettanto può dirsi nell'ipotesi inversa, ben potendo aversi sanzione laddove non vi sia un obbligo. Sulla necessaria correlazione tra obbligo e sanzione, cfr. N. BOBBIO, *Comandi e consigli*, in ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., 39-64. *Contra*, L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, I, Bari, 2012, 485 ss. Interessante, sul punto, la posizione di M. GALLO, *A proposito della garanzia costituzionale*, in ID., *Moralité*, Napoli, 2011, 199-209, il quale contesta la tesi tradizionale secondo cui caratteristica delle norme costituzionali sarebbe il dovere a contenuto negativo che ne discende, ovvero quello che imporrebbe agli organi legislativi di non emanare regole contrastanti con i principi costituzionali, proprio argomentando, *a contrario*, dall'assenza di una relativa sanzione. In questi termini, già M. GALLO, *Le garanzie costituzionali della libertà dell'uomo nella società* in *I cattolici e lo Stato*, Roma, 1959, 84-98.

⁵¹ *Contra*, N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. impr.*, 2/1987, 542, che distingue tra comportamenti disapprovati e comportamenti approvati dall'ordinamento, ritenendo la nullità strumento non sanzionatorio in quanto connesso alla seconda tipologia di condotte. Irti, come è facile notare, percorre le strade tradizionali della bipartizione illecito-sanzione. Nel senso del testo, N. BOBBIO, voce *Sanzione*, cit., 535-536.

⁵² Come efficacemente ribadito da M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, cit., 120, 142, sono "pure" quelle figure di qualificazione che rappresentano «i modi nei quali si articola la regolarità determinata dalle norme»; "spurie", invece, quelle che «presuppongono un riferimento, sia pure minimo, a requisiti contenutistici di fattispecie».

⁵³ Utilizzare i termini "verità" e "falsità" quando si discute di concetti normativi a base stipulativa rischia di confondere il piano dell'"essere" con quello del "dover essere" giuridico. Dal momento che le definizioni di teoria generale, per quanto fondate sulla "costanza" degli istituti analizzati, si basano comunque su un'attività decisoria e non meramente descrittiva come vorrebbero i puristi (tra cui lo stesso Kelsen) della scientificità del discorso normativo, sembra più corretto il riferimento labeoniano al "plausibile". Sulla «ripresa dell'insegnamento labeoniano secondo cui coesiste con la visuale del certo quella del probabile (della ricerca, nella situazione, della soluzione più persuasiva e plausibile)», cfr. F. GALLO, *L'interpretazione del diritto è affabulazione?*, Milano, 2005, 33. Ciò non toglie, in ogni caso, la possibilità di argomentare in chiave di verità o falsità quando oggetto del discorso siano proposizioni "esterne" su determinati fatti (siano essi norme, prassi giurisprudenziali o stipulazioni concettuali in uso all'interno di una comunità scientifica). Sul punto, R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 239 ss.

inerisce al processo (amministrativo, civile o penale) ed è, pertanto, strumentale ad esso⁵⁴, il carattere sanzionatorio deriva dall'essere, appunto, una conseguenza della trasgressione, attuale o potenziale⁵⁵, della sua ragionevole durata⁵⁶. L'art. 111, secondo comma, Cost., esprime in chiave di diritto positivo ciò che riguarda, per così dire, l'ontologia della procedura in generale. I tempi lunghi manifestano l'incapacità dell'apparato istituzionale a garantire l'effettività delle norme giuridiche, presentandosi il momento processuale, di volta in volta, come attuazione fisiologica delle norme sostanziali o risoluzione dei conflitti (*lato sensu* intesi) tra privati o

⁵⁴ Per tutti, P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 141-144. «Le misure cautelari sono predisposte, più che nell'interesse dei singoli, nell'interesse dell'amministrazione della giustizia, di cui garantiscono il buon funzionamento». In altri termini, "cautela" è un concetto di scopo, il cui unico obiettivo è garantire «la efficacia pratica del provvedimento definitivo che servirà a sua volta ad attuare il diritto. La tutela cautelare è, nei confronti del diritto sostanziale, una tutela *mediata*: più che a far giustizia, serve a garantire l'efficace funzionamento della giustizia» (corsivi originali).

⁵⁵ La nota della potenzialità dell'inosservanza (di una norma) non deve apparire un "fuor d'opera" nel sistema delle sanzioni giuridiche. Si pensi, ad esempio, alla legittima difesa (od anche impedibilità), identificata dalla migliore dottrina come sanzione generale dell'ordinamento. "Generale" in quanto «non appartiene ad un determinato settore dell'ordinamento, ma sottende l'intero ordinamento nella sua globalità; non ha né natura penale, né natura civile, né natura amministrativa» (in questi termini, M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., 24). Trattandosi di una reazione del soggetto portatore dell'interesse tutelato nei confronti di un'aggressione in atto, non consumata, appare netta la differenza con la rappresaglia (o vendetta) la quale presuppone, invece, un'offesa integralmente realizzata. Se, dunque, la difesa legittima assume i contorni di una condotta impeditiva volta a neutralizzare «già la pura e semplice messa in pericolo dell'interesse tutelato dall'ordinamento» (*ibidem*) e accolta la tesi della sua natura sanzionatoria, l'idea di una sanzione a presidio dell'inosservanza potenziale di una norma giuridica si libera dalle pastoie del concettualismo per divenire concreta realtà normativa, per di più legislativamente consacrata.

⁵⁶ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 18-20. «È la impossibilità pratica di accelerare la emanazione del provvedimento definitivo, che fa sorgere l'interesse alla emanazione di una misura provvisoria; è la mora di questo provvedimento definitivo [...] che si provvede a rendere preventivamente innocua con una misura cautelare, che anticipi provvisoriamente gli effetti del provvedimento». Cfr. anche G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale*, cit., 34 ss. Bisogna riconoscere, però, che quella anticipatoria non è la sola *ratio* tipica delle misure cautelari, potendo individuarsi anche una funzione meramente conservativa dello stato giuridico per il tempo in cui sono disposte.

tra privati e pubblica amministrazione^{57 58}. Per questo le cautele sono esse stesse delle sanzioni, in quanto poste a presidio della ragionevole durata del processo e del suo “prodotto finale”⁵⁹.

Le conclusioni non mutano una volta sottoposto a critica l'indirizzo teleologico. I concetti di prevenzione e di repressione attengono a ciò che può essere definito come l'indirizzo politico rappresentato da specifici istituti positivizzati in una delle molteplici forme cui si estrinsecano i c.d. mezzi di tutela. In altre parole, la funzione di volta in volta perseguita attiene ad una dimensione istituzionale che nulla suggerisce se non le concrete scelte, appunto, politiche, di un determinato sistema giuridico, da intendersi,

⁵⁷ Sviluppando il pensiero di Canelutti, D. SPURI, *Alcune osservazioni sulla natura giuridica delle condizioni di punibilità*, in *Cass. pen.*, 3/2013, 1178-1179, ricorda come nel diritto civile il processo sia patologia mentre nel diritto penale fisiologia, nel senso cioè che a differenza dell'ordinamento civile, quello penale vedrebbe attuate le norme c.d. sostanziali solamente tramite la mediazione del processo. In questo senso, già F.C. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, Milano, 2006, 517.

⁵⁸ Per quanto condivisibile, la tesi di E. AMODIO, *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2003, 797-798, secondo cui il nuovo art. 111 Cost. non tradurrebbe in chiave di diritto positivo l'idea della speditezza del processo nel raggiungimento dei suoi obiettivi, senza, cioè, ritardi ingiustificati, non è revocabile in dubbio la natura di norma secondaria dell'art. 111, secondo comma, Cost., idoneo a funzionare come presupposto condizionante la cui inosservanza è garantita da sanzioni. Si pensi, ad esempio, alla prescrizione quale causa estintiva del reato. Indipendentemente dalla natura sostanziale o processuale, essa si presenta come risposta sanzionatoria, a tutela dell'imputato, derivante dall'inosservanza, da parte dell'autorità giudiziaria, dei termini entro cui un ordinamento considera “ragionevole” l'accertamento dell'illecito penale. Natura secondaria della norma ricavabile dall'art. 111 Cost. da cui potrebbero derivare, per contro, effetti *in malam partem* per l'imputato. Il pensiero corre inevitabilmente alla prassi giurisprudenziale, avallata dalle Sezioni unite della Cassazione, che, di fatto, ritiene sanabili per raggiungimento dello scopo i vizi della notificazione della *vocatio in iudicium* qualora si raggiunga la prova, valevole anche solo in astratto, dell'effettiva conoscenza dell'atto da parte dell'imputato. Per una condivisibile critica, cfr. A. DIDDÌ, *Davvero sanabile per “raggiungimento dello scopo” la nullità per irregolare notificazione della citazione?*, in *Dir. pen. proc.*, 9/2006, 1150-1158.

⁵⁹ G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale*, cit., 142. «Le misure cautelari, se non intervengono rapidamente, perdono gran parte della loro pratica utilità: donde l'esigenza di semplificare al massimo il meccanismo giudiziario per renderlo più duttile e quindi più rispondente alle necessità immediate della cautela». Chiare, sul punto, le parole di P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 20: «in un ordinamento processuale puramente ideale, in cui il provvedimento definitivo potesse sempre essere istantaneo, in modo che, nello stesso momento in cui l'avente diritto presentasse la domanda, subito potesse essergli resa giustizia in modo pieno e adeguato al caso, non vi sarebbe più posto per i provvedimenti cautelari».

quest'ultimo, come sintesi dell'orientamento legislativo e giurisdizionale⁶⁰.

Dall'angolo visuale dell'interpretazione del fenomeno normativo, non è possibile (*rectius*, non è giuridicamente corretto) descrivere la natura di un istituto facendo leva sulla sua (ritenuta) funzione, per poi, magari, inferirne la legittimità costituzionale o meno⁶¹. Lo scopo perseguito dalle misure cautelari non è un indice normativamente sicuro tale da offuscare un approccio logico-formale, l'unico in grado di facilitare l'analisi delle norme e degli istituti ivi contemplati⁶². Ciò che si presenta

⁶⁰ Per G. LAZZARO, *La funzione dei giudici*, in *Riv. dir. proc.*, 1/1971, 6, stante il carattere lacunoso ed equivoco della moderna legislazione, il giudice «è necessariamente chiamato a *collaborare* con il potere legislativo nella formazione dell'*indirizzo politico* dello Stato per quanto l'indirizzo politico si traduce in regolamentazione concreta dei rapporti sociali» (corsivi originali). In ambito penalistico, cfr. la (condivisibile) impostazione di M. SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1976, 50-54.

⁶¹ Che poi, in fin dei conti, è l'attuale "stato delle cose". Si pensi, ad esempio, alla tanto discussa natura giuridica della confisca di prevenzione a seguito delle modifiche apportate dalla l. n. 125 del 2008 all'art. 2-*bis*, comma 6-*bis*, l. n. 575 del 1965. Appartiene alla storia dell'istituto la dicotomia prevenzione-repressione. Da un lato, si è avuta l'eccezione rappresentata da Cass., Sez. V pen., 13 novembre 2012, n. 14044, Occhipinti, la quale, come noto, aveva riconosciuto una natura «oggettivamente sanzionatoria» alla confisca di prevenzione. Dall'altro, invece, la regola cristallizzata da Cass., Sez. un. pen., 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), n. 4880, Spinelli, secondo cui alla detta confisca deve «continuare a riconoscersi finalità prettamente preventiva al di là di ogni possibile riflesso "parasanzionatorio", tale da offuscarne l'essenza precipua della confisca [...]». Risulta evidente come il complesso di disciplina applicabile alla confisca di prevenzione dipenda, di volta in volta, dalla ritenuta funzione svolta dalla stessa. Sulla confisca di prevenzione, cfr. V. MAIELLO, *La confisca di prevenzione dinanzi alle Sezioni Unite: natura e garanzie*, in *Dir. pen. proc.*, 6/2015, 722 ss.

⁶² L'elusione del dato strutturale, e dunque logico-formale, ha portato la dottrina e giurisprudenza italiane a non identificare le misure cautelari del processo penale come "vere" sanzioni giuridiche, ritenute tali solo in quanto, di fatto, abusate nella prassi quotidiana dei tribunali. "Abuso", come viene ripetuto dai più, che implica una innaturale deviazione dal "vero" scopo cautelare o preventivo delle misure stesse. Trattasi di un indirizzo che deve necessariamente essere ripensato. Per quanto riguarda le misure cautelari del processo penale, sono due le questioni mal poste: la prima concerne il "modo", la seconda le "conseguenze" di un ragionamento condotto sul piano esclusivamente teleologico. *In primis*, le discussioni hanno da sempre avuto riguardo alla custodia cautelare in carcere, stante l'elevata afflittività tale da garantirne, appunto, l'equiparazione alla pena in senso stretto (così, G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale*, cit., 28, 32-33; G. ILLUMINATI, *op. cit.*, 922, 945). Definire «strumenti sanzionatori atipici» quelli che comportano non l'infissione «di una vera e propria pena (giuridicamente tale)» ma «forme di trattamento a questa equiparabili solamente di fatto» (in questi termini, G. ILLUMINATI, *op. cit.*, 951), significa spostare l'accento sulle patologiche applicazioni che queste forme di trattamento assumono nella quotidianità giudiziaria. È osservare la prassi, a sua volta, anticipa l'analisi sulle funzioni, con il solo obiettivo di parametrare la legittimità costituzionale di ciò che giuridicamente parlando sanzione non è (cfr. G. ILLUMINATI, *op. cit.*, 958-959, secondo cui «il problema della legittimità costituzionale

della carcerazione preventiva, dunque, si identifica con quello della legittimità costituzionale dei fini che ad essa sono attribuiti»). L'identità strutturale tra carcerazione preventiva e pena in senso stretto non deve portare ad una comunanza di scopi. La comunanza di scopi, si afferma, contamina, con la repressione, istituti tipicamente cautelari. E non è un caso la "scoperta" della natura sanzionatoria, con relativa, dichiarata incostituzionalità, della custodia in carcere per finalità di difesa sociale [per intenderci, quella disposta per le esigenze di cui all'art. 274, lett. c), c.p.p. Cfr. G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 380]. Le discussioni intorno ad una giuridicamente plausibile equiparazione tra pena in senso stretto e custodia cautelare si sono sviluppate soprattutto in seguito alle problematiche di diritto intertemporale sorte per il tramite delle (numerose) riforme legislative che hanno interessato l'istituto, ora in esame, del codice di procedura penale. La natura sostanziale è sempre stata negata dalla giurisprudenza, di merito e di legittimità, con l'obiettivo di escludere qualsiasi ipotesi di retroattività *in mitius*, affermando, per contro, con orientamento granitico, l'applicazione del c.d. *tempus regit actum*. In quanto "meramente strumentali" al processo, le misure cautelari, in specie la custodia preventiva, non godrebbero delle garanzie costituzionali della irretroattività e retroattività *in bonam partem* tipiche della pena in senso stretto [così, a titolo esemplificativo, Corte cost., 13 marzo 1974, n. 68; Corte cost., 14 gennaio 1982, n. 15; Corte cost., 7 luglio 2010, n. 265; Cass., Sez. I pen., 3 aprile 1994, in *Giur. it.*, 4/1994, con nota di M. MONTAGNA, *Successione di leggi e vicende della custodia cautelare*, 290-294; Cass., Sez. un. pen., 31 marzo 2011 (dep. 14 luglio 2011), n. 27919, Ambrogio, in *www.italgiure.giustizia.it* (ultimo accesso 12.04.2017)]. Trattasi di un indirizzo oggetto di ripensamento da parte della stessa giurisprudenza. Ad esempio, Cass., Sez. V pen., 20 maggio 2014, n. 38094, M.E. e altri, in *www.italgiure.giustizia.it* (ultimo accesso 12.04.2017), pur riconoscendo l'assenza nell'ordinamento processuale penale italiano di un principio generale di retroattività *in mitius* speculari al diritto penale sostanziale, ne ha predicato l'operatività anche alla norma cautelare che «al di là della sua collocazione formale, produce effetti afflittivi per l'indagato/imputato, qualora [...] la modifica successiva, incidendo sulle condizioni di applicabilità, possa determinare il venir meno di tali effetti». In realtà, un simile modo di argomentare non è esente da riflessioni critiche. Come incisivamente notato da M. NOBILI, *Successione nel tempo di norme sui termini massimi della custodia preventiva e principi costituzionali*, in *Foro it.*, I, 1982, 2138, in materia di libertà personale a rilevare dovrebbe essere in primo luogo l'art. 13, primo comma, Cost. In sintesi, è «la natura del diritto soggettivo sottoposto a limitazione, la quale resta per l'appunto *identica*, quale che sia la finalità (processuale o sanzionatoria) della restrizione» (corsivi originali), il punto di partenza da cui dovrebbe muovere tutto il discorso in merito alla successione di norme, sostanziali o processuali, inerenti la libertà personale dell'indagato/imputato. Questo introduce la seconda questione mal posta di cui sopra. L'aver concentrato l'attenzione (solamente) sulla carcerazione preventiva per rimarcare la natura sostanziale, anche con argomenti sistematici finissimi quali, ad esempio, la fungibilità *ex art. 137 c.p.* tra custodia sofferta e *quantum* di pena da espiare (cfr. G. DE LUCA, voce *Custodia preventiva*, cit., 588; I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970, 292-293, da cui desume una «natura mista» della carcerazione preventiva; A. GAITO, *Custodia preventiva e successione di leggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1975, 1364-1365, il quale attribuisce natura sostanziale alle norme sulla custodia in carcere proprio grazie all'art. 137 c.p. definito come «chiave di volta» per la soluzione del problema; M. MONTAGNA, *op. cit.*, 290-294) ha eluso un dato rilevante, ovvero che *tutte* le misure cautelari, personali e reali, e non solo la carcerazione preventiva, presentano le caratteristiche della sanzione processuale per eccellenza.

come tradizionale ipotesi di prevenzione, ben può apparire ad altri come manifestazione di un più generale fenomeno repressivo⁶³.

Riprendendo una metafora di Enrico Allorio, la classificazione di un farmaco non dipende dalla malattia per cui viene usato, ma dalla sua composizione⁶⁴.

La tutela cautelare, sul piano del “dover essere” normativo, rappresenta

La tesi di Nobili, che sviluppa e riprende il pensiero della migliore dottrina in materia di successione nel tempo delle norme penali, sia pure con approcci diversi [per tutti, M. GALLO, *Interpretazione della Corte costituzionale e interpretazione giudiziaria (a proposito delle garanzie della difesa nell'istruzione sommaria)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1965, 214-216; cfr., in epoca successiva, M. SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milano, 1987, 115 ss.], potrebbe tornare utile avuto riguardo alle questioni di diritto intertemporale su ogni singola misura cautelare personale. Valorizzando, infatti, l'incidenza sulla libertà personale, da intendere sia come libertà fisica sia come libertà di movimento in conformità alla giurisprudenza della Corte EDU (cfr. Corte EDU, 21 giugno 2011, *Shimovolos v. Russia*, ric. n. 30194/09, § 49, che considera la differenza tra le due libertà come divergenza quantitativa e non anche qualitativa), ben potrebbe ricondursi la materia della successione delle norme processuali nel tempo che, in un modo o nell'altro, incidono sulla libertà personale, sotto l'egida dell'art. 13, primo comma, Cost.

⁶³ Un esempio della (endemica) confusione, alimentata della giurisprudenza di Strasburgo, sono i provvedimenti del Tribunale di Asti, 3 novembre 2014, Delorier, in *Arch. pen. web*, da un lato, e di Cass., Sez. III pen., 20 gennaio 2016, n. 9949, Di Scala, in *www.italgiure.giustizia.it* (ultimo accesso 12.04.2017), dall'altro, sulla natura giuridica dell'ordine di demolizione delle opere edilizie abusive ex art. 31, comma 9, d.P.R. n. 380 del 2001. La questione riguardava la possibilità di dichiarare estinto per decorso del tempo ex art 173 c.p. l'ordine di demolizione di un immobile abusivo. Ebbene, a fronte di un «principio pretorio» consolidato, secondo cui l'ordine di demolizione delle opere edilizie abusive, avendo natura di sanzione amministrativa accessoria, non è suscettibile di estinzione per decorso del tempo, l'ordinanza del Tribunale di Asti, in funzione di giudice dell'esecuzione, dopo avere ripercorso la giurisprudenza della Corte EDU sul concetto di “materia penale”, considera la demolizione una pena, in base ai c.d. criteri Engel [cfr. Corte EDU, Grande Camera, 8 giugno 1976, *Engel v. the Netherlands*, ric. n. 5100/71, §§ 81 ss.]. Per il Tribunale, pertanto, «la demolizione di cui all'art. 31, comma 9, d.p.r. 380/2001 costituisce una sanzione di gravità indubbia, caratterizzata da un'evidente *finalità repressiva* [...]» (corsivi nostri). La Corte di Cassazione, invece, pronunciandosi su un (diverso) ricorso che, proprio grazie al provvedimento del Tribunale di Asti sopra indicato, censurava l'omessa dichiarazione, nella fase di merito, della prescrizione dell'ordine di demolizione ex art. 173 c.p., perviene a conclusioni diametralmente opposte: «[...] la demolizione è connotata da una finalità *ripristinatoria*, l'acquisizione gratuita del bene e dell'area di sedime [...]. Viene, dunque, esclusa una natura punitiva della demolizione [...]. In tal senso, non sembra ricorrere neppure l'ulteriore 'indice diagnostico' della natura penale, ovvero la *finalità repressiva*, essendo pacifico che ciò che viene in rilievo è la salvaguardia dell'assetto del territorio, mediante il ripristino dello *status quo ante*» (corsivi originali). Da queste brevi osservazioni, trova conferma l'infertilità pratica di una ricerca teleologica che pretenda di descrivere la natura giuridica di un (medesimo) istituto guardando solo alla funzione svolta.

⁶⁴ E. ALLORIO, *Saggio polemico sulla «giurisdizione» volontaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 505-506.

la sanzione processuale (amministrativa, civile o penale a seconda dello schema cui inerisce) per antonomasia, volta a conservare, preservare lo stato delle cose relativo al momento in cui si procede, ovvero ad anticipare gli effetti tipici della situazione finale cui tende il processo singolarmente considerato. Si tratta quindi di una sanzione giuridica in quanto conseguenza dell'inosservanza, attuale o potenziale, della ragionevole durata del processo e dei suoi obiettivi istituzionalmente individuati.

In quest'ottica, lo scopo, la funzione, il momento teleologico nel suo complesso è solo un *posterius* rispetto a quello logico-formale (*rectius*, logico-strutturale)⁶⁵.

2.1. *Natura giuridica del trattenimento dello straniero nei CPR. Il processo cautelare come processo di natura sanzionatoria*

Il trattenimento presso un CPR, per come disciplinato dal t.u. imm. e dalla Direttiva rimpatri, assume i caratteri di una misura (cautelare) di polizia, dal contenuto e presupposti analoghi alle c.d. misure precautelari previste dal codice di procedura penale⁶⁶.

⁶⁵ *Contra*, G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale*, cit., 115, secondo cui è l'aspetto formale a presentarsi come *posterius* rispetto a quello teleologico. Anzi, per l'insigne Autore è il "fine" «che plasma e modella la forma».

⁶⁶ Quanto scrive L. FERRAJOLI, voce *Misure cautelari di polizia*, cit., 228-229; ID., voce *Sanzione*, cit., 362; ID., *Diritto e ragione*, cit., 79, secondo cui a fianco di un diritto penale e processuale ordinario vi sarebbe un diritto penale e processuale preventivo dove l'assenza del nesso tra pena e reato vanifica la garanzia di legalità, oltre a quella della giurisdizionalità, può, senza dubbio, estendersi anche al trattenimento dello straniero: «[...] la legge che stabilisce i presupposti della misura preventiva, infatti, corrisponde a una norma in bianco, cioè a una specie di scatola vuota riempibile volta a volta con i contenuti più arbitrari; e il giudizio, essendo svincolato da qualunque condizione oggettiva preesistente e informato a meri criteri di discrezionalità amministrativa, decade a procedura poliziesca di stigmatizzazione morale, o politica o sociale». Cfr. anche G. CAMPESI, *I centri di identificazione ed espulsione*, cit., 16; A. CAPUTO, *Espulsione e detenzione amministrativa*, cit., 433; ID., *La detenzione amministrativa*, cit., 56; A. CAPUTO, L. PEPINO, *Giudice di pace e habeas corpus dopo le modifiche al testo unico sull'immigrazione*, in *Dir. imm. citt.*, 3/2004, 19; E. MARZADURI, *Un iter giudiziario più snello e veloce che risponda alle insofferenze della collettività*, in *Guida dir.*, XXXII, 2009, 21; M. PIERDONATI, *op. cit.*, 245-246; A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*», cit., 32; R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale dell'accompagnamento coattivo alla frontiera*, cit., 11-12; ID., *Immigrazione, libertà personale*, cit., nota 9; G. SAVIO, *Controllo giurisdizionale*, cit., 64; Tribunale di Crotone, n. 1410/2012, cit., 13-14; Tribunale di Milano, ordinanza n. 345/2001, cit., 6, 8. Particolare l'impostazione di P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno e allontanamento*, cit., 600, che assimila il trattenimento alla misura degli arresti domiciliari.

Il regime dei casi e modi della misura *de qua*, sia pure con tutte le problematiche legate all'indeterminatezza delle situazioni legittimanti il potere coercitivo della pubblica amministrazione⁶⁷, è sottoposto al medesimo tipo di disciplina delle c.d. subcautele⁶⁸ penali, di cui all'art. 13, secondo e terzo comma, Cost.⁶⁹.

Questa rilevata analogia impone, dunque, non solo l'applicazione dei principi di legalità e giurisdizionalità, vere costanti della materia penale in senso stretto, alla misura amministrativa del trattenimento dello straniero, bensì, anche, il riconoscimento della medesima natura sanzionatoria. Come (tutte) le misure cautelari o precautelari penali, anche il trattenimento assume il crisma di una sanzione processuale (amministrativa) predisposta dall'ordinamento giuridico contro l'inosservanza, attuale o potenziale, della ragionevole durata della procedura espulsiva⁷⁰.

Una precisazione risulta indispensabile. Diversamente dal processo cautelare penale in cui il modello restrittivo della libertà personale ruota intorno ai gravi indizi di colpevolezza, quello amministrativo delle espulsioni, ad eccezione delle ipotesi di pericolo di fuga dello straniero o di un suo comportamento gravemente compromissorio⁷¹, trova(va) giustificazione per via mediata attraverso il riferimento a situazioni il più delle volte dipendenti dall'azione della medesima pubblica amministrazione. Evidenti le aporie di una disciplina che, da un lato, predispone un arsenale di cautele a tutela della procedura amministrativa, dipendente, in alcuni

⁶⁷ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 795-888, per un esame critico dell'attuale (e incostituzionale) apparato poliziesco nel diritto italiano.

⁶⁸ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano 2006, 490, definisce l'arresto una "subcautelata".

⁶⁹ Cfr. l'importante sentenza della Corte cost., 22 marzo-10 aprile 2001, n. 105; A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione*, cit., 24, secondo il quale «si determina dunque nel caso del trattenimento, anche quando questo non sia disgiunto da una finalità di assistenza, quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale». Per quanto gli approfondimenti in letteratura abbiano avuto il merito di evidenziare le criticità del trattenimento soprattutto con riguardo al principio di legalità, per contro, non altrettanto può dirsi in tema di c.d. riserva di giurisdizione *ex* art. 13, secondo comma, Cost., dal momento che tutte le volte in cui si è posta in evidenza una qualche antinomia del procedimento di convalida del trattenimento davanti al giudice di pace con la disposizione costituzionale non si è proceduto, come invece l'attuale assetto normativo consente, ad una interpretazione forte del principio di giurisdizionalità, limitandosi, invece, a mere proposte *de iure condendo*.

⁷⁰ Che il trattenimento dello straniero sia una misura cautelare, il cui obiettivo principale è la tutela della procedura di allontanamento o rimpatrio, emerge chiaramente dall'art. 15, § 6, della Direttiva 2008/115/CE.

⁷¹ Cfr. con le dovute specificazioni, *supra*, nota 12.

casi, da inefficienze degli organi di polizia, mentre, dall'altro, alimenta le esigenze cautelari stesse, incidenti sulla libertà personale dello straniero irregolare, di presupposti normativi dominati (e dunque determinati) in assoluto dai medesimi organi autorizzati ad irrogare la misura detentiva⁷².

Il nuovo paradigma sviluppatosi in seguito al riconoscimento della sufficiente precisione degli artt. 15 e 16 della Direttiva 2008/115/CE ad opera della Corte di Giustizia con la sentenza *El Dridi*⁷³, esige, a tale riguardo, un ripensamento dei presupposti previsti dal t.u. imm. in materia di trattenimento.

L'art. 15, § 1, lettere *a)* e *b)* della normativa europea, come noto, prescrive il ricorso alla misura detentiva solo qualora non sussistano, in concreto, misure più graduate, meno afflittive, idonee a garantire il rimpatrio o l'allontanamento dello straniero irregolare. Trattenimento che, a sua volta, risulta legittimo solo in presenza di un rischio di fuga o di un comportamento del cittadino del Paese terzo che evita od ostacola il meccanismo amministrativo delle espulsioni.

Si tratta, dunque, di presupposti che devono essere letti in combinato disposto con i requisiti della proporzione e della residualità: il comportamento che evita od ostacola il rimpatrio o l'allontanamento e il rischio di fuga sono proporzionati alla detenzione all'interno di un CPR solo in ipotesi, rispettivamente, di comportamento gravemente compromissorio, ostruzionistico posto in essere dal migrante, tale, cioè, da creare difficoltà non superate in quanto compiuto ogni ragionevole sforzo⁷⁴ ovvero di un attuale, concreto, pericolo di fuga, nel senso di una condotta, imputabile allo straniero irregolare, idonea e diretta in modo non equivoco a sottrarsi volontariamente e consapevolmente agli obblighi imposti dalla pubblica amministrazione. Così individuati i presupposti del trattenimento nella normativa europea, i corrispettivi previsti dalla legislazione nazionale si pongono rispetto agli stessi in un rapporto di incompatibilità strutturale.

Il combinato disposto degli artt. 13, comma 4-*bis* e 14, comma 1,

⁷² Cfr. A. NATALE, *La direttiva 2008/115/CE. Il decreto legge di attuazione n. 89/2011. Prime riflessioni a caldo*, in *Penalecontemporaneo.it*, 24 giugno 2011, 15.

⁷³ Sentenza 28 aprile 2011, causa C-61/11 PU, § 47.

⁷⁴ Argomentando *a contrario* dall'art. 15, § 6, Direttiva 2008/115/CE. Nell'economia della proposizione quel riferimento ad "ogni ragionevole sforzo compiuto" presuppone un'attività passata, cioè effettivamente posta in essere, dunque concreta, da parte della pubblica amministrazione volta ad evitare le difficoltà relative alla procedura di allontanamento "non altrimenti superabili" tramite le misure della consegna del passaporto o altro documento, in corso di validità, dell'obbligo di presentazione o dell'obbligo di dimora *ex art.* 14, comma, 1-*bis*, t.u. imm. Sulla possibilità di estendere in via analogica quanto prescritto dall'art. 14, comma, 1-*bis*, t.u. imm. cfr. il paragrafo 3.1.

t.u. imm., positivizza i casi (principali) in presenza dei quali può disporsi la misura detentiva. In sintesi: mancato possesso del passaporto o di altro documento equipollente, in corso di validità; mancanza di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio; avere in precedenza dichiarato o attestato falsamente le proprie generalità; non avere rispettato il termine per la partenza volontaria; non avere rispettato il divieto di reingresso nel territorio dello Stato senza autorizzazione, susseguente a pregressa espulsione; non avere rispettato gli obblighi imposti in luogo del trattenimento; avere violato anche una delle misure quali la dimostrazione di una disponibilità economica derivante da fonte lecita, la consegna del passaporto o altro documento valido equipollente, l'obbligo di dimora o l'obbligo di presentazione [queste le ipotesi di pericolo di fuga *ex art. 13, comma 4-bis, richiamate dall'art. 14, comma 1, t.u. imm.*]; necessità di prestare soccorso allo straniero; effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità; acquisire i documenti per il viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo [così, l'art. 14, comma 1, t.u. imm.].

Accolta una lettura omogenea delle lettere *a)* e *b)* della Direttiva 2008/115/CE, nel senso, cioè, che il trattenimento è eseguibile in presenza di condotte gravemente ostruzionistiche dello straniero, estrinsecatesi in atti idonei e diretti in modo non equivoco alla fuga dal potere di controllo, territorialmente circoscritto, della p.a., o in un comportamento che impedendo la procedura espulsiva, pone difficoltà non superate (e non anche superabili)⁷⁵ tramite misure alternative, emergono con chiarezza le uniche situazioni compatibili con la normativa europea: l'aver dichiarato false generalità, il non avere rispettato l'obbligo di presentazione o di dimora⁷⁶.

⁷⁵ Questione di attualità, concretezza e non anche di mera potenzialità.

⁷⁶ Non condivisibile quanto sostiene, ad esempio, A. GABARDI, *op. cit.*, 13-14, secondo cui l'art. 15 della Direttiva rimpatri consentirebbe di prendere in esame, ai fini del trattenimento, «le situazioni indicate dall'art. 14 T.U. Imm. solo purché queste si accompagnino in concreto ad un rischio di fuga o a un contegno non collaborativo dello straniero nella preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento [...]». In questo senso anche A. NATALE, *op. cit.*, 15. La tesi non può essere accolta dal momento che le situazioni di diritto interno, prima ancora che strutturalmente, si presentano come ontologicamente incompatibili con i presupposti della Direttiva rimpatri. Non si vede come il prestare soccorso allo straniero, l'effettuare accertamenti sulla sua identità o nazionalità, l'acquisire documenti per il viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo, il mancato possesso di un passaporto o altro documento equipollente, in corso di validità, la mancanza di documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio ove possa essere rintracciato, il non avere rispettato il termine per la partenza volontaria o il divieto di reingresso nel territorio dello Stato senza autorizzazione, susseguente a pregressa espulsione, ovvero il rispetto della consegna del passaporto o altro documento valido, la mancata dimostrazione di una

In sintesi, il trattenimento del migrante potrà essere disposto solo ed esclusivamente in seguito alla inosservanza delle misure dell'obbligo di presentazione o di dimora preventivamente eseguite dalla pubblica amministrazione e convalidate dal giudice di pace secondo quanto prescrive l'art. 14, comma 1-*bis*, t.u. imm. o in presenza di dichiarazioni mendaci⁷⁷.

disponibilità economica derivante da fonte lecita sufficiente per un importo proporzionato al tempo concesso per la partenza volontaria, e, infine, la mancata consegna del passaporto possano essere considerate situazioni *a priori* legittime, cui affiancare, in concreto, il pericolo di fuga o un comportamento dello straniero che evita od ostacola la procedura espulsiva. Trattasi, invero, di ipotesi in contrasto insanabile con i presupposti della Direttiva rimpatri cui discende l'obbligo in capo alla pubblica amministrazione, secondo i dettami espressi da Corte cost., 11 luglio 1989, n. 389 e agli organi giurisdizionali interni di disapplicare la normativa italiana incompatibile, applicando, in via residuale, solo quelle disposizioni interne rispettose della sistematica europea. Cfr. F. VIGANÒ, L. MASERA, *op. cit.*, 30-31, i quali, autorevolmente, sottolineano: «sino a che, dunque, il legislatore non avrà adeguato il sistema complessivo delle espulsioni alla normativa comunitaria, i giudici di pace non potranno che constatare l'insanabile contrasto tra la disciplina interna e quella sovranazionale, riconoscendo direttamente al cittadino extracomunitario quei diritti che il legislatore interno – in contrasto con i propri doveri internazionali – si ostinasse in ipotesi a non riconoscere».

⁷⁷ La possibilità di una estensione analogica delle disposizioni interne che prevedono misure alternative (la consegna del passaporto, l'obbligo di presentazione, l'obbligo di dimora) verrà affrontata nel prosieguo. Per il momento sia sufficiente notare come l'interpretazione proposta nel testo riduca notevolmente, ad assetto normativo invariato, l'utilizzo in via diretta ed immediata del trattenimento. Una volta isolate le uniche ipotesi in presenza delle quali è applicabile, da parte dell'autorità di polizia, il trattenimento dello straniero all'interno di un CPR, queste presentano in chiave residuale la misura detentiva, coerentemente con il principio della inviolabilità della libertà personale, in quanto applicabile solo in caso di trasgressione da parte dello straniero dell'obbligo di presentazione o di dimora, preventivamente applicate dalla pubblica amministrazione e convalidate dal giudice di pace secondo le cadenze dell'art. 14, comma 1-*bis*, t.u. imm., ovvero in presenza di un mendacio da parte dello straniero. Questa lettura, come si avrà modo di argomentare, amplia i poteri del giudice in sede di convalida del trattenimento, garantendo, in analogia con quanto dispone l'art. 391, comma 5 c.p.p., non solo la possibilità di controllare la legittimità della misura detentiva, bensì anche di valutare, contestualmente, sulla base delle motivazioni adottate dalla pubblica amministrazione in riferimento alla concreta vicenda storica, la ricorrenza dei presupposti per l'applicazione delle misure alternative di cui sopra, o, in subordine l'immediata liberazione dello straniero. In questa direzione, si legittima una visione "europeista" della normativa interna. Nel diritto italiano, come è noto, la partenza volontaria è una misura eccezionale, subordinata all'assenza di determinate condizioni e purché richiesta dal migrante. Per recuperare quel principio di necessità del trattenimento come prescrive la Direttiva rimpatri, logica conseguenza è la possibilità, in capo all'autorità di polizia, di applicare direttamente le misure della consegna del passaporto, o altro documento equipollente valido, dell'obbligo di presentazione o di dimora, la cui trasgressione, combinata con i requisiti del pericolo di fuga o di un comportamento gravemente "ostruzionistico" dello straniero, autorizzano la pubblica amministrazione ad adottare il trattenimento.

Per contro, le situazioni interne diverse da quelle ora esaminate, potranno venire in rilievo quali difficoltà nello svolgimento della procedura di rimpatrio o di allontanamento superabili, laddove la libera circolazione dello straniero non assuma idonee garanzie, tramite l'imposizione di misure prescrittive quali, la consegna del passaporto, l'obbligo di presentazione o di dimora⁷⁸.

A questo proposito, e tralasciando l'approfondimento in merito all'obbligo in capo alla pubblica amministrazione nello svolgimento della sua attività di immediata applicazione della normativa europea⁷⁹, occorre analizzare i poteri del giudice di pace in sede di giudizio di convalida della misura detentiva.

3. *Il Cappellaio e Alice: ovvero della Costituzione e dei processi cameral-sommari di natura contenziosa*

Esigenze di speditezza e semplificazione formale⁸⁰ hanno consigliato al legislatore l'adozione di una procedura camerale, davanti al giudice di pace⁸¹, per il

⁷⁸ Avuto riguardo all'identità strutturale delle misure previste nel t.u. imm. rispetto alle omologhe del codice di procedura penale, può tornare utile quanto scrive F. CORDERO, *op. cit.*, 503, secondo cui le cautele diverse dalla custodia in carcere od ospedaliera, sarebbero «meglio denominabili "prescrittive"», in quanto «impongono obblighi all'imputato: l'intervento coattivo qui appare eventuale, come cattura del trasgressore, qualora il giudice la ordini, reputando necessaria una custodia».

⁷⁹ Cfr. Corte cost., 11 luglio 1989, n. 389.

⁸⁰ In questi termini, Corte cost., 14-26 febbraio 2002, n. 35 che, dichiarando la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 3, 4 e 5, d.lgs. n. 286 del 1998 in riferimento agli artt. 3, 10, 13, 24 e 111 Cost., sollevata dal Tribunale di Milano con le ordinanze iscritte dal n. 345 al n. 347 e dal n. 615 al n. 624 del registro delle ordinanze 2001 e pubblicate in Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 20 e 34, 1ª serie speciale dell'anno 2001, ha riconosciuto la piena legittimità costituzionale, in quanto frutto di una scelta non irragionevole, della procedura camerale per il giudizio di convalida del trattenimento disposto dal questore.

⁸¹ Numerose le critiche della dottrina in merito al trasferimento di competenza, dal Tribunale ordinario al Giudice di Pace, avvenuta con la l. n. 271 del 2004 e alla previsione di una procedura camerale *ex artt.* 737 ss. c.p.c. in materia di libertà personale. Cfr., per tutti, A. CAPUTO, *La detenzione amministrativa e la Costituzione*, cit., 57; A. CAPUTO, L. PEPINO, *Giudice di pace e habeas corpus*, cit., 18-19; ID., *Giudice di pace, riserva di giurisdizione e libertà dagli arresti*, cit., 19-26; D. LOPRIENO, *op. cit.*, § 8; È. MARZADURI, *op. cit.*, 22; M. MASSENZ, *L'estensione dei poteri del giudice in sede di convalida del trattenimento: profili di costituzionalità in relazione all'art. 13 Cost.*, in *Stranieri tra i diritti: trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, a cura di R. Bin, Torino, 2001, 140; M. PIERDONATI, *op. cit.*, 247; R. ROMBOLI, *Immigrazione, libertà personale e riserva di giurisdizione*, cit., 2709; ID., *Legittimità costituzionale dell'accompagnamento*

giudizio di convalida del trattenimento disposto con provvedimento questorile⁸².

Non è possibile, in questa sede, soffermarsi sulla natura giuridica della c.d. volontaria giurisdizione⁸³, se, in particolare, costituisca un'attività amministrativa⁸⁴ o giurisdizionale in senso stretto⁸⁵. Preme rilevare, invece, come l'uso alternativo del modello camerale *ex artt. 737 ss. c.p.c.*, esteso a controversie su diritti

coattivo alla frontiera, cit., 15; G. SAVIO, *Controllo giurisdizionale e diritto di difesa degli stranieri*, cit., 65; ID., *La detenzione amministrativa degli stranieri*, cit., 98.

⁸² L'art. 14, commi 3 e 4, t.u. imm., incidendo il trattenimento sulla libertà personale, risulta modellato sulle scadenze temporali imposte dall'art. 13, terzo comma, Cost.

⁸³ Per tutti, E. ALLORIO, *Saggio polemico*, cit., 487 ss.; A. CARRATTA, *I procedimenti camerale-sommari in recenti sentenze della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3/1992, 1049 ss.; ID., *La procedura camerale come «contenitore neutro» e l'accertamento dello «status» di figlio naturale dei minori*, in *Giur. it.*, I, 1996, 1300 ss.; ID., *Provvedimenti camerale-sommari, «decisorietà» e ricorso per cassazione: fra nuove riforme e vecchi problemi*, in *Fam. dir.*, 2/2007, 128 ss.; ID., voce *Processo sommario (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir. Ann.*, II, Milano, 2008, 877-893; ID., voce *Processo camerale (dir. proc. civ.)*, cit., 928 ss.; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, IV, a cura di A. Carratta, Torino, 2012, 385 ss.; L. MONTESANO, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Bari, 1981, 20; A. PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex artt. 737 ss. c.p.c. (Appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluta al giudice)*, in *Riv. dir. civ.*, 1/1990, 407 ss.; C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, III, Torino, 2010, 95 ss.; S. SATTA, *Diritto processuale civile*, a cura di C. Punzi, Padova, 1980, 270, 798 ss.

⁸⁴ Insuperate le pagine di E. ALLORIO, *Saggio polemico*, cit., 498 ss., il quale desume la natura amministrativa dei c.d. procedimenti in camera di consiglio avuto riguardo agli effetti e non anche ai fini dell'amministrazione e giurisdizione *tout court*. Identificando la giurisdizione con l'effetto dichiarativo e, dunque, con la cosa giudicata, Allorio considera la giurisdizione volontaria come attività amministrativa in quanto inidonea al giudicato. Un simile passaggio logico consente all'Autore di escludere l'operatività, per via analogica, delle «norme del diritto processuale» in generale ai procedimenti in camera di consiglio. Questo ragionamento viene ancorato, inoltre, su un dato di notevole importanza, fatto proprio dalla dottrina successiva, ovvero la circostanza per cui la volontaria giurisdizione non ha ad oggetto diritti soggettivi bensì «situazioni meno definite, riconducibili alla figura degli interessi legittimi o degli interessi semplici» (così, C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 385). Tale impostazione ha assunto, in maniera condivisibile, i connotati di un *leitmotiv* nella critica alla espansione del modello camerale *ex artt. 737 ss. c.p.c.* anche in ambiti legati a veri e propri diritti soggettivi. Cfr., oltre gli scritti di Carratta sopra citati, L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata. Garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, Torino, 2011, 155 ss.

⁸⁵ In questi termini, ad esempio, S. SATTA, *op. cit.*, 801, secondo cui, altrimenti, «non si saprebbe [...] come chiamare questo fatto tipico dell'ordinamento che si realizza per opera del giudice in un civile rapporto». Cfr. anche A. CARRATTA, voce *Processo camerale (dir. proc. civ.)*, cit., 934, il quale fa notare, correttamente, come l'attribuzione al giudice civile di funzioni non contenziose «allarga l'ambito delle tutele a questi affidate, ma non ne snatura affatto [...] l'essenza stessa della funzione giurisdizionale, che continua ad essere quella di *jus dicere* per il caso concreto [...]»; C. PUNZI, *op. cit.*, 100-101.

soggettivi e *status* (c.d. procedimenti camerali contenziosi) non possa tradursi in una sorta di truffa di disciplina (prima ancora che di etichette) implicante una accezione ristretta, limitata, di quel concetto di riserva di giurisdizione che l'art. 13, secondo comma, Cost. pone a tutela della libertà personale⁸⁶.

Le argomentazioni sviluppate dalla migliore dottrina volte a sostenere l'incompatibilità strutturale, oltre che funzionale, della procedura camerale con la materia contenziosa⁸⁷, sembrerebbero messe in crisi proprio dalla normativa sul trattenimento del migrante irregolare nei centri di permanenza per i rimpatri, oltre che da un orientamento costante della giurisprudenza di legittimità che enfatizza l'idea del procedimento camerale come contenitore neutro⁸⁸ in grado di adattarsi a qualunque tipologia di situazione soggettiva tutelata dall'ordinamento giuridico⁸⁹.

Il testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione, sia pure incidendo, con il trattenimento, sull'ambito di validità dell'art. 13, secondo comma, Cost.⁹⁰, e dunque sul diritto soggettivo della libertà

⁸⁶ Già sotto il vigore della normativa degli anni 2000, A. CAPUTO, *La detenzione amministrativa*, cit., 57, notava come l'individuazione di una «procedura leggera come quella in esame, caratterizzata da un tasso di garantismo neanche paragonabile a quello proprio delle ben più rigorose procedure previste dagli artt. 291 e ss. e dagli artt. 309 e ss. c.p.p., sembra in netto contrasto non solo con il principio di uguaglianza, ma anche con il diritto di difesa dello straniero». La giurisprudenza italiana sembra orientata nel senso di un controllo giurisdizionale effettivo e di merito sui provvedimenti della pubblica amministrazione (almeno per quanto concerne la proroga del trattenimento all'interno di un CPR). Cfr. Cass., Sez. VI civ., 23 settembre 2015, n. 18748; Cass., Sez. III pen., 4 novembre 2015, n. 48948; Cass., Sez. VI civ., 14 maggio 2013, n. 11451, in *www.italgiure.giustizia.it* (ultimo accesso 12.04.2017). In questo senso anche *A. v. Australia*, Comunicazione n. 560/1993, UN Doc. CCPR/C/59/D/560/1993 (1997); *Bakhtiyari v. Australia*, Comunicazione n. 1069/2002, UN Doc. CCPR/C/79/D/1069/2002 (2003) nonché in Corte EDU, Grande Camera, 29 gennaio 2008, *Saadi v. the United Kingdom*, cit., l'opinione parzialmente dissidente comune ai giudici Rozakis, Tulkens, Kovler, Hajiyev, Spielmann e Hirvelä. Per una panoramica sull'orientamento della Cassazione in tema di poteri cognitivi e decisori del giudice di pace in sede di convalida, si veda G. SAVIO, *I trattenimenti nei C.I.E. alla prova delle giurisdizioni*, cit., 74-84.

⁸⁷ Cfr. A. CARRATA, voce *Processo camerale*, cit., 937.

⁸⁸ Orientamento giurisprudenziale che ha riconosciuto l'avallo della Sezioni unite con la famosa sentenza Cass., Sez. un. civ., 19 giugno 1996, n. 5629, in *Giur. it.*, 1/1996, 1290 ss. con nota critica di A. Carrata.

⁸⁹ Legittimo nei limiti in cui non si risolve nella violazione di specifici precetti costituzionali e l'opzione legislativa non sia viziata da irragionevolezza. In questi termini Corte cost., 30 giugno 1988, n. 748. Per un quadro approfondito delle soluzioni offerte dalla dottrina volte a superare le indubbie criticità di modelli processuali a cognizione sommaria su diritti soggettivi e *status*, cfr. A. CARRATA, voce *Processo sommario (dir. proc. civ.)*, cit., 885 ss.; ID., voce *Processo camerale (dir. proc. civ.)*, cit., 936 ss.

⁹⁰ Così Corte cost., 22 marzo-10 aprile 2001, n. 105.

personale, ha però superato il vaglio di legittimità a seguito dell'intervento della Corte costituzionale proprio con riferimento alla procedura camerale⁹¹.

Appellarsi, ancora oggi, all'incostituzionalità della normativa interna per contrasto con le disposizioni sul giusto processo se, da un lato, manifesta indubbe capacità evocative di una disciplina nazionale irrispettosa del principio di uguaglianza formale dall'altro, però, ha avuto ripercussioni gravissime sterilizzando, con le dovute eccezioni, il dibattito giurisprudenziale sul potere di controllo, formale e sostanziale, del giudice della convalida⁹². In ossequio all'indirizzo prevalente che ritiene "non irragionevole" lo strumento camerale *ex artt. 737 ss. c.p.c.* in materia di diritti soggettivi o di *status*⁹³, appare, dunque, necessaria una estensione dei principi e criteri direttivi ivi sanciti anche alla fase giurisdizionale della convalida del trattenimento⁹⁴.

⁹¹ Corte cost., 14-26 febbraio 2002, n. 35.

⁹² Si veda la ricerca sulla giurisprudenza del Giudice di Pace di Bari in materia di convalide e proroghe del trattenimento pubblicata da G. CAMPESI, *I Centri di identificazione ed espulsione come strumento di governo della pericolosità sociale*, cit., 221-244, in cui si evidenzia come «i provvedimenti adottati dalle prefetture riportino nella totalità dei casi un elenco di circostanze che replicano fedelmente quelle previste dal dettato normativo». Siamo in presenza, dunque, di provvedimenti questorili già illegittimi rispetto al sistema interno delle motivazioni che incombono sulle autorità amministrative. Sistema interno che poggia sull'art. 3, l. n. 241 del 1990, che pone l'obbligo di motivazione sia in fatto sia in diritto, appunto, per ogni provvedimento della p.a. che non assuma i caratteri di atto normativo o non abbia un contenuto generale. Cfr. l'importante sentenza del Tribunale di Crotone, 12 dicembre 2012, n. 1410, cit., 14, che ha ritenuto illegittimo alla stregua dell'art. 15 della Direttiva n. 115 del 2008 il provvedimento del questore di Reggio Calabria che aveva disposto il trattenimento di un immigrato marocchino, proprio in quanto privo di motivazione. Le statistiche riportate sono veramente sconcertanti. Non è ben chiaro il motivo per il quale la giurisprudenza dei giudici pugliesi sia così refrattaria ad assumere un effettivo controllo sugli atti questorili. Certo è che fino a quando l'unico filtro di legittimità e di merito dell'operato della p.a. manifesti la volontà politica di non sanzionare le illegittimità dell'autorità di polizia, la c.d. Ragion di Stato continuerà a prevalere sulla dignità e libertà del soggetto *in vinculis* concretizzando quella cultura inquisitoria, portatrice di "nero pessimismo", autorevolmente contestata, sia pure ad altri fini, da F. CORDERO, *op. cit.*, 471.

⁹³ Cass., Sez. un. civ., 19 giugno 1996, n. 5629, cit.; Corte cost., 30 gennaio 2002, n. 1; Corte cost., 29 maggio 2009, n. 170.

⁹⁴ Già con le Sezioni unite della Cassazione, sentenza n. 5629 del 1996, si era raggiunta la "certezza", mai smentita dagli indirizzi successivi, secondo cui la produzione normativa «in favore del modello di giurisdizione volontaria, ispirata a ragioni di immediatezza e di concentrazione, non toglie che, in materia di diritti o *status*, lo stesso legislatore ordinario debba rispettare quel minimo di garanzie procedurali in funzione della struttura del rapporto in contestazione» comportando, questo, una espansione della giurisdizione volontaria che «si allontana dal precedente rito camerale per ammantarsi di forme tipiche del giudizio ordinario». Pur condividendo le critiche manifestate da A. CARRATTA,

A questo proposito, l'attuazione del giusto processo non potrà che avvenire per via interpretativa⁹⁵, valorizzando proprio quel potere "creativo" dell'attività giurisdizionale camerale che è assurdo, da sempre, a contraltare del dovuto processo legale a tutela dei diritti soggettivi o *status*. Attività creativa del giudice della convalida che, necessariamente, assumerà

Provvedimenti cameral-sommari, cit., 132-133, questi criteri direttivi affermati dalla giurisprudenza di legittimità e dalla Corte costituzionale devono, sia pure *oborto collo*, essere utilizzati dall'interprete onde evitare al migrante irregolare destinatario di un provvedimento restrittivo della libertà personale un trattamento peggiore rispetto al procedimento penale, stante la medesimezza della "posta in gioco" (*id est*, la libertà personale).

⁹⁵ Come riporta C. PUNZI, *op. cit.*, 98, Corte cost., 30 gennaio 2002, n. 1, aveva «attribuito ai giudici di merito il compito di interpretare le norme in modo da evitare qualsivoglia contrasto con la Costituzione». Sul punto merita un accenno l'impostazione di A. CARRATTA, voce *Processo camerale*, cit., 952 ss., il quale, dopo avere constatato la presenza di procedimenti in camera di consiglio attinenti alla tutela propriamente contenziosa, opera una suddivisione degli stessi in processi «con funzione non decisoria, ma ordinatorio-esecutiva» e processi «con funzione decisoria». Per quanto riguarda il primo tipo normativo, risulta tale quel processo camerale che «non risponda affatto all'esigenza di ottenere l'accertamento in maniera incontrovertibile di un diritto soggettivo o *status*, quanto a quella di pervenire alla pronuncia di un provvedimento con funzione meramente ordinatorio-esecutiva». Diverso, invece, il discorso per il modello camerale con funzione decisoria, laddove per "decisorietà" deve intendersi quel processo in cui oggetto della decisione sia la tutela giurisdizionale di diritti soggetti o *status*, decisione finale, si badi, con forza di giudicato, ovvero incontrovertibile ed immutabile (per questa definizione, cfr. A. CARRATTA, *I procedimenti cameral-sommari*, cit., 1057). Ebbene, proprio quest'ultimo schema processuale rivelerebbe, più di ogni altro, l'incompatibilità con la normativa costituzionale in tema (soprattutto) di "giusto processo", stante la «scheletrica disciplina» degli artt. 737 ss. c.p.c. caratterizzata da una sorta di "delegificazione" «a favore dell'opera «creativa» del giudice». Per l'Autore, la soluzione più convincente in ambito di processo cameral-contenzioso con funzione decisoria sarebbe quella legata ad una interpretazione restrittiva delle espressioni utilizzate dal legislatore con riferimento a materie contenziose (ad esempio, «il tribunale provvede in camera di consiglio» e formule analoghe). «Secondo una simile impostazione la portata precettiva del richiamo al processo camerale va limitata alle sole «regole d'ordine» (forma dell'atto introduttivo, trattazione collegiale, soppressione dello scambio delle conclusioni e della pubblica udienza) e non estesa anche a quelle sulla trattazione e l'istruzione». In proposito, sembra che l'Autore abbia "superato" le precedenti conclusioni rassegnate nello scritto *I procedimenti cameral-sommari in recenti sentenze della Corte costituzionale* del 1992, in cui, sempre in tema di procedimenti camerali (contenziosi) decisorii, sentenziava, drasticamente, come «*tertium non datur*: o si procede ad una integrazione «al massimo» in via interpretativo-analogica del processo ordinario, che permetta di avere il dovuto processo legale [...] oppure, quale *extrema ratio*, si solleva eccezione di legittimità costituzionale». Ebbene, proprio la via dell'interpretazione analogica deve essere percorsa anche in materia di procedimenti cameral-sommari, di natura contenziosa, con funzioni non decisorie, cui sembra inevitabile ricomprendere il giudizio di convalida del trattenimento dello straniero in un CPR.

le vesti di una interpretazione *in bonam partem* delle disposizioni ordinarie e costituzionali⁹⁶, per il tramite, soprattutto, della Direttiva 2008/115/CE. La disciplina codicistica, lungi dal presentarsi, *prima facie*, come modello scarno di tutela delle libertà dello straniero in custodia, potrebbe mostrare, per contro, le caratteristiche di uno schema processuale maggiormente favorevole, in cui l'assenza di vincoli ordinari alla cognizione ed acquisizione probatoria non risolve, negativamente, la figura del giudice a mero notaio dell'attività della pubblica amministrazione, bensì postuli un tipo di disciplina aperto in cui la discrezionalità giudiziaria assurga a sinonimo di partecipazione attiva, risolutiva e decisoria volta a conoscere *in toto* le ragioni limitative della libertà personale addotte dall'organo di polizia, i presupposti di queste ragioni, le concrete esigenze di una misura detentiva considerata da fonti euro-unitarie come strumento meramente residuale e proporzionato⁹⁷.

⁹⁶ Si pensi, ad esempio, all'attività istruttoria. Per A. CARRATTA, voce *Processo sommario* (*dir. proc. civ.*), cit., 888, l'art. 738, terzo comma, c.p.c. rappresenta una deroga espressa «al principio di tassatività dei mezzi di prova». A tale proposito, Corte cost., n. 35 del 2002, cit., ha sentenziato, a chiare lettere, come sia «ultronea» qualsiasi argomentazione volta ad escludere sufficienti poteri istruttori e di verifica del giudice della convalida. Il potere di assumere informazioni, ex art. 738, terzo comma, c.p.c., secondo la Corte, «è assai più ampio di quello attribuito al giudice all'art. 213 c.p.c., poiché non ha esclusivamente come destinatario una pubblica amministrazione ma può essere indirizzato nei confronti di qualsiasi soggetto pubblico o privato in grado di fornire elementi affidabili e postula che le risposte possano essere fornite con qualunque mezzo di comunicazione, compresi quelli più moderni e tecnologicamente avanzati, dei quali l'autorità giudiziaria, in procedimenti caratterizzati da speditezza e tuttavia concernenti la libertà personale, deve essere dotata». Abbiamo dunque una pronuncia della Consulta che autorizza l'esercizio più ampio possibile dei poteri istruttori in capo al giudice della convalida, sia per il tramite delle forme nominate del processo ordinario sia per forme atipiche di acquisizione probatoria. La tanto avversata discrezionalità giurisdizionale risulta valorizzata dalla Corte costituzionale a garanzia di una tutela piena, effettiva della libertà personale dello straniero. L'assenza di vincoli, caratteristica del procedimento camerale, non deve passare come filtro in negativo dei poteri giudiziari. In sintesi, non deve essere letta «al ribasso» delle garanzie per il destinatario della misura detentiva. Un conto è argomentare dalla illegittima inerzia che, nel quotidiano, caratterizza l'attività del giudice di pace in sede di convalida del trattenimento per giungere ad una critica (generale) del modello camerale-sommario, un altro, invece, è descrivere, già in via astratta, gli effettivi poteri dell'organo giudiziario per contestare poi le gravissime prassi di una magistratura onoraria governata, nella maggioranza, da una cultura inquisitoria e poliziesca, costituzionalmente illegittima. I due argomenti vanno tenuti rigorosamente distinti.

⁹⁷ Per Cass., Sez. VI civ., 23 settembre 2015, n. 1874, cit., in tema di proroga del trattenimento all'interno di un CPR, la detenzione amministrativa costituisce una misura di privazione della libertà personale realizzabile soltanto in presenza delle condizioni giustificative previste dalla legge «con l'ulteriore corollario che la motivazione del provvedimento giudiziale di convalida della proroga del trattenimento deve accertare la spe-

3.1. *Critica ai Patres sulla apoliticità dell'interpretazione. Humpty Dumpty, diritto alla salute e giudice della convalida*

La Direttiva 2008/115/CE, come già precisato, ha letteralmente rivoluzionato il sistema dell'allontanamento o rimpatrio del migrante irregolare. Il nuovo indirizzo politico ha posto le basi per una razionalizzazione del meccanismo espulsivo procedendo ad una inversione di rotta rispetto all'ordinamento nazionale italiano. L'istituto della partenza volontaria, infatti, assurge a strumento principale⁹⁸ di un arsenale (sanzionatorio) di misure, prescrittive (od obbligatorie) e detentive⁹⁹, incidenti sulla libertà personale (*lato sensu* intesa) dello straniero, a disposizione dell'autorità di polizia e graduato secondo i criteri del minor sacrificio, della proporzionalità e residualità¹⁰⁰.

A questo punto, tuttavia, la circostanza indubbiamente di maggiore interesse per l'interprete è rappresentata dal fatto che l'adeguamento del sistema interno al modello europeo, ferme le disposizioni nazionali più favorevoli¹⁰¹, può avvenire già ad assetto normativo invariato, senza la

cificità dei motivi adottati a sostegno della richiesta, nonché la loro congruenza rispetto alla finalità di rendere possibile il rimpatrio».

⁹⁸ Cfr. A. NATALE, *op. cit.*, 3-5; G. SAVIO, *La detenzione amministrativa degli stranieri*, cit., 99-100; F. SPITALERI, *L'interpretazione della direttiva rimpatri*, in *Dir. imm. cit.*, 1/2013, 30.

⁹⁹ Che il trattenimento in un CPR sia una forma di detenzione è affermazione costante in letteratura. Cfr. A. CAPUTO, *Espulsione e detenzione amministrativa*, cit., 430 ss.; G. CAMPESI, *Lo statuto della detenzione amministrativa*, cit., 5; A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione*, cit., 24 ss.; A. MARLETTA, *op. cit.*, 603-604; A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa»*, cit., 576 ss. Risulta di notevole interesse la circostanza in base alla quale la giurisprudenza della Corte di Strasburgo si riferisca, in maniera disinvolta, ad una medesima struttura immobiliare a volte come centro di accoglienza altre, invece, come luogo di detenzione, il tutto, si badi, in diverse proposizioni interne ad una medesima pronuncia. Così, ad esempio, Corte EDU, Grande Camera, 29 gennaio 2008, *Saadi v. the United Kingdom*, cit. Per le organizzazioni internazionali, si veda il *Working Group of Administrative Detention*, 19 dicembre 1997, E/CN. 4/ 1998/44, § 38-39; Id., 18 dicembre 1998, E/CN. 4/1999/63; *Guida per operatori del diritto*, cit., 158. Cfr. anche *Parliamentary Assembly of the Council of Europe*, 11 gennaio 2010, doc. 12105, in *Assembly.coe.int*.

¹⁰⁰ Al riguardo la maggioranza della dottrina si è espressa denunciando l'illegittimità della normativa interna stante l'assenza di misure alternative al trattenimento in un CPR laddove, una volta disposto l'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, non sia possibile, nell'immediatezza, farvi seguito. Fra i tanti, L. MASERA, "*Terra bruciata*" *attorno allo straniero*, cit., 79; A. NATALE, *op. cit.*, 14-15; M. PIERDONATI, *op. cit.*, 251, 266, 299; G. SAVIO, *La nuova disciplina delle espulsioni*, cit., 42; F. SPITALERI, *op. cit.*, 30-31; F. VIGANÒ, L. MASERA, *op. cit.*, 567 ss.

¹⁰¹ Come recita l'art. 4 della Direttiva 2008/115/CE.

(pretesa) necessità di un intervento legislativo sul punto.

Le osservazioni in questione assumono la consistenza di una constatazione positiva e negativa al contempo. Positiva in quanto il controllo svolto dal giudice di pace garantisce (*rectius*, potrebbe garantire) un margine di apprezzamento notevole sull'operato dell'amministrazione, ben potendo l'organo giurisdizionale stesso, proprio come avviene in sede di convalida delle misure precautelari del codice di procedura penale¹⁰², disporre la misura ritenuta più idonea in relazione alle circostanze del caso concreto allegate dall'autorità di polizia¹⁰³. Negativa perché appartiene alla storia (legislativa) del nostro ordinamento, il mito di un Parlamento illuminato, di una normativa chiara e precisa a garanzia della certezza del diritto.

L'*extrema ratio* del trattenimento, quale principio politico di indirizzo europeo, in altri termini, diventa cogente solo per il tramite di una volontà, anch'essa politica, della magistratura onoraria¹⁰⁴. Se, come è stato autore-

¹⁰² Chiaro il riferimento agli artt. 390 e 391 c.p.p. in tema di convalida della misura dell'arresto o del fermo. Il rinvio all'art. 391, commi 5 e 6 c.p.p. sembra eluso dalla dottrina che si è espressa in ambito di giudizio di convalida. Cfr., per esempio, D. PERUGIA, *Centri di identificazione e di espulsione: quali diritti per gli immigrati clandestini?*, in *Penalecontemporaneo.it*, 16 maggio 2013. L'Autrice, in un primo momento, constata l'assenza di misure coercitive meno afflittive del trattenimento nel modello di cui all'art. 14, t.u. imm., sostenendo, per contro, la necessità di «fare riferimento all'art. 7, comma 3 della direttiva 115/2008, che contempla, quali misure coercitive finalizzate ad impedire il pericolo di fuga del cittadino straniero, l'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria adeguata, la consegna di documento o l'obbligo di dimorare in un determinato luogo» (2, nota 4). Quando poi descrive lo svolgimento del giudizio di convalida davanti al giudice di pace (8 ss.), pur evidenziando le analogie e differenze con la disciplina del codice di procedura penale in materia di convalida delle misure precautelari, non argomenta in merito alla concreta possibilità in capo all'organo giurisdizionale di disporre, sussistendo le condizioni, le misure alternative al trattenimento, limitandosi a sottolineare il duplice effetto del provvedimento di convalida, il quale «mira, da un lato, a ratificare l'operato dell'organo amministrativo e, dall'altro lato, a legittimare la restrizione della libertà personale per un periodo minimo di trenta giorni».

¹⁰³ Misura ritenuta più idonea che può concretizzarsi in un provvedimento che dispone l'immediata liberazione, l'obbligo di presentazione, in giorni ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente, l'obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato o la convalida del trattenimento in un CPR.

¹⁰⁴ Una premessa metodologica potrà chiarire gli sviluppi della tesi proposta. L'impostazione di cui al testo ha come presupposto teorico quell'indirizzo che vede nella interpretazione giuridica un'attività creativa, politica, sempre analogica e mai (solo) sussuntiva. Il punto di partenza è rappresentato dal dogma della necessaria non sovrapposibilità fra il concetto di disposizione e quello di norma. Facendo proprie le argomentazioni in base alle quali una medesima disposizione, e cioè una proposizione linguistica, non abbia sempre e solo un significato, e, dunque, sia produttiva di una sola norma, in questo senso può dirsi creativa

volmente sottolineato, il fenomeno giuridico culmina nella fissazione di regole di condotta¹⁰⁵, non può che essere il giudice della convalida, nella materia *de qua*, a regolamentare (e sanzionare) l'attività della pubblica amministrazione inosservante delle prescrizioni imposte dalla Direttiva europea 2008/115/CE.

In sintesi, paiono due le strade percorribili: (in via diretta) l'applicazione delle disposizioni europee che prevedono misure alternative al trattenimen-

(in senso lato) l'attività interpretativa: nell'atto di decidere, l'interprete sceglie il significato della disposizione all'interno di un ventaglio di norme e, una volta effettuata la scelta, crea la regola del caso concreto. Trattasi, però, solo di una creazione in senso lato in quanto polarizzata intorno all'idea della norma individuale quale entità autonoma formalizzata dal giudice nell'atto decisionale. Ma come evidenziato da E. BULYGIN, *Los jueces ¿crean derecho?*, in *Isonomía*, 18, 2003, 12-14, una simile operazione è solo apparentemente creativa, manifestandosi al più come attività deduttiva di una norma individuale entro gli schemi di una norma generale. In merito alle effettive pratiche di creazione del diritto ad opera dei giudici, oltre il saggio di Bulygin, cfr. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 325 ss.

La politicità dell'interpretazione è conseguenza diretta della sopra accennata distinzione fra enunciato linguistico e norma. Se una formulazione linguistica è suscettibile di più (e diverse, contrastanti) interpretazioni, allora l'opzione argomentativa a favore di una od altre norme è una scelta discrezionale, condizionata dagli interessi pratici, dall'idea di giustizia, dalla accettabilità delle diverse decisioni entro la cultura giuridica esistente nonché dalle elaborazioni concettuali dei giuristi teorici [in questi termini, R. GUASTINI, *Il realismo giuridico ridefinito*, in *Revues.org*, 19/2013, 100]. Attività politica, dunque, come sinonimo di atto decisorio, volontario e mai conoscitivo o dichiarativo di un *quid* (meglio, di un *significato*) preesistente (cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 63-64, secondo cui «prima dell'attività dell'interprete, del documento oggetto dell'interpretazione si sa solo che esprime una o più norme, non quale questa sia o quali norme siano»).

Infine, il carattere analogico dell'interpretazione è il precipitato diretto dell'idea di ordinamento giuridico come sistema di norme. Accolta la tesi secondo cui le singole proposizioni linguistiche di un testo scritto non si presenterebbero come monadi chiuse, bensì come frammenti di un insieme organico, la c.d. interpretazione sistematica che lega il fatto storico al testo ed al contesto normativo è essa stessa analogia, manifestandosi l'accadimento concreto, di per sé, come fatto irripetibile ed individuale, sussumibile entro le maglie della fattispecie astratta non in via diretta, bensì, appunto, in via analogica, tramite un giudizio di comparazione strutturale con il nucleo (strutturale anch'esso) della proposizione linguistica che, per contro, nell'ottica di chi la emana, si presenta come generale e astratta. Chiaro, pertanto, come sottolinea Antonio Gambaro nella prefazione alla ristampa del fondamentale scritto di R. SACCO, *op. cit.*, XIX, che «la possibilità che la legalità non sprofondi del tutto è collegata al ruolo dell'interprete e non già alla struttura del linguaggio».

Contro la logica "humptidumpiana" (da Humpty Dumpty, personaggio dell'opera di L. CARROLL, *Attraverso lo specchio e quel che Alice vi trovò*, 1871) espressione dello scetticismo interpretativo, si veda U. SCARPELLI, *Il metodo giuridico*, cit., 566-574.

¹⁰⁵ In questi termini, A. BURDESE, M. GALLO, *op. cit.*, 365.

to¹⁰⁶ oppure l'interpretazione analogica dell'art. 14, comma 1-*bis*, t.u. imm.¹⁰⁷.

Breve: la fase processuale interessata è quella susseguente all'applicazione del trattenimento dello straniero irregolare in un CPR disposto con atto motivato del questore, valutate le esigenze cautelari di cui all'art. 14, comma 1, t.u. imm.¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Cfr. l'art. 7, Direttiva 2008/115/CE, che, riguardo alla partenza volontaria, autorizza l'imposizione di obblighi «diretti a evitare il rischio di fuga», come l'obbligo di presentazione, di dimora, la costituzione di una garanzia finanziaria adeguata o la consegna di documenti. Si veda anche l'art. 9, § 3, sempre della Direttiva 2008/115/CE.

¹⁰⁷ «Nei casi in cui lo straniero è in possesso di passaporto o altro documento equipollente in corso di validità e l'espulsione non è stata disposta ai sensi dell'articolo 13, commi 1 e 2, lettera c), del presente testo unico o ai sensi dell'articolo 3, comma 1, del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155, il questore, in luogo del trattenimento di cui al comma 1, può disporre una o più delle seguenti misure [...]», ovvero consegna del passaporto, obbligo di dimora e obbligo di presentazione. *In primis*, le ipotesi di espulsione di cui al richiamato articolo sono, nella sostanza, quelle disposte per motivi di ordine pubblico o sicurezza nazionale; quelle disposte nei confronti di soggetti destinatari delle misure di prevenzione personali e patrimoniali o sospetti terroristi. L'articolo prosegue, inoltre, stabilendo un procedimento analogo a quello previsto per il trattenimento, ovvero comunicazione del provvedimento questorile che applica la misura cautelare entro 48 ore (dalla notifica all'interessato) al giudice di pace competente per territorio il quale, a sua volta, se ne ricorrono i presupposti, dispone con decreto la convalida nelle successive 48 ore.

Come sottolinea A. NATALE, *op. cit.*, 12, le misure previste all'art. 14, comma 1-*bis*, t.u. imm., «consistono nelle stesse misure già considerate» nell'art. 13, comma 5.2, t.u. imm. (quest'ultimo, però, contempla, in aggiunta, la previsione dell'obbligo, in capo allo straniero irregolare, di dimostrare al questore una disponibilità economica sufficiente, derivante da fonte lecita, per un importo proporzionato al termine concesso). La scelta a favore di una estensione analogica della disposizione di cui al comma 1-*bis* dell'art. 14, anziché delle misure previste all'art. 13, comma 5.2, è frutto di una lettura sistematica. L'art. 14, comma 1-*bis*, infatti, trova applicazione quando il cittadino straniero «non merita la concessione di un termine per la partenza volontaria» (*ibidem*), la quale, a sua volta, può essere autorizzata solo ove non sussistano le condizioni di cui all'art. 13, comma 4, t.u. imm., quelle, cioè, in presenza delle quali viene disposta l'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica. Come affrontato in precedenza, uno dei presupposti dell'accompagnamento coattivo alla frontiera è il rischio di fuga (definito all'art. 13, comma 4-*bis*, t.u. imm.), ovvero proprio quella condizione (non la sola) legittimante il trattenimento dello straniero in un CPR (cfr. gli artt. 13, comma 5-*bis* e 14, comma 1, t.u. imm.). Quindi, se l'istituto della partenza volontaria, nel sistema interno, si presenta come provvedimento eccezionale, residuale rispetto alla misura (ed ai presupposti) della detenzione amministrativa, il riferimento al comma, 1-*bis* dell'art. 14, t.u. imm., ai fini di una possibile estensione analogica, sembra preferibile.

¹⁰⁸ Come visto *supra*, § 2.1, una lettura sistematica della normativa europea e delle disposizioni interne dovrebbe consentire il superamento dell'antinomia derivante dall'incompatibilità delle situazioni previste nel t.u. imm. legittimanti il trattenimento con quelle prescritte, invece, nella Direttiva 2008/115/CE. In sintesi e rimandando a quanto osservato in precedenza,

Leitmotiv ricorrente è la mancata predisposizione nell'organigramma del t.u. imm., già in prima battuta, di misure alternative al trattenimento¹⁰⁹. L'art. 14, comma 1-*bis* che disciplina l'esecuzione dell'espulsione, subordina, infatti, la concessione di uno (o più) dei provvedimenti di cui alle lettere

la misura detentiva potrebbe essere applicata, già in ambito amministrativo dall'autorità di polizia, solo per fronteggiare una precedente inosservanza dell'obbligo di presentazione o di dimora ovvero nel caso di dichiarazioni mendaci dello straniero irregolare, purché accompagnate, queste situazioni, dal presupposto del pericolo di fuga o di comportamento (imputabile allo straniero) che evita od ostacola l'allontanamento o il rimpatrio. Le ipotesi interne, diverse da quelle appena esaminate, possono rilevare solo quali difficoltà per la pubblica amministrazione nel dare seguito alla procedura espulsiva superabili, a loro volta, con l'imposizione delle misure obbligatorie quali la consegna del passaporto, l'obbligo di presentazione o di dimora, proprio come prescrive l'art. 9, § 3, Direttiva 2008/115/CE, secondo cui «ove sia disposto il rinvio dell'allontanamento a norma dei paragrafi 1 e 2, al cittadino di un paese terzo interessato possono essere imposti gli obblighi di cui all'art. 7, paragrafo 3». Per quello che interessa in questa sede, il § 2, lettera *b*), dell'art. 9, stabilisce che gli Stati membri possono rinviare l'allontanamento tenendo conto delle ragioni tecniche, come, per esempio, l'assenza di mezzi di trasporto o il mancato allontanamento a causa dell'assenza di identificazione. Ipotesi, queste, da fronteggiare solo per il tramite delle misure dell'obbligo di presentazione, di dimora, di consegna di documenti o di costituire una garanzia finanziaria (art. 7, § 3, Direttiva 2008/115/CE).

In altri termini, i passaggi che dovrebbe compiere la pubblica amministrazione, secondo questa impostazione, si presenterebbero nei seguenti termini: nelle situazioni legate alla necessità di prestare soccorso allo straniero, di effettuare accertamenti sulla sua identità, di acquisire documenti per il viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo, ovvero al mancato possesso di passaporto, o di una documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio, il non aver rispettato il termine per la partenza volontaria o il divieto di reingresso in assenza di autorizzazione, il non aver rispettato l'obbligo di consegna del passaporto, o, in ultima analisi, il non avere dimostrato una disponibilità economica (in caso di partenza volontaria), il questore, laddove la libera circolazione dello straniero non offra adeguate garanzie, dovrà, preliminarmente, applicare (in via gradata e, se necessario, cumulativa) le misure della consegna del passaporto o altro documento valido (se in possesso dello straniero), dell'obbligo di presentazione ed infine di dimora. Provvedimenti, questi, da trasmettere, secondo le scadenze tipiche delle misure restrittive della libertà personale (*lato sensu* intesa), al giudice di pace competente per la relativa convalida. In seguito alla convalida giurisdizionale, qualora lo straniero irregolare non rispetti gli obblighi imposti o, se richiesto, dichiarati false generalità, il tutto accompagnato da una prognosi (da motivare in fatto da parte dell'autorità di polizia) di pericolo di fuga o di comportamento imputabile allo straniero che evita od ostacola in modo grave (tale, cioè, da creare una situazione non altrimenti superabile) la procedura di espulsione, il questore potrà disporre il trattenimento in un CPR, che dovrà, a sua volta, essere convalidato sempre dal giudice di pace territorialmente competente.

¹⁰⁹ Da ultimo, cfr. M. PIERDONATI, *op. cit.*, 251, 266, secondo cui «andrebbe pertanto esplicitato nell'ambito del t.u. imm. (in particolare nel corpo dell'art. 14), con la massima precisione e chiarezza, che l'adozione da parte del questore di strumenti alternativi e meno "invasivi" rispetto all'istituto del trattenimento [...] è obbligatoria e non, come ora, puramente discrezionale [...]».

a), b) e c), ovvero, rispettivamente, la consegna del passaporto o altro documento valido, l'obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato e l'obbligo di presentazione, in giorni ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente, alle ipotesi in cui il migrante sia in possesso di passaporto o altro documento equipollente in corso di validità e l'espulsione non sia stata disposta per motivi di ordine pubblico o sicurezza nazionale (art. 13, comma 1, t.u. imm.) ovvero nei confronti di un soggetto appartenente alla categoria dei destinatari delle misure di prevenzione antimafia personali e patrimoniali [art. 13, comma 2, lettera c), t.u. imm.] o di un soggetto sospetto terrorista (art. 3, comma 1, d.l. n. 144 del 2005, convertito dalla l. n. 155 del 2005).

La Direttiva 2008/115/CE, per contro, elenca diversi strumenti coercitivi (di natura obbligatoria) che gli Stati membri dovrebbero introdurre sia in ipotesi di partenza volontaria (art. 7, § 3) sia in caso di allontanamento (artt. 8, § 4 e 9, § 3)¹¹⁰, presentando la detenzione amministrativa come misura eccezionale e residuale.

A questo punto, la situazione assume contorni ben delineati. L'incompatibilità tra gli enunciati della Direttiva rimpatri e quelli del t.u. imm., genera un conflitto fra norme eterogenee, ovvero appartenenti a gradi diversi nella gerarchia¹¹¹ delle fonti, superabile attraverso il criterio della

¹¹⁰ È necessario precisare che, nel sistema europeo, il "rimpatrio" viene definito come «il processo di ritorno di un cittadino di un paese terzo, sia in adempimento volontario di un obbligo di rimpatrio sia forzatamente [...]» (art. 3, n. 3), mentre l'"allontanamento" come «l'esecuzione dell'obbligo di rimpatrio, vale a dire il trasporto fisico fuori dallo Stato membro» (art. 3, n. 5). Il riferimento alla partenza volontaria non deve trarre in inganno. L'art. 9, § 3, Direttiva 2008/115/CE, rimanda alle misure obbligatorie di cui all'art. 7, § 3, nel caso in cui sia disposto il rinvio dell'allontanamento a norma dei paragrafi 1 [qualora violi il principio di *non-refoulement* (lettera a); per la durata della sospensione concessa ai sensi dell'art. 13, § 2 (lettera b)] e 2 [qualora circostanze specifiche di ciascun caso lo rendano opportuno. A titolo esemplificativo, condizioni fisiche o mentali (lettera a); ragioni tecniche come l'assenza di mezzi di trasporto o l'assenza di identificazione (lettera b)]. Quanto previsto nella lettera b) del § 2, presenta analogie con molte delle ipotesi nazionali in presenza delle quali può disporsi il trattenimento (ovvero situazioni in cui non risulti possibile concedere allo straniero irregolare un termine per la partenza volontaria).

¹¹¹ Sulla crisi del modello (kelseniano) gerarchico e sulla necessaria affermazione, per contro, di uno schema reticolare delle fonti del diritto, si veda, senza pretesa di esaustività, M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 145 ss.; ID., *Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in *Cass. pen.*, 6/2003, 1808-1822, spec. 1814-1815.

disapplicazione (*rectius*, non applicazione)^{112 113}. La non applicazione della normativa interna, in questo caso, implica, direttamente o indirettamente, una sostituzione di disciplina¹¹⁴ in riferimento ad una medesima fattispecie, appunto, oggetto di normazioni produttive di conseguenze incompatibili.

Trattasi dunque di un'antinomia gerarchica sanabile, per via interpretativa¹¹⁵, dal giudice della convalida^{116 117}, al quale compete, non solo, il potere di controllare e verificare la sussistenza dei requisiti previsti dall'art. 14, t.u. imm.¹¹⁸, bensì, anche, di provvedere direttamente all'applicazione della misura più idonea, tenuto conto delle circostanze di fatto che qualificano la vicenda

¹¹² I passaggi giurisprudenziali cui sono stati sottoposti i concetti di disapplicazione e non applicazione (più di teoria generale della norma che di stretto diritto positivo) sono ben riassunti da A. CELOTTO, *Dalla «non applicazione» alla «disapplicazione» del diritto interno incompatibile con il diritto comunitario*, in *Giur. it.*, 1/1995, 345 ss.

¹¹³ Come ricorda M. GAMBARDILLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, 209, il termine disapplicazione rappresenta «un meccanismo di risoluzione di conflitti tra norme fondato sul principio della gerarchia delle fonti, in virtù del quale la norma che deriva dalla fonte di grado superiore prevale su quella di grado inferiore (*lex superior derogat inferiori*)» (corsivi originali).

¹¹⁴ Sia pure temporalmente circoscritta allo stato di quiescenza della normativa interna incompatibile.

¹¹⁵ Sul rapporto antinomie-interpretazione, ancora attuali le pagine di G. TARELLO, *Gerarchie normative e interpretazione dei documenti normativi*, in *Pol. dir.*, VIII, 8/1977, 499-526. Cfr. anche, G. PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto*, in *Ars Interpretandi*, XVI, 2011, 19-56.

¹¹⁶ È pur vero che “solamente” gli artt. 15 e 16 della Direttiva 2008/115/CE sono stati dichiarati dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, 28 aprile 2011, *El Dridi*, C-61/11 PPU, cit., § 47, «incondizionati e sufficientemente precisi da non richiedere ulteriori specifici elementi perché gli Stati membri li possano mettere in atto», ma come ha evidenziato Corte cost., 8-18 aprile 1991, n. 168: «la ricognizione in concreto di tali presupposti costituisce l'esito di un'attività di interpretazione della direttiva comunitaria e delle sue singole disposizioni, che il giudice nazionale può effettuare direttamente ovvero rimettere alla Corte di giustizia [...]». Questo significa che spetterà all'organo giurisdizionale interessato risolvere l'antinomia normativa senza dovere preliminarmente sollevare questione davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione europea. Siamo, dunque, all'interno di un fenomeno esclusivamente interpretativo in cui la risoluzione (o meno) del contrasto fra due (o più) norme giuridiche ricavate da diversi enunciati linguistici è di esclusiva spettanza dell'organo legittimato a decidere sul caso concreto.

¹¹⁷ Ritiene “non inconcepibile” l'idea di una «disapplicazione *in bonam partem* della norma interna restrittiva per contrasto con la direttiva del 2008» (auspicando, però, un'abrogazione per via legislativa, considerata come «la soluzione preferibile»), A. MARLETTA, *op. cit.*, 612, nota 30.

¹¹⁸ Per un esame approfondito, inesigibile in questa sede, degli orientamenti giurisprudenziali che limitano il potere di controllo e verifica del giudice di pace sul decreto espulsivo disposto ex art. 13, t.u. imm. in fase di convalida del trattenimento (cfr. il rinvio, appunto, all'art. 13, effettuato dall'art. 14, comma 4, t.u. imm.), per tutti, G. SAVIO, *I trattenimenti nei CIE alla prova delle giurisdizioni nazionale ed europea*, cit., 73-84.

storica interessata¹¹⁹.

Detto altrimenti, come il giudice per le indagini preliminari può, *ex art.* 391, comma 5 c.p.p., disporre una misura cautelare a norma dell'art. 291 c.p.p. laddove ricorrano gravi indizi di colpevolezza e taluna delle esigenze previste dall'art. 274 c.p.p., nella medesima direzione può operare il giudice di pace in sede di convalida del trattenimento, il quale, una volta accertati i presupposti fattuali della misura detentiva, provvederà con decreto¹²⁰ nel senso della immediata liberazione, della consegna del passaporto o altro documento valido, dell'obbligo di presentazione o di dimora.

A fronte di un provvedimento della pubblica amministrazione elusi-

¹¹⁹ Qualora la pubblica amministrazione non motivi (in fatto), *tout court* o parzialmente, il provvedimento con cui ha disposto il trattenimento del migrante in un CPR (trattasi di prassi ricorrente come efficacemente notato da G. CAMPESI, *I centri di identificazione*, cit., 221 ss.), a fronte di un atto illegittimo (antigiuridico, illecito che dir si voglia) in quanto contrastante con precise disposizioni interne (art. 3, l. n. 241 del 1990 e artt. 13, comma 3 e 14, comma 1-*bis*, t.u. imm.) e sovranazionali (art. 15, Direttiva 2008/115/CE), l'unica via (meglio, sanzione) percorribile rimane l'emissione di un decreto giurisdizionale di non ratifica dell'operato dell'autorità di polizia. Qualora, poi, sempre in udienza di convalida, il giudice ritenesse la mancanza di motivazione in fatto non risolutiva per un provvedimento di diniego, il potere di assumere informazioni dall'amministrazione, scritte od orali, *ex art.* 738, terzo comma, c.p.c., garantirebbe (*rectius*, potrebbe garantire), sia pure in minima parte, un bagaglio probatorio tale da provvedere direttamente, egli stesso, ad applicare la misura più idonea in relazione alle circostanze del caso concreto. Misura più idonea, è bene ribadire, che può assumere la forma (in via gradata) della immediata liberazione, della consegna del passaporto o altro documento valido, dell'obbligo di presentazione o di dimora. La costituzione di una garanzia economica adeguata derivante da fonte lecita sembrerebbe dover assumere i connotati della residualità dal momento che, con questa disciplina, incombe, sul migrante, una *probatio diabolica*, quella di dimostrare, in quale maniera risulta di difficile comprensione, l'acquisizione lecita dello *status* patrimoniale allegato.

¹²⁰ Reclamabile, revocabile e ricorribile per Cassazione. Sulla possibilità di applicare il reclamo *ex art.* 739 c.p.c. al decreto che dispone il trattenimento in un CPR, cfr. A.D. DE SANTIS, *op. cit.*

Per M. STANZIOLA, A. PAGLIANO, *Le competenze del giudice di pace in materia di immigrazione e sostanze stupefacenti*, Padova, 2008, 49, «la decisione finale del giudice, seppure emessa in forma di decreto a seguito di procedura camerale, non è revocabile, stante la natura contenziosa del procedimento, essendo viceversa la revoca provvedimento tipico della giurisdizione volontaria». Trattasi di una impostazione assai discutibile in ottica sistematica. L'art. 14, comma 1-*bis*, t.u. imm., infatti, prescrive la revoca (ed anche la modifica) giurisdizionale delle misure meno afflittive della consegna del passaporto, dell'obbligo di dimora e di presentazione. Non si vede per quale motivo un controllo successivo sul provvedimento che dispone la misura detentiva (e più grave) debba essere negato. Il principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* (non richiamato dagli Autori) non avrebbe alcun seguito. Quando la normativa interna disciplina la procedura di convalida nelle forme dell'udienza camerale, il rinvio agli artt. 737 e ss. c.p.c. contempla tutte le disposizioni ivi contenute senza arbitrarie limitazioni.

vo o inosservante della proporzionalità e residualità della custodia in un CPR¹²¹, non si vede per quale motivo le garanzie del migrante irregolare dovrebbero subire un pregiudizio che, si dice, non potrebbe essere risolto dal giudice se non con la (sola) liberazione. Limitare in questo modo i poteri dispositivi del giudice, significa parcellizzare il controllo sulle patologie dell'atto amministrativo. Vizi che, ragionando diversamente, rimarrebbero tali sia nella fase amministrativa pre-convalida sia nella fase, anch'essa amministrativa, successiva all'udienza di convalida e meramente esecutiva del provvedimento custodiale.

Il risultato non cambia qualora si ritenesse preferibile l'applicazione analogica delle misure di cui all'art. 14, comma 1-*bis*, t.u. imm.

Il procedimento di convalida non culmina nel solo provvedimento di ratifica dell'operato dell'amministrazione, bensì nella ratifica e contestuale disposizione della misura (più) adeguata in relazione al fatto storico e relative esigenze cautelari. Dal momento che le situazioni soggettive coinvolte sono le medesime di quelle oggetto della disciplina penalistica ovvero libertà di circolazione e libertà fisica¹²², il principio (formale) di uguaglianza impone il riconoscimento¹²³, in capo al giudice di pace civile, dei medesimi poteri cognitivi e dispositivi di cui gode il giudice per le indagini preliminari al cospetto di un arresto o fermo di indiziato di delitto. D'altronde, se il t.u. imm. attribuisce al questore, sia pure in ipotesi particolari, la possibilità di emanare provvedimenti *lato sensu* coercitivi, non sembra ragionevole una normativa che sottragga tale facoltà all'organo giurisdizionale. Una disparità di trattamento non giustificabile in base al combinato disposto degli artt. 3, primo comma e 13, secondo e terzo comma, Cost. Nell'ordinamento

¹²¹ O, in maniera più radicale, contrastante con i presupposti, per come ricostruiti *retro* al § 2.1, in presenza dei quali applicare il trattenimento. Si pensi come già P. VIRGA, *La potestà di polizia*, Milano, 1954, 61 ss., considerava illegittimi i provvedimenti di polizia elusivi dei requisiti della proporzione e necessità, in un contesto in cui principio fondamentale nella scelta dei mezzi, per l'Autore, era «il minore pregiudizio» alla collettività od al singolo.

¹²² Identificabili, a loro volta, nel concetto unitario di libertà personale. Cfr. Corte EDU, 21 giugno 2011, *Shimovolos v. Russia*, ric. n. 30194/09, § 49, secondo cui tra la libertà fisica e di movimento sussisterebbe una differenza di grado e non anche qualitativa.

¹²³ Sul principio di uguaglianza come norma cardine dell'intero sistema giuridico, cfr. F. GALLO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato e l'interpretazione della legge alla luce della carta costituzionale*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, I, Milano, 1998, 441; ID., *Norme penali e norme eccezionali nell'art. 14 delle «disposizioni sulla legge in generale»*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2001, 13 ss., il quale, efficacemente, sottopone a critica l'*opinio* che esclude *a priori* l'estensione analogica delle norme eccezionali. Sul principio di «uguaglianza giuridica» non come «valore in sé e per sé» ma «giudizio arbitrario, formulato dall'interprete secondo i propri giudizi derivati da opinioni o sentimenti svariatissimi», per tutti, R. SACCO, *op. cit.*, 92-96.

giuridico italiano, infatti, nessuna forma di limitazione o restrizione della libertà personale è ammessa se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria. Risulta, pertanto, difficile comprendere la legittimità costituzionale di una normativa interna che autorizzi la sola pubblica amministrazione e non anche la magistratura, nella figura del giudice della convalida, ad incidere, con l'uso della forza, sulle libertà altrui. Detto altrimenti, nel sistema della libertà personale non vi è spazio per la titolarità esclusiva di poteri coercitivi in capo alle sole forze di polizia in assenza di una correlativa e parallela titolarità degli stessi a favore dell'organo giudiziario¹²⁴. Pena la violazione del principio di riserva di giurisdizione quale sinonimo di delega cognitiva e decisoria, frutto di scelta politica¹²⁵, devoluta alla magistratura il cui elemento differenziale rispetto all'amministrazione, ancora oggi, sembra essere l'indipendenza esterna, ovvero l'irresponsabilità (politica)

¹²⁴ Sulla incostituzionalità di un potere autonomo dell'autorità di sicurezza in materia di libertà personale, cfr. I. CALAMANDREI, *Fermo di polizia e potere di arresto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1975, 816, 822. Nel sistema della libertà personale di cui all'art. 13 Cost. la c.d. riserva di giurisdizione gioca, dunque, un ruolo non indifferente. L'enunciato costituzionale identifica nell'organo giurisdizionale e relativi provvedimenti l'unica fonte valida costituente titolo esecutivo di misure restrittive delle libertà altrui. Ciò presuppone (quantomeno) non solo i medesimi poteri cognitivi e decisorii della pubblica amministrazione bensì anche la possibilità, già in via astratta, di avere a disposizione un arsenale coercitivo, l'idoneità e proporzionalità dei cui strumenti non può che essere valutata, sia pure in un secondo momento in fase di convalida, dall'autorità giudiziaria. Se dunque la disciplina penalistica della convalida delle precautele assurge a parametro ordinario (in quanto di fonte primaria) di legittimità delle convalide di misure amministrative incidenti sulla libertà personale, ciò significa attribuire ai diversi organi giudiziari di volta in volta identificati dal legislatore quali giudici della convalida, le medesime facoltà riconosciute al giudice penale, laddove la normativa di riferimento nulla disponga in tal senso o in modo parziale e riduttivo rispetto alla disciplina penalistica.

¹²⁵ Sul rapporto kelseniano tra potere costituente e norma fondamentale, cfr. le lucide osservazioni di N. BOBBIO, *Sul principio di legittimità*, in ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., 72-74; ID., *Teoria generale del diritto*, cit., 189-195, in cui l'Autore ricorda come «[c]ol problema del fondamento della norma fondamentale usciamo dalla teoria del diritto positivo [...] ed entriamo nella secolare discussione intorno al fondamento o meglio giustificazione in senso assoluto del potere». Il che equivale a sostenere come il fondamento del potere costituente non sia altro che la sua forza politica, autolegittimatasi, in un determinato momento storico. Potere politico, dunque, da intendersi, sempre con le parole di N. BOBBIO, *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Torino, 1999, 105, come potere supremo cioè come potere coattivo. Ecco, pertanto, come l'idea di un binomio necessario tra diritto e forza si presenta come filo conduttore, caratteristica necessaria dell'ordinamento giuridico per chi ritiene, appunto, che unica possibilità per contraddistinguere la giuridicità nel complesso sia il suo accostamento alla teoria della coazione, per come identificata da Bobbio, nel senso, cioè, del diritto non come organizzazione della forza bensì di organizzazione della società mediante la forza.

delle proprie decisioni¹²⁶. L'assenza (*rectius*, l'incostituzionalità) di poteri autonomi di coercizione presuppone, dunque, l'estensione analogica della facoltà di applicare misure obbligatorie non detentive prevista nell'art. 14, comma 1-*bis*, t.u. imm. unicamente in capo al questore, anche al giudice della convalida. Estensione, questa, non ostacolata da pretese norme eccezionali, né da eventuali "precomprensioni" legate ad una ritenuta completezza della disciplina interna, bensì giuridicamente imposta dai principi di uguaglianza formale e di riserva di giurisdizione¹²⁷.

¹²⁶ G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, Milano, 2010, 17, sottolinea come «una teoria netta e precisa, in grado di contrapporre le due funzioni [quella giurisdizionale ed amministrativa] in modo non seriamente discutibile, non è ad oggi ancora stata elaborata». Non è possibile affrontare in questa sede una discussione in merito ai caratteri differenziali dell'amministrazione e della giurisdizione. Preme solo rilevare come l'analisi più approfondita si sia avuta intorno alla c.d. natura giuridica del pubblico ministero, se organo amministrativo di giustizia o magistrato (*tout court*). Sul punto, cfr. E. ALLORIO, *Il Pubblico Ministero nel nuovo processo civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, 212 ss.; G. CORSO, *Il pubblico ministero nel sistema costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 885-893 (specialmente, 888-889); O. DOMINIONI, *Giudice e pubblico ministero. Le ragioni della «separazione delle carriere»*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, Milano, 2006, 2745-2763; R.A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, IV, Torino, 1958, 166-170; A. GAITO, *Natura, caratteristiche e funzioni del p.m. Premesse per una discussione*, in *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, Napoli, 1991, 19 ss.

¹²⁷ Dal testo si evince come la fonte normativa del ragionamento analogico non sia, come vuole la tradizione, l'art. 12, secondo comma delle «disposizioni sulla legge in generale», bensì l'art. 3, primo comma, Cost. Trattare allo stesso modo situazioni sostanzialmente (meglio, strutturalmente) identiche significa estendere il tipo di disciplina previsto per una classe di situazioni ad altre che presentano caratteristiche simili. Interpretazione ed analogia, nel fenomeno applicativo-giudiziale, non rappresentano momenti alternativi ed incompatibili fra loro. Sono espressione di un concetto unitario di interpretazione, appunto, i cui estremi costituiti dal testo e dal sistema vedono come termine medio il contesto che garantisce la rilevanza giuridica di un fatto non direttamente bensì in via analogica. Questo implica il superamento del binomio lacuna-analogia e della *opinio communis* che sottrae le norme eccezionali al procedimento analogico. Per una critica al primo dogma, si veda, da ultimo, N. LIPARI, *Morte e trasfigurazione dell'analogia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1/2011, 1-19; al secondo, invece, il primo N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., 193 ss.; F. GALLO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico*, cit., 440-441; ID., *Norme penali e norme eccezionali*, cit., 13 ss.

4. Note sparse su Hotspot e migranti

La semantica prima di tutto. Accolta la tesi che vuole il diritto e l'ordinamento giuridico come un insieme di norme poste al fine di regolamentare la convivenza pacifica di una comunità sociale mediante l'uso esclusivo della forza, tutto ciò che non rientra nelle qualificazioni operate dal diritto rappresenta semplicemente un fatto¹²⁸ al cospetto del quale i rapporti di potere¹²⁹ tra individui o tra individui ed istituzioni non designano più un'attività legittima, in quanto giuridicamente autorizzata da altre norme del sistema ed esecutiva dei molteplici e predati schemi normativi, bensì una violenza non regolamentata¹³⁰.

La contrapposizione linguistica tra forza e violenza, secondo il modello hobbesiano¹³¹, segna pertanto la linea di confine tra diritto e non-diritto, dunque tra Stato di diritto¹³² e Stato di natura. In altre parole, al di là della forza organizzata in diritto, la violenza intesa come esercizio (quantomeno) fisico su l'altrui sfera di libertà personale, si dimostra una risposta primaria e primitiva alla risoluzione di conflitti od emergenze meramente politiche, di convenienza, in ossequio alla logica della ragion di Stato definita, quest'ultima, come subordinazione dei mezzi, indeterminati e irregolati, ai fini individuati dai titolari del potere statale¹³³. A fronte dello

¹²⁸ In generale sul rapporto tra fatto e diritto, G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962, 190.

¹²⁹ *Potere*, come sottolinea A. CATANIA, *Il problema del diritto e l'obbligatorietà. Studio sulla norma fondamentale*, Napoli, 1991, 8, è un «termine profondamente ambiguo». Ciò non esclude, tuttavia, di definirlo, con N. BOBBIO, *I confini della politica*, in ID., *Teoria generale della politica*, cit., 161, come «la capacità di un soggetto di influenzare, condizionare, determinare il comportamento di un altro soggetto».

¹³⁰ M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R.E. Kostoris, R. Orlandi, Torino, 2006, 20, 47 spec. 58-59; L. FERRAJOLI, *Due ordini di politiche e di garanzie in tema di lotta al terrorismo*, in *Quest. giust.*, 2016, 8; ID., *Principia iuris*, II, Bari, 2007, 498, 506; E. RESTA, *La certezza e la speranza*, Bari, 2006, XVI, 21-24, 28, 54-55, 80. La contrapposizione dicotomica tra diritto e violenza emerge limpidamente anche tra i «non giuristi» come si evince dal famoso carteggio tra Einstein e Freud su cui vedi N. IRTI, *Violenza 'conforme alla legge' (da un carteggio fra Einstein e Freud)*, in *Historiaetius.eu*, 4/2013, 6.

¹³¹ N. BOBBIO, voce *Diritto*, in *Il Dizionario di Politica*, a cura di N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, Torino, 2004, 658.

¹³² Meglio, Stato costituzionale di diritto secondo la definizione teorica di L. FERRAJOLI, *Lo Stato di diritto fra passato e futuro*, in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di P. Costa, D. Zolo, Milano, 2002, 349.

¹³³ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 851.

strumento coercitivo quale dato trasversale al “diritto”¹³⁴ e al “fatto”, la stessa coercizione presenta, dal punto di vista semantico, un diverso significato se riferita, alternativamente, al “diritto” o al “fatto”: forza per quanto riguarda il primo; violenza per il secondo. Stato di diritto, allora, come sinonimo di forza organizzata ed istituzionalizzata. Stato di natura, invece, come violenza *extra-ordinem*, in ragione del principio di effettività¹³⁵.

Risponde a quest’ultima esigenza il c.d. metodo *Hotspot*. Il decreto Minniti, n. 13 del 2017 introduce nel t.u. imm. l’art. 10-ter concernente *Disposizioni per l’identificazione dei cittadini stranieri rintracciati in posizione di irregolarità sul territorio nazionale o soccorsi nel corso di operazioni di salvataggio in mare*. Vengono nominati per la prima volta a livello di legislazione ordinaria i “punti di crisi”, ovvero gli *Hotspot* secondo la terminologia invalsa in senso al Consiglio Europeo con due decisioni particolarmente rilevanti volte ad istituire misure “temporanee” nel settore della protezione internazionale a “beneficio” dell’Italia e della Grecia. Cosa siano questi punti di crisi e quali le scansioni procedurali per l’identificazione dei cittadini stranieri, il decreto Minniti non se ne preoccupa, pur avendo alle spalle i gravissimi fatti relativi alla sentenza di condanna dell’Italia pronunciata dalla Grande Camera della Corte EDU sul caso *Khlaifia*¹³⁶. Per comprendere le linee programmatiche di questo nuovo indirizzo politico risulta indispensabile riportare gli sviluppi *extra-legislativi*, europei ed interni, in cui le strutture immobiliari denominate CPSA (ma non solo) sembrano assumere il ruolo di vero e proprio attore protagonista.

Le decisioni del Consiglio Europeo richiamate disciplinano il c.d. metodo basato sugli *Hotspot*. Una scheda informativa della Commissione europea dell’8 settembre 2015 definisce, in breve, la nuova politica di gestione dei migranti “a favore” dell’Italia e della Grecia. Il sostegno operativo fornito con il metodo *Hotspot* ruota intorno alle operazioni di registrazione, identificazione e rilevamento delle impronte digitali e *debriefing* dei richiedenti asilo e sulle operazioni di rimpatrio. In particolare, viene sollecitata la c.d. procedura di *relocation* che consente il trasferimento dall’Italia, Grecia e Ungheria verso altri Stati membri, delle persone, in «evidente» necessità di protezione internazionale, appartenenti a quelle nazionalità che hanno ottenuto un tasso di riconoscimento di protezione

¹³⁴ Si veda, S. CASTIGNONE, *Appunti su coazione e coercibilità*, in *Mat. stor. cult. giur.*, 1/1987, 41 ss.; M. DOGLIANI, *Il volto costituzionale della sicurezza*, in *Astrid-Rassegna*, 2010, 5-6.

¹³⁵ U. SCARPELLI, *Cos’è il positivismo giuridico* (1965), a cura di A. Catania, M. Jori, Napoli, 1997, 9-10, associa il punto di vista «*tout court* di tipo realistico» al principio di effettività.

¹³⁶ Corte EDU, Grande Camera, 15 dicembre 2016, *Khlaifia and Others v. Italy*, ric. n. 16483/12.

internazionale pari o superiore al 75% secondo i dati EUROSTAT (attualmente Siriani, Eritrei ed Iracheni). Tale procedura di *relocation*, secondo una circolare del Ministero dell'Interno datata 6 ottobre 2015, presuppone l'istituzione di specifici *Hotspot* (Aree di sbarco attrezzate¹³⁷) dove assicurare le operazioni di soccorso, prima assistenza, registrazione e foto-segnalamento di tutti i migranti. Risulta chiara la volontà politica di sollecitare queste procedure in prossimità delle zone "calde" relative agli sbarchi. Nonostante il decreto Minniti abbia riconosciuto nominalmente ciò che altri e diversi documenti definivano *Hotspot* o punti caldi, allo stato attuale manca una normativa di fonte primaria che disciplini un simile *iter*, dovendo l'interprete, per contro, ricercare nella *Roadmap* italiana del 28 settembre 2015 stilata dal Ministero dell'Interno una fonte di cognizione del nuovo paradigma "umanitario". Il c.d. «approccio» *Hotspot* assicura un piano volto a canalizzare gli arrivi in una serie di porti di sbarco selezionati dove vengono effettuate tutte le procedure previste come lo *screening* sanitario, la pre-identificazione, la registrazione, il foto-segnalamento e i rilievi dattiloscopici dei migranti. Le Aree di sbarco attrezzate (*Hotspot*), a partire dal settembre 2015, sono quelle individuate nella zona di Pozzallo, Porto Empedocle e Trapani in Sicilia e l'isola di Lampedusa. A queste vanno aggiunte le strutture di accoglienza in Augusta e Taranto. In ognuno di questi *Hotspot* chiusi sono disponibili strutture di prima accoglienza con una capacità complessiva di 1500 posti. Sul punto giova ricordare che l'art. 10-ter, t.u. imm. identifica queste nuove strutture legate ai punti di crisi, in quelle allestite secondo le direttive del d.l. n. 451 del 1995, convertito dalla l. n. 563 del 1995 e del d.lgs. n. 142 del 2015¹³⁸. In attesa della messa in opera di tali centri sembra pertanto che le operazioni identificative continuino ad essere svolte nei luoghi individuati nella *Roadmap* italiana. A tal riguardo, sempre la *Roadmap* italiana disciplina le procedure identificative all'interno delle strutture *Hotspot*¹³⁹.

¹³⁷ Tradotte, però, nel decreto Minniti con l'appellativo di *punti di crisi*.

¹³⁸ Stante la lacunosità del rinvio, non disciplinando la normativa richiamata alcunché, L. MASERA, *I Centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli Hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del decreto Minniti*, in *Penalecontemporaneo.it*, 10 marzo 2017, si interroga in merito alla concreta predisposizione di questi centri, se a struttura aperta o, per contro, chiusa.

¹³⁹ Nulla di tutto questo dispone, invece, il nuovo art. 10-ter, t.u. imm. Si tratta di una lacuna assolutamente "colpevole", in ultima analisi volontaria, dal momento che la relazione governativa di accompagnamento al disegno di legge n. 2705 presentato il 17 febbraio 2017 al Senato, alla pagina 62, richiama espressamente le procedure identificative fissate nella *Roadmap* italiana. Un chiaro segnale della volontà di non disciplinare la vita negli *Hotspot*, lasciando il compito alla prassi amministrativa, con tutti i rischi

In primo luogo, tutte le persone sbarcate vengono sottoposte a *screening* medico al fine di accertare eventuali problemi sanitari del singolo migrante. Successivamente, funzionari degli uffici immigrazione provvedono ad “intervistare” lo straniero per compilare il c.d. foglio-notizie contenente le generalità, la foto e le informazioni della persona, nonché, e questo è l’aspetto più rilevante, l’indicazione circa la sua volontà o meno di richiedere la protezione internazionale. L’obiettivo di assicurarsi una dichiarazione in merito alla volontà di richiedere la protezione si basa sulla necessità di differenziare le sorti dei (potenziali) richiedenti asilo da quelle dei soggetti irregolari. La richiesta di protezione internazionale, infatti, legittima l’*iter* di *relocation*, creando un doppio binario: uno relativo, appunto, agli stranieri in condizione di assumere lo *status* di richiedenti asilo, un altro, invece, per i c.d. migranti economici, ovvero non rientranti nel tipo dei migranti con protezione internazionale. È facile intuire come da questa prima suddivisione discendano modelli para-normativi dalle diverse conseguenze. Subito dopo la procedura di pre-identificazione, infatti, tutte le persone sono foto-segnalate come CAT 2 (ingresso irregolare) e come CAT 1 (richiedenti asilo). Quest’ultima classificazione è riservata a coloro che manifestano la volontà di richiedere la protezione internazionale i quali, successivamente, dovranno formalizzare la propria intenzione compilando il modello C3 nelle strutture per richiedenti asilo, ovvero i c.d. *regional hubs* presenti sul territorio. In seguito all’espletamento delle attività di *screening* sanitario, pre-identificazione, registrazione e foto-segnalamento (che, secondo la circolare del Ministero dell’Interno di cui sopra, dovrebbero essere garantite nell’arco di 24/48 ore), le persone che richiedono la protezione internazionale vengono trasferite nei diversi *regional hubs* presenti nel territorio nazionale (il cui soggiorno temporaneo, come recita la *Roadmap* italiana, può assumere la durata di due mesi, prorogabile a tre mesi e mezzo in armonia con la Decisione europea sulla *relocation*) mentre gli stranieri irregolari e quelli che non richiedono protezione internazionale subiranno il trattenimento all’interno di un CPR, cui seguirà, di regola, un provvedimento di respingimento.

Gran parte di questi “nuovi” *Hotspot* richiamati dalla *Roadmap* italiana, sono, in realtà, i “vecchi” CPSA (ad esempio quello di Lampedusa e di Pozzallo, ma vi è anche il CPR di Trapani), ovvero, analizzando il caso venuto alle cronache tramite la sentenza della Corte EDU, 1 settembre 2015, *Khlaifia and Others v. Italy*, ric. n. 16483/12, proprio quelle

connessi, ivi fra tutti quelli legati ad ipotesi di trattenimenti posti in essere fuori dagli schemi ordinari contenuti nel t.u. imm., e dunque illegittimi dal punto di vista giuridico.

strutture che si sono manifestate inidonee a funzionare da centri di prima accoglienza e soccorso. Un'inidoneità che, come sottolinea da tempo Luca Masera¹⁴⁰, origina dalla prassi per cui «al di fuori di qualsiasi previsione legale, spesso gli stranieri privi di documenti, dopo l'arrivo in Italia, vengono *trattenuti per diversi giorni* da parte dell'autorità di polizia, senza alcun provvedimento giurisdizionale che ne giustifichi la privazione di libertà, e senza neppure che venga fornita loro alcuna informazione circa le ragioni ed i presupposti legali del trattenimento». Trattasi, dunque, come ha sentenziato la Corte di Strasburgo, di una forma *extra-ordinem* di trattenimento, assolutamente illegale, in quanto disposta, di fatto, senza che alcuna (previa) normativa ne attribuisca la facoltà alle autorità di polizia.

Il t.u. imm., come noto, disciplina il trattenimento dello straniero irregolare all'interno di strutture definite, oggi, come centri di permanenza per i rimpatri. *A contrario*, stante la funzione di prima accoglienza e soccorso sancita all'art. 23 del d.P.R. n. 394 del 1999, i CPSA ed i centri richiamati dall'art. 10-ter, t.u. imm.¹⁴¹, non sono (stati) oggetto di previsione alcuna circa forme prolungate di misure detentive, sottoposte, per di più, a convalida giurisdizionale. La situazione rischia (ma il pericolo non è più attuale, essendosi, oramai, manifestato in un danno concreto, in lesione effettiva dello *status* di persona umana) di assumere le dimensioni di una "aporia eurounitaria" in cui alla sostituzione nominalistica, da CPSA (o CPR) in *Hotspot*, non ha fatto seguito un reale cambiamento di indirizzo politico.

Non potendo analizzare nel dettaglio le criticità del nuovo art. 10-ter del t.u. imm., soffermeremo l'attenzione su due punti a nostro avviso particolarmente rilevanti. In primo luogo, la rubrica dell'articolo in esame parla espressamente della identificazione dei cittadini stranieri *rintracciati* in posizione di irregolarità sul territorio nazionale o soccorsi nel corso di operazioni di salvataggio in mare. Quando poi lo sguardo cade sulla disposizione del primo comma, emerge con tutta evidenza una sfasatura dalle chiare problematiche di disciplina. Il testo infatti si riferisce esclusivamente allo straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare. A prima vista la rubrica sembrerebbe prevedere l'identificazione di *qualunque* straniero irregolare con una inevitabile sovrapposizione tra la disciplina ordinaria del t.u. imm. e la (non)disciplina degli *Hotspot*. Ma il primo comma restringe l'ambito

¹⁴⁰ L. MASERA, *Il 'caso Lampedusa': una violazione sistemica del diritto alla libertà personale*, in *Dir. um. dir. int.*, 1/2014, 90, e prima ancora ID., *Stranieri irregolari e misure detentive*, cit., 89 ss.

¹⁴¹ Nonostante la normativa di riferimento sia assolutamente indeterminata e lacunosa.

applicativo della nuova disciplina alle (sole) zone di frontiera. Questo significa, allora, che il decreto Minniti, in combinato con le circolari del Ministero dell'Interno, introducendo (nominalmente) gli *Hotspot*, ha dato vita ad un sistema parallelo di identificazione degli stranieri valevole unicamente per le zone di frontiera¹⁴². Di conseguenza, avremo discipline, in parte diverse per gli stranieri in prossimità degli sbarchi o rintracciati in posizione di irregolarità lungo le frontiere, soprattutto per i non richiedenti asilo, e per i restanti stranieri, quelli, cioè, non individuati nelle zone limitrofe alla frontiera o in prossimità degli sbarchi. Quali le differenze? Su tutte spicca, senza dubbio, la direttiva della circolare del Ministero dell'Interno sul trattenimento dello straniero non richiedente asilo. Come abbiamo visto, in questo caso, fermo il disposto del terzo comma dell'art. 10-ter, t.u. imm., la *Roadmap* italiana impone il trasferimento coatto presso un CPR per il seguito degli accertamenti. È di palmare evidenza il maggior aggravio rispetto alla disciplina "ordinaria" non solo secondo quanto emerge dalla prassi applicativa bensì anche dalla proposta avanzata in queste pagine circa la "nuova sistemazione" del materiale normativo già a disposizione degli organi amministrativi e giurisdizionali interessati. Siamo al cospetto, infatti, di un *iter* decisamente antinomico rispetto agli *input* della Direttiva europea 2008/115/CE che obbliga gli Stati membri, con riguardo al trattenimento dello straniero, a rispettare i principi di necessità e proporzionalità della misura detentiva. In altri termini, stante la possibilità di interpretare la normativa interna conformemente alla disciplina europea, il passaggio diretto dalla frontiera al CPR elude le garanzie del cittadino di Paese terzo irregolare, inibendo, già in astratto, l'eventuale adozione di misure meno afflittive e più graduate, che in ogni caso non ostacolano la pubblica sicurezza negli accertamenti identificativi richiamati dalla normativa interna e sovranazionale.

Lascia allora perplessi il fatto che il Governo italiano, in nome di quella

¹⁴² Ciò trova conferma, a nostro avviso, nel secondo comma dell'art. 10-ter, t.u. imm. che estende le operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletica anche nei confronti degli stranieri rintracciati in posizione di irregolarità sul territorio nazionale. In questo senso sembrerebbe allora abrogata la norma ricavabile dall'art. 6, comma 4, t.u. imm., che prevede i rilievi dattiloscopici in via meramente eventuale «qualora vi sia motivo di dubitare della identità personale dello straniero». *A contrario*, stante la diversa disciplina riservata allo straniero nella zona di frontiera rispetto a quella "ordinaria" per i soggetti rintracciati *aliunde*, deve intendersi circoscritto a questi ultimi solamente il disposto del secondo e terzo comma dell'art. 10-ter, t.u. imm. e non anche (tutto) ciò che prevede la *Roadmap* italiana, implicitamente richiamata come riempitivo della formula di cui al primo comma.

emergenza “umanitaria” sistematicamente invocata nel caso *Khlaifia*¹⁴³, non abbia sentito la necessità quantomeno di avviare le procedure per derogare le norme della CEDU e di conseguenza il controllo giurisdizionale della Corte europea in base a quanto disposto dall’art. 15 della Convenzione¹⁴⁴.

Ma, in ipotesi, una eventuale deroga, limitatamente all’art. 5 CEDU, sarebbe apparsa legittima, cioè autorizzata nell’*an*? Dai precedenti sul punto, la risposta sembra negativa.

Eludendo il fenomeno della guerra, non potevano, e non possono tutt’ora, considerarsi sussistenti gli estremi della pubblica emergenza in grado di minacciare la vita della nazione, solo per la mole degli sbarchi nell’Isola di Lampedusa. Gli elementi costitutivi dello stato “convenzionale” d’eccezione rilevanti *ex art.* 15 CEDU, secondo quanto confermato dalla Corte EDU nel noto caso greco¹⁴⁵, non potevano ritenersi sussistenti. Non così, il pericolo attuale ed imminente i cui effetti coinvolgono l’intera nazione. Situazione di pericolo o di crisi da intendere come vera e propria eccezione o *breakdown* costituzionale¹⁴⁶ in presenza della quale le misure o restrizioni autorizzate dalla Convenzione per il mantenimento della pubblica sicurezza, della salute e dell’ordine appaiono *chiaramente*¹⁴⁷ inadeguate. Non così, infine, la minaccia alla vita organizzata dello Stato italiano. In altri termini, il concetto di pericolo pubblico che minaccia la vita della nazione, interpretato sistematicamente con le altre norme della Convenzione, rappresenta (meglio, deve rappresentare) una situazione *qualitativamente* simile alla guerra¹⁴⁸, per come richiamata dall’art. 15 CEDU. Il fatto che nell’economia dell’articolo non sia stata utilizzata

¹⁴³ Corte EDU, Grande Camera, 15 dicembre 2016, *Khlaifia and Others v. Italy*, cit., § 150-151 e “confermata” dalla Corte al § 180.

¹⁴⁴ Sul punto, P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e principi fondamentali*, in *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, Torino, 2006, 265 ss.; G. CATALDI, *Art. 15*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Padova, 2001, 425 ss.; ID., *Art. 15*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 555 ss.; ID., *Le deroghe ai diritti umani in stato di emergenza*, in *La tutela internazionale dei diritti umani*, a cura di L. Pineschi, Milano, 2015, 753 ss.

¹⁴⁵ Rapporto della Commissione europea dei diritti umani del 5 novembre 1969, in *hudoc.echr.coe.int*. Sul punto, S. BUZZELLI, *Art. 15*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, 322; G. CATALDI, *Art. 15*, cit., 426 ss.

¹⁴⁶ A.J. PALMA, *L’art. 15 della Cedu e la regola del silenzio: sessant’anni di (carente) applicazione dello stato di eccezione*, in *Rivistaoidu.net*, 1/2017, 487.

¹⁴⁷ *Plainly*, secondo la terminologia della Corte EDU.

¹⁴⁸ G. CATALDI, *Art. 15*, cit., 567; ID., *Art. 15*, cit., 434, in chiave di necessità assoluta: «lo Stato si deve trovare nella impossibilità di fronteggiare la situazione con misure meno severe».

un'espressione del tipo «o per altra causa»¹⁴⁹ in grado di coprire qualsiasi situazione di fatto con caratteristiche strutturali autonome dalla guerra ed avendo voluto i compilatori specificare, per contro, in relazione all'altro pericolo la necessaria inerenza di questo ad una minaccia alla vita della nazione, legittima la tesi che intende questo *altro* pericolo come un pericolo della stessa portata e dunque analogo alla guerra¹⁵⁰. Questo comporta, allora, stante la gravità delle situazioni disciplinate nell'art. 15 CEDU, l'impossibilità giuridica, non certo logica, di ammettere ipotesi tacite di deroga "convenzionale", ricavandosi dal combinato dell'art. 15 CEDU l'esigenza di una comunicazione al Segretario generale del Consiglio d'Europa sulle misure prese e sui motivi che le hanno determinate e pertanto la necessità di una vera e propria deroga *nominata*, non ricavabile per via interpretativa dagli operatori nazionali¹⁵¹ e sovranazionali¹⁵².

Argomentando sempre per ipotesi, una eventuale deroga alla Convenzione su impulso del Governo questa volta secondo le procedure descritte all'art. 15 CEDU, potrebbe avere delle conseguenze sui diritti costituzionalmente tutelati? In altri termini, una sospensione legittima¹⁵³ della Convenzione europea implica *per ciò solo* la sospensione della Costituzione? Nonostante autorevoli voci contrarie¹⁵⁴, ancora una volta la risposta deve essere negativa¹⁵⁵.

Detto brutalmente, nessuna relazione intercorre tra gli artt. 15 CEDU e 117 Cost. ricoprendo, le norme convenzionali, il ruolo di (mero) parametro interposto nel giudizio di costituzionalità della legislazione interna, stante

¹⁴⁹ Si pensi, ad esempio, alla formulazione dell'art. 82 c.p. su cui, per tutti, M. TRAPANI, *op. cit.*, 111 ss.

¹⁵⁰ Tralasciando la questione su ciò che debba intendersi per "guerra". Da ultimo, G. DE VERGOTTINI, *Guerra, difesa e sicurezza nella costituzione e nella prassi*, in *Rivistaaic*, 2/2017, 3 ss.

¹⁵¹ Ovviamente diversi da quelli che proclamano lo stato convenzionale d'eccezione.

¹⁵² G. CATALDI, *Le deroghe ai diritti umani in stato di emergenza*, cit., 758, correttamente rileva come nessuna forma specifica sembra essere imposta allo Stato che adotti la deroga. «Tuttavia, una comunicazione di deroga è sempre indispensabile per la sospensione dei diritti garantiti». In altri termini, se non è consentita una sospensione o deroga ai diritti, ciò vuol dire che rimangono valide ed efficaci le limitazioni agli stessi stabilite dalla Cedu (ad es. quelle previste all'art. 5).

¹⁵³ Sul controllo di legittimità delle deroghe *ex art.* 15 Cedu, cfr. G. CATALDI, *Art. 15*, cit., 432 ss.

¹⁵⁴ G. CATALDI, *Art. 15*, cit., 561-562; ID., *Art. 15*, cit., 440; G. DE VERGOTTINI, *Nuovi profili della guerra e rapporti parlamento-governo*, in *Rivista di studi politici internazionali*, 3/2002, 397 (ma lo scritto precede le sentenze gemelle della Corte cost., 22 ottobre 2007, nn. 348 e 349).

¹⁵⁵ P. CARNEVALE, *Emergenza bellica e sospensione dei diritti costituzionalmente garantiti. Qualche prima considerazione anche alla luce dell'attualità*, in *Giur. cost.*, 2002, 4520 ss.

il rinvio mobile¹⁵⁶ operato dall'art. 117, primo comma, Cost., ed avendo natura e rango ordinario¹⁵⁷, sia pur dotato di particolare "resistenza"¹⁵⁸, per ciò che interessa il restante tipo di disciplina. Questo significa che nel persistente silenzio della norma fondamentale sugli stati d'eccezione, qualsiasi deroga alla Costituzione per via ordinaria è assolutamente inibita, anche in nome di una presunta "necessità" od emergenza istituzionale intesa come fonte *extra-ordinem* in grado, comunque, di condizionare la produzione normativa di un determinato sistema¹⁵⁹. Di conseguenza, eludendo il fenomeno della "necessità" di per sé fuori da un certo diritto positivo storicamente dato e pertanto non suscettibile di controllo alcuno, specie giurisdizionale, può il Governo per ragioni "umanitarie" apportare deroghe ai diritti riconosciuti e tutelati in costituzione con le forme del decreto-legge? Se così fosse, la legittimità del c.d. decreto Minniti dovrebbe considerarsi salva, almeno in astratto sotto il profilo dell'*an*. Ancora una volta la risposta è negativa. In assenza di una norma costituzionale sugli stati d'eccezione, sospensioni o deroghe¹⁶⁰ ai diritti inviolabili sono

¹⁵⁶ Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 349, § 6.2.; ID., 16 novembre 2009, n. 311, § 6.

¹⁵⁷ Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 349, § 6.1.; ID., 30 novembre 2009, n. 317, § 7. Ogniquale volta vi sia un contrasto tra norma interna e norma convenzionale, a risultare violato è il precetto dell'art. 117, primo comma, Cost. (Corte cost., 16 novembre 2009, n. 311, § 6). Pertanto l'espressione norme interposte non designa un nuovo livello nella gerarchia delle fonti, intermedio tra la legge ordinaria e la costituzione (così, invece, Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 348, § 4.5., correttamente smentita dalle sentenze successive) ma qualifica dal punto di vista nominalistico il ruolo delle norme che riempiono di contenuto il disposto dell'art. 117, primo comma, Cost., la cui natura giuridica discende dalla legge interna di adattamento (Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 349, § 6.1.), nel nostro caso ordinaria e non certo costituzionale, non avendo fonte, le norme internazionali pattizie, nell'art. 11 Cost. o nell'art. 10 Cost. che dispone l'adattamento automatico del sistema italiano alle «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute».

¹⁵⁸ Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 348, § 4.3.

¹⁵⁹ C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1979, 154-155; C. MORTATI, voce *Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, § 36; ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975, 317-318; ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 714-716; S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Riv. dir. pubbl. e pubbl. amm.*, 1/1909, 254-255, 257. Nel senso del testo, per tutti, L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 106; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 241; ID., *Diritto costituzionale*, Padova, 1995, 597-598.

¹⁶⁰ A ben vedere, non si avrà (quasi) mai una mera sospensione bensì sospensione e contestuale deroga, dal momento che la deroga presuppone un nuovo intervento normativo mentre la sospensione uno stato di quiescenza. F. MODUGNO, D. NOCILLA, voce *Stato d'assedio*, estratto dal *Noviss. Dig. it.*, 1970, 29, scrivono, in questo caso, di una «contemporanea creazione di un diverso modo di disciplinare la fattispecie».

inammissibili, risultando costituzionalmente illegittima la normativa interna, di rango ordinario ivi compresa quella che rimanda a documenti di natura secondaria, che di fatto disciplina determinate “materie” secondo modalità alternative rispetto alle metanorme costituzionali¹⁶¹. In ultima analisi, l'unica via attualmente consentita rimane quella indicata dall'art. 138 Cost.¹⁶², dovendosi escludere pertanto sospensioni o deroghe sia per il tramite dell'art. 77 Cost.¹⁶³ dal momento che, già dal punto di vista semantico, la *necessità* e l'*urgenza* richiamate nulla hanno a che vedere con gli *stati d'eccezione* o *d'emergenza* intesi, genericamente, come rotture dell'assetto costituzionale¹⁶⁴, sia per il tramite dell'art. 78 Cost. applicato analogicamente a situazioni strutturalmente simili allo stato di guerra, come storicamente è avvenuto, ad esempio, per lo stato d'assedio, non potendo qualificarsi le zone di frontiera¹⁶⁵ come territori assediati dagli sbarchi in ragione di ciò che potrebbe senz'altro prendere il nome di stato d'assedio umanitario¹⁶⁶.

¹⁶¹ L. FERRAJOLI, *La democrazia costituzionale*, in *Revus* (Online), 2012, 99 ss.; A. PERTICI, *Terrorismo e diritti della persona*, in *Quest. giust.*, 2016, 35, 39; F. VARI, *Necessitas non habet legem? Alcune riflessioni*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, 204. *Contra*, oltre alla dottrina richiamata nella nota 159, C. ESPOSITO, voce *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 834 ss.; P. PINNA, voce *Crisi costituzionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Torino, 1989, § 4.

¹⁶² L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 240; ID., *Diritto costituzionale*, cit., 597-598.

¹⁶³ Non potendo intendersi, come vorrebbe C. MORTATI, voce *Costituzione dello Stato*, cit., § 36, l'espressione «forza di legge» contenuta nell'art. 77 Cost. come sinonimo di forza di legge costituzionale. Sul punto, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 240.

¹⁶⁴ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 106, che distingue lo stato d'eccezione o d'emergenza dalle leggi eccezionali.

¹⁶⁵ F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano, 1988, 516, riferiscono lo stato di crisi/emergenza anche alla integrità del territorio; S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio*, cit., sia pure in tempi antecedenti la costituzione, sviluppa le sue argomentazioni sulla necessità e lo stato d'assedio come fonti *extra-ordinem*, in merito al terremoto di Messina e Reggio Calabria del 1909.

¹⁶⁶ Non diversa è la situazione per le emergenze dichiarate secondo la legge istitutiva della Protezione civile n. 225 del 1992, sistematicamente invocate anche e soprattutto per il tema dell'immigrazione, dal momento che le deroghe alla normativa primaria debbono comunque tenere conto dei «principi generali dell'ordinamento giuridico» (art. 5, comma 2). In sintesi, parafrasando Corte cost., 5 aprile 1995, n. 127, § 2, «la legge sulla protezione civile deve essere comunque interpretata *secundum ordinem* in modo da scongiurare qualsiasi pericolo di alterazione del sistema delle fonti», ivi incluso il rispetto delle riserve assolute di legge (Corte cost., 23 maggio 1961, n. 26, § 5; ID., 3 maggio 1987, n. 201, § 5). Ciò a riprova del fatto che, almeno per quanto riguarda la sfera della libertà personale, deroghe ai diritti inviolabili costituzionalmente tutelati non sono giuridicamente ammesse nel diritto interno. Cfr. G. MARAZZITA, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, in *Forumcostituzionale.it.*, 50.

Stato di emergenza, inoltre, richiamato solo nominalmente ma non certo dal punto di vista contenutistico, dall'art. 18 della Direttiva 2008/115/CE che, ad esempio, autorizza lo Stato membro ad accordare per il riesame giudiziario del trattenimento periodi superiori a quelli previsti dall'art. 15 della Direttiva non prevedendo, per ciò solo ed in ogni caso, deroghe al controllo giurisdizionale sui provvedimenti limitativi della libertà personale¹⁶⁷.

Questo significa, allora, che gli stati d'eccezione o d'emergenza, ivi compresi quelli "umanitari", si pongono fuori dal diritto italiano vigente, rappresentando, a ben vedere, forme di "non-diritto" o di diritto illegittimo¹⁶⁸, inoltre consumando un "regresso" ad un vero e proprio Stato di natura in cui dalla forza organizzata ed istituzionalizzata si passa inevitabilmente alla primitiva violenza, sregolata, dell'uomo sull'uomo. Come nel caso *Khlaifia*.

¹⁶⁷ Similmente a quanto prescrive l'art. 111, settimo comma, Cost., altra norma che sembra confermare l'assunto che vuole le deroghe alla costituzione limitate solo ed esclusivamente allo stato di guerra.

¹⁶⁸ In realtà i provvedimenti *extra-ordinem*, come quelli che proclamano lo stato d'eccezione in Italia con sospensione e deroga della Costituzione, si atteggiano a *diritto illegittimo*, perché contrastano con le metanorme costituzionali sulla produzione e sul riparto delle competenze, e, contestualmente, a *non-diritto* in quanto, nel silenzio della costituzione, non sono oggetto di relativa qualifica. Essendo, infatti, il diritto solo ed esclusivamente un insieme di proposizioni linguistiche a funzione qualificatoria, tutto ciò che non rientra negli schemi tipici di una norma è, per definizione, fuori dal sistema giuridico. In altri termini, qualsiasi fattore *extra-ordinem* in grado di produrre norme secondo modi *diversi* da quelli autorizzati all'interno di un ordinamento giuridico storicamente dato si pone come diritto illegittimo e, al contempo, come non-diritto idoneo, però, ad instaurare, un nuovo ordinamento (si pensi alla rivoluzione, al colpo di Stato, ecc.) ovvero ad apportare, ad assetto formale invariato, mutamenti nella c.d. costituzione materiale (si pensi al caso della necessità, in generale, o alla mortatiana necessità istituzionale in particolare).

Ludovica Alfani

Il diritto alla salute degli stranieri: un difficile equilibrio tra diritto alla cura, principio di non discriminazione ed esigenze di sicurezza

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive – 2. Lo *status* costituzionale dello straniero – 2.1. Le proposte di ricostruzione sistematica – 2.2. L'orientamento della giurisprudenza costituzionale – 3. Il diritto alla salute nella Costituzione italiana come diritto fondamentale della persona – 4. La normativa nazionale in materia di assistenza sanitaria agli stranieri – 4.1. L'art. 34 del d.lgs. n. 286 del 1998: assistenza per gli stranieri iscritti al Servizio sanitario nazionale – 4.2. L'art. 35 del d.lgs. n. 286 del 1998: assistenza per gli stranieri non iscritti al Servizio sanitario nazionale – 5. La prospettiva della sicurezza e dell'ordine pubblico. L'assistenza sanitaria all'interno dei “nuovi” CPR – 5.1. La responsabilità penale per omissione del gestore del CPR – 6. L'inespellibilità dello straniero bisognoso di cure – 7. Considerazioni conclusive

1. *Considerazioni introduttive*

La presenza sempre più massiccia di immigrati extracomunitari nel nostro Paese ha posto i servizi sociosanitari di fronte al difficile compito di rispondere alle richieste di cura di popolazioni provenienti da un diverso universo culturale e linguistico.

I problemi suscitati in campo sanitario dalla presenza di immigrati stranieri non riguardano solo l'efficienza della risposta istituzionale complessiva, ma anche le capacità dei singoli operatori sociosanitari di instaurare un dialogo terapeutico, essenziale per assicurare l'efficacia di ogni atto di cura.

La distanza culturale diventa infatti particolarmente apprezzabile in campo sanitario per la difficoltà sia di accedere ai servizi, dovuta in particolare a barriere burocratiche e linguistiche, sia di costruire una relazione fiduciaria tra medico e paziente quando non si condividono i modelli di interpretazione relativi alla salute e alla malattia.

Queste problematiche se, da un lato, hanno comportato grandi disagi organizzativi, dovuti soprattutto alla scarsa capacità di recepire i bisogni di una popolazione in transito, dall'altro non hanno impedito di ricavare

comunque degli spazi in cui quegli stessi bisogni hanno trovato una qualche forma di risposta.

Del resto l'osservazione sull'evoluzione dei flussi migratori porta a ritenere l'immigrazione da Paesi extracomunitari un fenomeno duraturo e di dimensioni crescenti, che porterà in un immediato futuro ad una stabilizzazione delle popolazioni immigrate¹. Ciò comporta, tra l'altro, la necessità di farsi carico dei loro bisogni sanitari, anche al fine di favorirne l'integrazione.

L'esigenza di una tutela del diritto alla salute dello straniero risulta connotata da profili di ulteriore criticità quando l'ordinamento è chiamato a confrontarsi anche con esigenze di sicurezza, derivanti, in particolare, dalla presenza irregolare dello straniero sul territorio dello Stato.

Si tratta quindi di verificare anzitutto l'ampiezza riconosciuta al diritto alla salute dello straniero nell'ordinamento italiano, per poi chiarire se e in che modo lo stesso subisca torsioni o compressioni al cospetto di esigenze securitarie.

2. *Lo status costituzionale dello straniero*

A causa della molteplicità e della varietà di fonti che si intersecano e si sovrappongono nella disciplina della condizione giuridica dello straniero, risulta assai difficile identificare degli elementi comuni a partire dai quali proporre una definizione sufficientemente unitaria dello *status* costituzionale che lo caratterizza².

Si è infatti assistito, soprattutto negli ultimi anni, ad un aumento quantitativo delle fonti normative che con diversa efficacia e a diverso livello – interno, internazionale e sovranazionale – definiscono i singoli elementi di tale *status*. Tale complessa disciplina, per quanto assai frammentaria, ha contribuito progressivamente, a dare attuazione, rivestendole di un più concreto contenuto normativo, alle disposizioni costituzionali che fissano

¹ Valga per tutti il rinvio al resoconto dell'intervento dell'On. Angelino Alfano (allora Ministro dell'Interno), *Immigrazione: improprio parlare di emergenza, è fenomeno strutturale*, in www.interno.gov.it, 15 luglio 2015 (ultimo accesso 12.04.2017). Sul punto cfr. anche la proposta presentata dalla Commissione europea il 20 aprile 2015 e la Risoluzione adottata in data 29 aprile 2015 dal Parlamento europeo, in www.europarl.europa.eu (ultimo accesso 12.04.2017).

² In tema di *status* costituzionale dello straniero, per tutti, V. ONIDA, *Lo Statuto costituzionale del non cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, 2010, 3 ss.

alcuni principi fondamentali in materia di trattamento degli stranieri³.

La ricostruzione sistematica di tale coacervo di norme non consente tuttavia di risalire ad una nozione unitaria di straniero, cui sia riferibile un complesso di diritti e di doveri sufficientemente determinato. Le diverse figure giuridiche che vengono genericamente ricondotte al termine di straniero sembrano infatti essere caratterizzate da un solo dato comune: l'assenza, in capo al soggetto, della qualità di cittadino italiano. Ciò è sovente fonte di equivoci e contraddizioni, in quanto si tende talvolta a sovrapporre e a confondere situazioni giuridiche soggettive differenti, che danno luogo a sfere più o meno ampie di diritti e obblighi, che offrono garanzie più o meno accentuate⁴.

Si tratta di un'ambiguità che, del resto, sembra rinvenirsi già a livello costituzionale.

In Italia, come è noto, solo a partire dalla metà degli anni '70 è iniziato un fenomeno di immigrazione significativo, reso possibile anche dal fatto che, tra i Paesi industrializzati, fosse uno di quelli di più facile ingresso. La sostanziale carenza dei flussi migratori nella prima metà del Ventesimo secolo ha certamente influito sulla scrittura della Carta costituzionale e sull'evoluzione dell'ordinamento legislativo. La Costituzione, infatti, non affronta in modo netto né la questione della posizione giuridica dello straniero né il riconoscimento nei suoi confronti dei diritti costituzionalmente tutelati. Il problema all'epoca non era sentito e non poteva essere altrimenti: l'Italia era un Paese di emigrazione e la preoccupazione dei costituenti fu piuttosto quella di tutelare i lavoratori italiani all'estero (art. 35, quarto comma Cost.)⁵.

Ben si comprende, allora, come mai le disposizioni costituzionali relative ai diritti non facciano espresso riferimento allo straniero nel delineare l'ambito soggettivo di applicazione delle norme. La parola straniero compare solo nell'art. 10 Cost., in cui si riserva alla legge la disciplina della condizione giuridica dello stesso, in conformità delle norme e dei trattati internazionali (art. 10, secondo comma Cost.).

³ E. GROSSO, voce *Straniero* (status costituzionale dello), in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, 1999, 158.

⁴ *Ibidem*. A tale conclusione perviene anche B. NASCIMBENE, *Lo straniero nel diritto italiano*, Milano, 1988, 8 ss.

⁵ Cfr. C. CORSI, *Lo stato e lo straniero*, Padova, 2001, 59; nonché P. BELLOCCHI, R. STAIANO, *Lo status giuridico degli immigrati extracomunitari tra repressione e legalizzazione del lavoro irregolare*, in *Immigrazione e integrazione. Dalla prospettiva globale alle realtà locali*, II, a cura di F. Rimoli, Napoli, 2014, 33-35.

2.1. *Le proposte di ricostruzione sistematica*

La dottrina italiana dal canto suo è divisa sulla definizione dello statuto costituzionale dello straniero nel nostro ordinamento.

Di gran lunga prevalente è l'orientamento che ritiene non decisivo l'argomento letterale offerto dalle disposizioni costituzionali⁶. In proposito si è detto che non solo il criterio letterale non è «applicabile riguardo alle disposizioni formulate senza specifico riferimento ad alcuna categoria di destinatari (come gli artt. 13, 14, 15, 41, 42)»⁷ ma che, più in generale non vi sono elementi da cui ricavare con sufficiente chiarezza che all'uso dell'uno o dell'altro termine corrisponda sempre una precisa volontà rivolta a determinare la cerchia dei destinatari delle singole norme⁸.

Sulla base di questo approccio interpretativo c'è chi ha sostenuto che «dall'inerenza dei diritti inviolabili in capo alla persona, in quanto tale, discende [...] il riconoscimento di essi anche nei confronti degli stranieri, a meno che disposizioni dello stesso testo costituzionale non ne limitino espressamente il godimento solo ai cittadini»⁹. Per quei diritti che la Costituzione riferisce espressamente ai cittadini si deve ritenere che gli stessi possano essere riconosciuti dal legislatore ordinario anche agli stranieri, senza però che tale estensione sia costituzionalmente garantita¹⁰. In questo quadro l'art. 10 Cost. interviene come rafforzamento del trattamento stesso dello straniero, in quanto fissa l'obbligo, per lo Stato italiano di dare esecuzione a quelle convenzioni di diritto internazionale che ne favoriscano la tutela¹¹.

⁶ In questo senso M.C. LOCCHI, *I diritti degli stranieri*, Roma, 2011, 94 ss., la quale riconduce a vario titolo in questo orientamento le opinioni di A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, 23; E. GROSSO, voce *Straniero*, cit., 163 ss.; U. ALLEGRETTI, *Costituzione e diritti cosmopolitici*, in *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, a cura di G. Gozzi, Bologna, 1997, 182 ss.; M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana*, Padova, 1997, 168 ss.

⁷ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 1153.

⁸ *Ibidem*.

⁹ A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1975, 116.

¹⁰ *Ivi*, 116-117.

¹¹ *Ivi*, 116: «da questa premessa discende il riconoscimento costituzionale anche per gli stranieri delle libertà di manifestazione di pensiero, di stampa, di domicilio, di comunicazione e di professione religiosa, nonché della libertà personale [...]. Rimane affidata invece al legislatore ordinario la tutela della libertà di circolazione e soggiorno e delle libertà di riunione e associazione, espressamente garantite dagli artt. 16-18 ai soli cittadini».

Si afferma, sempre nella stessa linea interpretativa, che l'art. 2 Cost. riconosce l'esistenza di un nucleo comune di situazioni giuridiche soggettive garantite sia ai cittadini che agli stranieri¹², con la conseguenza per cui laddove siano positivamente individuabili nell'ambito stesso della Costituzione quelli che sono definiti come diritti inviolabili dell'uomo si realizza, per le due categorie di destinatari, una situazione oggettiva di (parziale) eguaglianza. L'assunzione a parametro dell'art. 2 Cost. fonda, pertanto, un minimo comune trattamento tra cittadini e stranieri, in termini di eguaglianza con riferimento ad una certa sfera giuridica risultante dalla specificazione dei successivi precetti; oltre quei limiti una più ampia equiparazione delle due categorie di soggetti potrebbe essere disposta dal legislatore, ma essa non sarebbe costituzionalmente garantita, così come, non sarebbe dalla Costituzione nemmeno preclusa¹³.

In quest'ottica il problema si sposta dunque sui limiti entro i quali il legislatore sarebbe libero di estendere certi diritti ai non cittadini, valorizzando in tal senso la natura della posizione giuridica tutelata¹⁴.

Sarebbero tre le situazioni prospettabili nei confronti dello straniero: di assoluta esclusione di quei diritti per loro stessa natura inerenti alla qualità di cittadino ed, in modo tipico, di tutti i diritti politici (*activae civitatis*); di necessario riconoscimento, in condizioni di parità con i cittadini, dei diritti che riguardano la tutela delle esigenze essenziali alla condizione umana (e pertanto di quelli di cui agli artt. 13, 14, 15, 19, 21, primo comma, 32, 33 Cost.); di discrezionale attribuzione dei diritti residui, con quelle limitazioni che possano rendersi necessarie a tutela della sicurezza o del buon costume¹⁵.

La tesi minoritaria fondata sulla concezione della Costituzione come «fatto politico, che vale, in linea di principio, per i soli cittadini», sottolinea,

¹² G. D'ORAZIO, *Effettività dei diritti e condizione dello straniero*, in *Dir. soc.*, 2/1973, 957-958.

¹³ *Ibidem*. Sul punto v. anche U. ALLEGRETTI, *op. cit.*, 192 secondo cui fermo restando l'area dei diritti fondamentali garantita dall'art. 2 Cost., la condizione dello straniero, per il resto, è regolabile con legge conformemente al diritto internazionale generale e agli accordi sottoscritti dall'Italia, anche in difformità da quella del cittadino e purché sia osservata la ragionevolezza delle eventuali diversità di trattamento. Questo confinamento dell'art. 10, secondo comma Cost. in un ambito residuale comporta che le norme dei patti internazionali costituiscano elemento interpretativo ed integrativo diretto del complesso dei principi fondamentali della Costituzione, per cui è assicurata in Italia la loro vigenza immediata in virtù dell'art. 2 Cost., ed insieme è garantita la funzione supplementare, rispetto ad esse, da parte delle norme direttamente contenute nella Costituzione italiana, in quanto più stringenti nella garanzia dei diritti.

¹⁴ E. GROSSO, voce *Straniero*, cit., 162.

¹⁵ C. MORTATI, *op. cit.*, 1154.

al contrario, che l'art. 3 Cost. riguarda formalmente i soli cittadini; sarebbe pertanto la stessa Costituzione ad ammettere che la cittadinanza possa giocare un ruolo diversificante nella disciplina delle situazioni giuridiche soggettive: in questa prospettiva la condizione giuridica dello straniero viene rimessa alla disciplina della legge ordinaria, in conformità delle norme e dei trattati internazionali, secondo quanto stabilito dall'art. 10 Cost.¹⁶.

Le due teorie parrebbero, su un piano meramente logico-testuale, parimenti configurabili¹⁷: se da un lato, infatti, si comprende il punto di vista di chi coglie nell'art. 10 Cost. la norma chiave per ricostruire la condizione giuridica dello straniero, dall'altro lato parimenti apprezzabile è la posizione di coloro che valorizzando l'art. 2 Cost. ribadiscono l'inerenza dei diritti inviolabili alla persona in quanto tale, indipendentemente dal possesso della cittadinanza.

2.2. *L'orientamento della giurisprudenza costituzionale*

Muovendo da una lettura unitaria dei principi ricavabili dagli artt. 2, 3 e 10 Cost.¹⁸, la giurisprudenza costituzionale è attestata sulla tesi per la quale «se è vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini¹⁹, è

¹⁶ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1990, 144-145. A questa ricostruzione aderiscono anche N. AMODIO, *Espulsione e diritti dello straniero*, in *Giur. cost.*, 1/1987, 3322; G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2000, 624 ss.: «qui interessa ribadire che quando la Costituzione dice espressamente "tutti" bisogna intendere questa espressione alla lettera, sia perché, nei casi in cui la Costituzione dice così, vengono garantiti diritti che dalla rivoluzione francese in poi sono stati e vengono considerati universalmente propri di ogni uomo e quindi indipendenti dalla cittadinanza [...]. Ugualmente alla lettera va interpretata la Costituzione quando usa espressamente la parola "cittadini". Non può essere casuale il fatto che in articoli contigui lo stesso costituente ora dica "tutti", ora dica "cittadini". Si tratta d'altra parte di diritti tradizionalmente riservati ai cittadini, perché essi garantiscono non l'uomo singolo, ma l'uomo nel suo rapporto con altri [...] e dunque già diritti politici o rilevanti politicamente [...]. Naturalmente la limitazione della garanzia ai soli cittadini non vuol dire che gli stranieri e gli apolidi non possono godere di tali diritti di libertà [...], ma significa che le leggi ordinarie possono (e non debbono) limitare questi diritti rispetto agli stranieri e agli apolidi in modo più penetrante e restrittivo di quanto possano fare rispetto ai cittadini».

¹⁷ Così U. ALLEGRETTI, *op. cit.*, 147 ss.

¹⁸ In proposito v. M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2/1992, 213 secondo cui «qualunque approccio che si mostrasse incapace di imboccare contemporaneamente le strade segnate da ciascuno di questi punti di partenza sarebbe destinato al fallimento».

¹⁹ Sul punto cfr. C. CORSI, *op. cit.*, 71 ss., la quale, procedendo ad una disamina dei lavori dell'Assemblea costituente, evidenzia che sebbene il testo sul principio di eguaglianza licenziato dalla I sottocommissione esordisse con il termine «gli uomini», il comitato

anche certo che il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare quei diritti fondamentali²⁰. Secondo la Corte, infatti, la disciplina ivi contenuta non può essere considerata isolatamente, ma va interpretata in connessione con gli artt. 2 e 10 Cost., che, sia pure per vie diverse, attribuiscono anche allo straniero un patrimonio di diritti fondamentali: l'art. 2 Cost., in effetti, si riferisce ai diritti inviolabili dell'uomo senza distinzione alcuna tra cittadini e stranieri, mentre l'art. 10 Cost. rinvia a consuetudini e atti internazionali nei quali la protezione dei diritti fondamentali dello straniero è ampiamente assicurata²¹.

È proprio l'allargamento dell'ottica di indagine al di là dei limiti del solo art. 3 Cost. che consente alla Corte di giungere alla conclusione per cui il principio di eguaglianza si estende anche ai rapporti fra cittadini e stranieri. Allo stesso tempo, però, le impedisce di prospettare una estensione di quel principio oltre l'ambito dei diritti fondamentali: il collegamento specifico fra l'art. 3 e l'art. 2 Cost. implica la scelta per una netta delimitazione del raggio di azione della eguaglianza²².

Un'attenta lettura della giurisprudenza costituzionale²³ induce infatti a ridimensionare la portata del riconoscimento del principio d'eguaglianza tra cittadini e stranieri sul terreno dei diritti fondamentali²⁴.

di redazione in sede di revisione formale lo sostituì con quello «i cittadini» e tolse la nazionalità tra gli elementi di non discriminazione. Con queste modifiche il testo andò in Assemblea e fu approvata la formulazione attuale dell'art. 3, primo comma Cost. Sottolinea l'A. che «come noto non esistono verbali del lavoro del comitato di redazione e come è stato rilevato si ha l'impressione che i membri del comitato nel modificare "in modo tanto sbrigativo quello che poi divenne l'art. 3, fossero (o quanto meno potessero mostrarsi) convinti di compiere una semplice opera di coordinamento, volta solamente ad eliminare un'incongruenza, una smagliatura nel tessuto costituzionale", senza realizzare che ad essa poteva corrispondere una reale restrizione dell'ambito di operatività del principio o che comunque si poneva in modo forte l'accento sul dato cittadinanza». Così anche M. CUNIBERTI, *op. cit.*, 131-132.

²⁰ Così Corte cost., 15 novembre 1967, n. 120, in *Giur. cost.*, 2/1967, 1577 ss., con nota di M. CHIAVARO, *Uguaglianza tra cittadini e stranieri in materia di carcerazione preventiva per reati doganali*; nello stesso senso anche numerose sentenze successive (Corte cost., 19 giugno 1969, n. 104; Corte cost., 2 luglio 1970, n. 144; Corte cost., 5 aprile 1974, n. 109; Corte cost., 10 luglio 1974, n. 244; Corte cost., 4 gennaio 1977, n. 46; Corte cost., 1 luglio 1983, n. 215), nonché diverse ordinanze (Corte cost., 25 marzo 1971, n. 76; Corte cost., 30 maggio 1973, n. 78; Corte cost., 20 febbraio 1975, n. 40; Corte cost., 12 novembre-3 dicembre 1967, n. 460; Corte cost., 25 novembre-10 dicembre 1987, n. 503; Corte cost., 20-27 aprile 1988, n. 490).

²¹ M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri*, cit., 214.

²² Ivi, 218.

²³ Per una approfondita analisi delle sentenze della Corte costituzionale cfr. ivi, 226 ss.

²⁴ In questo senso A. CAPUTO, *Espulsione e detenzione amministrativa degli stranieri*, in

La medesima Corte, attraverso l'introduzione della distinzione tra titolarità ed esercizio dei diritti, lascia al legislatore ordinario un ampio margine di intervento per limitare in concreto i diritti riconosciuti in astratto a condizione che la disparità di trattamento sia ragionevole: le diverse posizioni, che giustificano discipline differenziate anche in materia di diritti fondamentali, possono derivare, secondo la Corte, non solo da differenti situazioni di fatto, ma anche da diverse valutazioni giuridiche operate dall'ordinamento²⁵.

Risulterebbe pertanto coerente con tale premessa il fatto che il legislatore italiano, in materia di diritti fondamentali, possa trattare diversamente cittadini e stranieri, come pure stranieri che si trovino in condizioni tra loro differenti, sempre che ciò sia ragionevolmente giustificato dalla diversità delle rispettive situazioni²⁶.

Queste argomentazioni sono messe in luce con chiarezza dalla sentenza n. 104 del 1969 della Corte costituzionale: dopo aver ribadito che il principio di eguaglianza, pur essendo nell'art. 3 Cost. riferito ai cittadini, debba ritenersi esteso agli stranieri, allorché si tratti della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, la pronuncia elenca una serie di differenze tra cittadini e stranieri nel godimento, ma non nella astratta titolarità, dei diritti di libertà (ad esempio, il cittadino ha diritto di risiedere ovunque nel territorio della Repubblica ed, ovviamente, senza limiti di tempo, mentre lo straniero può recarsi a vivere nel territorio del nostro, come di altri Stati, solo con determinate autorizzazioni e per un periodo di tempo che è in genere limitato), per poi concludere: «questa differenza di situazioni di fatto e di connesse valutazioni giuridiche, la cui elencazione è superfluo continuare, sono rilevabili in ogni ordinamento e si fondano sulla basilare differenza esistente tra il cittadino e lo straniero, consistente nella circostanza che,

Quest. giust., 3/1999, 432. Al riguardo, anche M. CUNIBERTI, *op. cit.*, 165 fa osservare come, alla luce della stessa giurisprudenza costituzionale, anche all'interno della categoria «diritti inviolabili» occorra operare una ulteriore distinzione tra quei diritti che appartengono all'uomo in quanto tale e quelli che gli spettano invece in quanto «membro» di una comunità politica, rendendosi così critica la stessa distinzione operata.

²⁵ A. CAPUTO, *Espulsione e detenzione amministrativa*, cit., 432.

²⁶ S. D'ANTONIO, *Appunti introduttivi sul diritto alla salute degli stranieri nell'ordinamento italiano*, in *Immigrazione e integrazione. Dalla prospettiva globale alle realtà locali*, I, a cura di F. Rimoli, Napoli, 2014, 82. Si veda in argomento anche M.C. LOCCHI, *Facta sunt servanda: per un diritto di realtà in tema di uguaglianza degli stranieri*, in *Quad. cost.*, 3/2010, 571 ss., nonché A.O. COZZI, *Un piccolo puzzle: stranieri e principio di eguaglianza nel godimento delle prestazioni socio-assistenziali*, ivi, 551 ss. Per quel che concerne, infine, la diversità di trattamento tra stranieri regolari e irregolari in materia di assistenza sanitaria v., *infra*, par. 5.

mentre il primo ha con lo Stato un rapporto di solito originario e comunque permanente, il secondo ne ha uno acquisito e generalmente temporaneo»²⁷.

La limitata eguaglianza tra cittadini e stranieri non esclude che – nello stesso settore normativo in cui essa sussiste, e cioè quello dei diritti fondamentali – lo Stato italiano possa praticare trattamenti giuridici differenziati per le due categorie, a condizione, come già precisato, che la disparità di trattamento risulti non arbitraria, ma fondata su una effettiva diversità delle due situazioni, la cui rilevanza deve essere valutata secondo gli usuali canoni di ragionevolezza²⁸. Deve rilevarsi che più che le «differenze di fatto», la Corte ritiene significative le «valutazioni giuridiche», e sembra aprire le porte alla insoddisfacente conclusione che proprio il soggetto chiamato a non discriminare irragionevolmente tra cittadini e stranieri (lo Stato) sarebbe allo stesso tempo legittimato a determinare in che misura le loro condizioni sono davvero diverse. In realtà la Corte riconosce che le valutazioni normative non sono quelle che lo Stato – comunque – ritenga di fare con assoluta discrezionalità. Si tratta, invece, di valutazioni che da un lato debbono comunque essere «connesse» alle effettive differenze di fatto, e che dall'altro sono «rilevabili in ogni ordinamento», ricollegabili ad una sorta di fisionomia «*standard*» o «naturale» dello straniero sotto qualunque cielo e in ogni ordinamento. In altri termini, il legislatore italiano non può prospettare qualunque «valutazione giuridica» della condizione giuridica dello straniero per poi – comodamente – assumerla come causa giustificativa della disparità di trattamento. In caso contrario, infatti, la pur parziale eguaglianza dello straniero con il cittadino finirebbe per rivelarsi del tutto apparente, priva di qualunque garanzia da far valere di fronte al giudice costituzionale.

La logica conclusione, si ripete ancora una volta, è quella per cui il legislatore, nel campo dei diritti fondamentali, può trattare diversamente cittadini e stranieri «solo quando ciò sia ragionevolmente consentito dalla fattuale diversità delle due situazioni, ovvero dalla “normale” valutazione che se ne dà nel nostro e negli altri ordinamenti (democratici)»²⁹.

²⁷ Corte cost., 26 giugno 1969, n. 104, in *Giur. cost.*, 2/1969, 1565.

²⁸ Sul punto, chiaramente, M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri*, cit., 218-219.

²⁹ Ivi, 219. In questo senso vedi anche C. CORSI, *op. cit.*, 123-124, la quale, inoltre, precisa che la libertà di regolazione del legislatore con riferimento a tutte quelle posizioni non costituzionalmente garantite non è assoluta, ma deve essere contenuta nell'ambito della ragionevolezza. In questa ipotesi lo schema di controllo, non toccando problemi di parità/disparità di trattamento col cittadino comporterebbe un altro tipo di valutazioni: di adeguatezza, pertinenza, congruità, proporzionalità, ovvero di coerenza interna della legge. L'affermazione della Corte costituzionale per la quale in base al combinato disposto degli artt. 2, 3 e 10, secondo comma Cost. troverebbe applicazione, anche per gli stranieri,

Il discorso deve a questo punto completarsi con il principio contenuto nell'art. 10, secondo comma Cost. In proposito si è osservato³⁰ che se si ritenesse, sulla base di una interpretazione letterale di tale norma, che la legge italiana che regola la condizione giuridica dello straniero non debba far altro che riprodurre quanto disposto dalle norme internazionali si giungerebbe ad un paradosso dovuto all'ampiezza della protezione accordata ai diritti degli stranieri nel diritto internazionale. Questa infatti è tanto estesa che – senza correttivi – potrebbe addirittura comportare l'attribuzione allo straniero di diritti fondamentali che non spettano in quanto tali ai cittadini. L'esempio tipico è quello del diritto di proprietà, che, mentre nell'ordinamento italiano non sarebbe assistito dalle particolari garanzie che spettano ai diritti fondamentali, si vedrebbe riconosciuta una tutela più ampia in riferimento a soggetti stranieri³¹. Ad evitare questo possibile paradosso viene ancora in soccorso l'art. 3 Cost., giacché l'applicazione del principio di eguaglianza impedisce, salve le ipotesi di differenziazione

il principio di eguaglianza in ordine ai diritti fondamentali potrebbe infatti dare adito all'interpretazione che per tutte quelle situazioni non riconducibili ai diritti fondamentali, il legislatore non incontrerebbe il limite della ragionevolezza e sarebbe sciolto da ogni controllo. Tale indirizzo non è certamente percorribile, dato che il principio di eguaglianza informa tutto l'ordinamento a tutela della struttura e della coerenza interna dello stesso. Ne deriva che per quelle situazioni non costituzionalmente tutelate possa essere necessario, in ordine all'esame della ragionevolezza della disciplina normativa, un riscontro di come è stata valutata l'assenza della cittadinanza italiana, valutazione che andrà fatta alla stregua del contenuto costituzionale che la cittadinanza ha nel nostro ordinamento. Sul punto v. anche E. GROSSO, voce *Straniero*, cit., 166, il quale rileva come sia sul piano delle norme internazionali generalmente riconosciute, sia soprattutto sul piano del diritto internazionale pattizio e più recentemente con gli sviluppi del diritto comunitario, il margine di discrezionalità che residua allo Stato nella differenziazione del trattamento si è molto assottigliato, tanto che assai raramente la Corte ha potuto negare la spettanza di un diritto costituzionale al non-cittadino in base alla constatazione che non si trattasse di un diritto fondamentale. Dall'operare parallelo del precetto costituzionale e dell'apparato di norme provenienti dal diritto internazionale cui la legge ordinaria, ex art. 10, secondo comma Cost. deve adeguarsi, scaturisce pertanto un'applicazione sempre più estesa del principio di uguaglianza.

³⁰ M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri*, cit., 216.

³¹ Sul punto v. *ibidem*, ove si precisa che gran parte della dottrina italiana e la stessa giurisprudenza costituzionale (Corte cost., 11 febbraio 1971, n. 22) escludono che il diritto di proprietà goda nella nostra Costituzione della qualifica di diritto fondamentale, mentre alcuni atti internazionali (v. ad esempio l'art. 1 del Protocollo addizionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo) la definiscono proprio in questo modo. Sulle ragioni che inducono a negare il carattere di diritto fondamentale alle situazioni economiche di vantaggio v. M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 39 ss. In particolare sulla disciplina costituzionale della proprietà privata v. G. ZAGREBELSKY, *Le droit de propriété dans les jurisprudences constitutionnelles européennes (Italie. Présentation générale)*, in *Ann. intern. justice const.*, 1985, 219 ss.

ragionevole, un trattamento di maggior garanzia dello straniero nei riguardi del cittadino³².

Queste considerazioni di carattere preliminare mostrano che, sebbene l'elaborazione giurisprudenziale abbia raggiunto il risultato di radicare direttamente nella Costituzione il riconoscimento e la garanzia dei diritti fondamentali degli stranieri, così da porre un solido argine alla discrezionalità del legislatore ordinario, ancora numerose sono le incertezze relative all'esatta individuazione del contenuto minimo di tali diritti, nonché quelle inerenti il loro elenco complessivo³³.

Un dato però sembrerebbe sufficientemente acquisito: accanto ai «significati “tradizionali” di cittadinanza come *nationalité* e *citoyenneté*, oggi è acclamato anche un concetto di cittadinanza in senso sostanziale quale espressione di sintesi di quell'insieme di diritti che normalmente è attribuito a ogni cittadino nella *koinè* delle democrazie pluraliste e che si identifica sostanzialmente con l'idea universale di dignità dell'uomo»³⁴.

3. *Il diritto alla salute nella Costituzione italiana come diritto fondamentale della persona*

Volgendo ora l'attenzione al diritto alla salute, pare che due siano i punti rilevanti dai quali si possa muovere per tentare di verificare se – ed eventualmente in che modo – lo stesso trovi un riconoscimento “pieno” anche per gli stranieri.

Innanzi tutto sembra si debba tener conto, pur nella consapevolezza del valore non esaustivo del dato testuale, della formulazione letterale dell'art. 32 Cost. e poi dell'inquadramento di questo diritto nella sistematica dei

³² E. ROSSI, *Profili di diritto costituzionale, in Immigrazione e salute: questioni di biogiuridica*, a cura di G. Dalla Torre, Roma, 1999, 123.

³³ S. D'ANTONIO, *op. cit.*, 82. Uno dei pochi punti fermi in questa materia è costituito dall'esclusione degli stranieri dalla garanzia costituzionale dei diritti politici, che per loro natura sarebbero inerenti al rapporto originario e stabile che lega in via esclusiva lo Stato sovrano ai suoi cittadini, e pertanto riservati a questi ultimi. Parimenti non sarebbe ricompreso nel novero dei diritti inviolabili dell'uomo il diritto di ingresso e soggiorno del non cittadino, «per cui il legislatore ordinario disporrebbe di un certo margine di discrezionalità entro il quale disciplinare condizioni, requisiti, modalità e termini dell'ingresso e del soggiorno, secondo la “politica dell'immigrazione” che decida di adottare, senza tuttavia poter operare esclusioni irragionevoli o arbitrarie» (ivi, 83).

³⁴ E. ROSSI, *op. cit.*, 126.

diritti costituzionali³⁵.

La circostanza che l'art. 32 Cost. non faccia riferimento alla cittadinanza è stata considerata dalla dottrina maggioritaria una conferma del carattere universale di tale diritto³⁶. Secondo altri, per contro, l'intitolazione della Parte prima della Costituzione ai «Diritti e doveri dei cittadini» sarebbe di per sé idonea a circoscrivere ai titolari della cittadinanza italiana la garanzia costituzionale dei diritti ivi contemplati, salva la facoltà del legislatore ordinario di estenderli anche agli stranieri³⁷.

Il secondo elemento interessante ai fini della questione qui affrontata è poi l'inquadramento del diritto alla salute nel sistema dei diritti costituzionali.

Come già precisato, la Corte ha chiarito che in forza del principio di eguaglianza il legislatore ordinario non può introdurre una discriminazione tra cittadini e stranieri per quanto attiene al riconoscimento dei diritti fondamentali³⁸; di conseguenza per poter concludere che la Costituzione riconosce il diritto alla salute, in condizioni di eguaglianza, tanto allo straniero quanto al cittadino, deve potersene affermare la natura di diritto fondamentale o inviolabile ai sensi della richiamata giurisprudenza costituzionale.

In proposito si è osservato che se oggi la qualificazione del diritto alla salute come diritto fondamentale è generalmente ammessa, si tratta tuttavia di una conquista relativamente recente, che è stata posta in relazione con l'evoluzione della forma di Stato dal modello dello Stato liberale a quello dello Stato sociale³⁹. Nel contesto dello Stato liberale, infatti, erano considerati diritti fondamentali esclusivamente i classici diritti di libertà, mentre restava estranea la tutela attiva di quella serie di bisogni dell'uomo che tipicamente formano oggetto dei diritti sociali. E poiché al diritto alla salute è sempre stato riconosciuto lo statuto di diritto sociale, ne è seguita, in una prima fase la sua esclusione dal novero dei diritti fondamentali. Solo con il graduale superamento della contrapposizione tra diritti sociali e diritti di libertà, a sua volta consentito da una visione sempre meno conflittuale del rapporto

³⁵ S. D'ANTONIO, *op. cit.*, 84.

³⁶ *Ibidem*. In questo senso si vedano soprattutto F. SCUTO, *Il diritto sociale alla salute, all'istruzione e all'abitazione degli stranieri "irregolari": livelli di tutela*, in *Rass. parl.*, 2/2008, 392 ss.; ID., *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Milano, 2012, 276 ss.; C. CORSI, *op. cit.*, 341 ss.; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, 157 ss.

³⁷ Cfr. A. PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rivistaaic.it*, 2 luglio 2010.

³⁸ Corte cost., 15 novembre 1967, n. 120. V. sul punto par. 2.2.

³⁹ S. D'ANTONIO, *op. cit.*, 85-86. Nell'impossibilità di dar conto della sterminata letteratura registratasi in materia di diritti sociali, si rinvia, per tutti, ad A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, 1 ss.

tra principio di libertà e principio di eguaglianza, si è aperta la strada al riconoscimento del diritto alla salute come diritto fondamentale⁴⁰.

Ammissa la natura fondamentale e inviolabile del diritto alla salute, se ne deve allora ricavare, in forza dell'indirizzo seguito dalla giurisprudenza costituzionale, la titolarità in capo ad ogni persona. Questa tesi trova peraltro conferma in un solido e risalente orientamento giurisprudenziale.

La Corte costituzionale sin dal 1977⁴¹ ha affermato che il diritto alla salute deve essere considerato come un diritto pieno e incondizionato della persona – e quindi non soltanto del cittadino – a godere di un servizio pubblico che ha il carattere dell'universalità⁴². Successivamente la Consulta con la sentenza n. 252 del 2001 è tornata sulla questione ed ha ribadito che esiste un nucleo irriducibile del diritto alla salute 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 diritto⁴³. Il diritto alla salute è un diritto fondamentale, che deve dunque essere riconosciuto «anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso e il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso»⁴⁴.

Non si è mancato di rilevare, tuttavia, come vi siano due ordini di limitazioni che possono incidere in modo significativo sulla titolarità e comunque sull'esercizio di tale diritto da parte degli stranieri⁴⁵.

⁴⁰ In senso affermativo si vedano M. MAZZIOTTI DI CELSO, voce *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 802 ss.; A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, cit., 29. In chiave problematica cfr. G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 3/1981, 755 ss. Per le questioni che si pongono a livello sovranazionale, con particolare riguardo al sistema CEDU, F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in questo volume.

⁴¹ Corte cost., 24 maggio 1977, n. 103.

⁴² A. CIERVO, *I diritti sociali degli stranieri: un difficile equilibrio tra principio di non discriminazione e pari dignità sociale*, in *Le nuove frontiere dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, a cura di F. Angelini, M. Benvenuti, A. Schillaci, Napoli, 2011, 372.

⁴³ Corte cost., 5-17 luglio 2001, n. 252, in *Giur. it.*, 5/2002, 908 ss., con nota di A. ALGOSTINO, *Espulsione dello straniero e tutela del diritto alla salute: spetta al giudice decidere caso per caso*. Anche in precedenti sentenze (Corte cost., 13-20 novembre 2000, n. 509; Corte cost., 7-16 luglio 1999, n. 309; Corte cost., 7-17 luglio 1998, n. 267; Corte cost., 6-15 luglio 1994, n. 304; Corte cost., 23 maggio-2 giugno 1994, n. 218; Corte cost., 20 maggio-3 giugno 1992, n. 247), la Corte ha ripetutamente affermato che il diritto alla salute, previsto dall'art. 32 Cost., implica il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la sua tutela ed è garantito ad ogni "persona", in quanto ambito inviolabile della dignità umana.

⁴⁴ Corte cost., 5-17 luglio 2001, n. 252.

⁴⁵ Così S. D'ANTONIO, *op. cit.*, 86.

Innanzitutto è necessario tenere presente che quello alla salute è un “diritto finanziariamente condizionato”. Per considerare il diritto alla salute sotto questo profilo occorre preliminarmente ricordare che il suo contenuto non è monolitico ma articolato e complesso. È possibile individuare, infatti, due livelli di garanzia: «un primo livello di “garanzia negativa o passiva” che si risolve nella pretesa a che terzi si astengano da qualsiasi comportamento pregiudizievole, predisponendo mezzi inibitori, ripristinatori e risarcitori nel caso di lesioni della sfera individuale; un secondo livello di c.d. “garanzia attiva”, a cui si collega la pretesa positiva dell’individuo alla esistenza ed utilizzabilità dei mezzi terapeutici necessari per la tutela della salute»⁴⁶.

Per la parte in cui il diritto in questione si configura quale “libertà negativa” ad esso corrispondono obblighi di astensione, secondo la struttura classica dei diritti di libertà: ciò comporta che tutti i consociati si trovino in una posizione di obbligo di astenersi da tenere comportamenti di pericolo o di danno⁴⁷.

Per quanto attiene invece all’altra faccia del diritto alla salute, ed in particolare al suo configurarsi come diritto ad una prestazione ad opera dello Stato e degli altri enti pubblici, è proprio in relazione a questa seconda tipologia che lo stesso è stato inserito nel catalogo dei diritti sociali, che hanno cioè ad oggetto una prestazione positiva da parte dei pubblici poteri per assicurare la partecipazione ai benefici della vita associata, o della attuazione del principio di eguaglianza, assumendo altresì il carattere di diritto finanziariamente condizionato⁴⁸. In quest’ottica al pari di ogni diritto tutelato come valore costituzionale primario, il diritto alla salute può essere assoggettato a limiti soltanto a seguito del bilanciamento con altri interessi costituzionali di pari rango, bilanciamento che, comunque, deve essere fatto in modo da salvaguardare il suo contenuto essenziale⁴⁹.

⁴⁶ M. DE MASI, *L'erogazione delle prestazioni sociali agli immigrati: il diritto all'istruzione e il diritto alla salute*, in *Immigrazione e integrazione*, I, cit., 128.

⁴⁷ A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, cit., 26.

⁴⁸ S. D'ANTONIO, *op. cit.*, 87. In merito alle critiche mosse dalla dottrina cfr. A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, cit., 30 ss.; nonché C.M. D'ARRIGO, voce *Salute (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, 1023 ss.

⁴⁹ A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, cit., 26. Sul punto v. anche S. D'ANTONIO, *op. cit.*, 88-89, la quale sottolinea che «la lettura che valorizza la portata precettiva dell'art. 32 non è però incompatibile con il riconoscimento del carattere condizionato del diritto alla salute, inteso come necessaria gradualità nella relativa soddisfazione, che può aversi solo nei limiti della disponibilità di bilancio e all'interno di un ragionevole bilanciamento con le esigenze finanziarie: “sotto la riserva del possibile o del ragionevole” [...]. Il condizionamento, in altri termini, non riguarda l'an e il quid del diritto, aspetti coperti da

Il secondo ordine di limitazioni si inserisce invece in quello spazio di “discriminazione ragionevole” che giurisprudenza e dottrina ritengono comunque aperto pur nel pieno rispetto del principio di uguaglianza⁵⁰.

Per un primo approccio, la linea di demarcazione tra ciò che deve essere assicurato anche allo straniero e ciò che invece rimane affidato alla discrezionalità del legislatore ordinario, potendo dunque, in assenza del requisito della cittadinanza, essere oggetto di limitazioni, passa tra il “contenuto minimo essenziale” del diritto alla salute e il contenuto ulteriore⁵¹.

Un secondo indirizzo, proponendo una ricostruzione alternativa, suggerisce invece di leggere i trattamenti differenziati come un riflesso delle circostanze di fatto oggettivamente divergenti – ad esempio la precarietà del soggiorno degli immigrati “irregolari” ovvero il non radicamento di quelli “regolari” – tali da giustificare, sul piano della ragionevolezza, soluzioni normative diversificate e cionondimeno rispettose del principio di uguaglianza⁵².

4. *La normativa nazionale in materia di assistenza sanitaria agli stranieri*

Passando dalla prospettiva giurisprudenziale a quella normativa, così da poter verificare se e in che misura sia data attuazione al quadro costituzionale, nell’ordinamento italiano il provvedimento che ha riconosciuto il diritto all’assistenza sanitaria agli immigrati è stato il d.lgs. n. 286 del 1998 (testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), emanato in forza della delega conferita con la l. n. 40 del 1998, (c.d. “Turco-Napolitano”) e a più riprese

garanzia costituzionale, ma soltanto il *quomodo* e il *quando* del relativo godimento, profili lasciati ad una discrezionalità legislativa sindacabile in punto di ragionevolezza. [...] il riconoscimento della garanzia costituzionale del diritto alla salute, relativa quanto meno all’*an* e al *quid* del diritto, implica non solo la sindacabilità, ai diversi livelli e nelle rispettive sedi, della discrezionalità legislativa ed amministrativa, ma anche l’esistenza di un contenuto minimo essenziale del diritto, tale da non tollerare compressioni» né ad opera della legge, né ad opera dell’amministrazione. Nella giurisprudenza costituzionale v., in particolare, Corte cost., 1 luglio 1983, n. 212 e Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27.

⁵⁰ Si rinvia a i paragrafi 2, 2.1., 2.2.

⁵¹ Così S. D’ANTONIO, *op. cit.*, 90. Aderiscono a questa ricostruzione E. MENICETTI, *Accesso ai servizi sociali e cittadinanza*, in *Dir. pub.*, 3/2000, 849 ss.; P. BONETTI, M. PASTORE, *L’assistenza sanitaria*, in *Diritto degli stranieri*, a cura di B. Nascimbene, Padova, 2004, 975 ss.

⁵² Sul punto v. S. D’ANTONIO, *op. cit.*, 90. In tal senso anche E. CODINI, *Immigrazione e stato sociale*, in *Dir. pub.*, 2/2012, 599 ss.

modificato⁵³.

Per lungo tempo, infatti, in Italia il tema dell'assistenza sanitaria agli stranieri è stato regolato da un numero impressionante di norme aventi diverso peso specifico; alcune questioni rilevanti sono state addirittura affrontate attraverso l'emanazione di decreti legge ripetutamente reiterati, di cui parte poi decaduti. Ne è risultata una frammentazione e una provvisorietà normativa, che evidentemente non ne ha favorito una diffusa conoscenza e una corretta applicazione. La situazione è radicalmente mutata con l'emanazione del suddetto decreto⁵⁴, che ha adeguato la normativa in tema di diritto alla salute, regolata dalla l. n. 833 del 1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, estendendo l'erogazione delle prestazioni di prevenzione, cura e riabilitazione anche alla popolazione

⁵³ Al d.lgs. n. 286 del 1998 ha fatto seguito innanzitutto il regolamento di attuazione, adottato con d.P.R. n. 394 del 1999; gli interventi normativi di maggior rilievo sono stati poi la l. n. 189 del 2002, c.d. "Bossi-Fini", la l. n. 94 del 2009, c.d. "Pacchetto sicurezza", nel quale si fa rientrare anche il precedente d.l. n. 92 del 2008, convertito in l. n. 125 del 2008 e, da ultimo, il d.l. n. 13 del 2017 recante «Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale». Tra le opere dedicate all'analisi del quadro normativo in materia si segnala, per sistematicità e completezza, A. LIBERATI, *La disciplina dell'immigrazione e i diritti degli stranieri*, Padova, 2009. Per un commento "a caldo" del d.l. n. 13 del 2017 cfr., invece, L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del decreto Minniti*, in *Penalecontemporaneo.it*, 10 marzo 2017.

⁵⁴ Preme inoltre sottolineare che nel contesto italiano il livello normativo regionale si è rivelato negli ultimi anni un «laboratorio di sperimentazione di capacità integrative nei confronti degli stranieri talvolta superiori a quelle assicurate dallo Stato»: così A. ROMANO, *Salute e immigrazione. Prospettive di osservazione della relazione tra accesso alle cure del non cittadino e l'organizzazione sanitaria*, in *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, a cura di M. Sesta, Santarcangelo di Romagna, 2014, 73-74 il quale precisa che «seppure la riforma del Titolo V abbia introdotto il riconoscimento della competenza esclusiva dello Stato in materia di "immigrazione" ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. b), ciò non impedisce alle Regioni l'esercizio della funzione legislativa in ambiti appartenenti alla competenza concorrente e residuale che possono avere come destinatari anche cittadini stranieri. [...] Ebbene, l'intervento delle Regioni in materia di immigrazione è aumentato considerevolmente negli ultimi anni attraverso l'approvazione di leggi e regolamenti». Questa tendenza se per un verso ha portato ad un rafforzamento della dimensione sociale dei diritti dello straniero, dall'altro ha avuto come esito quello di accentuare il conflitto tra Stato e Regioni e la frammentazione nell'erogazione delle prestazioni sociali. Sul punto anche C.F. FERRAJOLI, *I diritti e la cittadinanza sociale dei migranti nei regolamenti e negli atti amministrativi delle Regioni*, in *I diritti di cittadinanza dei migranti. Il ruolo delle Regioni*, a cura di L. Ronchetti, Milano, 2012, 110 ss.

straniera soggiornante in Italia⁵⁵.

I principi e le disposizioni contenute in questo decreto hanno trovato poi maggiore concretezza applicativa con l'emanazione del d.P.R. n. 394 del 1999 (regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'art. 1, comma 6 del d.lgs. n. 286 del 1998). Ulteriori chiarimenti sono stati infine forniti da una circolare del Ministero della Sanità, la n. 5 datata 4 marzo 2000 contenente indicazioni applicative delle disposizioni del testo unico in materia di assistenza sanitaria⁵⁶.

4.1. *L'art. 34 del d.lgs. n. 286 del 1998: assistenza per gli stranieri iscritti al Servizio sanitario nazionale*

In tema di accesso alle prestazioni del Servizio sanitario nazionale, il legislatore ha previsto un regime differenziato tra stranieri regolarmente soggiornanti e stranieri non in regola con le norme relative all'ingresso e al soggiorno. I primi, infatti, nella misura e per il lasso di tempo in cui dispongono di un valido titolo di soggiorno o siano in attesa del suo rinnovo, sono equiparati, nei rapporti col servizio sanitario pubblico, ai cittadini; per i secondi, invece, la tutela è ridimensionata⁵⁷. Il testo unico

⁵⁵ Cfr. A. DE PETRIS, *Il diritto alla salute degli immigrati irregolari in ordinamenti decentrati: una prospettiva comparata*, in *Immigrazione e integrazione*, I, cit., 156.

⁵⁶ L. PERI, F. SANTOMAURO, *Il quadro normativo di riferimento per l'assistenza sanitaria agli immigrati*, in *Immigrazione e salute: percorsi di integrazione sociale*, a cura di S. Nuti, G. Maciocco, S. Barsanti, Bologna, 2013, 35. In tema di accesso degli stranieri al sistema sanitario pubblico si vedano S. PECORINI, *L'assistenza sanitaria ai cittadini stranieri in Italia*, in *Nuova rass.*, 2/2001, 224 ss.; M. GONDONI, E. MAGRI, *La disciplina dei servizi sanitari e assistenziali previsti per gli immigrati: condizioni di accesso e tipologia delle prestazioni erogabili*, in *San. pubbl.*, 7-8/2002, 881 ss. Con particolare riferimento agli stranieri irregolari si veda F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona*, cit., 276 ss.

⁵⁷ Va tuttavia precisato che si registrano diffuse disfunzioni che costituiscono delle vere e proprie barriere amministrative, organizzative ed economiche per lo straniero nel momento dell'iniziale inserimento nella nuova società. Si tratta, in taluni casi, del mancato coordinamento sui requisiti procedurali tra gli uffici preposti ai compiti di identificazione (dei rifugiati, richiedenti asilo e protezione internazionale) e quelli sanitari. La prevista iscrizione al Servizio sanitario nazionale dovrebbe, ad esempio, essere contestuale alla richiesta di protezione, che è presentata in questura o alla polizia di frontiera. Essa risulta invece spesso subordinata al possesso di un codice fiscale, che molti uffici territoriali rilasciano soltanto in presenza di determinati documenti, come ad esempio il cedolino di pagamento, non sempre disponibili al richiedente al momento della domanda. In assenza il rimedio adottato è assimilare il trattamento a quello degli stranieri irregolarmente presenti sul territorio nazionale, attribuendo a soggetti che dovrebbero essere protetti, l'autorizzazione all'accesso ad

distingue, in particolare, tra stranieri iscritti e stranieri non iscritti al Servizio sanitario nazionale⁵⁸: mentre agli stranieri iscritti è riconosciuta parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti e doveri rispetto ai cittadini italiani, quelli non iscritti devono farsi carico del costo delle cure richieste, secondo il tariffario disciplinato dalla legislazione di settore⁵⁹.

L'art. 34 del d.lgs. n. 286 del 1998 disciplina l'«Assistenza per gli stranieri iscritti al Servizio sanitario nazionale» e prevede che «gli stranieri regolarmente soggiornanti che abbiano in corso regolari attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo o siano iscritti nelle liste di collocamento» e quelli «che abbiano richiesto il rinnovo del titolo di soggiorno, per lavoro subordinato, per lavoro autonomo, per motivi familiari, per asilo politico, per asilo umanitario, per richiesta di asilo, per attesa adozione, per affidamento, per acquisto della cittadinanza» nonché «i familiari a carico» hanno l'obbligo di iscrizione al Servizio sanitario nazionale⁶⁰.

un numero minore di servizi, c.d. tesserino STP.

⁵⁸ A queste due categorie si affianca, nel testo unico, quella degli stranieri che entrano in Italia per motivi di cura, presa in considerazione dall'art. 36 del d.lgs. n. 286 del 1998. La norma in questione prevede la possibilità di richiedere un permesso di soggiorno specifico per fruire nel nostro Paese di determinate prestazioni mediche. Lo straniero deve presentare una apposita dichiarazione rilasciata dalla struttura sanitaria italiana dove intende farsi curare, che indichi «il tipo di cura, la data di inizio della stessa e la durata presunta del trattamento terapeutico», nonché un'attestazione di un deposito cauzionale a garanzia del pagamento del costo delle cure da ricevere. Nel caso in cui lo straniero abbia il bisogno di farsi assistere da un accompagnatore, sarà necessario dimostrare anche la disponibilità di vitto e alloggio per lo stesso. Tale permesso di soggiorno non ha una durata prestabilita, ma viene rilasciato per il periodo di tempo necessario al trattamento terapeutico (come indicato nella dichiarazione della struttura sanitaria) ed è eventualmente rinnovabile se perdurano le esigenze sanitarie che lo giustificano. Sul punto cfr. A. DE PETRIS, *op. cit.*, 156-157 il quale precisa che il testo unico prende in considerazione tre categorie di soggetti: gli stranieri iscritti al SSN, gli stranieri non iscritti al SSN e gli stranieri presenti sul territorio nazionale per sottoporsi ad interventi terapeutici. Quest'ultima categoria si suddivide a sua volta in tre sottoinsiemi: gli stranieri che chiedono il visto di ingresso per motivi di cure mediche, gli stranieri trasferiti in Italia nell'ambito di interventi umanitari, e coloro che vengono trasferiti nell'ambito di programmi di intervento umanitario sottoscritti dalle Regioni.

⁵⁹ Sul punto v. G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007, 303, il quale precisa che l'intervento legislativo si articola tentando di coniugare la «tutela dei diritti fondamentali ed una politica sanitaria fondata sulla prevenzione generale e, per quanto concerne l'iscrizione al Servizio sanitario nazionale e la possibilità di fruire delle sue prestazioni, distinguendo tra chi soggiorna regolarmente e chi no e, nel primo caso, diversificando le prestazioni riconosciute a seconda del tipo e durata del titolo di soggiorno e, dunque, in sostanza riconoscendo una tutela della salute direttamente proporzionale al grado di integrazione dell'immigrato».

⁶⁰ La circolare n. 5 del 24 marzo 2000 del Ministero della Sanità ha precisato che l'iscrizione

Gli stranieri regolarmente soggiornanti che rientrano nelle categorie indicate, invece, non sono obbligati ad iscriversi al Servizio sanitario nazionale ma ne hanno facoltà: sono infatti tenuti ad «assicurarsi contro il rischio di malattia, infortunio e maternità» e possono provvedervi o mediante «stipula di apposita polizza assicurativa» o mediante iscrizione al Servizio sanitario nazionale⁶¹, la quale sarà valida anche per i familiari a carico, dietro pagamento di un contributo annuale a titolo di partecipazione alla spesa calcolato in percentuale sul reddito. L'iscrizione è facoltativa anche per chi ha un permesso di soggiorno per motivi di studio o è collocato «alla pari» secondo l'accordo europeo di Strasburgo del 1969: in tal caso il contributo annuale da pagare è forfettario e non è valido per i familiari a carico. L'azienda sanitaria locale di riferimento, per lo straniero iscritto, è quella nel cui territorio risiede o, in mancanza di iscrizione anagrafica, ha effettiva dimora. La durata dell'iscrizione al Servizio sanitario nazionale è commisurata a quella del titolo di soggiorno e si protrae nella fase del relativo rinnovo: l'iscrizione cessa per mancato rinnovo, revoca o annullamento del permesso di soggiorno, ovvero per espulsione, comunicati alla ASL a cura della questura, salvo che si documenti la pendenza di un ricorso avverso tali provvedimenti; cessa altresì per sopravvenuta mancanza delle condizioni legittimanti previste dal testo unico, come ad esempio la regolare attività di lavoro autonomo o subordinato⁶².

4.2. *L'art. 35 del d.lgs. n. 286 del 1998: assistenza per gli stranieri non iscritti al Servizio sanitario nazionale*

L'art. 35 del d.lgs. n. 286 del 1998 disciplina, invece, l'erogazione dell'assistenza sanitaria agli stranieri non iscritti al Servizio sanitario nazionale. All'interno di tale categoria si distinguono coloro che, regolarmente soggiornanti, non sono tenuti all'iscrizione perché presenti in Italia solo per un breve periodo (ad es. per affari o turismo) e coloro che, invece, si

obbligatoria al Servizio sanitario nazionale di coloro che abbiano presentato richiesta di asilo sia politico che umanitario è prescritta per tutto il «periodo che va dalla richiesta di emanazione del provvedimento, incluso il periodo dell'eventuale ricorso contro il provvedimento di diniego del rilascio del permesso di soggiorno».

⁶¹ Precisa l'art. 42, comma 6 del regolamento di attuazione che l'iscrizione volontaria è ammessa per chi abbia richiesto un permesso di soggiorno di durata superiore a tre mesi: sono pertanto esclusi dalla possibilità di iscriversi i titolari di permesso di soggiorno per visite, affari e turismo, che per legge non può avere durata superiore a tre mesi (art. 5, comma 3, lett. *a*) del testo unico).

⁶² S. D'ANTONIO, *op. cit.*, 93. Su tali aspetti v. l'art. 42 del regolamento di attuazione.

trovano in una posizione di irregolarità nei confronti delle leggi italiane.

Ai primi è consentito ricevere le prestazioni sanitarie da parte del Servizio sanitario nazionale sebbene dietro pagamento delle tariffe determinate dalle regioni e province autonome, salve le norme che disciplinano l'assistenza sanitaria ai cittadini stranieri in Italia in base a trattati e accordi internazionali bilaterali o multilaterali di reciprocità sottoscritti dall'Italia (art. 35, commi 1 e 2 del d.lgs. n. 286 del 1998).

Per quel che concerne, invece, gli stranieri irregolari⁶³ l'art. 35, comma 3 del testo unico dispone che a questi ultimi sono assicurate, nei presidi pubblici ed accreditati, «le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia o infortunio e sono estesi i programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva». Agli stessi sono poi in particolare garantiti la tutela sociale della gravidanza e della maternità a parità di trattamento con le cittadine italiane⁶⁴, la tutela della salute del minore, le vaccinazioni secondo la normativa vigente, gli interventi di profilassi internazionale, la diagnosi e la cura di malattie infettive⁶⁵. Il regolamento di attuazione ha

⁶³ Si trova in condizioni di irregolarità lo straniero che ha fatto clandestinamente ingresso nel territorio di uno Stato, sottraendosi ai controlli di frontiera, oppure colui che, già presente sul territorio dello Stato, non è più in possesso di un valido titolo di soggiorno, a causa, ad esempio, della sua scadenza oppure del venir meno delle condizioni che ne legittimano il rilascio o il rinnovo.

⁶⁴ Corte cost., 27 luglio 2000, n. 376 ha escluso l'espulsione della donna durante la gravidanza e nei sei mesi successivi alla nascita del figlio, nonché del marito convivente e a tal fine viene rilasciato un apposito permesso di soggiorno per cure mediche.

⁶⁵ La norma presenta una formulazione esemplificativa e non tassativa degli interventi sanitari da erogare anche agli irregolari, la quale viene tendenzialmente intesa sia nella pratica medica sia nell'interpretazione giurisprudenziale in maniera sostanzialmente estensiva. In una decisione del TAR Lombardia del 2008 si legge espressamente che l'art. 35 del d.lgs. n. 286 del 1998 si limita a stabilire che lo straniero presente sul territorio nazionale ha diritto, a prescindere dal suo *status*, di ottenere le cure mediche essenziali ed urgenti; quindi la norma richiamata conforma la disciplina dell'immigrazione ai principi generali dell'ordinamento espressi dall'art. 32 Cost. che non tollerano omissioni nell'erogazione delle prestazioni essenziali alla salute, anche se riferite ad immigrati clandestini, giacché, in caso contrario, verrebbe intaccato quel nucleo minimo e irriducibile che attiene al diritto alla salute da garantirsi a qualunque persona (TAR Lombardia, Sez. III, 30 maggio 2008, n. 1902, in *Defure*). Resta comunque esclusa dalla tutela in oggetto la condizione di tossicodipendenza, come confermato dalla stessa Corte di cassazione, secondo cui la «tossicodipendenza è uno stato patologico», ma si tratterebbe di una «malattia cronica» dalla quale non deriverebbe «necessariamente un imminente pericolo di vita». Da questo assunto la Corte deduce che, fino a quando non si trovi in una situazione di patologia acuta, un tossicodipendente non avrebbe bisogno di cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, facendo derivare da questo l'impossibilità che si possa riconoscere

esteso la tutela anche alle prestazioni farmacologiche (art. 43).

Il punto cruciale della disciplina in questione è l'esatta individuazione delle prestazioni che il servizio sanitario pubblico è tenuto ad assicurare a questa categoria di soggetti. Per individuare tale contenuto occorre chiarire i concetti di «cure urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative», ai quali l'art. 35, comma 3 t.u. imm. rimanda senza fornire ulteriori spiegazioni.

Un ausilio interpretativo può trarsi dalla circolare del Ministro della Sanità n. 5 del 24 marzo 2000, che chiarisce, fornendone le definizioni, cosa si debba intendere per cure «urgenti» ed «essenziali»⁶⁶. La circolare precisa inoltre che l'individuazione delle cure essenziali è di esclusiva competenza del Ministero della Sanità e l'accertamento della essenzialità della prestazione, come per l'urgenza, rientra nell'ambito della responsabilità del medico. La decisione finale sull'erogazione di una prestazione sanitaria allo straniero irregolare, se il dipendente è privo di mezzi, dipenderà pertanto dal riconoscimento del carattere urgente o essenziale della cura da parte del personale medico del Servizio sanitario nazionale, operato alla stregua delle indicazioni ministeriali.

L'art. 43, comma 3 del regolamento di attuazione prevede poi le procedure attuate per evitare che la condizione di clandestinità influisca sull'erogazione delle cure necessarie. A questo proposito il regolamento prevede che la prescrizione e la registrazione delle prestazioni erogate nei confronti degli stranieri privi di permesso di soggiorno vengano effettuate utilizzando il codice a sigla STP (straniero temporaneamente presente). Tale codice viene rilasciato da tutte le strutture sanitarie pubbliche; inoltre

ai sensi dell'art. 35 del d.lgs. n. 286 del 1998 la permanenza sul territorio nazionale dello straniero irregolare che ne faccia richiesta sulla base della propria condizione di dipendenza da sostanze stupefacenti (Cass., Sez. I civ., 26 settembre 2001, n. 15830, Alayevsha c. Pref. Massa Carrara). Sul punto cfr. anche C. GABRIELLI, *Il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche*, in *Percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, a cura di G. Caggiano, Torino, 2014, 633 secondo cui «un limite al diritto alla salute riguarda l'assistenza pediatrica dei figli degli stranieri irregolari, in quanto ad essi è riconosciuto il solo diritto di ricevere assistenza presso i consultori familiari/pediatrici, i servizi di pronto soccorso, gli ospedali e gli ambulatori territoriali per prestazioni urgenti, mentre è negato il diritto al pediatra di famiglia, cioè alla continuità alle cure. Tale limitazione è chiaramente in contrasto con la Convenzione sui diritti del fanciullo, che stabilisce che tutti i minori, senza discriminazioni, devono avere accesso all'assistenza sanitaria».

⁶⁶ Per cure urgenti si intendono «le cure che non possono essere differite senza pericolo per la vita o danno per la salute della persona», mentre le cure essenziali sono «le prestazioni sanitarie, diagnostiche e terapeutiche, relative a patologie non pericolose nell'immediato e nel breve termine, ma che nel tempo potrebbero determinare maggiore danno alla salute o rischi per la vita (complicanze, cronicizzazioni o aggravamenti)».

è riconosciuto su tutto il territorio nazionale ed identifica l'assistito per tutte le prestazioni previste.

Sempre all'art. 43, comma 8 del d.P.R. n. 394 del 1999 si stabilisce che «le regioni individuano le modalità più opportune per garantire che le cure essenziali e continuative previste dall'art. 35, comma 3, del testo unico, possano essere erogate nell'ambito delle strutture della medicina del territorio o nei presidi sanitari, pubblici e privati accreditati, strutturati in forma poliambulatoriale od ospedaliera, eventualmente in collaborazione con organismi di volontariato aventi esperienza specifica».

Nella consapevolezza poi che la condizione di irregolarità spesso si accompagna a condizioni di forte precarietà economica, l'art. 35, comma 4 t.u. imm. prevede che le prestazioni citate vengono erogate senza onere a carico dei richiedenti qualora essi non abbiano risorse economiche sufficienti, salvo le quote di partecipazione alla spesa a parità con i cittadini italiani. Il comma 6 distingue invece i soggetti finanziatori delle prestazioni erogate sulla base della natura delle stesse. Come precisato dall'art. 43, comma 5 del regolamento di attuazione, nonché dalla circolare n. 5 del 2000, al Ministero dell'Interno spettano le spese inerenti le prestazioni ospedaliere essenziali o urgenti. Alla ASL competente spettano invece gli oneri per le prestazioni sanitarie di cui all'art. 35, comma 3 t.u. imm., comprese le quote di partecipazione alla spesa eventualmente non versate. Il regolamento di attuazione (art. 43, comma 4) prevede inoltre la possibilità di attestare l'eventuale stato di indigenza attraverso una autodichiarazione presentata all'ente sanitario erogante le prestazioni.

Infine l'art. 35, comma 5 t.u. imm. precisa che «l'accesso alle strutture sanitarie da parte del cittadino non in regola con le norme del soggiorno non può comportare alcun tipo di segnalazione all'autorità, salvo i casi in cui sia obbligatorio il referto, a parità di condizioni con il cittadino italiano». La norma mira ad evitare che, innestando dinamiche di perseguibilità del soggetto portatore di un bisogno di salute sulla base del suo *status* giuridico, possa determinarsi una condizione di "clandestinità sanitaria", che di fatto impedirebbe la tutela della salute dell'intera collettività⁶⁷.

Il problema si è posto dopo l'introduzione nel nostro ordinamento, ad opera del c.d. "Pacchetto sicurezza"⁶⁸, del reato di immigrazione clandestina⁶⁹.

⁶⁷ P. BELLOCCHI, R. STAIANO, *L'integrazione degli immigrati extracomunitari: una verifica sull'assistenza socio-sanitaria*, in *Immigrazione e integrazione*, II, cit., 106 secondo cui l'introduzione del codice STP consentirebbe di rispettare l'anonimato del soggetto anche nelle comunicazioni effettuate ai fini di rimborso con il Ministero dell'Interno.

⁶⁸ L. n. 94 del 2009. Sul punto v. P. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo pacchetto sicurezza*, Napoli, 2009.

⁶⁹ In altri ordinamenti, quale ad esempio quello tedesco, gli uffici pubblici sono obbligati

La circolare n. 12 del 27 novembre 2009, emanata dal Dipartimento per le Libertà civili e per l'immigrazione del Ministero dell'Interno ha chiarito che il divieto di segnalazione stabilito all'art. 35, comma 5 t.u. imm. non è stato abrogato dalla novella legislativa e che, pertanto, tale divieto continua a trovare applicazione, fatto salvo il disposto dell'art. 365 c.p., che prevede comunque l'obbligo di referto, ma non nel caso del reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, essendo questa tipologia di reato una mera contravvenzione e non un delitto⁷⁰.

L'effettività del diritto alla salute è garantita anche dall'art. 6, comma 2 del testo unico, il quale esclude espressamente la necessità di esibire i documenti relativi al soggiorno per l'accesso alle prestazioni sanitarie urgenti ed essenziali. La circolare ricorda infine che, per quanto riguarda la questione dell'esibizione dei documenti inerenti il soggiorno per l'accesso alle prestazioni della pubblica amministrazione, anche in questo caso restano escluse le prestazioni di carattere sanitario, che lo straniero irregolare può chiedere senza alcun bisogno di esibire i documenti comprovanti la regolarità del suo soggiorno in Italia.

Esiste quindi un sistema articolato di assistenza sanitaria per gli stranieri, nel quale viene in ogni caso assicurato a tutti, anche a coloro che si trovano senza titolo legittimo sul territorio dello Stato, il «nucleo irriducibile» del diritto alla salute garantito dall'art. 32 Cost.⁷¹.

ad informare le autorità competenti qualora apprendano dell'esistenza di immigrati presenti in modo illegittimo sul territorio tedesco: si tratta di un obbligo di "denuncia" generale, che ricade su dipendenti degli uffici per l'impiego, dei servizi sociali, degli uffici scolastici, degli uffici per le politiche giovanili, dei tribunali nonché delle autorità competenti per l'ammissione all'istruzione universitaria. Se un medico privato o l'amministrazione di una struttura ospedaliera forniscano prestazioni sanitarie dandone comunicazioni ai servizi sociali, questi inoltrano le informazioni ricevute alle autorità che gestiscono gli stranieri: quando il paziente è un immigrato irregolare, sussiste il rischio concreto che ciò conduca ad una misura di espulsione o di arresto finalizzato all'espulsione: così A. DE PETRIS, *op. cit.*, 164.

⁷⁰ E. BETTINELLI, *Immigrazione clandestina: gli operatori sanitari non diventano spie*, in *Corr. giur.*, 9/2009, 1273.

⁷¹ Cfr. TAR Toscana, Sez. I, 21 gennaio 2001, n. 22; TAR Liguria, Sez. II, 15 marzo 2006, n. 218; TAR Sicilia Palermo, Sez. II, 08 giugno 2007, n. 1655; TAR Veneto Venezia, Sez. III, 12 maggio 2008, n. 1303; Cass., Sez. I civ., 27 gennaio 2005, n. 1690. Tutte consultabili in *DeJure*.

5. *La prospettiva della sicurezza e dell'ordine pubblico. L'assistenza sanitaria all'interno dei "nuovi" CPR*

Il tema dell'accesso alle cure da parte degli stranieri, e in particolare di quelli privi di un permesso di soggiorno, deve essere valutato anche alla luce della normativa sull'ingresso, soggiorno ed allontanamento: infatti l'esigenza per lo Stato di controllare le proprie frontiere si riflette sul piano della tutela della salute dei migranti⁷².

Un profilo che merita attenzione riguarda le condizioni di accesso alle cure da parte degli stranieri trattenuti nei "nuovi" centri di permanenza per i rimpatri (CPR)⁷³.

Come è noto, molti Paesi negli ultimi decenni hanno fatto ricorso allo strumento della detenzione degli stranieri o ad altri strumenti limitativi della libertà personale nel quadro delle politiche di controllo delle migrazioni⁷⁴. Si tratta di misure di natura amministrativa applicate dalle

⁷² A. ROMANO, *op. cit.*, 87.

⁷³ La denominazione "centri di identificazione ed espulsione" (CIE) è stata sostituita, ad opera dell'art. 19, comma 1 d.l. n. 13 del 2017, con l'espressione "centri di permanenza per i rimpatri". Tale disposizione prevede infatti che «la denominazione: "centro di identificazione ed espulsione" di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, è sostituita, ovunque presente in disposizioni di legge o regolamento, dalla seguente: "centro di permanenza per i rimpatri"». Per un'analisi dell'istituto della detenzione degli stranieri all'interno degli ex CIE si vedano G. BASCHERINI, *Accompagnamento alla frontiera e trattenimento nei centri di permanenza temporanea: la Corte tra libertà personale e controllo dell'immigrazione*, in *Giur. cost.*, 3/2001, 1680 ss.; A. CAPUTO, *Espulsione e detenzione amministrativa*, cit.; A. D'AGOSTINO, F. CORVAJA, *Centri di permanenza temporanea ed esercizio del diritto alla difesa*, in *Dir. imm. citt.*, 2/2000, 67 ss.; L. PEPINO, *Centri di detenzione ed espulsioni (Irrazionalità del sistema e alternative possibili)*, ivi, 11 ss.; E. DOLCINI, *Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali. Ricordando Vittorio Grevi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2012, 33 ss.; A. DI MARTINO, *La disciplina dei «C.I.E.» è incostituzionale*, in *Penalecontemporaneo.it*, 11 Maggio 2012; G.L. GATTA, *Immigrati, carcere e diritto penale*, ivi, 15 Maggio 2012; D. PERUGIA, *Centri di identificazione e di espulsione: quali diritti per gli immigrati clandestini?*, ivi, 16 Maggio 2013; E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, Padova, 2010; F. VASSALLO PALEOLOGO, *I centri di permanenza temporanea per stranieri espellendi*, in *Dir. imm. citt.*, 4/1999, 26 ss.

⁷⁴ L. MASERA, *"Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, a cura di O. Mazza, F. Viganò, Torino, 2009, 28-29, per il quale «la politica in materia immigratoria del nostro legislatore si è concretizzata in un'escalation di misure (penali ed amministrative) sanzionatorie della condizione di irregolarità, con lo scopo più di rassicurare l'opinione pubblica, che di contribuire ad una gestione razionale del fenomeno storico che sta interessando il nostro, come altri Paesi europei». In questo senso cfr. anche la lucida analisi di V. ONIDA, *Le vie del mare e le vie della legge*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 Maggio 2009, 15: «Si inseguono e si

autorità di pubblica sicurezza senza necessità di formalizzare un'imputazione penale. Esse riguardano soggetti accomunati dal fatto di essere privi di un'autorizzazione ad entrare o rimanere sul territorio dello Stato che si trovano così esposti al rischio di subire un provvedimento restrittivo della libertà per ragioni direttamente legate con l'amministrazione delle politiche migratorie.

L'introduzione di un sistema di detenzione amministrativa⁷⁵ rivolto

alimentano paure quotidiane di cittadini indotti a considerare l'immigrazione come una sorta di flagello da cui difendersi solo con misure di ordine pubblico, invece che avere il coraggio di affermare come necessarie, e di cominciare a praticare, politiche di lungo periodo che mirino alle radici del problema».

⁷⁵ A seguito del recepimento della Direttiva 2008/115/CE (c.d. direttiva rimpatri) ad opera della l. n. 129 del 2011 lo straniero in Italia poteva essere sottoposto ad un regime di detenzione amministrativa che poteva giungere fino ad un massimo di diciotto mesi. Con la l. n. 161 del 2014 – la c.d. Legge europea 2013-*bis* – entrata in vigore il 25 novembre 2014, il tempo massimo di permanenza nei CIE è stato ridotto a novanta giorni. Le modifiche introdotte all'art. 14, comma 5 del d.lgs. n. 286 del 1998 stabiliscono infatti che oltre i primi trenta giorni il giudice su richiesta del questore può concedere una proroga di ulteriori trenta giorni «qualora l'accertamento dell'identità e della nazionalità ovvero l'acquisizione di documenti per il viaggio presenti gravi difficoltà»; che trascorso tale termine il questore può chiedere al giudice di pace una o più proroghe «qualora siano emersi elementi concreti che consentano di ritenere probabile l'identificazione ovvero sia necessario al fine di organizzare le operazioni di rimpatrio»; che in ogni caso «il periodo massimo di trattenimento dello straniero all'interno dei centri di identificazione ed espulsione non può essere superiore a novanta giorni». L'altra importante novità riguarda gli stranieri ex detenuti. Sul punto il nuovo testo dell'art. 14, comma 5 del d.lgs. n. 286 del 1998 prevede che «nei confronti dello straniero a qualsiasi titolo detenuto, la direzione della struttura penitenziaria richiede al questore del luogo le informazioni sull'identità e nazionalità dello stesso. Nei medesimi casi il questore avvia la procedura di identificazione interessando le competenti autorità diplomatiche. Ai soli fini dell'identificazione, l'autorità giudiziaria, su richiesta del questore, dispone la traduzione del detenuto presso il più vicino posto di polizia per il tempo strettamente necessario al compimento di tali operazioni [...]». La norma sancisce chiaramente che le autorità competenti (istituti penitenziari, questure, ambasciate e consolati) devono raccordarsi durante l'esecuzione penale ai fini dell'identificazione del detenuto straniero per evitare che – nei casi in cui sia da allontanare a fine pena – egli debba essere ulteriormente ristretto nei CIE. La norma in esame, così come modificata dalla l. n. 161 del 2014, prevedeva inoltre: «lo straniero che sia già stato trattenuto presso le strutture carcerarie per un periodo pari a quello di novanta giorni [...] può essere trattenuto presso il centro per un periodo massimo di trenta giorni». Tale disposizione è stata ulteriormente modificata in seguito all'emanazione del d.l. n. 13 del 2017 che all'art. 19, comma 2 lett. a) prolunga di quindici giorni il termine massimo di permanenza nei «nuovi» CPR degli stranieri che già erano stati trattenuti in una struttura carceraria. La nuova disposizione prevede infatti che «nei casi di particolare complessità delle procedure di identificazione e di organizzazione del rimpatrio» tali stranieri possono ora essere trattenuti, dopo gli iniziali trenta giorni, per un ulteriore

agli stranieri ha trovato le sue radici in un sistema di securitarizzazione⁷⁶ che in Italia ha risposto alla duplice logica del governo del rischio e dello stato d'emergenza⁷⁷.

La matrice della detenzione amministrativa degli stranieri è infatti rappresentata, da un lato, dal diritto di polizia e dalle misure di prevenzione contro le “persone pericolose” in esso contenute, dall'altro, dalle misure cautelari previste dal codice di procedura penale. Tali misure, che rivestivano un carattere di eccezionalità nel quadro del sistema penale italiano, una volta trasposte nell'impianto della disciplina sull'immigrazione hanno assunto un carattere ordinario, erodendo le garanzie poste dalla Costituzione a tutela dei diritti inviolabili della persona⁷⁸.

Non a caso si è parlato di nascita di un “diritto speciale” di carattere penal-poliziesco rivolto agli stranieri⁷⁹, un diritto in base al quale è appunto ormai perfettamente legittimo detenere migranti e richiedenti asilo, anche in assenza di imputazione, nel quadro di un mero procedimento amministrativo legato alla disciplina dell'immigrazione e solo sulla base dell'assunto che i soggetti di tali procedimenti siano categorie “pericolose”⁸⁰.

I centri di permanenza per i rimpatri (CPR), così denominati con d.l. n. 13 del 2017⁸¹, sono gli ex centri di identificazione ed espulsione (CIE),

periodo di quindici giorni, previa convalida della proroga da parte del giudice di pace. *Amplius*, anche per le necessarie indicazioni bibliografiche, P. GUALTIERI, *Il trattenimento dello straniero nel prisma sanzionatorio italiano*, in questo volume.

⁷⁶ F. GUILD, *Security and Migration in the 21st Century*, Cambridge, 2009.

⁷⁷ Sul punto, per tutti, G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*, Roma, 2013, *passim*.

⁷⁸ Sul punto, per una approfondita ricostruzione, v. ancora *ibidem*.

⁷⁹ A. CAPUTO, *Verso un diritto speciale per gli immigrati*, in *Quest. giust.*, 6/2000, 1178 ss.; *Id.*, *Immigrazione, diritto penale e sicurezza*, *ivi*, 2/2004, 359 ss.; *Id.*, *Verso un diritto penale del nemico?*, *ivi*, 6/2006, 625 ss.; *Id.*, *Irregolari, criminali, nemici: note sul “diritto speciale” dei migranti*, in *Studi quest. crim.*, 2/2007, 45 ss.

⁸⁰ Ci troveremo di fronte ad un «diritto penale del nemico» (G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, in *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, a cura di M. Donini, M. Papa, Milano, 2007, 11 ss.), altrimenti detto «sottosistema penale d'eccezione» (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2002, 724 ss. e 844 ss.), ossia un diritto penale “differenziato”, in quanto caratterizzato, da un lato, da una forte contrazione delle garanzie sostanziali e processuali fondamentali, dall'altro, dal fatto di essere destinato a determinati “tipi” d'autore ritenuti presuntivamente pericolosi.

⁸¹ Il Governo ha inoltre previsto un ampliamento della rete di tali centri in modo da assicurare la distribuzione delle strutture sull'intero territorio nazionale stanziando, a tal fine, la somma di 13 milioni di euro. L'art. 19, comma 3 d.l. n. 13 del 2017 prevede che la dislocazione dei centri di nuova istituzione dovrà essere effettuata, «sentito il presidente della regione o della provincia autonoma interessata, privilegiando i siti e le aree esterne ai centri urbani che risultino più facilmente raggiungibili e nei quali siano presenti strutture

istituiti dal legislatore con la l. n. 40 del 1998, con l'obiettivo di offrire una soluzione adeguata al problema del flusso dei clandestini nel territorio dello Stato.

La loro finalità è quella di consentire l'identificazione del cittadino straniero irregolare, cioè privo del diritto di entrare o risiedere in Italia, e la materiale esecuzione dei provvedimenti di allontanamento attraverso l'accompagnamento alla frontiera mediante la forza pubblica. Si tratta in altri termini di strutture istituite per "ospitare" gli stranieri in attesa di rimpatrio, secondo il modello di espulsione elaborato in sede europea⁸².

Questi centri, tuttavia, hanno assunto nel tempo carattere punitivo⁸³. A conferma di ciò sta il fatto che tutti i rapporti pubblicati sull'argomento rilevano come essi abbiano in tutto e per tutto funzionato come una propaggine del sistema carcerario italiano. Tra le persone detenute, infatti, è assoluta la preponderanza di soggetti che hanno scontato una sanzione penale per un reato comune e che, una volta scarcerati, sono sottoposti ad un provvedimento di trattenimento in attesa della loro espulsione. Questa condizione è determinata dall'incapacità delle autorità italiane di accertare l'identità dello straniero durante il periodo di carcerazione con la conseguenza che si produce un indebito prolungamento del periodo di detenzione che questi subisce oltre il limite della condanna penale già scontata⁸⁴. La situazione è ulteriormente aggravata dal fatto che molti stranieri detenuti in uno di tali centri hanno spesso già subito numerosi periodi di detenzione, senza che il provvedimento di espulsione sia stato eseguito. I soggetti in questione, rispetto ai quali l'espulsione non appare concretamente eseguibile, finiscono per restare intrappolati in un circolo vizioso di continue detenzioni, tra carcere e centri di "detenzione

di proprietà pubblica che possano essere, anche mediante interventi di adeguamento o ristrutturazione, resi idonei allo scopo, tenendo conto della necessità di realizzare strutture di capienza limitata idonee a garantire condizioni di trattenimento che assicurino l'assoluto rispetto della dignità della persona». Il Governo, dunque, nonostante l'esperienza del passato abbia mostrato in modo inequivocabile i limiti del sistema di esecuzione coattiva delle espulsioni basato sulla detenzione amministrativa, ha deciso di ampliare i centri deputati al trattenimento degli stranieri in attesa del rimpatrio, mentre al contrario nessuna risorsa è stata destinata ad incentivare il sistema dei rimpatri volontari ed assistiti, cui ha avuto sinora accesso un numero trascurabile di stranieri (in questo senso v. L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome*, cit.

⁸² Sul punto v. E. LANZA, *op. cit.*, 248.

⁸³ Sul punto v. A. DI MARTINO, *op. cit.*; nonché A. CAPUTO, *Espulsione e detenzione amministrativa*, cit., 431.

⁸⁴ *Medici Senza Frontiere, Missione Italia, Rapporto sui centri di permanenza temporanea ed assistenza*, in www.medicisenzafrontiere.it, gennaio 2004, 191 (ultimo accesso 12.04.2017).

amministrativa”, che appare assolutamente illegale dal punto di vista del diritto internazionale e comunitario esistente.

Gli ex centri di identificazione ed espulsione sono stati da sempre oggetto di profonde critiche perché ritenuti «strumenti di sostanziale detenzione degli stranieri senza le garanzie godute da ogni individuo nel momento della limitazione della libertà personale»⁸⁵. La privazione della libertà personale, infatti, è uno strumento caratteristico della giustizia penale estraneo al diritto amministrativo, il quale dovrebbe ricorrere a misure meno afflittive per realizzare i suoi obiettivi. L'abuso di poteri detentivi da parte degli Stati nel quadro della politica migratoria produce una sistematica limitazione dei diritti dei migranti e richiedenti asilo assoggettati a forme di detenzione, i quali godono di minori garanzie rispetto a quelle previste dal sistema di giustizia penale. In altri termini, si ha l'impressione che dietro l'etichetta della detenzione “amministrativa” si nasconda in realtà un arretramento delle garanzie penali in palese contrasto con quanto previsto dall'art. 7 CEDU nonché dall'art. 13 Cost.⁸⁶.

Da più parti si è poi evidenziato che la disciplina degli ex CIE desterebbe, inoltre, notevoli perplessità anche sotto il profilo del diritto al rispetto della dignità umana, che affonda le sue radici nel combinato disposto degli artt. 2 e 3 Cost. nonché nell'art. 3 CEDU⁸⁷. Il principio

⁸⁵ E. LANZA, *op. cit.*, 252 ss. La natura detentiva del trattenimento è sostenuta dalla quasi unanimità della dottrina. Cfr., *ex pluribus*, E. GIANFRANCESCO, *Trattenimento temporaneo, accompagnamento coattivo alla frontiera ed espulsione amministrativa tra libertà personale, libertà da prestazioni personali e libertà di circolazione*, in *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, a cura di R. Bin [et al.], Torino, 2001, 100-101; A. PUGIOTTO, “Ieri e oggi”: *fermo di polizia e trattenimento dello straniero*, *ivi*, 168; G.L. GATTA, *op. cit.*, 4; C. CORSI, *op. cit.*, 198.

⁸⁶ In questo senso D. PERUGIA, *op. cit.*; nonché A. DI MARTINO, *op. cit.*, il quale precisa che, come pacificamente accettato sia in dottrina sia nella giurisprudenza costituzionale, l'art. 13, secondo comma Cost., «non riguarda solo i cittadini ma chiunque si trovi sul territorio dello Stato italiano». V. anche A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in *questo volume*.

⁸⁷ V. sent. Trib. Crotone, 12 dicembre 2012, n. 1410, in *DeJure*, dove si ricorda che «a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, la giurisprudenza costituzionale è costante nel ritenere che le norme della CEDU – nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo [...] – integrano, quali norme interposte, il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali». In diverse pronunce la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riscontrato la violazione dell'art. 3 CEDU a fronte di situazioni di carattere obiettivo in riferimento al trattenimento degli stranieri in appositi centri in attesa dell'esecuzione del provvedimento di espulsione. Tra tutte si veda Corte EDU, 26 novembre 2009, *Tabesh v. Greece*, ric. n. 8256/07 in cui la Corte ha ravvisato la violazione dell'art. 3 CEDU in ipotesi in cui il ricorrente trattenuto nel CIE non aveva potuto

de quo, «implicando una valutazione assiologica di stampo universalistico che coinvolge la “globalità” di ogni singolo uomo nel proprio intrinseco finalismo, si mostra per sua natura refrattario a qualsiasi tentativo di graduazione e risulta, pertanto, insuscettibile di bilanciamento con altri principi costituzionali»⁸⁸.

In proposito, preoccupanti sono i dati che emergono dai numerosi rapporti di enti ed organizzazioni nazionali e internazionali sulle condizioni di detenzione negli ex CIE italiani.

Nella maggior parte dei centri, infatti, gli edifici ricalcano le strutture degli istituti penitenziari: alte mura di cinta, filo spinato e sbarre di ferro vigilate da agenti armati e, all'interno, blocchi alloggiativi rigidamente isolati dal resto della struttura da inferriate e cancelli serrati.

Inoltre, la maggior parte delle strutture presenta infrastrutture inadeguate: alcuni trattenuti sono sistemati in alloggi provvisori e *container* inadatti al soggiorno prolungato; altri sono esposti a temperature elevate; altri ancora sono “ospitati” in condizioni di estremo affollamento.

Una delle criticità più evidenti, poi, come denunciato ne *Il rapporto di Medici senza frontiere sui centri per migranti: CIE, CARA e CDA (2010)*, è che «nei CIE convivono persone con *status* giuridici differenti e negli stessi ambienti si trovano vittime di tratta, di sfruttamento, di tortura, di persecuzioni, così come individui in fuga da conflitti e condizioni degradanti, altri affetti da tossicodipendenze, da patologie croniche, infettive o della sfera mentale, oppure stranieri che vantano anni di soggiorno in Italia, con un lavoro (non regolare), una casa e la famiglia o sono appena arrivati. Sono luoghi dove coesistono e s'intrecciano in condizioni di detenzione storie di fragilità estremamente eterogenee tra loro da un punto di vista sanitario, giuridico, sociale e umano, a cui corrispondono esigenze molto diversificate»⁸⁹. Risulta molto complesso realizzare interventi di assistenza, sostegno e protezione in qualsiasi ambito, determinando un elevato malessere all'interno dei centri. Ne sono la riprova le testimonianze dei

camminare e svolgere l'attività fisica necessaria al mantenimento della propria salute perché le strutture del centro non lo consentivano, e in più aveva a disposizione poco più di cinque euro al giorno per acquistare il cibo di cui nutrirsi. *Amplius* S. DIFRANCESCO, *La detenzione dello straniero irregolare tra disciplina sovranazionale e giurisprudenza europea*, in questo volume.

⁸⁸ Così A. GABOARDI, *Difesa legittima e «C.I.E.»*. *La vulnerabilità giuridica di una detenzione «fuori legge»*, in *Penalecontemporaneo.it*, 10 Ottobre 2013, 5. In senso conforme, v. A. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in *Pol. dir.*, 1/2010, 38 ss.

⁸⁹ *Rapporto di Medici Senza Frontiere, Missione Italia, Al di là del muro. Viaggio nei centri per migranti in Italia*, in *www.medicisenzafrotiere.it*, gennaio 2010, 7 (ultimo accesso 12.04.2017).

trattenuti e le numerose lesioni che si procurano, il frequente ricorso alle strutture sanitarie e ai sedativi, i numerosi segni di rivolte, incendi dolosi e vandalismi e le notizie di cronaca di suicidi, tentati suicidi e continue sommosse⁹⁰. Una tensione che non appare semplicemente legata alla condizione di detenzione ai fini del rimpatrio, ma anche al senso di ingiustizia vissuto dai trattenuti nel subire una limitazione della libertà personale pur non avendo necessariamente commesso reati, e di essere detenuti in luoghi, inoltre, incapaci per loro natura di trattare adeguatamente bisogni fondamentali come salute, orientamento legale, assistenza sociale e psicologica⁹¹.

Per quel che concerne nello specifico la tutela del diritto alla salute, va evidenziato che l'assistenza sanitaria all'interno di tali centri non viene fornita dal Servizio sanitario nazionale, ma dall'ente gestore del centro al quale tramite una gara d'appalto pubblica sono affidati il complesso dei servizi necessari all'interno dello stesso. L'ente gestore provvede a garantire unicamente un'assistenza sanitaria di primo livello, mentre per gli accertamenti diagnostici e le cure specialistiche l'autorità di pubblica sicurezza provvede ad accompagnare il paziente presso la ASL o la struttura sanitaria competente. L'accesso all'assistenza sanitaria viene in questo modo costantemente ostacolato dalle difficoltà di invio dei pazienti verso centri esterni. Tali ostacoli risultano strettamente correlati alla caratteristica di "struttura chiusa al mondo esterno" del CPR. Il personale della ASL non ha infatti, in nessun modo, accesso allo stesso e per l'invio di un paziente presso centri esterni è sempre necessaria la disponibilità di una scorta per l'accompagnamento⁹². Difficile risulta poi il collegamento con gli istituti penitenziari, con la conseguenza per cui molto spesso i pazienti

⁹⁰ Tra gli ultimi casi di cronaca, occorre segnalare: la protesta presso l'ex CIE di Gradisca d'Isonzo nei giorni 17-18 agosto 2013; quella presso il CIE di Ponte Galeria a Roma (ove, a partire dal 21 dicembre 2013 alcuni detenuti di nazionalità marocchina, il cui numero vedeva incrementata la propria portata, si sono cuciti le labbra utilizzando un ago ricavato da un accendino ed un filo recuperato da una coperta); la rivolta presso l'ex CIE di Torino nei giorni 21-22 luglio 2013; quella presso l'ex CIE di Modena del 7 aprile 2013. Il centro calabrese (Crotone Sant'Anna) è stato chiuso nell'agosto 2013 a causa delle devastazioni provocate da una rivolta dei trattenuti. Analoga sorte hanno avuto anche gli ex CIE di Modena e Bologna, nonché, prima ancora, quelli di Brindisi e Catanzaro. Quanto al fenomeno delle rivolte degli stranieri trattenuti in tali centri, cfr. anche Trib. Crotone, 12 dicembre 2012, n. 1410, Aarrassi e altri, in *Penalecontemporaneo.it*, 7 gennaio 2013, con nota di A. GABOARDI, *op. cit.*, 5, relativamente alla rivolta nell'ex CIE di S. Anna di Isola di Capo Rizzuto; Trib. Milano, 26 settembre 2012, n. 8408, J. e altri, in *Corr. mer.*, 2013, 517 ss., in riferimento alla rivolta nel CIE di via Corelli a Milano.

⁹¹ *Rapporto di Medici Senza Frontiere, Missione Italia, Al di là del muro*, cit., 8 ss.

⁹² Cfr. il *Rapporto di Medici per i diritti umani (MEDU), Una storia sbagliata. Rapporto sul centro di identificazione ed espulsione di Ponte Galeria*, in *www.mediciperidirittiumani.org*, novembre 2010, 6 (ultimo accesso 12.04.2017).

provenienti dal carcere arrivano al centro senza una cartella clinica e risulta spesso difficoltoso ottenerne l'invio. Le condizioni sanitarie, inoltre, possono variare di molto da centro a centro essendo connesse alla qualità del servizio offerto dall'ente gestore.

Da anni ormai si evidenzia la necessità di sottrarre gli ex centri di identificazione ed espulsione dalla condizione di "extraterritorialità sanitaria" in cui versano⁹³.

Un ulteriore profilo di irragionevolezza sembra inoltre emergere dal fatto che mentre lo straniero irregolare detenuto in carcere ha la possibilità di accedere al Servizio sanitario nazionale⁹⁴, lo stesso straniero irregolare, trattenuto all'interno dell'ex CIE e che perciò non sta scontando una pena per un reato commesso, è tenuto ad avvalersi, normalmente, delle prestazioni fornite dall'ente gestore, mentre l'accesso alle cure fornite dalle ASL è subordinato alla presenza di determinate condizioni⁹⁵.

Non è mancato chi ha evidenziato che un ripensamento del sistema così delineato sembrerebbe doveroso: una profonda operazione di civilizzazione delle modalità di trattenimento del migrante appare oggi più che mai necessaria⁹⁶ ed in ambito sanitario ciò dovrebbe tradursi nell'equiparazione delle condizioni di accesso alle cure all'interno dei centri alla disciplina che caratterizza altri istituti di privazione della libertà personale⁹⁷.

La mancata equiparazione nell'accesso alle cure degli stranieri detenuti in carcere e di quelli trattenuti nei centri di permanenza per i rimpatri determinerebbe infatti una irragionevole disparità di trattamento dalla quale potrebbero derivare profili di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost.

⁹³ Così il *Rapporto di Medici per i diritti umani (MEDU), Le sbarre più alte. Rapporto sul centro di identificazione ed espulsione di Ponte Galeria a Roma*, in www.mediciperidirittiumani.org, maggio 2012, 18 (ultimo accesso 12.04.2017).

⁹⁴ Il d.lgs. n. 230 del 1999 disciplina l'assistenza sanitaria per gli stranieri detenuti. L'art. 1 di tale decreto prevede che «gli stranieri limitatamente al periodo in cui sono detenuti o internati negli istituti penitenziari, sono iscritti al servizio sanitario nazionale. Tali soggetti hanno parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai cittadini liberi, a prescindere dal regolare titolo di permesso di soggiorno in Italia». Viene precisato, inoltre, che «i detenuti e gli internati sono esclusi dal sistema di compartecipazione alla spesa delle prestazioni erogate dal Servizio sanitario nazionale».

⁹⁵ In questo senso A. ROMANO, *op. cit.*, 90.

⁹⁶ Sebbene infatti l'art. 19, comma 3 d.l. n. 13/2017 preveda espressamente l'adozione di iniziative volte a garantire l'ampliamento della rete dei centri «tenendo conto della necessità di realizzare strutture di capienza limitata idonee a garantire condizioni di trattenimento che assicurino l'assoluto rispetto della dignità della persona» sarà necessario verificare, in un immediato futuro, che tali prescrizioni non restino, allo stato dei fatti, lettera morta.

⁹⁷ A. ROMANO, *op. cit.*, 91.

5.1. *La responsabilità penale per omissione del gestore del CPR*

Posto che le condizioni degli ex centri di identificazione ed espulsione non sempre risultano conformi a sia pur minimi *standard* di sicurezza e/o di “dignità”, si tratta di verificare se sia astrattamente ipotizzabile una responsabilità penale ai sensi dell’art. 40, secondo comma c.p., nei confronti dei soggetti cui, a seguito di appalto pubblico⁹⁸, viene affidata la gestione dei centri di trattenimento per stranieri.

Il Ministero dell’Interno con decreto del 20 ottobre 2014 ha approvato il regolamento recante «criteri per l’organizzazione e la gestione dei centri di identificazione ed espulsione»⁹⁹. Il regolamento in questione dispone, all’art. 4, secondo comma, lett. *i*), rubricato «Servizi all’interno del centro», che l’ente gestore «verifica costantemente il buon funzionamento del Centro, con l’obbligo di segnalare immediatamente alla Prefettura i guasti e/o i danni arrecati alla struttura e agli oggetti».

Dalla norma in esame potrebbe pertanto desumersi che il gestore sia il soggetto responsabile della sicurezza e dell’incolumità di tutti coloro che hanno accesso, per le più svariate ragioni, al centro. Lo stesso sarebbe infatti tenuto a predisporre ogni più ampia e idonea misura di cautela ovvero tutto quanto si renda necessario ad impedire il pregiudizio dell’integrità fisica di chi abbia accesso, a qualunque titolo, al CPR.

In considerazione di ciò sul gestore sembrerebbe gravare un obbligo giuridico di impedire che, nel centro, si verificino eventi dannosi. Lo stesso risulterebbe pertanto titolare di una posizione di garanzia, ai sensi dell’art. 40, secondo comma c.p. ed in particolare di una posizione di protezione¹⁰⁰, con la conseguenza per cui potrebbe profilarsi una responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento nell’ipotesi in cui il gestore non abbia osservato l’obbligo di protezione posto a suo carico, obbligo che potrà dirsi rispettato solo quando siano osservate tutte le norme che regolano l’attività

⁹⁸ Cfr., a tal proposito, il decreto del Ministro dell’Interno del 21 novembre 2008, recante lo schema di capitolato di appalto per la gestione dei centri di primo soccorso ed accoglienza, dei centri di accoglienza, dei centri di accoglienza per richiedenti asilo e degli ex centri di identificazione ed espulsione.

⁹⁹ D.m. n. 12700 del 2014 del Ministero dell’Interno.

¹⁰⁰ Sulla “tradizionale” dicotomia tra posizione di protezione e posizione di controllo, per tutti, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 646 ss. Si rinvia inoltre alla recente indagine di L. BRIZI, *La responsabilità penale del sindaco di un ente locale per omesso impedimento dell’evento morte tra “cortocircuiti” normativi ed ossimori valutativi*, in *Giurisprudenzapenale.com*, 27 luglio 2016, per tutte le necessarie indicazioni bibliografiche.

di gestione del centro.

Più problematica si prospetta invece la questione relativa ad una eventuale responsabilità per omesso impedimento di un reato altrui¹⁰¹. A tal proposito l'art. 11 del regolamento sopra citato espressamente prevede che il questore individua tra gli ufficiali di polizia giudiziaria della Polizia di Stato il responsabile del dispositivo di vigilanza cui è affidato il compito di impedire l'allontanamento indebito da parte degli stranieri nonché di intervenire al fine di gestire tutte le situazioni di turbativa della pacifica convivenza degli stranieri. La norma in questione, inoltre, espressamente prevede che il responsabile verifica che siano attuati i controlli delle persone e/o dei materiali in accesso al centro. Lo stesso è tenuto a disporre poi periodiche attività di bonifica al fine di impedire l'introduzione e la disponibilità da parte degli stranieri di strumenti od oggetti pericolosi per l'incolumità loro e del personale operante nel centro. Il responsabile è tenuto infine a svolgere un'opera di sensibilizzazione affinché il personale preposto non raccolga eventuali provocazioni poste in essere dagli stranieri.

Anche sul responsabile del dispositivo di vigilanza sembrerebbe dunque gravare, al pari di quanto accade per il gestore del centro, l'obbligo di assicurare l'ordine e la sicurezza all'interno del CPR al fine di evitare che si verifichino eventi dannosi (*rectius* reati) tanto nei confronti degli stranieri quanto del personale operante nella struttura. La posizione di controllo in capo al gestore del centro e al responsabile del dispositivo di vigilanza deriverebbe proprio dalla particolare posizione (di signoria) in cui detti soggetti si trovano nei confronti di una fonte di pericolo perché forniti di particolari poteri di intervento e di inibizione rispetto ad essa. Solo essi, in qualità di garanti, e non il *quisque de populo*, sarebbero in grado di dominare il processo causale che *ab origine* determina il pericolo della lesione, il secondo potendo solo evitare che detta situazione di pericolo evolva nella effettiva lesione del bene¹⁰². In altri termini, la possibilità concreta di impedire l'evento si salda, nel caso di specie, ad un potere di effettiva e diretta signoria sui fattori causali dell'evento medesimo ed in virtù di essa

¹⁰¹ Per un generale inquadramento della categoria L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione nel reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, 376 ss.; L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/1997, 1339; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, 140 ss.; G. INSOLERA, voce *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 469 ss.; A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, 2013, *passim*.

¹⁰² Cfr. L. BISORI, *op. cit.*, 1365.

si connoterebbe una posizione di garanzia.

Il rischio insito nella ricostruzione prospettata è sicuramente quello di sconfinare in forme più o meno surrettizie di responsabilità c.d. da posizione.

Il problema della individuazione degli obblighi di garanzia, ossia della necessaria selezione insieme agli obblighi di attivarsi, degli obblighi che, in virtù del particolare significato di disvalore, possono fondare l'applicazione dell'art. 40, cpv. c.p. al concorso di persone nel reato, si presenta, come già precisato, particolarmente delicato nella materia della compartecipazione criminosa, attesa la frequente previsione degli obblighi di osservanza sull'altrui condotta, che si specificano in attività generalmente finalizzate alla tutela di beni giuridici¹⁰³. Non si può d'altra parte tacere la *vis expansiva* che tale figura di qualificazione ha subito nella prassi giurisprudenziale, «nella quale si assiste molte volte alla sottoposizione a pena di comportamenti non impeditivi, sebbene leciti, sul presupposto della violazione di obblighi di attivarsi che, nella realtà, non costituiscono, per gli obbligati, posizioni di garanzia penalmente rilevanti»¹⁰⁴.

Problemi peculiari si pongono poi anche in relazione al principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, primo comma Cost. Delineare una responsabilità penale per omesso impedimento dell'altrui reato sulla base di un generico obbligo di vigilanza, significa infatti prospettare un'ipotesi di responsabilità per fatto altrui, «atteso che, in assenza di una pregressa posizione di garanzia, la valorizzazione in chiave concorsuale dell'omessa vigilanza si risolve nel far rispondere un determinato soggetto semplicemente per il comportamento delittuoso di altra persona, pienamente capace di condursi e perciò autoreponsabile»¹⁰⁵.

I rischi poc'anzi prospettati potrebbe essere arginati valorizzando la concreta possibilità del soggetto di intervenire nel singolo caso. Affinché possa profilarsi, dunque, nei confronti del gestore del centro o del responsabile della vigilanza una responsabilità per omesso impedimento di un reato altrui oltre ad un obbligo giuridico, positivamente imposto da una norma, di attivarsi per impedire la commissione di un reato è necessario altresì che egli sia dotato di effettivi poteri giuridici di interferenza così da poter

¹⁰³ Così N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri di impedimento*, Milano, 2003, 60.

¹⁰⁴ *Ibidem*. Sul punto v. anche R. RINALDI, *L'analogia e l'interpretazione estensiva nell'applicazione della legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1994, 198; nonché T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Ind. pen.*, 2/1999, 535.

¹⁰⁵ N. PISANI, *op. cit.*, 61. V. anche G. INSOLERA, *Nozione individuale e collettiva della responsabilità penale*, in *Ind. pen.*, 2/1996, 261 ss.; A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985, 206.

effettivamente incidere, nel caso concreto, sulla condotta del reo al fine di evitare la commissione del reato.

6. *L'inespellibilità dello straniero bisognoso di cure*

Un ulteriore profilo di interesse, in relazione all'interazione tra sicurezza e tutela del diritto alla salute, riguarda la giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di inespellibilità dello straniero bisognoso di cure¹⁰⁶.

Si è trattato di chiarire se l'assenza nel testo unico dell'immigrazione di un limite all'espulsione per assicurare le cure indifferibili nei confronti dello straniero fosse contraria agli artt. 32, 3 e 2 Cost.¹⁰⁷. Nel risolvere la questione il Giudice costituzionale afferma che anche allo straniero non in regola con il soggiorno spetta un nucleo irriducibile di tutela della salute quale diritto fondamentale della persona¹⁰⁸.

La Corte, tuttavia, non prende una decisione univoca con riferimento all'espulsione limitandosi a stabilire, dopo aver rigettato la questione di costituzionalità sollevata, che occorre attenersi ad una valutazione caso per caso¹⁰⁹. La decisione sulla necessità di fornire una determinata prestazione sanitaria e dunque rinviare le cure è rimessa al discrezionale apprezzamento del giudice e del medico.

Sul punto è peraltro intervenuta anche la giurisprudenza di legittimità, chiarendo che sono coperti dalla garanzia della temporanea inespellibilità solo i soggetti che necessitino di interventi successivi alla rimozione chirurgica della patologia od alla somministrazione immediata di farmaci

¹⁰⁶ Per l'analoga questione nel contesto sovranazionale S. DIFRANCESCO, *op. cit.*

¹⁰⁷ Corte cost., 5-17 luglio 2001, n. 252. Su questa pronuncia si vedano i commenti di A. ALGOSTINO, *op. cit.*, 909 ss.; E. GROSSO, *Stranieri irregolari e diritto alla salute: l'esperienza giurisprudenziale*, in *Cittadinanza, corti e salute*, a cura di R. Balduzzi, Padova, 2007, 157 ss.; T. CHECCOLI, *La tutela del diritto alla salute degli immigrati nella giurisprudenza della Corte costituzionale ed il concetto di nucleo irriducibile del diritto*, in *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, a cura di C. Calvieri, Torino, 2006, 307 ss.

¹⁰⁸ A. ROMANO, *op. cit.*, 91.

¹⁰⁹ La Corte costituzionale giunge peraltro ad una soluzione analoga a quella raggiunta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, anch'essa favorevole ad una valutazione da effettuarsi caso per caso. La Corte europea in numerose sentenze ha infatti chiarito che occorre valutare nel caso specifico se la gravità della salute dello straniero sia meritevole di rappresentare effettivamente un limite all'espulsione. In proposito v. Corte EDU, 2 maggio 1997, *D. v. the United Kingdom*, ric. n. 30240/96 e Corte EDU, 27 febbraio 2014, *S./J. v. Belgium*, ric. n. 70055/10. Inoltre la possibilità di rinviare il rimpatrio per motivi di salute è ora espressamente prevista dall'art. 9, comma 2, lett. a) Direttiva 08/115/CE.

essenziali per la vita, indispensabili al completamento dei primi o al conseguimento della loro efficacia, mentre restano al contrario esclusi quei trattamenti di mantenimento o di controllo che, se pur indispensabili ad assicurare una *spes vitae* per il paziente, fuoriescono dalla correlazione strumentale con l'efficacia immediata dell'intervento sanitario indifferibile ed urgente¹¹⁰. Non si tratterebbe, dunque, di escludere dall'area degli obblighi costituzionali dello Stato, nel campo della salute, quelle prestazioni o controlli necessari ma destinati, al fine di assicurare effetti *quoad vitam*, all'indeterminata reiterazione, rendendosi necessario distinguere tra interventi indifferibili, anche se di consistenza temporale non irrilevante, che rendono inespellibile lo straniero irregolare che di essi necessita ed interventi sanitari di cui qualunque straniero può fruire in Italia ove chieda ed ottenga, previa valutazione dell'Autorità amministrativa, il previsto permesso di soggiorno per cure mediche di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 286 del 1998.

Pertanto di fronte ad un ricorso avverso un provvedimento di espulsione si dovrà, qualora vengano invocate esigenze di salute dell'interessato, preventivamente valutare il profilo dell'urgenza e della indifferibilità delle cure e «qualora risultino fondate le ragioni addotte dal ricorrente in ordine alla tutela del suo diritto costituzionale alla salute, si dovrà provvedere di conseguenza, non potendosi eseguire l'espulsione nei confronti di un soggetto che potrebbe subire, per via dell'immediata esecuzione del provvedimento, un irreparabile pregiudizio a tale diritto»¹¹¹.

7. Considerazioni conclusive

Il tema del diritto alla salute degli stranieri offre un interessante spunto di riflessione non solo per la complessità insita nella ricerca del difficile equilibrio tra diritto alla cura ed esigenze di sicurezza, «ma anche in ragione dell'indubbia rappresentatività del fenomeno migratorio quale particolare manifestazione del più generale processo di globalizzazione in atto e la

¹¹⁰ Cass., Sez. I civ., 24 gennaio 2008, n. 1531, in *DeJure*.

¹¹¹ M. DE MASI, *op. cit.*, 144. Sul punto vedi anche A. ROMANO, *op. cit.*, 92 il quale sottolinea che «se è apprezzabile il riconoscimento della capacità di un diritto fondamentale a superare le istanze dello Stato legate alla sicurezza, non può essere sottovalutato l'ampio margine di discrezionalità lasciato in capo al personale medico e al giudice» ed è proprio la successiva giurisprudenza di legittimità a dimostrare con evidenza i rischi di questa indeterminatezza avendo dato luogo a pronunce oscillanti. Per un'analisi della giurisprudenza di legittimità v. anche A. CIERVO, *op. cit.*, 145-146.

conseguente significatività delle relative scelte di disciplina quale luogo normativo di convergenza di componenti molteplici ed eterogenee»¹¹².

Le preoccupazioni securitarie degli Stati, gli obblighi che scaturiscono dalla normativa dell'Unione europea, nonché i vincoli derivanti più in generale dal sistema di tutela internazionale, impongono infatti al legislatore la ricerca di soluzioni normative in grado di assicurare il necessario equilibrio tra logiche e dinamiche profondamente diverse.

Gli interventi normativi in materia rivelano tuttavia la netta prevalenza di preoccupazioni securitarie e proprio la tutela del diritto alla salute degli stranieri rappresenta in proposito una cartina di tornasole particolarmente emblematica. L'impressione, in effetti, è quella per cui quanto maggiori appaiono le esigenze di sicurezza dello Stato nei confronti di una determinata "categoria di stranieri" tanto minore è l'ampiezza del "diritto alla cura" loro riservato. Si passa infatti da una piena equiparazione con i cittadini, nel caso degli stranieri regolari, ad una disparità di trattamento che diviene sempre maggiore se si considerano le precarie condizioni di salute in cui versano gli stranieri irregolari detenuti nei centri di permanenza per i rimpatri.

Da ciò si ricava che le preoccupazioni securitarie sembrerebbero aver in vario modo impedito la ricerca di quella necessaria mediazione tra legittime esigenze di controllo del territorio e di difesa della collettività, da un lato, e le ineliminabili garanzie della persona dall'altro, dando vita, di contro, ad una normativa più o meno scopertamente in tensione con i principi fondamentali fatti propri da tutti gli ordinamenti moderni e che solo una lettura costituzionalmente orientata è stata in grado talvolta di correggere.

La naturale complessità della gestione di massicci flussi migratori interessanti soggetti portatori di culture profondamente diverse, lungi dallo stimolare la consapevolezza della necessità di un governo politico delle molteplici conseguenze del fenomeno migratorio, ha ricevuto quale risposta pressoché esclusiva «l'asservimento (e la strumentalizzazione) di tali delicate questioni alle esigenze della raccolta del consenso elettorale, con un uso disinvolto del discorso sulla sicurezza teso a cavalcare l'istintivo sentimento di insicurezza che scaturisce dalla convivenza con lo straniero in quanto 'diverso' o 'sconosciuto' e pertanto [...] percepito come fonte di rischio»¹¹³.

¹¹² R. SICURELLA, *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici. Percorsi di riflessione critica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2012, 1425.

¹¹³ Ivi, 1444 la quale evidenzia come questa sia una reazione «tanto più 'naturale' (ma anche irrazionale) laddove si consideri come il fenomeno migratorio [...] si inserisca attualmente in un più generale contesto di insicurezza collettiva, ingenerata in verità da fattori molteplici ed eterogenei, principalmente riconducibili all'affermazione della società del rischio, cui

In Italia una domanda drogata di sicurezza, enfatizzata dalla stampa e dalla televisione¹¹⁴, ha accentuato le vocazioni repressive della politica penale, assecondando così la facile tentazione di fare appello al presunto effetto di deterrenza e di intimidazione del soggetto migrante quale primario strumento di contenimento dei flussi¹¹⁵.

La più generale disciplina dell'immigrazione irregolare nel nostro ordinamento¹¹⁶ mostra in modo emblematico i sintomi di un passaggio dal

si aggiungono situazioni che invero più che incidere su un effettivo aumento dell'insicurezza, incidono sulla percezione che della stessa ha la collettività, quali il degrado urbano, l'erosione dello Stato sociale, la *street criminality*». Pervengono alle medesime conclusioni anche A. CAPUTO, *L'emergenza sicurezza. Appunti su securitarismo e politiche del diritto*, in *Quest. giust.*, 6/2007, 1098 ss.; M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 10/2008, 3558 ss.; F. PALAZZO, *Sicurezza urbana e immigrazione: illusioni e realtà della repressione penale*, in *Dir. imm. citt.*, 1/2004, 24 ss.; M. PELISSERO, *Logiche di esclusione ed inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 4/2007, 684 ss.; M. PIERDONATI, *Logica della sicurezza e diritto penale*, in *Immigrazione e integrazione*, I, cit., 493 ss.; M. BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, Bologna, 2008.

¹¹⁴ V. D. PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Dir. pen. proc.*, 9/2008, 1077 ss. il quale precisa che «la politica, lungi dal frapporre un filtro, ha di contro scelto di cavalcare le ondate di panico securitario con risposte semplificatrici e perentorie, ispirate ad un approccio quasi pubblicitario che insegue l'obiettivo della persuasione più che la razionalità del discorso, spesso anche attraverso un uso strumentale – o sarebbe meglio dire un irresponsabile abuso – dei mezzi di comunicazione».

¹¹⁵ R. SICURELLA, *op. cit.*, 1445. L'A. sottolinea che tale effetto di deterrenza e intimidazione sia «tutt'altro che scontato laddove si consideri la carente condizionabilità rispetto alla minaccia della pena del soggetto immigrato disposto a sacrificare financo il bene primario della vita». Sul punto cfr. anche L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, II, Roma-Bari, 2007, 376 secondo cui c'è «un principio teorico elementare, suffragato dall'esperienza, in tema di capacità di prevenzione del diritto penale. L'effetto deterrente delle pene e dei loro inasprimenti è direttamente proporzionale al grado di esigibilità dell'osservanza delle norme violate: massimo per reati come l'omicidio, le violenze alle persone, la corruzione e i delitti del potere, esso è nullo per la maggior parte dei reati contro il patrimonio, soprattutto se legati all'indigenza, alla tossicodipendenza o all'emarginazione. *Ad impossibilia nemo tenetur* [...]: quanto più la devianza è necessitata tanto meno è prevenibile con le pene. Per questo l'efficacia deterrente del diritto penale, mentre è massima nei confronti della criminalità niente affatto necessitata dei colletti bianchi, è pressoché nulla nei confronti della criminalità di sussistenza. Tanto quanto è originata dalla miseria, dall'insicurezza delle condizioni di vita o peggio dalla tossicodipendenza, questo tipo di delinquenza non è seriamente prevenibile con le pene, che per quanto severe hanno un valore poco più che simbolico».

¹¹⁶ Sul punto v. A. CAPUTO, *La detenzione amministrativa e la Costituzione: interrogativi sul diritto speciale degli stranieri*, in *Dir. imm. citt.*, 1/2000, 51 ss.; nonché M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 1/2009, 101 ss. Per un'accurata ricostruzione dell'evoluzione legislativa della tutela penale dell'immigrazione v. M. GAMBARDELLA, voce *Immigrazione*

modello dello Stato di diritto al modello dello Stato di prevenzione¹¹⁷: un passaggio che più o meno esplicitamente trova il suo teorico fondamento in un'essenziale inversione logica, laddove la sicurezza, tradizionalmente considerata condizione necessaria al godimento dei diritti individuali (e pertanto quale bene strumentale la cui tutela incontra inevitabilmente il limite del rispetto dei diritti stessi), viene elevata al rango di diritto fondamentale: il c.d. «diritto alla sicurezza». Tale diritto, nel suo bilanciamento con i beni protetti dalla Costituzione e dalle fonti internazionali, potrebbe diventare, specie nelle fasi di più acuta emergenza, lo strumento per una generalizzata flessibilizzazione dei diritti fondamentali di individui e gruppi e del sistema delle garanzie introdotto dal costituzionalismo contemporaneo¹¹⁸.

Ad accentuare l'inevitabile indebolimento del modello funzionale garantistico dell'intervento penale che da tale approccio discende si aggiunge, peraltro, proprio nel settore della disciplina migratoria, l'evidente divaricazione discriminatoria che connota l'intervento del legislatore penale italiano. Questa divaricazione, invero patologica, è stata spesso ricondotta al paradigma del «diritto penale del nemico»¹¹⁹.

Ovviamente la risposta penale si rivela in certi casi necessaria e irrinunciabile, ma è illusorio affidare ad essa, anziché a politiche sociali dirette a ridurre le cause della devianza, la prevenzione dei reati che attentano alla sicurezza individuale.

Ha scritto Luigi Ferrajoli che «si rivela di nuovo, sul terreno del diritto penale, la complementarità e la convergenza [...] tra garantismo liberale e garantismo sociale; tra garanzie dei diritti di immunità [...] e garanzie dei diritti sociali; tra sicurezza penale e sicurezza sociale»¹²⁰. È l'assenza di

(*diritto penale*), in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, IV, Milano, 2006, 2895 ss.

¹¹⁷ Cfr. R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'immigrazione: strumento di tutela dei flussi immigratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?*, in *Quest. giust.*, 2/2011, 24.

¹¹⁸ In proposito v. R. SICURELLA, *op. cit.*, 1446; D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2009, 552-556; A. CAPUTO, *Verso un diritto penale del nemico?*, *cit.*, 631-632; nonché L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, *cit.*, 372 secondo cui negli ultimi anni si è assistito ad un mutamento «nel senso comune del significato stesso della parola “sicurezza”: che non vuole più dire, nel lessico politico, “sicurezza sociale”, cioè garanzia dei diritti sociali e perciò sicurezza del lavoro, della salute, della previdenza e della sopravvivenza, né tanto meno sicurezza delle libertà individuali contro gli arbitri polizieschi, bensì soltanto “pubblica sicurezza”, declinata nelle forme dell'ordine pubblico di polizia e degli inasprimenti punitivi anziché in quelle dello stato di diritto, sia liberale che sociale».

¹¹⁹ Il riferimento è alla nota teorizzazione di Jakobs (G. JAKOBS, *op. cit.*). Una lettura di segno critico è offerta da M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cass. pen.*, 2/2006, 754. Per un'approfondita analisi critica della teorizzazione di Jakobs, v. altresì F. RESTA, *Colpevoli, nemici e non persone. Figure e paradigmi del «diritto penale del nemico»*, in *Ind. pen.*, 1/2006, 181 ss.

¹²⁰ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, *cit.*, 377.

garanzie sociali dell'occupazione e della sussistenza la causa principale di quella che è stata efficacemente definita "delinquenza di sussistenza". «Per questo la prevenzione di questo tipo di delinquenza richiede politiche sociali ben più che politiche penali: politiche di inclusione, ben più che politiche di esclusione. Richiede, precisamente, che si sviluppino effettive garanzie del lavoro, dell'istruzione, della previdenza e, più in generale, una politica volta a distruggere quelli che Marx chiamò "gli antisociali luoghi di nascita del delitto" e ad assicurare "a ciascuno lo spazio sociale per la estrinsecazione sociale della sua vita". Una politica sociale capace di bonificare quegli "antisociali luoghi di nascita del delitto" è anche la politica penale più efficace in materia di sicurezza»¹²¹.

¹²¹ *Ibidem.*

Susanna Difrancesco

*La detenzione dello straniero irregolare tra disciplina
sovrannazionale e giurisprudenza europea*

SOMMARIO: 1. Il fenomeno migratorio nel contesto europeo: quali diritti per gli stranieri irregolari? – 2. Lo *status* di straniero – 3. La normativa europea in materia di accoglienza dello straniero irregolare – 4. La tutela dello straniero nell'ordinamento italiano – 4.1. Lo straniero irregolare nell'ordinamento italiano: accoglienza o detenzione? – 4.2. Le incompatibilità ontologiche tra la disciplina nazionale e quella europea – 4.3 I centri di accoglienza italiani al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – 5. Il diritto alla salute dello straniero irregolare nella giurisprudenza europea – 6. L'accoglienza in Europa: criticità e "deficienze sistemiche" – 7. Considerazione conclusive

1. *Il fenomeno migratorio nel contesto europeo: quali diritti per gli stranieri irregolari?*

Il fenomeno dell'immigrazione in Europa nella sua dimensione attuale è relativamente recente. Il continente europeo ha infatti sperimentato, tra la fine dell'Ottocento e la metà del Novecento, l'emigrazione verso l'America per ragioni prevalentemente di carattere economico o legate alle persecuzioni razziali, poste in essere durante il secondo conflitto mondiale¹.

¹ Si consideri al riguardo la circostanza secondo cui l'ordinamento italiano ha scelto di tutelare a livello costituzionale solamente il diritto di ogni italiano di emigrare verso i Paesi esteri (art. 35, quarto comma Cost.), senza minimamente regolamentare il fenomeno dell'immigrazione. L'unica disposizione costituzionale espressamente applicabile allo straniero immigrato è rappresentata dall'art. 10, secondo comma Cost., che riserva alla legge la disciplina della condizione giuridica dello straniero, inteso sia nella qualità di emigrante sia in quella di immigrato. L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale ha dapprima equiparato lo *status* dello straniero regolare a quella del cittadino italiano e, solo successivamente, ha riconosciuto anche allo straniero irregolare i diritti fondamentali tra i quali, il diritto alla salute, il diritto di difesa, il diritto al rispetto della vita familiare. Infatti, a partire dalle sentenze Corte cost., 18 ottobre-23 novembre 1967 e 23 aprile-26 giugno 1969 la Consulta ha superato le discriminazioni derivanti da una rigorosa applicazione del dettato costituzionale ed ha interpretato il dato normativo in modo da riconoscere a

Gli avvenimenti storici verificatesi nel corso degli ultimi anni nei Paesi dell'Africa settentrionale e in alcuni Stati dell'Asia (le c.d. primavere arabe) hanno determinato imponenti e inattesi flussi migratori verso l'Europa, dando origine a numerosi interrogativi di natura giuridica: primo fra tutti, quello riguardante la modalità di tutela da apprestare allo straniero, il quale, nonostante la sua posizione di irregolarità, rimane pur sempre un individuo e, come tale, bisognoso di assistenza.

In particolare, emergono diverse criticità in relazione alla possibilità di riconoscere in capo a quest'ultimo il diritto alla salute, inteso nell'accezione divenuta ormai tradizionale di complessiva tutela psico-fisica dell'individuo². Le difficoltà riscontrate dagli interpreti sono dovute, *in primis*, alla mancanza di una disposizione normativa che disciplini in modo espresso ed esaustivo il diritto in questione.

Sul versante europeo "in senso stretto" la salute riceve infatti una tutela solo indiretta, posto che ad essere garantiti sono solo quei diritti connessi alle materie di competenza dell'Unione Europea³: pertanto, il cittadino europeo vanta nei confronti delle istituzioni il diritto alla sicurezza alimentare, il diritto di acquistare prodotti che non mettano a repentaglio la salute del singolo o della collettività, il diritto all'ambiente salubre. In diversi casi, il diritto alla salute non viene considerato come bene giuridico autonomo, ma risulta funzionale alla tutela di beni differenti, quali ad esempio la libertà di circolazione delle merci o l'ambiente⁴.

tutte le persone, indipendentemente dallo *status* di cittadino italiano, i diritti fondamentali. Pertanto, il differente trattamento tra cittadino italiano e straniero può giustificarsi solo nel caso in cui le norme risultino logicamente applicabili esclusivamente al primo. Sul punto, *amplius* L. ALFANI, *Il diritto alla salute degli stranieri: un difficile equilibrio tra diritto alla cura, principio di non discriminazione ed esigenze di sicurezza*, in questo volume.
² *Amplius* A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in questo volume.

³ Si potrebbe obiettare che il diritto alla salute abbia trovato espressa tutela nella Carta europea dei diritti sociali o Carta sociale europea (CSE). Appare doveroso constatare che, ad eccezione degli artt. 11 e 13, le altre disposizioni normative contenute nella Carta tutelano il diritto alla salute in relazione a determinate categorie di soggetti (bambini o adolescenti) sul luogo di lavoro. Inoltre, la circostanza per la quale gli Stati firmatari della CSE sono obbligati ad adempiere solamente a sei delle nove disposizioni contenute nella Parte II non depone a favore della vincolatività e dell'efficacia della predetta Carta. Al riguardo, v. A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, 1 ss.; A. DI PASCALE, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea: diritti fondamentali?*, in *Riv. dir. intern.*, 2014, 1148 ss.; C. PANZERA, *Per i cinquant'anni della Carta sociale europea*, in *www.gruppodipisa.it.*, 2012, 2 ss.

⁴ Sul punto viene in considerazione la Direttiva 91/414/CEE secondo cui il mutuo riconoscimento dell'autorizzazione all'immissione in commercio dei prodotti fitosanitari sui

Maggiori perplessità suscita la constatazione della presenza di una lacuna normativa nel testo della Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (CEDU): nel "nocciolo duro" dei diritti riconosciuti all'individuo non è previsto il diritto alla salute.

L'assenza di un riferimento esplicito alla salute trova giustificazione nel fatto che la Convenzione Europea è entrata in vigore all'indomani del secondo conflitto mondiale, in un momento storico in cui l'attenzione degli Stati firmatari era focalizzata sull'esigenza di arginare ogni forma di violenza e di garantire uno spazio comune fondato sulla pace⁵.

La situazione, tuttavia, non è mutata nel corso del tempo: ed invero, nessuno dei diversi Protocolli addizionali alla Convenzione contiene una disposizione che tuteli il diritto alla salute. Gli Stati firmatari, infatti, si sono mostrati particolarmente cauti nell'adottare obblighi a carattere sociale, in quanto questi ultimi richiedono risorse economiche necessarie per la loro attuazione⁶.

L'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU ha fornito un contributo significativo alla definizione dei diritti fondamentali in capo allo straniero irregolare, soprattutto in tema di diritto alla salute. I giudici di Strasburgo hanno infatti ricondotto il predetto diritto nell'ambito applicativo dell'art. 2 CEDU (diritto alla vita), dell'art. 3 CEDU (proibizione della tortura) o dell'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare), disposizioni che per la loro formulazione di ampio respiro si prestano a ricomprendere una pluralità di ipotesi.

Si rende dunque necessario, anzitutto, analizzare la disciplina in materia di accoglienza dello straniero irregolare, inteso come quel soggetto che entra o permane all'interno dei confini nazionali in mancanza di una valida

mercati degli Stati membri diversi da quello in cui viene immesso per la prima volta è subordinato esclusivamente all'accertamento da parte delle singole autorità nazionali che tale prodotto non risulti contrario alla tutela della salute delle persone e degli animali, nonché alla tutela dell'ambiente. V. anche G. CORDINI, *Crisi dello Stato sociale, sostenibilità ambientale e tutela della salute*, in *Unione europea e diritto alla tutela della salute: problematiche giuridiche comparate*, a cura di L.P. Tronconi, Santarcangelo di Romagna, 2016, 19-41.

⁵ Al riguardo v. il Preambolo della Convenzione, secondo cui: «Riaffermato il loro profondo attaccamento a tali libertà fondamentali che costituiscono le basi stesse della giustizia e della pace nel mondo e il cui mantenimento si fonda essenzialmente, da una parte, su un regime politico effettivamente democratico e dall'altra, su una concezione comune e un comune rispetto dei diritti dell'uomo di cui essi si valgono».

⁶ Al riguardo v. G. CORSO, *La protezione costituzionale dei diritti sociali*, in *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali*, a cura di A. Di Biase, Roma, 2014, 215 ss. e F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *questo volume*.

autorizzazione. Di evidente rilievo si rivela in proposito un inquadramento normativo e giurisprudenziale inserito nel più ampio contesto europeo e internazionale, all'interno del quale il fenomeno migratorio ha trovato un articolato sviluppo.

2. *Lo status di straniero*

Il concetto di “straniero” è un concetto ampio, che comprende diverse categorie di soggetti.

Appare doverosa una sia pur rapida operazione classificatoria al fine di chiarire in che modo le differenze in questione si traducano anche in un differente “trattamento giuridico” dello straniero⁷.

Una prima categoria è rappresentata dal “rifugiato” o “richiedente asilo”, identificato in quel soggetto che «nel giustificato timore d'essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trova fuori dello stato di cui possiede cittadinanza e non può o, per tale timore, non vuole avvalersi della protezione di detto Stato»⁸. Al rifugiato non potrà essere applicata alcuna sanzione in considerazione del suo soggiorno irregolare, né potrà essere espulso dallo Stato ospitante, se non per ragioni di pubblica sicurezza⁹. Secondo quanto previsto dal Regolamento

⁷ Per un'attenta disamina delle diverse categorie v. C. FAVILLI, *La protezione internazionale nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, a cura di C. Favilli, Padova, 2011, 121 ss.

⁸ Art. 1 lettera A) n. 2 della Convenzione di Ginevra. In merito all'attualità della Convenzione, P. ARTINI, *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, a cura di P. Benvenuti, Fagnano Alto, 49-54. La disposizione normativa suindicata deve essere letta congiuntamente all'art. 33 della stessa Convenzione, secondo cui: «Nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche». Per maggiori indicazioni sul principio di *non-refoulement*, si veda anche il parere consultivo emesso dall'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR), reperibile su www.asgi.it (ultimo accesso 12.04.2017). Sul punto, M. ODELLO, *Il diritto dei rifugiati. Elementi di diritto internazionale, europeo e italiano*, Milano, 2012, 145-150 e 159-163 e A. SPAGNOLO, *La tutela dei diritti umani nell'ambito dell'attività di Frontex*, in *Dir. imm. citt.*, 3/2014, 32-63.

⁹ Artt. 31 e 32 Convenzione di Ginevra. Sul punto F. LENZERINI, *Diritto d'asilo e esclusione dello status di rifugiato. Luci e ombre nell'approccio della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. dir. intern.*, 1/2011, 103-135 e B. NASCIBENE, *Asilo e statuto di rifugiato*

di Dublino il rifugiato ha diritto di formulare nello Stato ospitante la richiesta di asilo, in ragione del fatto che egli non può far ritorno nel proprio Paese d'origine¹⁰.

in *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, 2010, 281 ss.

¹⁰ F. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, Bari, 2012, 133 ss.; O. FERACI, *Il nuovo regolamento "Dublino III" e la tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2/2013; D. DUBOLINO, *L'identificazione dello Stato competente all'esame di una domanda di asilo: dalla Convenzione di Dublino al nuovo regolamento*, in *Dir. un. eur.*, 2/2004, 811 ss. In merito alla questione dell'applicabilità e dell'efficacia del Regolamento di Dublino, si veda G. MORGESE, *La riforma del sistema europeo comune di asilo e i suoi principali riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Dir. imm. citt.*, 4/2013, 15 ss. Pare opportuno precisare che l'art. 63 TCE (oggi trasfuso nell'art. 78 TFUE) attribuiva al Consiglio europeo il compito di adottare le misure minime in materia di asilo e di stabilire i criteri e meccanismi per determinare lo Stato membro competente per l'esame della domanda di asilo presentata da un cittadino di un paese terzo in uno degli Stati membri (art. 63, n. 1 lettera a). Il processo di "comunitarizzazione" comportava in una prima fase, l'introduzione di "norme minime" al fine di riavvicinare gli ordinamenti dei diversi Stati membri; nella seconda, la previsione di una procedura comune e di uno *status* uniforme ed efficace in tutta l'Eurozona per i soggetti che hanno ottenuto l'asilo. Il Regolamento 2003/343/CE (c.d. Dublino II) rappresentava uno degli atti normativi adottati dalle istituzioni europee allo scopo di stabilire i criteri minimi per determinare lo Stato membro competente ad esaminare la domanda di asilo presentata dal cittadino di un Paese terzo. Il regolamento in questione riprendeva i principi e i criteri precedentemente dettati all'interno della Convenzione di Dublino del 1990. In data 19 luglio 2013 è entrato in vigore il Regolamento 2013/604/UE (c.d. Dublino III) che ha abrogato la normativa precedente. Le ragioni che hanno indotto i Paesi firmatari all'istituzione del "sistema di Dublino" si ravvisano da una parte, nella necessità di prevenire quella prassi, che nel tempo si era diffusa tra gli stranieri, del "turismo delle richieste" (consistito nel formulare più istanze di asilo presso le diverse autorità all'uopo predisposte o nel richiedere asilo nel Paese che offriva aspettative migliori di vita); dall'altra, nell'esigenza di stabilire una procedura chiara e trasparente, che regolasse in modo uniforme il procedimento di definizione delle richieste di asilo ed evitare che lo Stato membro rigettasse la domanda, dichiarandosi incompetente. Il sistema in esame si è mostrato alquanto discriminatorio nei confronti di quegli Stati, come l'Italia o la Grecia che, in considerazione della loro posizione geografica, rappresentano la prima meta raggiungibile dagli stranieri in fuga dai loro Paesi di origine. A seguito delle c.d. primavere arabe il continente europeo si è trovato ad affrontare uno stato emergenziale, caratterizzato da continui e importanti flussi migratori. Pertanto, si è avvertita l'esigenza – soprattutto da parte di quei Paesi geograficamente più esposti – di derogare ai criteri adottati dal Regolamento di Dublino e di provvedere ad un'equa distribuzione dei rifugiati tra i diversi Stati membri. V. sul punto L. ZAGATO, *Le competenze della UE in materia di asilo dopo i Trattati di Amsterdam e di Nizza, e nella prospettiva del Trattato su una Costituzione per l'Europa*, in *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo*, a cura di L. Zagato, Padova, 2006, 133 ss.; B. NASCIMBENE, *Il diritto di asilo. Gli standards di tutela dell'Unione europea e il confronto con gli standards internazionali*, in *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standards internazionali*, a cura di L.S.

Alla predetta categoria di soggetti si affianca la figura del “beneficiario di protezione sussidiaria”, cioè dello straniero che «non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel Paese di origine, o, nel caso di un apolide, se ritornasse nel Paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno [...]»¹¹.

Dai soggetti sopra indicati deve tenersi distinto il “beneficiario di protezione umanitaria” nei confronti del quale viene emesso, dallo Stato ospitante, un provvedimento di soggiorno per ragioni legate, ad esempio, all’età, alle condizioni di salute proprie o dei suoi familiari o alle calamità naturali verificatesi nel Paese d’origine¹².

Rossi, Napoli, 2011, 25 ss. e M. MALENA, *Respingimenti, rinvii forzati e politiche di “non arrivo”*, in *Le nuove frontiere del diritto dell’immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, a cura di F. Anegolini, M. Benvenuti, A. Schillaci, Napoli, 2011, 39 e ss.; G. CAGGIANO, *Scritti sul diritto europeo dell’immigrazione*, Torino, 2011, 64-68; ID., *Alla ricerca di un nuovo equilibrio istituzionale per la gestione degli esodi di massa: dinamiche intergovernative, condivisione delle responsabilità fra gli Stati membri e tutela dei diritti degli individui*, in *Studi int. eur.*, n. 3/2015, 459 ss. Sulla questione dei diritti dei migranti alla luce dei recenti avvenimenti storici, v. R. CHERCHI, *I diritti dello straniero e la democrazia*, in *www.gruppodipisa.it*, giugno 2016. In merito al procedimento di “europeizzazione” in materia di asilo, si rinvia a A. DEL GUERCIO, *La seconda fase di realizzazione del sistema europeo comune d’asilo*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 3/2014.

¹¹ Il d.lgs. n. 251 del 2007, emanato in attuazione della Direttiva 2004/83/CE, introduce all’art. 1 lettera g) una nozione ampia di soggetto destinatario di “protezione internazionale”, in quanto ricomprende sia lo *status* di rifugiato sia quello di protezione sussidiaria. La concreta distinzione tra le due categorie, infatti, non sempre risulta agevole: cfr. A. ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo*, in *Riv. dir. intern.*, 3/2009, 669-696. Ai fini del riconoscimento dello *status* di soggetto bisognoso di protezione internazionale, la disposizione normativa in esame richiede che si verifichi nel Paese di origine o di destinazione dello straniero, la sussistenza di un “grave danno” o che lo stesso incorra nel “rischio di un grave danno”, intendendosi come tale la condanna a morte o all’esecuzione della pena di morte, la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante, la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale (art. 17 del d.lgs. n. 251 del 2007). Nel corso degli anni, la giurisprudenza europea ha avuto modo di precisare il concetto di “grave danno”, differenziando il concetto di “tortura” da quello di “trattamento inumano e degradante”. Sul punto Corte EDU, Grande Camera, 11 luglio 2006, *Jalloh v. Germany*, ric. n. 54810/00 (in particolare, si legga il § 67 della pronuncia); Corte EDU, Grande Camera, 26 ottobre 2000, *Kudla v. Poland*, ric. n. 30210/96 § 92; Corte EDU, 24 gennaio 2008, *Riad e Idiab v. Belgium*, ric. nn. 29787/03 e 29810/03.

¹² Al riguardo si veda l’art. 5 comma 6 del d.lgs. n. 286 del 1998. Per l’inquadramento della categoria in esame P. M. DELLA ROCCA, *Immigrazione, asilo e cittadinanza. Discipline e orientamenti giurisprudenziali*, Santarcangelo di Romagna, 2015, 57-67.

Deve infine prendersi in considerazione la (ancor) più sfumata categoria dei migranti che si spostano dal Paese natale per motivi di natura economica¹³, i quali possono beneficiare esclusivamente di permessi di soggiorno temporanei per ragioni connesse al lavoro¹⁴.

La distinzione tra le diverse tipologie di stranieri, pur chiara in astratto, non risulta altrettanto netta sul piano operativo: molto spesso accade che, accanto ad esigenze economiche, coesistano cause di diversa natura. Si pensi all'ipotesi, tutt'altro che di scuola, dello straniero che abbia abbandonato il proprio Paese per questioni economiche, ma non vi possa far ritorno per ragioni legate alla sicurezza personale, con la conseguente possibilità per lo stesso di richiedere ed ottenere asilo nel Paese ospitante. Senza considerare che il più delle volte le esigenze di tipo economico sono il risultato dell'instabilità politica della Nazione, con l'effetto che risulta difficile individuare le ragioni che inducono il migrante a lasciare il proprio Paese.

3. *La normativa europea in materia di accoglienza dello straniero irregolare*

La materia dell'immigrazione, per molto tempo, ha ricoperto un ruolo marginale nelle agende delle istituzioni europee: si è rivelata di scarso interesse per i *leader* dei diversi Stati membri, in quanto non direttamente funzionale al perseguimento degli obiettivi prefissati dalla Comunità Europea. Il fenomeno migratorio ha iniziato a costituire oggetto di contrasti politici (e spesso ideologici) nel momento in cui si è compreso che gli effetti derivanti dallo stesso non riguardavano solamente quegli Stati

¹³ Il rilievo assunto dal fenomeno migratorio nel corso del tempo ha comportato l'adozione nel 1990 della Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie da parte dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite. La suindicata Convenzione, tuttavia, è entrata in vigore nel 2003, diversi anni dopo rispetto alla data dell'adozione. La "*vacatio legis*" trova giustificazione nella riluttanza degli Stati firmatari di estendere i diritti fondamentali ai lavoratori migranti. A DI CAPUA e E. STRADELLA, *L'integrazione politica ed economica dei migranti, tra ordinamento interno e prospettive comunitarie: alcuni spunti di riflessione*, in *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, a cura di C. Calvieri, Torino, 2006, 357-378.

¹⁴ La distinzione tra le diverse tipologie di stranieri non sempre risulta agevole sul piano pratico. Da ultimo si segnala una pronuncia del Tribunale di Milano che riconosce lo *status* di soggetto beneficiario di protezione umanitaria ad un cittadino del Gambia, nonostante sia giunto in Italia per motivi economici. Nell'ordinanza, il Giudice evidenzia come le condizioni di estrema povertà in cui versa il ricorrente nel proprio Paese d'origine giustificano l'accoglimento della domanda. Il provvedimento è disponibile in versione integrale su www.piemonteimmigrazione.it (ultimo accesso 12.04.2017).

coinvolti direttamente dai flussi migratori, ma rappresentavano una questione di interesse europeo¹⁵.

L'esperienza degli ultimi anni ha del resto ampiamente dimostrato che gli Stati accessibili con più facilità via terra o via mare non sono i Paesi nei quali gli stranieri aspirano a rimanere, ma rappresentano il “ponte” necessario per insediarsi nella parte centro-settentrionale dell'Europa (Germania, Francia, Inghilterra, Svezia), dove le condizioni e le aspettative di vita sono notevolmente migliori¹⁶.

I Paesi europei hanno quindi colto, progressivamente, l'importanza del fenomeno migratorio e degli effetti che esso produceva indirettamente sul mercato unico: a seguito di una fase iniziale, caratterizzata da un dispendio di risorse umane ed economiche, si auspica il verificarsi di una successiva crescita del prodotto interno lordo delle singole Nazioni ospitanti, sulla base dell'impiego della manodopera dei migranti, una volta integratisi nel sistema economico-sociale¹⁷.

Oltre all'aspetto economico, anche il profilo dei diritti umani ha contribuito in maniera significativa a configurare il fenomeno in esame come una questione di diritto sovranazionale.

Si tratta del resto di un riflesso della più ampia parabola tratteggiata dal processo di europeizzazione negli ultimi decenni. La sede europea, per molto tempo, è stata considerata il centro di discussione di interessi esclusivamente di natura economica: l'aspetto dei diritti umani, del divieto di tortura e delle persecuzioni razziali è rimasto in disparte, lasciando ampio spazio all'Unione economica e monetaria.

L'Europa dei “valori” è giunta in un secondo momento, quando si è compreso che uno spazio comune non può ergersi solo sulla stessa

¹⁵ Lo sviluppo di una politica europea in materia di asilo costituisce una delle priorità della Commissione Juncker, come si ricava dall'Agenda europea sulla migrazione del 13 maggio 2015, reperibile sul sito www.ec.europa.eu. Per un commento critico F. CHERUBINI, *L'Agenda europea sulla migrazione: la macchina ora (forse?) funziona, ma ne occorre comunque un'altra*, in www.SIDIblog.it, 3 giugno 2015 (ultimo accesso 12.04.2017) e A. DI PASCALE, *La futura agenda europea per l'immigrazione: alla ricerca di soluzioni per la gestione dei flussi migratori nel Mediterraneo*, in www.eurojus.it (ultimo accesso 12.04.2017).

¹⁶ Dall'inizio del 2016 gli stranieri che hanno lasciato il proprio Paese d'origine sono stati circa 205.297. Per un'analisi approfondita dei flussi migratori via terra e via mare, si rinvia al sito ufficiale dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati: www.data.unhcr.org.

¹⁷ Dalla lettura dei dati relativi alle precedenti ondate migratorie, si riscontra l'elevata presenza di bambini e giovani (al di sotto di 25 anni di età). Circostanze che farebbero auspicare una maggiore facilità di inserimento – concetto ben differente dall'integrazione – di questi soggetti nel sistema economico-produttivo dello Stato membro ospitante. Al riguardo, v. le statistiche pubblicate sul sito ufficiale dell'Unione europea (www.ec.europa.eu ultimo accesso 12.04.2017).

moneta, ma necessita di un *quid pluris*: bisogna garantire un'uniformità di tutela nella materia dei diritti umani fondamentali, anche nel caso in cui si tratti di immigrati¹⁸.

L'esigenza di applicare criteri univoci anche nella materia dell'immigrazione ha indotto le istituzioni europee ad introdurre una politica comune finalizzata a promuovere l'immigrazione legale e a contrastare quella irregolare, anche mediante l'utilizzo dello strumento del rimpatrio forzato¹⁹.

Il risultato finale è un *corpus* normativo eterogeneo, costituito da

¹⁸ Significative le parole del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella pronunciate in data 20.06.16 in occasione della Giornata Mondiale del Rifugiato: «[...] Vi è una condizione di fondo che va tenuta presente costantemente a questo riguardo: l'Europa è un continente la cui civiltà, in tutti i suoi Paesi, è contrassegnata dal rispetto della persona umana, dalla sua centralità. Se non fosse questo, l'Europa perderebbe il suo carattere. Ma questo principio non può affermarsi a fasi alterne, non può essere assicurato soltanto per chi è già in Europa e negato per chi vi arriva. Vi è l'esigenza di comprendere questo fenomeno epocale che sarà sempre più ampio, e può essere governato soltanto con un'accoglienza intelligente, con una condizione che garantisca tranquillità e ordine, e consenta di dare risposta ai tanti che giungono in Europa alla ricerca di ciò che in Europa vedono: pace, libertà, diritti, benessere. Questo è il volto dell'Europa. L'Europa è così attraente anche per questo, perché è un continente di libertà, di democrazia, di pace, di benessere, e non possiamo renderla più brutta, deturparla, per renderla meno attrattiva.». Sulla necessità di creare uno spazio comune che non si fondi esclusivamente sul libero scambio, si richiamano le osservazioni effettuate da A. BARBERA, *L'Europa di fronte alle tragedie nel Mediterraneo*, in *Quad. cost.*, 3/2015, 783-785. M. GESTRI, *La politica europea dell'immigrazione: solidarietà tra Stati membri e misure nazionali di regolarizzazione*, in *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, a cura di A. Ligustru e G. Sacerdoti, Napoli, 2011, 895 ss.

¹⁹ L'art. 79, co. 1 TFUE stabilisce infatti che «L'Unione sviluppa una politica comune dell'immigrazione intesa ad assicurare, in ogni fase, la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi regolarmente soggiornanti negli Stati membri e la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale e della tratta degli esseri umani». Sul punto G. STROZZI, *Diritto dell'Unione Europea: Parte speciale*, Torino, 2015, 126-153; G. CAGGIANO, *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, cit., 95-106 e G. CELLAMARE, *Lezioni su la disciplina dell'immigrazione irregolare nell'Unione europea*, Torino, 2011, 14-36 e F. CHERUBINI, *Le migrazioni in Europa. UE, Stati terzi e migration outsourcing*, Roma, 2015, 20 ss. Per un inquadramento relativo alle strategie europee in materia di politica migratoria, si consiglia la lettura dell'agenda del Consiglio d'Europa adottata in data 27 giugno del 2014 e contenete le priorità relative al prossimo quinquennio, reperibile sul sito www.consilium.europa.eu. Per un'attenta disamina dei principi generali posti a fondamento della politica comune sull'immigrazione regolare, si consulti inoltre la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Una politica d'immigrazione comune per l'Europa: principi, azioni e strumenti*, Bruxelles, 17.06.2008, nonché B. NASCIBENE, *Il "libro verde" della Commissione su una politica comunitaria di rimpatrio degli stranieri irregolari: brevi rilievi*, Intervento svolto in occasione dell'audizione promossa dalla Commissione europea il 16 luglio 2002, in www.ec.europa.eu.

disposizioni di diversa natura, che rendono particolarmente difficoltosa la ricostruzione giuridica del fenomeno: alle disposizioni di diritto internazionale, di portata generale, si intrecciano le disposizioni pattizie bilaterali, alle quali si aggiungono poi gli atti adottati dalle istituzioni europee – e quindi vincolanti esclusivamente per gli Stati membri – e, da ultimo, le norme nazionali²⁰.

Il Legislatore europeo ha regolamentato la materia in esame mediante alcune direttive, che ancor oggi rappresentano i pilastri fondanti della normativa sovranazionale. In particolare, la Direttiva 2003/9/CE ha adeguato la disciplina europea agli *standard* previsti dalla Convenzione di Ginevra in materia di rifugiati introducendo le norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri²¹.

Le successive direttive hanno individuato i criteri generali che i Paesi membri devono adottare al fine di stabilire quale forma di protezione debba ricevere lo straniero²²: le divergenze di disciplina tra i diversi ordinamenti avevano infatti favorito la diffusione tra i rifugiati della prassi del “turismo delle richieste”, cioè della presentazione di una seconda domanda di asilo allo scopo di raggiungere la Nazione europea di maggior gradimento.

La Direttiva 2005/85/CE (c.d. direttiva procedure)²³ – e successivamente

²⁰ M. BENVENUTI, *La protezione internazionale degli stranieri in Italia. Uno studio integrato sull'applicazione dei decreti di recepimento delle direttive europee sull'accoglienza, sulle qualifiche e sulle procedure*, Napoli, 2011, 145 ss.

²¹ L'armonizzazione delle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo attuata mediante la Direttiva 2003/9/CE doveva limitare i movimenti secondari dei richiedenti asilo dovuti al diverso trattamento previsto nei singoli Paesi. L'ordinamento italiano ha recepito la suddetta direttiva attraverso il d.lgs. n. 140 del 2005 che ha introdotto diverse garanzie in materia di accoglienza dello straniero. Quest'ultimo ha diritto di soggiornare e ricevere assistenza – comprese le cure mediche – presso le strutture all'uopo adibite; nei casi di indisponibilità di posti nelle predette strutture, lo straniero ha il diritto ad ottenere dalla Prefettura l'erogazione di un contributo necessario al fine di coprire le spese relative al suo sostentamento; egli inoltre avrà diritto al ricongiungimento con i propri familiari.

²² La Direttiva 2004/83/CE (la c.d. direttiva qualifiche), adottata dal Consiglio europeo e recepita dall'ordinamento italiano con il d.lgs. n. 251 del 2007, definisce le seguenti categorie di stranieri irregolari: rifugiato; persona ammissibile alla protezione sussidiaria; minore; minore non accompagnato; familiari. In dottrina, A. FIORINI, E. PIERONI, *Il recepimento italiano della direttiva “qualifiche”*, in *Dir. imm. citt.*, n. 3/2014, 17-31.

²³ La Direttiva 2005/85/CE è stata recepita dal d.lgs. n. 25 del 2008, che disciplina il caso del trattenimento dello straniero presso i centri di identificazione ed espulsione (CIE), differenziandolo dal trattenimento nei CARA o nelle strutture del Sistema di protezione dei richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR). Nella prima ipotesi, lo straniero irregolare viene trattenuto a seguito di un provvedimento di espulsione o di respingimento o in quanto sospettato di aver commesso crimini contro l'umanità o determinati delitti tassativamente indicati dalla legge; nel secondo caso, lo straniero irregolare viene accolto nei CARA o, qualora abbia ottenuto un permesso di soggiorno, nelle strutture del Sistema di protezione dei richiedenti asilo e rifugiati

le Direttive 2013/32/UE e 2013/33/UE²⁴ – hanno ampliato il sistema di garanzie riconosciute al soggetto di un Paese terzo: una domanda di asilo non può essere rigettata qualora non sia stata presentata tempestivamente; i richiedenti devono essere informati della procedura riguardante l'asilo e in particolare, dei loro diritti²⁵ e dei loro obblighi, nonché della facoltà di ricorrere contro la decisione di rigetto della domanda; inoltre, i richiedenti possono rimanere all'interno dello Stato ospitante fino a quando non sia adottata una decisione sulla loro domanda.

Risulta quindi evidente che lo straniero, nell'attesa che venga definita la sua posizione giuridica, non possa essere qualificato come "irregolare". Conclusione quest'ultima dalla quale derivano, come si cercherà di chiarire, conseguenze di indubbio rilievo.

La Direttiva 2008/115/CE (c.d. direttiva rimpatri), adottata dal Parlamento europeo congiuntamente al Consiglio, introduce una procedura uniforme tra gli Stati membri in materia di identificazione e rimpatrio dello straniero irregolare, sottolineando l'importanza del rispetto dei diritti fondamentali e della dignità umana²⁶. La direttiva in questione impone agli Stati membri di non generalizzare la condizione di irregolarità dello straniero, ma di valutare la situazione caso per caso: occorre infatti tenere in considerazione le condizioni di salute del cittadino del Paese terzo e garantire l'integrità

(SPRAR). Il criterio della posizione giuridica dello straniero – di regolarità o meno – utilizzato allo scopo di differenziare i CARA dal SPRAR ha perso importanza, a seguito del recente intervento normativo apportato dal d.lgs. n. 142 del 2015.

²⁴ Le Direttive 2013/32/UE e 2013/33/UE sono state recepite dall'ordinamento italiano mediante il d.lgs. n. 142 del 15, che risulta articolato in due Capi: il Capo I (artt. 1-24) contiene le norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale e sostituisce il precedente d.lgs. n. 140 del 2005; il Capo II (artt. 25 e 26) disciplina le procedure di riconoscimento della protezione internazionale, modificando il d.lgs. n. 25 del 2008 e il d.lgs. n. 150 del 2011. In argomento, in particolare, N. MORANDI e G. SCHIAVONE, *Analisi delle norme in materia di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale e di procedura per il riconoscimento della protezione internazionale alla luce dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 142/2015*, in *Dir. imm. citt.*, n. 3/2015, 84-116 e F.V. VERZÌ, *La logica dell'accoglienza: commento al d.lgs. n. 142/2015*, in *Dir. imm. citt.*, 3/2015, 117-141.

²⁵ Tra i diritti riconosciuti ai richiedenti asilo vi è il diritto di usufruire dei servizi di un interprete, il diritto ad essere assistito da un legale, il diritto di comunicare con l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR). Per l'analisi delle garanzie per i richiedenti trattenuti nei centri, v. art. 9 della Direttiva 2013/33/UE.

²⁶ A. NATALE, *La direttiva 2008/115/CE. Il decreto legge di attuazione n. 89/2011 – Prime riflessioni a caldo*, in *Penalecontemporaneo.it*, 24 giugno 2011; M.T. COLLICA, *Gli effetti della direttiva rimpatri sul diritto vigente*, in *Penalecontemporaneo.it*, 24 giugno 2011; G. SAVIO, *La nuova disciplina delle espulsioni conseguente al recepimento della direttiva rimpatri*, in *Dir. imm. citt.*, 3/2011, 30-32; ID., *Lo stato di attuazione della direttiva rimpatri e il nuovo regolamento unico per i CIE*, in *Dir. imm. citt.*, n. 3-4/2014, 64-80.

psico-fisica dello stesso, nonchè il rispetto del principio del ricongiungimento familiare. La disciplina in esame si ispira infatti al principio di proporzionalità: lo strumento utilizzato nei confronti dello straniero irregolare deve essere proporzionale all'obiettivo perseguito dal Legislatore. Pertanto, il trattenimento dello straniero all'interno delle strutture di accoglienza costituisce l'*extrema ratio*, applicabile solo nel caso in cui non sia possibile procedere all'immediato allontanamento o ad un rimpatrio volontario²⁷. Analoga disposizione si rinviene nella Direttiva 2013/33/UE nell'ipotesi di trattenimento del richiedente asilo all'interno dei centri di accoglienza.

Nel caso in cui venga disposta la predetta misura, quest'ultima deve avere una durata «quanto più breve possibile»: il tempo strettamente necessario per preparare il rimpatrio o l'allontanamento dello straniero irregolare²⁸ o per

²⁷ Secondo la direttiva rimpatri, il trattenimento dello straniero dovrebbe essere disposto nei casi in cui non sia possibile applicare le misure coercitive meno afflittive (consegna del passaporto alle autorità, obbligo di dimora, presentazione nei giorni prestabiliti presso gli uffici competenti, costituzione di una garanzia finanziaria adeguata). Il carattere eccezionale e residuale della misura si riscontra anche nel caso in cui il destinatario della misura afflittiva sia un soggetto richiedente protezione internazionale, nei confronti del quale può essere disposto il trattenimento nelle ipotesi tassativamente indicate dalla legge: a) per determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza; b) per determinare gli elementi su cui si basa la domanda di protezione internazionale che non potrebbero ottenersi senza il trattenimento, in particolare se sussiste il rischio di fuga del richiedente; c) per decidere, nel contesto di un procedimento, sul diritto del richiedente di entrare nel territorio; d) quando una persona è trattenuta ai sensi della Direttiva 2008/115/CE, se lo Stato membro può provare sulla base di elementi oggettivi che la persona manifesta la volontà di presentare domanda di protezione al solo fine di ritardare o impedire il rimpatrio; e) quando lo impongono motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico; f) nei casi di cui all'art. 28 Regolamento 2013/604/UE che disciplina l'ipotesi del trattenimento finalizzato al trasferimento nello Stato membro competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale. Sul punto G. SAVIO, *La nuova disciplina delle espulsioni*, cit., 142-161.

²⁸ L'art. 15 della Direttiva 2008/115/CE configura il trattenimento dello straniero nei centri di accoglienza come misura residuale. L'*incipit* della disposizione normativa suindicata depona a favore di quanto appena detto, in quanto stabilisce che «Salvo se nel caso concreto possono essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive, gli Stati membri possono trattenere il cittadino di un paese terzo sottoposto a procedure di rimpatrio [...]». L'applicazione residuale della disciplina in esame trova ulteriori conferme nel proseguo dell'articolo: il trattenimento dello straniero è disposto qualora sussista il concreto pericolo di fuga dello straniero, o quando quest'ultimo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento; lo straniero, inoltre, è trattenuto all'interno della struttura per il tempo strettamente necessario «all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio». Il carattere sussidiario del trattenimento dello straniero presso i centri di accoglienza viene dedotto dalla disciplina contenuta nei successivi commi dell'art. 15: in particolare, il provvedimento con cui l'autorità amministrativa o giudiziaria dispone il trattenimento dello straniero deve essere motivato in fatto e in diritto in modo da evidenziare le ragioni che hanno indotto

definire la domanda di asilo avanzata dallo stesso²⁹.

Occorre evidenziare che la Direttiva 2008/115/CE non impone un obbligo per lo Stato membro di trattenere lo straniero irregolare sul proprio territorio, nemmeno nel caso in cui sussista un pericolo di fuga da parte dello stesso o nel caso in cui quest'ultimo eviti o ostacoli la preparazione del rimpatrio: ai sensi dell'art. 15, paragrafo 1) lettere a) e b), lo Stato membro ha la facoltà, ma non l'obbligo giuridico di trattenerlo³⁰.

La Direttiva 2013/33/UE prescrive invece le condizioni di trattenimento dello straniero: i richiedenti asilo sono tenuti separati dai cittadini di Paesi terzi che non hanno presentato domanda di protezione internazionale; qualora ciò non risulti possibile, lo Stato membro attua nei confronti di questi ultimi tutte le cautele finalizzate al contenimento della misura restrittiva (accesso a spazi all'aria aperta, possibilità di ricevere comunicazioni e visite dall'UNHCR, da parenti, legali, nonché informazioni relative alla normativa vigente)³¹. Analogamente alla direttiva emanata nel

le predette autorità a non applicare una misura differente da quella in concreto assunta; inoltre, qualora il trattenimento sia disposto dall'autorità amministrativa, il provvedimento viene riesaminato ad intervalli ragionevoli e su istanza del cittadino del Paese terzo al fine di verificare la legittimità dello stesso e la permanenza delle condizioni necessarie alla detenzione. Per l'inquadramento generale della direttiva e un'attenta disamina dei principi generali della direttiva rimpatri (gradualità nell'adozione delle misure, proporzionalità e rispetto dei diritti fondamentali della persona), v. A. LIGUORI, *L'attuazione della direttiva rimpatri in Italia*, in *Dir. imm. citt.*, 3/2011, 15-29; A. DI MARTINO, R. RAFFAELLI, *La libertà di Bertoldo: «direttiva rimpatri» e diritto penale italiano*, in *Penalecontemporaneo.it*, 16 marzo 2011; F. VIGANÒ, L. MASERA, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 560- 596. Sul punto, *amplius*, P. GUALTIERI, *Il trattenimento dello straniero nel prisma sanzionatorio italiano*, in *questo volume*. Per l'analisi della giurisprudenza europea in tema di diritto alla libertà personale, si rinvia a L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale (art. 5 CEDU e art. 2 Prot. 4)*, in *Penalecontemporaneo.it*, 22 dicembre 2011 e M. MONTANARI, *Proibizione della schiavitù e del lavoro forzato*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis, F. Viganò, Torino, 2016, 91-92.

²⁹ L'art. 9 della Direttiva 2013/33/UE presenta numerose analogie rispetto all'art. 15 della Direttiva 2008/115/CE.

³⁰ Ai sensi dell'art. 15 «[...] gli Stati membri possono trattenere il cittadino di un paese terzo sottoposto a procedure di rimpatrio [...]».

³¹ In particolare, l'art. 10 della direttiva prescrive: «I richiedenti trattenuti hanno accesso a spazi all'aria aperta; Gli Stati membri garantiscono ai rappresentanti dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR) la possibilità di comunicare con i richiedenti e di rendere loro visita in condizioni che rispettano la vita privata [...]; Gli Stati membri garantiscono ai familiari, avvocati o consulenti legali e rappresentanti di organizzazioni non governative competenti riconosciute dallo Stato membro interessato la possibilità di comunicare con i richiedenti e di rendere loro visita in condizioni che rispettano la vita privata [...]; Gli Stati membri provvedono affinché i richiedenti trattenuti siano sistematicamente

2008 anche la direttiva del 2013 considera il trattenimento dello straniero un rimedio di natura eccezionale, suscettibile di un'applicazione residuale.

Il crescente flusso migratorio ha imposto l'adozione di ulteriori misure finalizzate a garantire un'accoglienza rispettosa dei canoni imposti dalla CEDU. Il riferimento è, in particolare, al sistema delle aree di sbarco attrezzate (c.d. *hotspots*), proposto dalla Commissione Europea nel 2015: il meccanismo di funzionamento presuppone l'utilizzo di strutture situate in prossimità delle coste, adibite a centri di identificazione e contestuale smistamento dei migranti. All'esito delle operazioni di identificazione, gli stranieri che manifestano la volontà di formulare la domanda di asilo e sono legittimati a farlo, vengono trasferiti presso i *regional hub*³²; gli altri migranti vengono invece rimpatriati.

Il sistema appena descritto presenta certamente alcuni aspetti positivi: consente di definire la posizione dello straniero in tempi piuttosto brevi (entro le 48 ore, fino a un massimo di 72 ore); argina il pericolo di fuga di quest'ultimo; comporta il rimpatrio immediato dei migranti che non posseggono i requisiti necessari per ottenere la protezione dello Stato ospitante; riduce la presenza degli stranieri all'interno dei centri.

Sulla funzionalità degli stessi, tuttavia, si sono registrati opinioni contrastanti³³: secondo alcuni, gli *hotspots* non sarebbero in grado di garantire in modo efficiente l'attività di identificazione, fotosegnalazione, richiesta di asilo e smistamento nei diversi centri di accoglienza situati nei diversi Stati membri³⁴; secondo altri, invece, il meccanismo in esame consentirebbe una

informati delle norme vigenti nel centro e dei loro diritti e obblighi in una lingua che essi comprendono o che ragionevolmente si suppone a loro comprensibile [...]». La disposizione normativa disciplina il caso in cui lo Stato membro non riesce a garantire il trattenimento dei richiedenti asilo in strutture differenti rispetto agli stranieri irregolari in attesa di essere espulsi. Tuttavia, la questione che merita attenzione attiene al fatto che il regime eccezionale è divenuto una situazione ordinaria, con evidenti ripercussioni in termini di violazione dell'art. 14 CEDU. *Amplius* B. NASCIBENE, *Lo straniero nel diritto internazionale*, Milano, 2013, 59 ss.

³² Nonostante l'Intesa raggiunta in data 10 luglio 2014 dal Governo, dalle Regioni e dagli Enti locali denominasse i Centri di prima accoglienza come "Centri-Hub Regionali e/o Interregionali", il d.lgs. n. 142 del 2015 non si è adeguato a tale nomenclatura. In alcuni documenti ministeriali, tuttavia, la stessa continua ad essere utilizzata.

³³ Per un efficace inquadramento dei diversi orientamenti G. MORGESE, *Recenti iniziative dell'Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati*, in *Dir. imm. citt.*, 3/2015, 15-49.

³⁴ La conversione dei centri di accoglienza in strutture di primo intervento è stata fortemente criticata dalle organizzazioni internazionali e in particolare dall'associazione "Medici per i diritti umani", secondo la quale il predetto meccanismo non sarebbe in grado di garantire il rispetto dei diritti umani fondamentali. Sul punto, si richiama il comunicato stampa del 01.03.16 pubblicato sul sito www.mediciperidirittiumani.org (ultimo accesso 12.04.2017), nel quale vengono denunciate apertamente le condizioni

valutazione immediata degli stranieri – specialmente dei richiedenti asilo – e un rimpatrio facilitato di coloro i quali non presentino le condizioni di accesso alla protezione internazionale. Peraltro, il rimpatrio risulterebbe agevolato dalla localizzazione geografica degli *hotspots* sulle coste italiane.

4. *La tutela dello straniero nell'ordinamento italiano*

Nell'ordinamento italiano la materia dell'immigrazione è disciplinata dal d.lgs. n. 286 del 1998 e successive modifiche: il testo unico sull'immigrazione (da ora t.u.imm.) costituisce il primo intervento normativo finalizzato a definire in modo organico la condizione giuridica del cittadino di un Paese terzo o apolide soggiornante in Italia.

La disciplina in esame prevede il trattenimento degli stranieri irregolari nei centri di identificazione e espulsione (art. 14 t.u.imm.)³⁵. Il Legislatore

di degrado in cui versano gli stranieri all'interno degli *hotspots* e la mancata tutela dei diritti fondamentali dei migranti. Le difficoltà riscontrate in merito al funzionamento degli *hotspots* vengono confermate dall'avvio in data 10.12.15 della procedura di infrazione nei confronti dell'Italia, della Grecia e Croazia a seguito del mancato rilevamento e la non tempestiva trasmissione delle impronte digitali dei migranti entro il termine delle 72 ore. Peraltro, come è stato acutamente rilevato da G. MORGESE, *Recenti iniziative dell'Unione europea*, cit., 12, il mal funzionamento degli *hotspots* potrebbe comportare un ingiustificato trattenimento dello straniero e la trasformazione di queste strutture in larvati CIE oggi CPR. Sul punto, si rinvia al *Rapporto sui Centri di identificazione ed espulsione – Aggiornamento febbraio 2016* della Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, XVII Legislatura.

³⁵ Le strutture in esame venivano istituite dalla l. n. 40 del 1998 (legge Turco-Napolitano), che abrogava la precedente normativa prevista dalla l. n. 39 del 1990. La legge Merloni del 1990 delineava un nuovo modello di politica migratoria, basata sulla programmazione dei flussi degli stranieri che giungevano in Italia. La normativa in questione trovava giustificazione nella necessità di regolare l'assorbimento graduale degli stranieri e la loro integrazione nel contesto socio-economico italiano. La l. n. 39 del 1990 introduceva inoltre nuove tipologie di permesso di soggiorno (per lavoro autonomo, per commercianti ambulanti stranieri, per turismo e per motivi di culto). L'incapacità del sistema di espellere efficacemente gli stranieri privi dei requisiti richiesti dalla legge per ottenere il permesso di soggiorno, nonché la scarsa applicazione delle sanzioni nei confronti del datore di lavoro nel caso in cui avesse assunto stranieri in posizioni di irregolarità, rendevano l'Italia la meta privilegiata di molti stranieri irregolari. Pertanto, il sistema così come sopra delineato falliva completamente: in particolare, non si registravano risultati significativi nel contrasto al lavoro nero e nella lotta alla criminalità organizzata finalizzata al traffico di clandestini. Il successivo intervento legislativo nel 1998, la c.d. legge Turco-Napolitano, introduceva una politica migratoria, basata sulla distinzione tra migrazione regolare per motivi di lavoro e migrazione irregolare. In ordine alla

si è limitato ad introdurre un modello di detenzione, già sperimentato da alcuni ordinamenti europei, come quello inglese o francese³⁶.

In particolare, gli stranieri che ricoprono una posizione giuridica di “irregolarità” – originaria o derivata – vengono trattenuti in Italia presso i centri di primo soccorso e accoglienza (CPSA), centri di accoglienza per richiedenti asilo (CARA), centri di identificazione ed espulsione (CIE): questi ultimi sono stati rinominati centri di permanenza per i rimpatri (CPR) dal d.l. n. 13 del 2017³⁷ convertito in legge n. 46 del 2017.

prima, dettava una serie di disposizioni volte a favorire l'ingresso e il soggiorno di stranieri all'interno del territorio nazionale (predeterminazione della quota di lavoratori che potevano entrare nel nostro Paese, introduzione della figura dello *sponsor*, cioè di una persona, di un ente locale o di un'associazione che garantiva, per l'arco temporale di un anno, l'alloggio, il sostentamento e l'assistenza sanitaria dello straniero venuto in Italia in cerca di un lavoro). G. BASCHERINI, *A proposito delle più recenti riforme in materia di trattenimento dello straniero nei centri di identificazione ed espulsione*, in *Rivistaaic.it*, 1/2012; M. VEGLIO, *La riduzione del danno. Radiografia del trattenimento amministrativo dopo la l. 161/14*, in *Dir. imm. citt.*, n. 3-4/2014 e A. CAPUTO, *La condizione giuridica dei migranti dopo la legge Bossi-Fini*, in *Quest. giust.*, n. 5/2002, 964 ss.

³⁶ Nel 1975 un'inchiesta giornalistica francese denunciava l'esistenza di alcuni centri di detenzione sparsi in tutta la Francia nei quali venivano trattenuti gli stranieri in attesa di essere espulsi. Ancora prima, il governo inglese aveva introdotto nel 1793 il sistema della detenzione amministrativa degli stranieri c.d. *undesirable*. A differenza del Legislatore italiano, i Legislatori europei risultano più “coraggiosi” – e forse più coerenti – nella scelta terminologica: utilizzano l'espressione “detenzione” per descrivere il fenomeno del trattenimento degli stranieri all'interno delle strutture necessarie al fine di garantire un coordinamento tra la fase dell'emissione del provvedimento di espulsione e quella della materiale esecuzione. Significative le riflessioni compiute da A. PUGIOTTO, *La “galera amministrativa” degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quad. cost.*, 3/2014, 574 ss. L'Autore pone in luce la distinzione tra il senso comune, che esprime l'opinione dominante e il buon senso, che invece dà “voce alla ragionevolezza delle cose e alla saggezza delle scelte conseguenti”: la circostanza per la quale il trattenimento degli stranieri presso le suddette strutture sia diventata una prassi comune, condivisa dai diversi Stati membri, non deve indurre a ritenere che l'istituzione degli stessi sia espressione di una scelta di buon senso. Amplius, G. CAMPESI, *I Centri di identificazione ed espulsione come strumento di governo della pericolosità sociale*, in *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, a cura di A. Spena e V. Militello, Torino, 2015 e Id., *Lo statuto della detenzione amministrativa degli stranieri. Una prospettiva teorica-giuridica*, in *Rag. prat.*, n. 2/2014, 471-488.

³⁷ Per l'inquadramento delle diverse tipologie dei centri di accoglienza, valga il rinvio al *Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento per i migranti in Italia*, elaborato dalla Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, istituita dal Senato della Repubblica-XVI Legislatura. Come precisato nel testo, la distinzione tra le differenti strutture non viene applicata nella pratica in modo così netto. In particolare, l'accoglienza dei richiedenti asilo avviene nei Centri di Accoglienza per Richiedenti Asilo (CARA); nei Centri di Accoglienza per migranti, nei quali talvolta sono ospitati anche i richiedenti asilo (CDA/CPSA); nelle apposite strutture adibite

I CPSA rappresentano le prime strutture che si interfacciano con lo straniero il quale giunge sul territorio nazionale: in questi luoghi lo stesso viene trattenuto per il tempo strettamente necessario alla sua identificazione e fotosegnalazione. All'interno del centro vengono effettuate le visite mediche per accertare il suo stato psico-fisico, gli vengono somministrate le prime cure e, gli viene garantita l'assistenza legale.

Nei CARA invece sono presenti gli stranieri che hanno formulato nel Paese ospitante l'istanza di asilo o di protezione internazionale³⁸. Si tratta di strutture raggiunte dall'immigrato in un momento successivo rispetto al suo arrivo sulle coste italiane e dove lo stesso dovrebbe trascorrere un periodo non superiore ai 20-35 giorni, cioè il tempo stabilito dalla legge per l'esame della domanda di protezione internazionale³⁹. Nei predetti centri dovrebbero essere detenuti solamente gli stranieri che presentano i requisiti necessari per ottenere lo *status* di rifugiato. Come si è già avuto modo di evidenziare, appare del tutto inappropriato l'utilizzo dell'appellativo "irregolare" per identificare i richiedenti asilo, i quali, in questa fase, devono ancora vedere definita la propria posizione giuridica e, ancor più inadeguato, risulta l'applicazione nei loro confronti della misura restrittiva⁴⁰.

dal Sistema Protezione Richiedenti Asilo e Rifugiati (SPRAR) nonchè negli ulteriori centri delle aree metropolitane. L'elenco delle strutture presenti sul territorio italiano e sulle funzioni ad esse adibite è rinvenibile in www.interno.gov.it (ultimo accesso 12.04.2017).

³⁸ In questa sede l'espressione "protezione internazionale" viene utilizzata in senso ampio, comprensiva cioè di qualsiasi forma di protezione (protezione internazionale, protezione sussidiaria, protezione umanitaria).

³⁹ Al riguardo si legga la Relazione sul funzionamento del sistema di accoglienza predisposto al fine di fronteggiare le esigenze straordinarie connesse all'eccezionale afflusso di stranieri sul territorio nazionale presentata dal Ministro dell'Interno al Parlamento in data 23 marzo 2016, reperibile direttamente sul sito della Camera dei Deputati (www.camera.it, ultimo accesso 12.04.2017) dove si afferma che «in realtà, tale periodo non è mai inferiore ad alcuni mesi».

⁴⁰ Il *Considerando* n. 9 della Direttiva 2008/115/UE afferma che «il soggiorno di un cittadino di un Paese terzo che abbia chiesto asilo in uno Stato membro non dovrebbe essere considerato irregolare nel territorio di tale Stato membro finché non sia entrata in vigore una decisione negativa in merito alla sua domanda di asilo o una decisione che pone fine al suo diritto di soggiorno quale richiedente asilo».

Appare quindi evidente la difficoltà di applicare una misura restrittiva della libertà personale ad un soggetto il cui soggiorno sul territorio dello Stato membro non ha assunto – o non ha ancora assunto – i caratteri dell'irregolarità. Peraltro, ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. n. 142 del 2015, così come previsto dall'art. 8, par. 1 della Direttiva 2013/33/UE, stabilisce che «Il richiedente non può essere trattenuto al solo fine di esaminare la sua domanda».

A differente conclusione perviene quell'orientamento giurisprudenziale avallato dalla Corte europea, secondo cui lo Stato membro è libero di adottare misure restrittive nei confronti del richiedente asilo, almeno fino a quando le autorità competenti non abbia-

A diverse finalità rispondono invece i centri di permanenza temporanea ed assistenza, denominati centri di identificazione ed espulsione (CIE)⁴¹ oggi centri di permanenza per i rimpatri (CPR). In queste ultime strutture, gli stranieri che non posseggono i requisiti per soggiornare regolarmente sul territorio nazionale vengono trattenuti in attesa che sia materialmente data

no deciso sull'istanza presentato dallo stesso. Al riguardo, si legga Corte EDU, Grande Camera, 29 gennaio 2008, *Saadi v. the United Kingdom*, ric. n. 13229/03 § 65: «Su questo punto, la Grande Camera concorda con la Corte di appello, la Camera dei Lord e la Camera sul fatto che finché uno Stato non abbia “autorizzato” un individuo ad entrare nel Paese, ogni ingresso è “non autorizzato” e la detenzione di una persona che voglia entrare e che abbia bisogno dell'autorizzazione, ma ancora non la abbia ottenuta, può essere finalizzata, senza alcuna distorsione della formulazione, ad “impedirle di entrare irregolarmente nel territorio”. La Grande Camera rigetta l'idea che, non appena un richiedente asilo si presenti da sé presso le autorità dell'immigrazione, tenta di entrare “regolarmente”, con la conseguenza che la detenzione non si può giustificare sulla base dell'art. 5 § 1 (f). Interpretare la prima parte dell'art. 5 § 1 (f) nel senso che autorizza solamente la detenzione di un individuo di cui sia accertato il tentativo di sottrarsi alle restrizioni all'ingresso significherebbe dare un significato troppo ristretto ai termini della disposizione ed al potere dello Stato di esercitare il suo innegabile diritto di controllo in precedenza richiamato». V. sul punto A. GIANNELLI, *Il carattere assoluto dell'obbligo di non refoulement: la sentenza Saadi della Corte EDU*, in *Riv. dir. intern.*, 2/2008, 449-456.

⁴¹ Ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. n. 142 del 2015, è disposto il trattenimento nei CIE dello straniero richiedente protezione internazionale nei casi in cui: a) si trovi nelle condizioni previste dall'art. 1, paragrafo F, della Convenzione di Ginevra, vale a dire sia sospettato della commissione di crimini contro l'umanità; b) si trovi nelle condizioni di cui all'art. 13, co. 1 e 2, lett. c) del t.u.imm., e nei casi di cui all'art. 3, co. 1, del d.l. n. 144 del 2005, convertito con l. n. 155 del 2005, vale a dire nel caso in cui sia destinatario di un provvedimento di espulsione correlato a motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato ovvero ad una valutazione di pericolosità sociale; c) costituisca un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica; d) sussista un rischio di fuga dello stesso. Il d.l. n. 13 del 2017 ha introdotto una nuova ipotesi di trattenimento (per la durata massima di 30 giorni) dello straniero nel caso in cui quest'ultimo si rifiuti di sottoporsi alle operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico. Come evidenziato da L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero e gli hotspot rimangono*, in *Penalecontemporaneo.it*, 10 marzo 2017, anche la normativa previgente consentiva il trattenimento dello straniero privo di un valido passaporto o di altro documento equipollente in attesa dell'esecuzione del decreto di espulsione. Tuttavia, il recente intervento normativo consente di applicare la misura detentiva anche prima dell'emanazione del decreto di espulsione.

In merito alla definizione di “ordine pubblico” prevista dall'art. 6, v. Corte di Giustizia, 11 giugno 2015, causa C-554/13, *Z. Zh. e O v. Staatssecretaris voor Veiligheid en Justitie* e al commento di G. ROMA e A. ROMANO, *Ordine pubblico, automatismo espulsivo e diritti fondamentali degli stranieri: un commento alla sentenza Zh. e O. V. della Corte di giustizia relativa alla partenza volontaria*, in *Dir. imm. citt.*, 3-4/2015, 163-177. Alle medesime conclusioni giunge la Corte di Giustizia, 5 giugno 2014, *Ali Mahdi* C-142/14 e Corte di Giustizia, 17 novembre 2011, *Gaydarov*, C-430/10.

esecuzione al provvedimento di espulsione. La costituzione dei CIE ha perseguito l'obiettivo di evitare la dispersione degli immigrati irregolari sul territorio nazionale e di velocizzare le procedure di rimpatrio. Contrariamente a quanto potrebbe suggerire l'espressione "permanenza temporanea", i CIE sono stati adibiti ad un soggiorno prolungato degli stranieri, che il più delle volte consta di diversi mesi.

La distinzione tra le diverse tipologie di centri, così come sopra descritta, non ha subito particolari modifiche a seguito degli interventi normativi apportati, dapprima dal d.lgs. n. 142 del 2015 e successivamente dalla l. n. 46 del 2017, che pur avendo modificato la formale denominazione dei CIE, ha sostanzialmente lasciato immutato il sistema di accoglienza italiano⁴². Peraltro, ad una classificazione rigorosa sul piano astratto, non corrisponde un differenziazione sul piano concreto: di fronte alla necessità di far fronte alle esigenze di collocamento di un numero sempre più elevato di immigrati, le strutture in questione sono state trasformate in centri polifunzionali, in cui sono costretti a convivere stranieri irregolari insieme ai richiedenti asilo.

Inoltre, la suddetta distinzione è stata messa in discussione dalla conversione dei centri di Pozzallo, Lampedusa, Trapani e Taranto in strutture di accoglienza temporanea, i c.d. *hotspots*, in cui il personale delle Forze dell'Ordine, coadiuvato da funzionari delle agenzie europee Europol, Eurojust, Frontex ed Easo identificano in tempi celeri gli immigrati sbarcati sulle coste italiane e provvede al loro smistamento nelle diverse strutture situate sul territorio nazionale ed europeo.

⁴² L'art. 8 del d.lgs. n. 142 del 2015 descrive il meccanismo di accoglienza, prevedendo tre distinte fasi: primo soccorso e la primissima assistenza all'interno dei Centri di primo soccorso e assistenza (CPSA); b) la prima accoglienza all'interno dei Centri governativi di prima accoglienza (CPA); c) la seconda accoglienza all'interno delle strutture del Sistema di protezione dei richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR). *Amplius* N. MORANDI, G. SCHIAVONE e P. BONETTI, *Prime note sul decreto legislativo 18 agosto 2015 n. 142, di attuazione della direttiva 2013/33/UE sulle norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale e della direttiva 2013/32/UE sulle procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale*, reperibile su www.asgi.it (ultimo accesso 12.04.2017) e R.S. BIROLINI, *Riflessioni in merito alle procedure di riconoscimento del diritto di asilo in Italia alla luce dei più recenti interventi normativi*, in *Osservatorioaic.it*, 2/2016.

4.1. *Lo straniero irregolare nell'ordinamento italiano: accoglienza o detenzione?*

La permanenza dello straniero all'interno delle strutture sopra descritte ha dato origine a numerosi dubbi di legittimità costituzionale⁴³: in particolare, il soggiorno presso questi centri assume i connotati di una forma di restrizione della libertà personale, ancora più ingiustificata nel caso in cui venga applicata nei confronti degli stranieri non destinatari di un provvedimento di espulsione.

L'assoggettamento fisico dello straniero si concretizza nell'obbligo di soggiornare all'interno di aree recintate, sottoposte a monitoraggio continuo, mediante il sistema di videosorveglianza o di vigilanza armata; egli non può uscire o comunque ha l'obbligo di farvi rientro; non può allontanarsi e non può incontrare i propri familiari o parenti senza una preventiva autorizzazione; non può trattenere con sé oggetti che potrebbe utilizzare per eludere i controlli o evadere dal centro⁴⁴.

La soluzione prescelta dall'ordinamento italiano, a differenza di quanto accade sul piano europeo, si espone in modo evidente al rischio di una "truffa delle etichette": si configura un modello di "accoglienza" basato soltanto formalmente su un trattenimento temporaneo, idoneo ad incidere esclusivamente sulla libertà di circolazione e di soggiorno dello straniero, ma che sostanzialmente riproduce una detenzione carceraria⁴⁵. Il differente

⁴³ Sul tema dell'incostituzionalità dei CIE, v. C. F. FERRAJOLI, *Un rifugio senza libertà*, in *Pol. dir.*, 2/2007, 175-206, A. DI MARTINO, *La disciplina dei CIE è incostituzionale*, in *Penalecontemporaneo.it*, 11 maggio 2012; L. MASERA, *Stranieri irregolari e misure detentive: una libertà diversa?*, in *Libertà dal carcere, libertà nel carcere*, a cura di A. Gaboardi et al., Torino, 2013, 79-95 e C. MAZZA, *La prigionie degli stranieri. I centri di identificazione e di espulsione*, Roma, 2013, 22-40; A. MARLETTA, *Detenzione amministrativa dello straniero e riserva di giurisdizione in materia di libertà personale*, in *Criminalia*, 2012, 604 ss.; D. PERUGIA, *Centri di identificazione e di espulsione: quali diritti per gli immigrati clandestini?*, in *Penalecontemporaneo.it*, 16 maggio 2013. Per un inquadramento generale della disciplina sui centri di accoglienza e la compatibilità della stessa con l'ordinamento italiano, si legga il *Rapporto sui Centri di identificazione ed espulsione elaborato dalla Commissione Straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani* del Senato-XVII Legislatura, luglio 2014 e la *Relazione del Comitato parlamentare di controllo sull'attuazione dell'Accordo Schengen, di vigilanza sull'attività di Europol, di controllo e vigilanza in materia di immigrazione, Flussi migratori in Europa attraverso l'Italia, nella prospettiva della riforma del sistema europeo comune d'asilo e della revisione dei modelli di accoglienza*, Atti Parlamentari, XVII Legislatura.

⁴⁴ L'art. 14, comma 7 t.u.imm., in particolare, prevede che «Il questore, avvalendosi della forza pubblica, adotta efficaci misure di vigilanza affinché lo straniero non si allontani indebitamente dal centro e provvede, nel caso la misura sia violata, a ripristinare il trattenimento mediante l'adozione di un nuovo provvedimento di trattenimento.».

⁴⁵ Perentorie le affermazioni da parte di PUGIOTTO, *op. cit.*, 578. L'Autore, riferendosi alla scelta del Legislatore italiano di definire i CIE come centri di accoglienza e non come

regime cui è sottoposto lo straniero trattenuto nel CIE – oggi CPR – e nel CARA non deve trarre in inganno: le libertà concesse allo straniero soggiornate in queste ultime strutture non comportano la perdita dei connotati tipici della detenzione amministrativa. Peraltro, nell'ipotesi in cui lo straniero ha presentato istanza per la richiesta di asilo, il soggiorno forzato all'interno della struttura non è giustificato da alcun provvedimento emanato da un'autorità, nè tantomeno da una posizione di irregolarità rivestita dallo stesso. Secondo quanto espressamente indicato dalla Direttiva 2008/115/CE, «il soggiorno di un cittadino di un paese terzo che abbia chiesto asilo in uno Stato membro non dovrebbe essere considerato irregolare sul territorio di tale Stato membro finchè non sia entrata in vigore una decisione negativa in merito alla sua domanda d'asilo o una decisione che pone fine al suo diritto di soggiorno quale richiedente asilo».

La scelta di non qualificare i centri come vere e proprie strutture detentive presenta notevoli ripercussioni in tema di garanzie procedurali: in particolare, al trattenimento dello straniero non vengono applicate le garanzie costituzionali previste dall'art. 13, secondo comma Cost., da cui si ricava chiaramente un'ipotesi di riserva di legge assoluta⁴⁶.

Il t.u.imm., pur descrivendo le ipotesi tassative nelle quali viene disposto il trattenimento dello straniero presso i centri di identificazione e espulsione, non provvede ad indicare le modalità attraverso le quali deve concretamente attuarsi la detenzione amministrativa⁴⁷. Il d.lgs. n. 268 del 1998 rimanda infatti alla fonte secondaria la disciplina di alcuni aspetti rilevanti: l'art. 14 stabilisce che «[...] il questore dispone che lo straniero sia trattenuto per il tempo strettamente necessario presso il centro di identificazione ed espulsione

centri di detenzione afferma: «Ma una bugia, per quanto scritta in Gazzetta Ufficiale, resta pur sempre una bugia [...]» Sul punto si veda anche A. DI MARTINO, *Centri, campi; Costituzione. Aspetti di incostituzionalità dei CIE*, in *Dir. imm. citt.*, 1/2014; G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*, Roma, 2013, 50 ss.; VERZÌ, *La logica dell'accoglienza: commento al d.lgs. n. 142/2015, op. cit.*, 6 ss. con particolare riferimento ai richiedenti protezione internazionale. Sul punto, A. MASSARO, *L'uropeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei "doppi binari" nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della "materia penale"*, in *Penalecontemporaneo.it.*, 15 luglio 2015.

⁴⁶ Al riguardo, *amplius*, P. GUALTIERI, *op. cit.*

⁴⁷ Il generico richiamo all'art. 14, comma 2, secondo cui «Lo straniero è trattenuto nel centro con modalità tali da assicurare la necessaria assistenza ed il pieno rispetto della sua dignità. Oltre a quanto previsto dall'articolo 2, comma 6 [diritto dello straniero a ricevere la traduzione dei provvedimenti concernenti l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione], è assicurata in ogni caso la libertà di corrispondenza anche telefonica con l'esterno», appare del tutto insoddisfacente, in quanto non risulta idoneo a definire in modo esaustivo le modalità attraverso cui si concretizza la detenzione.

più vicino, tra quelli individuati o costituiti con decreto del Ministero dell'interno, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze [...]»⁴⁸.

Un rinvio imprecisato a fonti secondarie non meglio identificate, a cui si aggiunge contestualmente un'attribuzione di potere al Ministro dell'Interno⁴⁹. Quest'ultimo, con decreto del 20 ottobre 2014, ha approvato il Regolamento recante i "Criteri per l'organizzazione e la gestione dei centri di identificazione ed espulsione". L'intervento normativo risponde alle esigenze di assicurare livelli di accoglienza uniformi su tutto il territorio nazionale: vengono in questo modo fissati *standard* minimi in materia di tutela della salute, assistenza linguistico-culturale, diritto di ricevere visite, libertà di corrispondenza, accesso ai centri da parte di soggetti qualificati, modalità di vigilanza e controllo. In particolare, l'art. 1 del predetto decreto indica, tra gli obiettivi principali, quello di "assicurare allo straniero irregolare la necessaria assistenza e il pieno rispetto dei diritti fondamentali della persona anche in considerazione [...] del suo stato di salute psico-fisico", valutato al momento dell'arrivo presso il centro e monitorato nel corso del suo "soggiorno"⁵⁰. Il

⁴⁸ Al riguardo v. A. COSSIRI, *Cambio di stagione? Rilevanti novità in tema di detenzione amministrativa degli stranieri*, in *Quad. cost.*, 2/2015, 430-433. L'Autrice sottolinea che sarebbe stato più opportuno disciplinare una materia così particolare, idonea ad incidere sui diritti e sulle libertà fondamentali della persona, mediante una fonte di rango primario e non una fonte secondaria.

⁴⁹ Nell'ordinanza emessa dal Tribunale Civile di Bari, I Sezione Civile, 3 gennaio-9 gennaio 2014, Giudice Caso, si evidenzia lo scarso numero di disposizioni normative di rango primario, nonché la scelta infelice di affidare al Ministero dell'Interno – e non a quello di Giustizia, di gran lunga più esperto in materia di trattenimento – il compito di regolare la reclusione degli stranieri nei centri di accoglienza. Sul punto, v. A. GILIBERTO, *Quale tutela giurisdizionale della dignità degli stranieri detenuti nei CIE? Una singolare pronuncia del Tribunale Civile di Bari*, in *Penalecontemporaneo.it*, 19 febbraio 2014.

⁵⁰ L'art. 3, analogamente all'art. 11 ord. pen., stabilisce che «Lo straniero accede al Centro previa visita medica effettuata da parte del medico della ASL o dell'azienda ospedaliera, che accerta l'assenza di patologie evidenti che rendono incompatibile l'ingresso e la permanenza del medesimo nella struttura, quali malattie infettive o contagiose e pericolose per la comunità, stati psichiatrici, patologie acute o cronico degenerative che non possono ricevere le cure adeguate in comunità ristrette. Successivamente all'ingresso e durante la permanenza nel Centro, lo straniero è sottoposto allo *screening* medico da parte del medico responsabile della struttura sanitaria presente nel Centro, per la valutazione complessiva del suo stato di salute, nonché per l'accertamento dell'eventuale necessità di predisporre visite specialistiche o percorsi diagnostici e/o terapeutici presso le competenti strutture sanitarie pubbliche [...] In presenza di elementi che possano determinare l'incompatibilità con la vita in comunità ristretta non emersi nel corso della certificazione di idoneità, e nelle more di una nuova valutazione da parte della ASL o dell'azienda ospedaliera, lo straniero viene alloggiato in una stanza di osservazione, al fine di salvaguardare la salute del singolo e della collettività».

diritto di ricevere assistenza sanitaria viene inoltre ribadito nella Carta dei diritti e dei doveri dello straniero, allegata al predetto decreto e consegnata al migrante nel giorno del suo primo ingresso nella struttura.

Peraltro, l'esigenza avvertita dal Legislatore di indicare nominativamente – quasi in modo maniacale – gli oggetti e gli strumenti minimi in dotazione presso l'ambulatorio di ogni centro di accoglienza, induce a riflettere sul tipo di prestazioni assistenziali e sulle condizioni igienico sanitarie attuate prima dell'entrata in vigore del decreto in questione⁵¹.

Il decreto ministeriale, pur non individuando i presupposti della reclusione, ne regola aspetti fondamentali. L'assenza di una disposizione normativa di rango primario che disciplini compiutamente le modalità di trattenimento da applicare nei confronti dello straniero irregolare costituisce una violazione del principio della riserva di legge di cui all'art. 13, secondo comma Cost.

L'illegittimità costituzionale risulta ancor più chiara se si confronta la normativa riguardante il trattamento riservato allo straniero irregolare e quella prevista per il detenuto in carcere. La l. n. 354 del 1975, recante le norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà, disciplina ogni aspetto della reclusione: caratteristiche degli edifici penitenziari, vestiario e corredo, igiene personale, alimentazione, istruzione, lavoro, cure mediche, rapporto con l'esterno, attività ricreative.

L'utilizzo di una terminologia incoerente rispetto al fenomeno del

⁵¹ In particolare, ai sensi dell'allegato 1 lettera b) del decreto, le aree destinate all'assistenza sanitaria devono essere attrezzate almeno con: «lavandino con rubinetto a pedale; superfici resistenti al lavaggio e alla disinfezione pavimento antisdrucchiolo resistente ad agenti chimici e fisici con raccordo arrotondato alla parete; finestre per un'adeguata ventilazione naturale; servizio igienico riservato; farmacia con farmaci di uso comune e con quelli salvavita. Gli ambulatori dovranno essere dotati di: lettino per visita (per i CIE con capienza superiore a 50 persone un secondo lettino per visita), bilancia pesapersona, frigorifero, schedario porta cartelle con serratura, asta porta fleboclisi, armadio per stupefacenti con serratura, armadio farmaci con serratura, carrello per medicazioni, barella e arredo consistente almeno in scrivania, sedia e paravento.». L'allegato 1 lettera c) individua gli strumenti minimi che devono essere presenti in ogni ambulatorio: registro visite; sfigmomanometro; fonendoscopio; termometri otoscopio con coni monouso; glucostick; multistick per urine necessario per lo svolgimento di test ematici rapidi (glicemia, esame delle urine, test di gravidanza, ricerca oppioidi nelle urine, test su saliva per HIV); materiale necessario per prelievi ematici e per invio al laboratorio; carrello per la gestione delle emergenze dotato di saturimetro; defibrillatore semiautomatico; pallone Ambu con adattatore per adulti; bombola di ossigeno con riduttore di pressione ed erogatori; farmaci e dispositivi medici idonei per il primo soccorso; set per suture; materiale monouso sterile (guanti, telini, agocannule).

trattenimento dello straniero presso i centri di accoglienza comporta una errata qualificazione giuridica, con il conseguente rischio che, lo straniero irregolare detenuto presso il carcere possieda più garanzie rispetto allo straniero irregolare nei centri di accoglienza. Ed invero, lo sforzo spasmodico del Legislatore italiano di non considerare gli stranieri irregolari come detenuti ha quindi comportato degli effetti distorsivi all'interno dell'ordinamento: ai centri di accoglienza – in particolare i CPR – pur essendo delle strutture detentive, non si applica l'ordinamento penitenziario e tutte le tutele tipicamente previste nelle strutture carcerarie (isolamento dei violenti; trattamento premiale per la buona condotta; incremento delle attività di impiego del tempo; permessi).

Tuttavia, il *bluff* all'italiana è stato dapprima smascherato dalla Corte costituzionale⁵² e poi riconosciuto dallo stesso Governo⁵³: una volta squarciato il velo di Maya, la realtà fenomenica viene percepita così come risulta oggettivamente⁵⁴, nella sua essenza di reclusione, anche se, almeno fino a questo momento, il sistema non è stato seriamente posto in discussione.

⁵² Si veda al riguardo Corte cost. 22 febbraio, n. 105, punto 4 del diritto, secondo cui «Si può forse dubitare se esso [il trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza temporanea e assistenza] sia o meno da includere nelle misure restrittive tipiche espressamente menzionate dall'articolo 13; e tale dubbio può essere in parte alimentato dalla considerazione che il legislatore ha avuto cura di evitare, anche sul piano terminologico, l'identificazione con istituti familiari al diritto penale, assegnando al trattenimento anche finalità di assistenza e prevedendo per esso un regime diverso da quello penitenziario. Tuttavia, se si ha riguardo al suo contenuto, il trattenimento è quantomeno da ricondurre alle "altre restrizioni della libertà personale", di cui pure si fa menzione nell'articolo 13 della Costituzione».

⁵³ A questo proposito, si veda il Documento programmatico sui Centri di Identificazione ed Espulsione, redatto dalla *Task Force* appositamente formata dal Ministro dell'Interno Anna Maria Cancellieri nel 2012. I lavori sono terminati nel 2013. La versione integrale del documento è reperibile su www.asgi.it (ultimo accesso 12.04.2017). Sul punto, si richiamano brevemente le considerazioni effettuate in materia di CIE: «Nella terminologia delle direttive europee questa politica è denominata *administrative detention*. La detenzione viene definita amministrativa, perché non costituisce l'esito di una sanzione conseguente alla commissione di un reato. Essa, pertanto, non è disposta al termine di un processo e non richiede una sentenza del giudice, ma pertiene alla giurisdizione amministrativa. In Italia essa è disposta dal questore». In riferimento alla questione riguardante l'assimilazione dei CIE ai centri di reclusione v. M. LOMBARDI STOCCHETTI, *I CIE nel Rapporto della Commissione straordinaria del Senato per la tutela e la promozione dei diritti umani*, in *Penalecontemporaneo.it*, 7 gennaio 2015 e, anche per ulteriori indicazioni, A. MASSARO, *Salute e sicurezza*, cit.

⁵⁴ Nella relazione finale del delegato ONU, redatta a seguito della visita presso i centri di accoglienza italiani finalizzata alla verifica delle condizioni dei diritti dei migranti, si leggono le seguenti considerazioni: «*The Special Rapporteur observes that whatever terminology is used by Italian authorities, as such centres are closed facilities and involve a deprivation of liberty, they therefore should be considered as detention centres under international law*». La versione integrale del testo è disponibile su www.ohchr.org.

Anche qualora si volesse avallare la tesi che riconduce la forma di detenzione amministrativa all'ipotesi prevista dall'art. 13, terzo comma Cost.⁵⁵ si giungerebbe a conclusioni contrarie al sistema normativo: il potere di disporre il trattenimento dello straniero appartiene al questore in un numero talmente elevato di ipotesi, da trasformare uno strumento di eccezionalità e urgenza in un meccanismo ordinario, mediante il quale l'autorità di pubblica sicurezza adotta provvedimenti di restrizione della libertà personale, relegando ai margini il potere dell'autorità giudiziaria⁵⁶.

Meno evidente appare la violazione del principio di legalità in materia di accoglienza dei richiedenti asilo, in quanto l'atto avente forza di legge (d.lgs. n. 142 del 2015) disciplina in modo più dettagliato, rispetto ai criteri generali contenuti nel t.u.imm., le modalità e la procedura del trattenimento dell'istante all'interno dei centri di accoglienza; tuttavia, rimane ancora da chiarire come un provvedimento limitativo della libertà personale possa essere adottato dall'autorità amministrativa e non da quella giudiziaria.

Peraltro, maggiori perplessità suscita la previsione di un termine di trattenimento per i richiedenti asilo di gran lunga superiore rispetto a quello contemplato per gli stranieri in attesa di espulsione: ai sensi dell'art. 6, comma 8 del d.lgs. n. 142 del 2015 la durata massima del trattenimento non può superare complessivamente i 12 mesi, contro i trenta giorni, prorogabili fino a novanta, previsti dall'art. 14, comma 5 t.u.imm. Un'ingiustificata disparità di trattamento e di trattenimento che, in sostanza "punisce" il soggetto che propone la domanda di asilo⁵⁷.

⁵⁵ L'art. 10, terzo comma Cost. stabilisce che «In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto».

⁵⁶ Ai sensi dell'art. 14, comma 1 t.u. imm. è il questore a disporre il trattenimento dello straniero presso il centro di identificazione ed espulsione più vicino; è sempre il questore a decidere l'eventuale cessazione anticipata o il prolungamento della detenzione amministrativa (comma 5).

⁵⁷ Peraltro, il d.l. n. 13 del 2017 consente di prolungare il trattenimento del richiedente protezione internazionale nel caso in cui vi siano fondati motivi per ritenere che la domanda sia stata presentata al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione dell'espulsione.

4.2. *Le incompatibilità ontologiche tra la disciplina nazionale e quella europea*

Il solo riferimento terminologico al concetto di “detenzione amministrativa” evoca indubbiamente un fenomeno complesso. Il termine “detenzione” rimanda evidentemente a un trattamento affittivo (in quanto limitativo delle libertà personale)⁵⁸, che attiene alla sanzione e che, soprattutto, deriva da un provvedimento di un giudice.

Per molto tempo sembrava prevalere l’idea che i centri di accoglienza non fossero delle strutture carcerarie, gli immigrati irregolari fossero un numero limitato e la loro permanenza sul territorio italiano fosse momentanea, quasi fugace.

Ecco allora l’utilizzo di un linguaggio paragiuridico: lo straniero diviene un ospite; il centro di accoglienza viene definito come un centro assistenziale, quasi fosse un centro ricreativo; il trattenimento forzato dello straniero diventa un soggiorno.

Tuttavia, quella permanenza temporanea diventa un trattenimento prolungato e la situazione di emergenza diventa l’ordinario.

Peraltro, la procedura amministrativa con cui viene adottato il provvedimento restrittivo della libertà personale ha indotto a lungo in errore: il trattenimento dello straniero non presenta – apparentemente – una natura sanzionatoria, in quanto adottato da un’autorità amministrativa e non da quella giudiziaria.

Sembra quasi che il Legislatore italiano si sia trasformato nel personaggio di Don Abbondio, il famoso curato del romanzo manzoniano, che sul sentiero di casa, intento a leggere il suo breviario, scansa i sassi, buttandoli verso il muro: la scelta di nascondere la testa sotto la sabbia lo sottrae soltanto temporaneamente dal prendere una posizione.

Se anche il Legislatore italiano in materia di accoglienza dello straniero fosse

⁵⁸ A seguito dell’innalzamento della soglia temporale della detenzione dello straniero, la natura affittiva del trattenimento è risultata ancor più evidente: il passaggio del termine di 6 mesi a 18 mesi non rispondeva infatti all’esigenza di garantire il rimpatrio di un maggior numero di stranieri, in quanto le statistiche dimostravano come i rimpatri degli stranieri o si verificavano nei primi 30-60 giorni oppure difficilmente potevano avvenire nel periodo successivo. L’innalzamento del termine di detenzione veniva disposto all’indomani della sentenza *El Diri*, con cui la Corte di Giustizia ha dichiarato l’incompatibilità della pena detentiva prevista all’art. 14 comma 5 *ter* t.u.imm. per lo straniero inottemperante all’ordine di allontanamento. Al riguardo, si veda il commento di L. MASERA, *Ridotto da 18 a 3 mesi il periodo massimo di trattenimento in un CIE: la libertà dei migranti irregolari non è più una bagattella? Modifiche introdotte al T.U. imm. dalla Legge europea 2013-bis*, in *Penalecontemporaneo.it*, 10 novembre 2014.

riuscito a scansare tutti i ciottoli che ha incontrato lungo il suo percorso, non ha potuto sottrarsi al vaglio del Giudice delle Leggi⁵⁹ e del Giudice europeo. Oggigiorno, a differenza di quanto avveniva nel passato, “i panni sporchi non si possono più lavare solo a casa”: ogni istituto giuridico dell’ordinamento italiano deve tener conto della disciplina sovranazionale e della giurisprudenza delle Corti europee⁶⁰.

Proprio agli occhi dell’Europa la realtà dei centri di accoglienza mostra chiaramente tutti i suoi limiti⁶¹. Troppo scontato affermare l’incapacità delle strutture di “ospitare” quotidianamente un numero elevato di individui. Troppo agevole affermare che in fondo, si tratta di una sistemazione provvisoria, che al massimo può protrarsi fino a 18 mesi (ad oggi, ridotti a 3 mesi).

Non si può far a meno di considerare le criticità di un sistema che nel suo complesso ha dimostrato di aver fallito.

Il problema dei grandi numeri è ormai una questione che non può più essere sdrammatizzata. Le difficoltà dell’Italia di far fronte alle esigenze connesse all’accoglienza dello straniero risultano evidenti. Proprio il costo del mantenimento delle strutture ha comportato la concessione della gestione dei centri di accoglienza alle imprese private, enti o associazioni: l’accoglienza dello straniero è diventato così un *business* piuttosto che il luogo della tutela dei diritti umani.

Nell’analizzare la disciplina in materia di accoglienza si profilano molteplici violazioni dei diritti umani. Si è già avuto modo di evidenziare i profili di incostituzionalità della suddetta normativa in relazione al mancato rispetto della riserva di legge prescritta dall’art. 13, secondo comma Cost.: il rinvio a fonti secondarie, che a loro volta attribuiscono il potere di regolazione agli enti che si aggiudicano l’appalto per l’affidamento della gestione dei centri, comporta inevitabilmente un trattamento differenziato⁶² tra i diversi migranti,

⁵⁹ Si vedano le conclusioni a cui perviene Corte cost. 22 febbraio, n. 105, cit. (v. nota 52).

⁶⁰ A. MASSARO, *Europeizzazione*, cit.

⁶¹ Sul punto G. SAVIO, *Verso una rivoluzione copernicana in materia di espulsioni? La direttiva 2008/115/CE (direttiva rimpatri) e le sue ricadute sull’attuale normativa italiana in materia di espulsioni e trattenimento nei CIE*, reperibile sul sito www.meltingpot.org.

⁶² Nel rapporto del delegato ONU (reperibile in www.obchr.org) si legge ai (SS 76-77): «*Reception conditions vary to a significant degree among different types of accommodation and also within the same type of accommodation. Therefore it is difficult to gain a full picture of and reliable information for each reception centre. CARAs do not all offer the same reception services. The quality of assistance varies between facilities, and sometimes fails to meet adequate standards. Areas of concern include the provision of legal and psychosocial assistance; inadequate identification, referral and care provided to vulnerable individuals owing to low levels of coordination among stakeholders; lack of capacity for necessary logistical follow-up; and unsystematic monitoring of reception conditions by the relevant authorities, resulting in complaints not being unaddressed.*».

con inevitabili ripercussioni in termini di violazione del principio di uguaglianza e di non discriminazione, previsto a livello europeo dall'art. 14 CEDU.

Inoltre, la ripartizione degli stranieri all'interno delle strutture avviene in modo per lo più "casuale", non sempre rispettando il principio del ricongiungimento familiare, ma utilizzando il criterio numerico (i posti disponibili all'interno della struttura) o il criterio geografico (il centro di accoglienza più vicino): in questo modo, gli stranieri irregolari con precedenti penali convivono in modo forzato con i richiedenti asilo, con i minori o con i soggetti particolarmente vulnerabili, creando forti tensioni e malcontento tra i presenti⁶³.

Evidenti le violazioni dei principi sanciti dalla Convenzione europea: ai sensi dell'art. 8 CEDU «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare [...]. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.». La scelta del questore di separare i diversi componenti di una stessa famiglia risulta difficile da motivare quando è dettata da mere esigenze organizzative e non risponde alle finalità previste dalla disposizione da ultimo richiamata.

Ulteriori profili di incompatibilità tra ordinamento nazionale e sovranazionale si ravvisano nella scelta del Legislatore italiano di considerare lo strumento detentivo come rimedio ordinario, a differenza di quanto stabilito nella direttiva rimpatri, secondo la quale bisogna sempre preferire il rimpatrio volontario a quello forzato.

Dall'analisi congiunta dell'art. 15, primo comma della Direttiva 2008/115/CE e l'art. 14, comma 1 t.u.imm. emergono delle differenze di rilievo: in conformità a quanto stabilito dalla prima disposizione normativa, il trattenimento appare necessario in ragione della condotta assunta dallo straniero irregolare (sussiste un pericolo di fuga o il cittadino del Paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento); nel secondo caso, il questore dispone il trattenimento dello straniero quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante l'accompagnamento alla frontiera o il respingimento, o qualora sussistano situazioni transitorie che

⁶³ La convivenza forzata di persone differenti tra loro, unita alle condizioni disumane in cui sono costretti a vivere gli immigrati, comportano all'interno dei centri di accoglienza gravi tensioni, che molto spesso degenerano in atti di autolesionismo, episodi di violenza contro gli altri detenuti o contro le Forze dell'Ordine: P. MORI, *Profili problematici dell'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale in Italia*, in *Dir. un. eur.*, 1/2014, 127 ss.

ostacolino la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento. L'adozione del provvedimento di massima privazione della libertà personale consegue, secondo la disciplina europea, ad un comportamento imputabile allo straniero irregolare; secondo l'ordinamento nazionale, invece, la detenzione amministrativa si realizza il più delle volte per un *deficit* organizzativo e quindi per cause esterne alla volontà dello straniero (indisponibilità del vettore, incapacità organizzativa dell'Amministrazione).

Infine, le Forze dell'Ordine non sempre riescono a verificare se ogni straniero abbia eseguito in modo volontario il provvedimento di espulsione a lui notificatogli. Pertanto, quest'ultimo, approfittando della dimenticanza e della confusione delle Amministrazioni statali e locali, rimane nel Paese ospitante e prolunga in modo arbitrario il suo soggiorno irregolare: il più delle volte viene impiegato dagli abitanti locali come bracciante, favorendo in questo modo lo sviluppo e il consolidamento del fenomeno del caporalato⁶⁴.

Le considerazioni sopra effettuate inducono ad interrogarsi circa la compatibilità dell'applicazione della misura maggiormente afflittiva in relazione ad eventi che esulano dalla sfera di dominabilità dello straniero irregolare: è la sorte – prima ancora della legge – a stabilire arbitrariamente i modi e i tempi delle detenzione dello straniero, con evidenti ripercussioni in termini di violazioni del principio di legalità, di uguaglianza e di non discriminazione (artt. 5 e 14 CEDU)⁶⁵.

4.3 *I centri di accoglienza italiani al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*

La condizione dei migranti all'interno dei centri di accoglienza situati sul territorio italiano è stata oggetto di controlli periodici da parte degli organismi nazionali e internazionali, finalizzati a verificare l'adeguatezza delle strutture, nonché l'idoneità delle stesse a garantire il rispetto dei diritti umani fondamentali⁶⁶.

⁶⁴ V. L. MASERA, *La nuova disciplina penale in tema di contrasto allo sfruttamento del lavoro degli stranieri irregolari: l'inizio di una diversa politica criminale in materia di immigrazione*, in *Dir. imm. citt.*, 3/2012, 15-37.

⁶⁵ Il d.l. n.13 del 2017 riduce la predetta aleatorietà, disponendo il ripristino della detenzione amministrativa nei casi di espulsione disposta a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione, qualora non sia possibile effettuare il rimpatrio dello straniero per cause di forza maggiore e per il tempo strettamente necessario all'esecuzione del provvedimento di espulsione.

⁶⁶ Come già anticipato nelle note 37 e 43, nel 2012 il Senato aveva nominato una Commissione al fine di verificare le condizioni generali dei luoghi di detenzione (carceri, o.p.g.,

I diversi sopralluoghi compiuti sia da delegazioni italiane, sia da delegazioni europee o internazionali hanno evidenziato le criticità connesse ai predetti centri, soprattutto in riferimento alle strutture di prima accoglienza maggiormente esposte al flusso migratorio (Lampedusa, Trapani, Bari).

I Giudici nazionali⁶⁷ ed europei⁶⁸ si sono trovati sulla stessa lunghezza d'onda: il contesto nel quale sono costretti a vivere gli stranieri irregolari (sovraffollamento delle strutture, condizioni igieniche e sanitarie precarie, assenza di posti-letto, impossibilità di comunicare con l'esterno, stato di incertezza circa il loro trasferimento e in generale sulla loro sorte) si distanzia notevolmente dagli *standard* imposti dalla disciplina europea⁶⁹.

CIE). In quella occasione non destava particolare stupore il fatto che i centri di accoglienza per gli stranieri irregolari venivano di fatto considerati luoghi di detenzione. Successivamente, le gravi carenze strutturali e le condizioni inumane e degradanti in cui gli stranieri erano costretti a vivere venivano evidenziate nel Rapporto curato dalla Commissione straordinaria nel 2014. Le condizioni di degrado sono state peraltro denunciate dall'associazione Medici senza Frontiere nel documento *Al di là del muro. Viaggio nei centri per migranti in Italia*, la cui sintesi è reperibile sul sito www.medicisenzafrontiere.it (ultimo accesso 12.04.2017). Di particolare interesse risulta anche il rapporto elaborato dall'associazione Medici per i Diritti Umani, *Arcipelago CIE: indagine sui centri di identificazione ed espulsione italiani*, pubblicato sul sito www.mediciperidirittiumani.org (ultimo accesso 12.04.2017). Ulteriori verifiche venivano effettuate dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati e dall'Organizzazione Internazionale *Amnesty International* e dalla sottocommissione appositamente nominata dall'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, il cui rapporto è stato pubblicato il 30 settembre del 2011.

⁶⁷ V. in particolare la pronuncia del Tribunale di Crotona, 12 dicembre 2012, n. 1410, in *Penalecontemporaneo.it*, e la relativa nota a sentenza di L. MASERA, *Rivolte degli stranieri detenuti nei CIE: una forma di legittima difesa contro la violazione dei diritti fondamentali degli internati?*, in *Penalecontemporaneo.it*, 7 gennaio 2013; A. GABOARDI, *Difesa legittima e CIE la vulnerabilità giuridica di una detenzione "fuori legge"*, in *Penalecontemporaneo.it*, 10 ottobre 2013 e M. PIERDONATI, *La restrizione delle libertà personale nel "carcere amministrativo" dei CIE: tradimento o riaffermazione del principio di legalità*, in *Stranieri e giustizia penale*, a cura di R. Del Coco e E. Pistoia, Bari, 2014, 229-272.

⁶⁸ Il sistema di accoglienza italiano è stato oggetto di attenzione da parte di alcuni Tribunali europei. Sul punto si richiamano le considerazioni effettuate da G. SCACCIA, *Il tribunale amministrativo di Francoforte bacchetta l'Italia in merito al sistema di accoglienza dei richiedenti asilo*, in *Quad. cost.*, 4/2013, 1000-1003, nonché il commento di F. VASSALLO PALEOLOGO, *L'Italia non è un paese sicuro per richiedenti asilo*, in *Quest. giust.*, 7 ottobre 2013. A diverse conclusioni giunge la Corte britannica, che nella sentenza emessa dalla *Court of Appeal*, 11 giugno 2014, *Tabrizagh and Ors c Secretary of State for the Home Department*, reperibile su www.asylumlawdatabase.eu, esclude che il sistema di accoglienza italiano possa incorrere in una violazione dell'art. 3 CEDU.

⁶⁹ Le condizioni precarie all'interno delle strutture erano state denunciate anche nella relazione presentata dalla Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, istituita dal Senato della Repubblica-XVI Legislatura. Sul punto v. A. SACCUCCI, *Diritto di asilo e Convenzione europea dei diritti umani*, in *Procedure e garanzie*, cit., 147 ss. e

Tuttavia, la recente pronuncia della Grande Camera, resa nella causa *Khlaifia e altri*, ha evidenziato che, ai fini della violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti, è necessario il superamento della soglia minima di gravità, da valutarsi tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto⁷⁰. Nella vicenda che ha visto come protagonisti i tre tunisi, appare doveroso richiamare l'attenzione su alcuni elementi fattuali: nel periodo intercorso tra il 12 febbraio e il 31 dicembre 2011 con una concentrazione nei mesi tra aprile e settembre erano sbarcati sull'isola di Lampedusa, un territorio di circa 20,2 km², 51.573 migranti⁷¹, a fronte

D. Russo, *L'Italia viola i diritti fondamentali dei migranti: nuove conferme da Strasburgo circa le lacune del "Sistema di Dublino"*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 1/2015.

La violazione dell'art. 3 CEDU viene ravvisata dai giudici europei ogni qualvolta lo straniero venga sottoposto a trattamenti inumani all'interno del Paese di accoglienza o quando lo Stato membro espella lo straniero nonostante lo stesso incorra nel pericolo di subire trattamenti contrari all'art. 3 CEDU nel Paese d'origine: Corte EDU, Grande Camera, 28 febbraio 2008, *Saadi v. Italy*, ric. n. 37201/06; Corte EDU, 5 aprile 2011, *Toumi v. Italy*, ric. n. 25716/09; Corte EDU, 24 febbraio 2009, *Ben Khemais v. Italy*, ric. n. 246/07; Corte EDU, 13 aprile 2011, *Trabelsi c. Italy*, ric. n. 50163/08. I giudici di Strasburgo hanno ribadito in diverse occasioni il divieto del principio di *non refoulement*: v., in particolare, Corte EDU, 24 aprile 2009, *Abdelhedi v. Italy*, ric. n. 2638/07; Corte EDU, 24 marzo 2009, *Ben Salah v. Italy*, ric. n. 38128/06; Corte EDU, 24 marzo 2009, *Bouyabia v. Italy*, ric. n. 46792/06; Corte EDU, 24 marzo 2009, *C.B.Z. v. Italy*, ric. n. 44006/06; Corte EDU, 24 marzo 2009, *Darraj v. Italy*, ric. n. 11549/05; Corte EDU, 24 marzo 2009, *Hamraoui v. Italy*, ric. n. 16201/07; Corte EDU, 24 marzo 2009, *Soltana v. Italy*, ric. n. 37336/06 e Corte EDU, 5 maggio 2009, *Sellem v. Italy*, ric. n. 12584/08.

⁷⁰ Corte EDU, Grande Camera, 15 dicembre 2016, *Khlaifia and others v. Italy*. La Corte ha modo di evidenziare la situazione emergenziale in cui versava l'isola di Lampedusa, osservando quanto segue: «The arrival enmasse of North African migrants undoubtedly created organisational, logistical and structural difficulties for the Italian authorities in view of the combination of requirements to be met, as they had to rescue certain vessels at sea, to receive and accommodate individuals arriving on Italian soil, and to take care of those in particularly vulnerable situations. The Court would observe in this connection that according to the data supplied by the Government and not disputed by the applicants, there were some 3,000 women and 3,000 children among the migrants who arrived during the period in question [...]. In view of the significant number of factors, whether political, economic or social, which gave rise to such a major migration crisis and taking account of the challenges facing the Italian authorities, the Court cannot agree with the applicants' view that the situation in 2011 was not exceptional. Admittedly, as noted by the Chamber, the accommodation capacity available in Lampedusa was both insufficient to receive such a large number of new arrivals and ill-suited to stays of several days.»

⁷¹ Così come documentato dal Governo italiano. Peraltro, dall'analisi dei dati relativi alle presenze dei migranti nel corso del mese di settembre 2011 (periodo in cui i ricorrenti si trovavano sull'isola) emerge un quadro particolarmente drammatico: 1.357 persone il 16 settembre, 1.325 il 17 settembre, 1.399 il 18 settembre, 1.265 il 19 settembre e 1.017 il 20 settembre.

dei 6.034 abitanti⁷².

La Corte EDU, nella sua massima composizione, si discosta dall'orientamento precedentemente espresso dalla Sezione, e non ravvisa alcuna violazione dell'art. 3 CEDU. In particolare, nel valutare un trattamento come inumano, i giudici di Strasburgo focalizzano l'attenzione sulla durata del trattenimento e sugli effetti fisici o psicologici ad esso connessi, nonché, sul sesso, sull'età e sullo stato di salute della vittima⁷³; mentre, considerano degradante solamente quel trattamento che ha lo scopo di umiliare e denigrare l'interessato⁷⁴.

L'inversione giurisprudenziale – limitatamente alle violazioni degli artt. 3 CEDU e 4 del Protocollo n. 4 CEDU – non elimina le deficienze del sistema di accoglienza italiano, il cui funzionamento presenta perduranti criticità.

Secondo l'art. 5 § 1 CEDU⁷⁵, infatti, ciascuno ha diritto alla libertà e alla sicurezza e qualsiasi forma di privazione della libertà deve essere disposta

⁷² Il dato relativo al numero degli abitanti dell'isola, pur non essendo del tutto oggettivo, in quanto non individua gli abitanti effettivi rispetto alla popolazione residente, mostra significativamente lo sforzo compiuto da Lampedusa e dagli isolani durante i flussi migratori.

⁷³ Per l'approfondimento del concetto di "gravità" del maltrattamento Corte EDU, 10 luglio 2001, *Price v. the United Kingdom*, ric. n. 33394/96 § 24; Corte EDU, 14 settembre 2002, *Mouisel v. France*, ric. n. 67263/01 § 37; Corte EDU, 10 febbraio 2004, *Gennadi Naoumenko v. Ukraine*, ric. n. 42023/98 § 108. Inoltre, i predetti maltrattamenti devono essere sostenuti da adeguati elementi di prova, «oltre ogni ragionevole dubbio», o comunque devono risultare da un insieme di indizi o da presunzioni non confutate, sufficientemente gravi, precisi e concordanti (al riguardo v. Corte EDU, *Ireland v. the United Kingdom*, 18 gennaio 1978, ric. n. 5310/71, § 161).

⁷⁴ Al fine di verificare la sussistenza della violazione del divieto imposto dall'art. 3 CEDU, la Grande Camera distingue il periodo di tre giorni, in cui i ricorrenti erano trattenuti all'interno del centro di Contrada Imbriacola, da quello in cui gli stessi si trovavano a bordo delle navi nel porto di Palermo. Nel valutare la prima forma di detenzione i giudici di Strasburgo tengono conto della descrizione compiuta dalla sottocommissione dell'Assemblea generale del Consiglio d'Europa, in quanto più recente rispetto alla Relazione della Commissione del Senato. In particolare, la Grande Camera valuta il requisito del sovraffollamento degli spazi (non superiore al 75%), l'assenza di soggetti c.d. vulnerabili (rientranti nelle categorie quali minori, anziani, richiedenti asilo), la durata della permanenza (tre giorni), l'assenza di violenze e maltrattamenti; in merito alla seconda detenzione, la Corte tiene conto della ricostruzione compiuta dal GIP di Palermo, dove si affermava che i migranti erano in buona salute, che erano assistiti dal personale sanitario e dormivano in cabine dotate di biancheria o su poltrone reclinabili; inoltre, avevano accesso ai luoghi di preghiera, il cibo era adeguato ed erano stati messi a loro disposizione degli indumenti, nonché le navi erano dotate di acqua calda e di elettricità, e potevano essere distribuiti pasti e bevande calde. Sulla base delle precedenti considerazioni, la Corte EDU esclude la violazione del parametro convenzionale.

⁷⁵ Sull'art. 5 CEDU L. KALB, *La privazione della libertà personale (art. 5 CEDU)*, in *CEDU e ordinamento italiani*, a cura di A. Di Stasi, Padova, 2016, 256 ss. e S. LONGO, F. ZACCHÈ, *Art. 5. Diritto alla libertà e alla sicurezza*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., 98 ss.

nei casi e nei modi previsti dalla legge. Analogamente all'art. 13 Cost., la disposizione in esame richiede che ogni limitazione della libertà personale trovi fondamento in una solida base giuridica, sufficientemente determinata, in modo da garantire il rispetto del principio di legalità e certezza del diritto in senso sostanziale⁷⁶. Inoltre, la restrizione deve rientrare in una delle ipotesi tassativamente indicate dalla legge⁷⁷ e deve risultare necessaria nella fattispecie concreta.

Nel caso di specie, il trattenimento operato dalle autorità italiane nei confronti dei tre tunisi, non rientra nei casi previsti dagli artt. 10 o 14 t.u.imm. e il fondamento normativo non può essere identificato nell'accordo bilaterale – la cui versione integrale, peraltro, non è stata nemmeno resa pubblica – intercorso con il Governo di Tunisi⁷⁸.

⁷⁶ Si riportano qui di seguito le osservazioni formulate dalla Corte EDU, Seconda Sezione, 1 settembre 2015, *Khlaifia and Others v. Italy*, punti 63-64 *sub* valutazione della Corte: «La privazione della libertà deve essere anche “regolare”. In materia di “regolarità” di una detenzione, ivi compresa l’osservazione delle “vie legali”, la Convenzione rinvia essenzialmente alla legislazione nazionale e sancisce l’obbligo di osservarne sia le norme di merito che di procedura, ma in più esige la conformità di qualsiasi privazione della libertà allo scopo dell’articolo 5: proteggere l’individuo dall’arbitrio [...]. Nell’esigere che ogni privazione della libertà sia effettuata “secondo le vie legali”, l’articolo 5 § 1 impone in primo luogo che qualsiasi arresto o detenzione abbia una base legale nel diritto interno. Tuttavia, questi termini non si limitano a rinviare al diritto interno. Essi riguardano anche la qualità della legge, e la vogliono compatibile con la preminenza del diritto, nozione insita in tutti gli articoli della Convenzione [...]. Su quest’ultimo punto, la Corte sottolinea che nel caso di una privazione di libertà, è particolarmente importante soddisfare il principio generale della certezza del diritto. Di conseguenza, è essenziale che le condizioni di privazione della libertà in virtù del diritto interno siano definite chiaramente e che la legge stessa sia prevedibile nella sua applicazione, in modo da soddisfare il criterio di “legalità” stabilito dalla Convenzione, che esige che ogni legge sia sufficientemente precisa per permettere al cittadino – che eventualmente potrà avvalersi di consulenti illuminati – di prevedere, ad un livello ragionevole nelle circostanze della causa, le conseguenze che possono derivare da un determinato atto [...].». Le precedenti osservazioni sono state in parte ribadite dalla Grande Camera, la quale ha confermato la violazione dell’art. 5 CEDU.

⁷⁷ In particolare, nei casi in cui «si tratta dell’arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d’espulsione o d’extradizione».

⁷⁸ Al riguardo, v. le considerazioni effettuate dalle Corte nel § 98: «[...] solo l’articolo 14 del Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione autorizza, su ordine del questore, il trattenimento dello straniero “per il tempo strettamente necessario”. Tuttavia, tale disposizione si applica soltanto agli stranieri la cui espulsione mediante accompagnamento alla frontiera o il respingimento non possono essere eseguiti con immediatezza perché occorre procedere al soccorso della o delle persone interessate o ad ulteriori accertamenti in ordine alla loro identità, ovvero all’acquisizione di documenti per il viaggio ovvero in attesa della

Ulteriori profili di illegittimità individuati dai giudici di Strasburgo nella pronuncia *Khlaifia e altri* si ravvisano nella violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 della CEDU – secondo il quale le espulsioni collettive di stranieri sono vietate – in tutti quei casi in cui lo Stato membro procede ad un respingimento collettivo dei migranti, senza operare una preventiva valutazione della posizione di ciascun migrante⁷⁹.

Al fine di ricondurre un'espulsione all'ambito applicativo della norma suindicata, non è sufficiente che il respingimento della richiesta di asilo o di protezione internazionale avvenga nei confronti di un elevato numero di persone della stessa nazionalità o mediante l'adozione di provvedimenti standardizzati, ma è necessario che le autorità amministrative locali non provvedano ad espletare il colloquio individuale nei confronti dell'interessato: in assenza di un contatto diretto con il singolo, infatti, lo Stato membro non è in grado di valutare in modo completo ed effettivo la situazione personale del migrante, con la conseguenza che l'adozione del provvedimento di espulsione scaturisce da una procedura generalizzata, piuttosto che da un accertamento specifico⁸⁰.

A seguito dello stato emergenziale derivato dalle numerose ondate migratorie e di fronte alla facoltà per gli Stati membri di derogare agli obblighi previsti dalla Convenzione in caso di necessità e urgenza, così come espressamente previsto dall'art. 15 CEDU, è legittimo domandarsi

disponibilità di un vettore. Pertanto, questa categoria di migranti viene trattenuta presso un CIE.». I giudici di Strasburgo hanno provato a ravvisare un fondamento giuridico nell'articolo 10 t.u.imm.; tuttavia, «Tale disposizione prevede il respingimento con accompagnamento alla frontiera, tra l'altro, degli stranieri che sono stati temporaneamente ammessi nel territorio per necessità di pubblico soccorso». In merito all'accordo concluso con la Tunisia, la Corte osserva: «[...] il testo integrale di tale accordo non era stato reso pubblico. Esso non era dunque accessibile agli interessati, che non potevano pertanto prevedere le conseguenze della sua applicazione [...]. Inoltre, il comunicato stampa pubblicato sul sito internet del Ministero dell'Interno italiano il 6 aprile 2011 si limitava a menzionare un potenziamento del controllo delle frontiere e la possibilità di un rinvio immediato dei cittadini tunisini mediante procedure semplificate [...]. Esso non conteneva invece alcun riferimento alla possibilità di un trattenimento amministrativo e alle relative procedure.».

⁷⁹ Secondo cui «Le espulsioni collettive di stranieri sono vietate». La Corte EDU nella causa *Khlaifia and Others v. Italy* ha evidenziato la *ratio* sottesa al predetto divieto: «La finalità del divieto di espulsioni collettive è quella di prevenire la possibilità che si verificino espulsioni di stranieri sulla base della loro mera appartenenza ad un gruppo e senza la necessaria attenzione per le peculiarità del caso concreto».

⁸⁰ Le riflessioni suindicate sono state effettuate dalla Corte EDU nella causa *Khlaifia and Others v. Italy* nella quale si esclude la violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 CEDU sulla base del fatto che i tre tunisini avevano avuto, oltre al colloquio identificativo, anche un incontro con il console tunisino durante il quale avevano chiarito le loro posizioni.

se uno Stato membro possa concludere accordi aventi ad oggetto il rimpatrio immediato dei migranti provenienti da un Paese terzo. La questione prospettata si è concretamente posta alcuni anni dopo la stipula dell'accordo intercorso tra il Governo Berlusconi e il *leader* libico Gheddafi nel 2008. Nel caso di specie si trattava del respingimento di circa duecento immigrati libici giunti in acque internazionali a bordo di imbarcazioni di fortuna. Gli stranieri, privi di assistenza legale, venivano trasferiti sulle navi della Marina Militare Italiana e ricondotti a Tripoli, senza che le autorità italiane provvedessero ad identificarli o ad informarli della meta verso cui erano diretti. Il Governo italiano si giustificava, sostenendo l'esistenza di un accordo tra i due Paesi, in base al quale l'Italia avrebbe proceduto al respingimento di qualsiasi migrante proveniente dalla Libia, anche qualora fosse stato intercettato in alto mare.

La Corte EDU ha avuto modo di osservare che l'esistenza di un accordo non esula lo Stato membro dal prendere in esame le posizioni dei singoli migranti e dal valutare se, nel caso concreto, sussista un pericolo per lo straniero di subire trattamenti inumani e degradanti nel Paese di destinazione.

Infatti secondo i principi generali sanciti dalla Convenzione di Ginevra e, in particolare dagli artt. 1 e 33, «Nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche»⁸¹. Peraltro ai fini dell'applicazione della norma in questione non è necessario che il migrante abbia assunto la qualifica formale di "rifugiato", essendo sufficiente che lo stesso la rivesta in via potenziale. Questo comporta che lo Stato membro, prima di eseguire il rimpatrio

⁸¹ L'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati ha definito l'art. 33 della Convenzione di Ginevra come «un principio fondamentale di protezione al quale non sono ammesse riserve. Sotto molti aspetti, questo principio è il complemento logico del diritto di chiedere asilo riconosciuto nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Tale diritto ha finito per essere considerato una norma di diritto internazionale consuetudinario vincolante per tutti gli Stati. Inoltre, il diritto internazionale dei diritti dell'uomo ha stabilito che il non-respingimento è una componente fondamentale del divieto assoluto di tortura e di trattamenti crudeli, inumani o degradanti. L'obbligo di non respingere è anche riconosciuto come applicabile ai rifugiati indipendentemente dal loro riconoscimento ufficiale, il che comprende evidentemente i richiedenti asilo il cui status non è stato ancora determinato. Esso copre qualsiasi misura imputabile ad uno Stato che possa produrre l'effetto di rinviare un richiedente asilo o un rifugiato verso le frontiere di un territorio in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate e in cui rischierebbe una persecuzione. Ciò include il rigetto alle frontiere, l'intercettazione e il respingimento indiretto, che si tratti di un individuo in cerca di asilo o di un afflusso massiccio.»

degli stranieri, debba valutare accuratamente le condizioni alle quali gli stessi saranno sottoposti a seguito del respingimento⁸².

La conclusione a cui sono pervenuti i giudici europei rafforza l'affermazione secondo la quale il respingimento collettivo integra la violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 CEDU qualora, in riferimento alle modalità con cui viene attuato, non permetta di vagliare la posizione rivestita dal singolo migrante o non consenta l'individuazione dei soggetti maggiormente vulnerabili⁸³.

⁸² Lo Stato membro non può limitarsi ad affermare di non essere a conoscenza dei trattamenti inumani o dei pericoli a cui sono sottoposti gli immigrati nel Paese di provenienza. Una simile difesa appare particolarmente debole e priva di un valido sostegno giuridico. Al riguardo si rinvia al rapporto di *Amnesty International* (www.amnesty.it, ultimo accesso 12.04.2017) nel quale vengono pubblicamente denunciate le condizioni inumane a cui vengono sottoposti i migranti in Libia.

⁸³ Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, ric. 27765/09. Riguardo alle argomentazioni addotte dal Governo italiano, la Corte osservava che «[...] l'Italia non può liberarsi della sua responsabilità invocando gli obblighi derivanti dagli accordi bilaterali con la Libia. Infatti, anche ammesso che tali accordi prevedessero espressamente il respingimento in Libia dei migranti intercettati in alto mare, gli Stati membri rimangono responsabili anche quando, successivamente all'entrata in vigore della Convenzione e dei suoi Protocolli nei loro confronti, essi abbiano assunto impegni derivanti da trattati. [...] Nessuna delle disposizioni di diritto internazionale [...] giustificava il rinvio dei ricorrenti verso la Libia, nella misura in cui tanto le norme in materia di soccorso alle persone in mare quanto quelle relative al contrasto alla tratta di esseri umani impongono agli Stati il rispetto degli obblighi derivanti dal diritto internazionale in materia di rifugiati, tra i quali il «principio di non respingimento». In dottrina si veda L. MASERA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato i respingimenti collettivi verso la Libia operati nel maggio 2009 contrari agli artt. 3, 4 prot. 4 e 13 CEDU*, in *Penalecontemporaneo.it*, 24 febbraio 2012; C. MORSELLI, *Hic sunt leones: la Corte di Strasburgo traccia l'invalidabile linea di interdizione nella carta geografica dei respingimenti in alto mare*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2012, 509 ss.; G. CELLAMARE, *Brevi note sulla sentenza della Corte EDU nell'affare Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, in *Studi int. eur.*, 2-3/2012, 491-508; A. LIGUORI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: il caso Hirsi*, in *Riv. dir. intern.*, 2/2012, 415-443; N. NAPOLETANO, *La condanna dei 'respingimenti' operati dall'Italia verso la Libia da parte della Corte europea dei diritti umani: molte luci e qualche ombra*, in *Dir. um. dir. intern.*, 2/2012, 608 ss.; F. LENZERINI, *Il principio del non-refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. intern.*, 3/2012, 721 ss. Il tema del respingimento in mare da parte dell'Italia è stato ampiamente trattato da S. TREVISANUT, *Respingimenti in mare dal punto di vista del diritto del mare, con particolare riferimento alla cooperazione tra l'Italia e la Libia*, in *Rass. dir. pub. eur.*, 2/2011, 244 ss.; A. TERRASI, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti umani*, in *Dir. um. dir. int.*, n. 3/2009, 591 ss.; A. DEL GUERCIO, *La compatibilità dei respingimenti di migranti verso la Libia con la Convenzione europea dei diritti umani alla luce del ricorso Hirsi e altri c. Italia*, in *Rass. dir. pub. eur.*, 2/2011, 255-282.

5. *Il diritto alla salute dello straniero irregolare nella giurisprudenza europea*

La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, a differenza di altre Carte o Trattati internazionali⁸⁴, non contiene alcuna disposizione che tuteli in modo espresso il diritto alla salute dello straniero irregolare, con la conseguenza che, ad oggi, permangono dubbi circa la possibilità di ricondurre il suddetto diritto nell'ambito applicativo dell'art. 3 CEDU⁸⁵.

A fronte delle prime aperture⁸⁶, la Grande Camera nel 2008 ha negato la violazione del divieto di subire trattamenti disumani e degradanti nei casi in cui l'espulsione venga disposta nei confronti di soggetti gravemente malati verso Paesi in cui i livelli di assistenza risultino di livello inferiore rispetto a quelle disponibili nello Stato membro⁸⁷. In particolare, la circostanza secondo

⁸⁴ Tra le fonti internazionali si richiamano la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne del 1979. Inoltre tra i principali trattati internazionali rilevanti per il diritto alla salute possiamo annoverare la Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie del 1990 e la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità del 2008.

⁸⁵ V. *amplius* F. CECCHINI, *op. cit.*

⁸⁶ Corte EDU, 2 maggio 1997, *D. v. the United Kingdom*, ric. n. 30240/96. La Corte europea ravvisa la violazione dell'art. 3 CEDU in relazione al provvedimento di espulsione emesso dal governo inglese nei confronti di una malata di AIDS, la quale si trovava in uno stadio terminale della malattia e usufruiva delle cure (gratuite) di un centro per l'assistenza nelle ultime fasi di vita.

⁸⁷ Corte EDU, Grande Camera, 27 maggio 2008, *N. v. the United Kingdom*, ric. n. 26565/05. La vicenda in esame riguardava una cittadina dell'Uganda, alla quale era stata diagnosticata la sieropositività dopo essere giunta nel Regno Unito. Nel caso di specie, la donna aveva avanzato richiesta di asilo alle competenti autorità britanniche, indicando tra le motivazioni, anche le ragioni di salute: in particolare, sosteneva che in Uganda non avrebbe avuto accesso alle cure mediche necessarie contro il virus del HIV. Il governo inglese rigettava la domanda, adducendo che in Uganda la donna avrebbe avuto accesso alla terapia antiretrovirale. La pronuncia in questione risulta particolarmente rilevante, in quanto la Corte europea, nella sua massima composizione, si discosta dal precedente del 1997, non ravvisando la violazione dell'art. 3 CEDU nell'ipotesi in cui le condizioni medico-sanitarie dello Stato di origine siano inferiori rispetto a quelle dello Stato membro. Sul punto si richiama il passaggio motivazionale contenuto nei §§ 44-45 della sentenza: «Although many of the rights it contains have implications of a social or economic nature, the Convention is essentially directed at the protection of civil and political rights [...]. Furthermore, inherent in the whole of the Convention is a search for a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights [...]. Advances in medical science, together with social and economic differences between countries, entail that the level of treatment available in the Contracting State and the country of origin may vary considerably. While it is necessary, given the fundamental importance of Article 3 in the

la quale le condizioni assistenziali del soggetto verrebbero significativamente ridotte in caso di ritorno nello Stato d'origine non è stata ritenuta sufficiente dalla Corte di Strasburgo ad integrare una violazione dell'art. 3 CEDU.

La pronuncia in questione rappresenta un esempio di bilanciamento tra due opposte esigenze: da una parte, l'interesse della comunità, dall'altra, la protezione dei diritti fondamentali del singolo. Come correttamente osservato dai giudici europei, «il maggiore sviluppo della scienza medica e le inevitabili differenze socio-economiche rispetto ad altri Paesi non può, di per sé, far sorgere un obbligo in capo agli Stati membri di alleviare tali diseguaglianze mediante la previsione di un libero e illimitato accesso all'assistenza medica di tutti gli stranieri che non abbiano altrimenti diritto di rimanere»⁸⁸.

Le motivazioni addotte nella pronuncia suindicata sono state riprese dai giudici di Strasburgo in casi analoghi a quello sopra richiamato:

Convention system, for the Court to retain a degree of flexibility to prevent expulsion in very exceptional cases, Article 3 does not place an obligation on the Contracting State to alleviate such disparities through the provision of free and unlimited health care to all aliens without a right to stay within its jurisdiction. A finding to the contrary would place too great a burden on the Contracting States. Finally, the Court observes that, although the present application, in common with most of those referred to above, is concerned with the expulsion of a person with an HIV and AIDS-related condition, the same principles must apply in relation to the expulsion of any person afflicted with any serious, naturally occurring physical or mental illness which may cause suffering, pain and reduced life expectancy and require specialized medical treatment which may not be so readily available in the applicant's country of origin or which may be available only at substantial cost.». La differente conclusione a cui giunge la Corte trova giustificazione nel fatto che lo stadio della malattia non risultava così avanzato come nel precedente caso del 1997, dove il ricorrente, prossimo alla morte, non aveva alcuna possibilità di essere curato, accudito e nutrito nel Paese d'origine.

⁸⁸ S. FINOCCHIARO, *Monitoraggio Corte Edu Marzo 2015*, in *Penalecontemporaneo.it*, 8 giugno 2015. La decisione in esame non è stata adottata all'unanimità. Sul punto, appaiono particolarmente significative le considerazioni effettuate dal giudice Pinto de Albuquerque nel punto n. 12 della *dissenting opinion* allegata alla pronuncia: «Six years have passed since the N. judgment. When confronted with situations similar to that of N., the Court has reaffirmed its implacable position, feigning to ignore the fact that the Grand Chamber sent N. to her death. Too much time has elapsed since N.'s unnecessary premature death and the Court has not yet remedied the wrong done. I wonder how many N.s have been sent to death all over Europe during this period of time and how many more will have to endure the same fate until the "conscience of Europe" wakes up to this brutal reality and decides to change course. Refugees, migrants and foreign nationals are the first to be singled out in a dehumanised and selfish society. Their situation is even worse when they are seriously ill. They become pariahs whom Governments want to get rid of as quickly as possible. It is a sad coincidence that in the present case the Grand Chamber decided, on the World Day of the Sick, to abandon these women and men to a certain, early and painful death alone and far away [...]».

pertanto, il riconoscimento del trattamento inumano e degradante è subordinato all'accertamento della compresenza delle "condizioni umanitarie imperiose", come lo stato avanzato della patologia, l'impossibilità di deambulare, le difficoltà nel reperire i medicinali presso lo Stato di destinazione, e dell'assenza di una "rete sociale o familiare" che possa prendersi cura del ricorrente al suo ritorno⁸⁹.

Si tratta di un orientamento quest'ultimo precedentemente accolto dalla stessa Corte di Giustizia, la quale nella sentenza *Mohamed M'Bodj c. État belge* concludeva per l'impossibilità di riconoscere lo status di beneficiario di protezione sussidiaria al soggetto che, affetto da una grave malattia, non poteva essere adeguatamente curato nel proprio Paese d'origine⁹⁰.

⁸⁹ Le considerazioni sono state effettuate dalla Corte EDU, 10 maggio 2012, *E.O. v. Italy*, ric. n. 34724/10 e dalla Corte EDU, 20 dicembre 2011, *Yoh-Ekale Mwanje v. Belgium*, ric. n. 10486/10 in cui la Corte afferma: «Selon la Cour, il faut donc que des considérations humanitaires encore plus impérieuses caractérisent l'affaire. Ces considérations tiennent principalement à l'état de santé des intéressés avant l'exécution de la décision d'éloignement. Dans l'arrêt D. précité, la Cour a tenu compte du fait que le taux de CD4 du requérant était inférieur à 10, que son système immunitaire avait subi des dommages graves et irréparables et que le pronostic à son sujet était très mauvais pour conclure que le requérant était à un stade critique de sa maladie et que son éloignement vers un pays qui n'était pas équipé pour lui prodiguer les traitements nécessaires était contraire à l'article 3. En revanche, dans l'affaire N. précitée, la Cour a constaté que grâce au traitement médical dont la requérante bénéficiait au Royaume-Uni, son état de santé était stable, qu'elle n'était pas dans un état critique et qu'elle était apte à voyager»; V. anche Corte EDU, 25 novembre 2014, *V.S. and Others v. France*, ric. n. 35226/11; Corte EDU, 30 aprile 2013, *Kochieva and Others v. Sweden*, ric. n. 75203/12 e Corte EDU, 7 aprile 2015, *Khachatryan v. Belgium*, ric. n. 72597/10.

⁹⁰ Corte di Giustizia, Grande Sezione, 18 dicembre 2014, *Mohamed M'Bodj c. État belge*, C-542/13. La vicenda in esame trae origine dalla controversia intercorsa tra M'Bodj, cittadino mauritano e il governo belga. Lo straniero avevo proposto una domanda di asilo e successivamente una domanda di permesso di soggiorno per motivi di salute, le quali venivano entrambe rigettate. A seguito dell'aggravamento delle sue condizioni di salute, dovuto all'aggressione subita in Belgio, lo straniero proponeva una nuova richiesta di asilo. L'istanza veniva accolta e pertanto il ricorrente avanzava richiesta di assegni sostitutivi dei redditi e di assegni integrativi. Le predette domande venivano rigettate dal *Service fédéral Sécurité* con la motivazione che il richiedente non soddisfaceva i requisiti di cittadinanza. Il cittadino mauritano proponeva quindi ricorso avverso la decisione di rigetto al *Tribunal du travail de Liège*, che sollevava questione di legittimità costituzionale della disciplina dell'ordinamento belga che esclude l'attribuzione di assegni ai disabili che soggiornano in Belgio. La *Cour constitutionnelle* ha sospeso il procedimento e ha rimesso la questione in via pregiudiziale di fronte alla Corte di Giustizia allo scopo di chiarire l'esatta portata degli artt. 2, lettere c) ed e), 15, 28 e 29 della Direttiva n. 2004/83/CE. Osseva infatti la Corte di Lussemburgo al § 40: «None the less, the fact that a third country national suffering from a serious illness may not, under Article 3 ECHR as interpreted by the European Court of Human Rights, in highly

La pronuncia in esame appare rivolta a contenere il novero dei soggetti beneficiari di protezione internazionale, con la conseguente impossibilità per lo Stato membro di farsi carico delle deficienze sistemiche del sistema sanitario di ogni Paese terzo.

Più cauta – o forse maggiormente evasiva – risulta la Corte di Lussemburgo nel caso *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-La-Neuve v. Moussa Abdida*: la Corte di Giustizia è stata chiamata a dirimere una controversia sorta in merito all'interpretazione della disciplina europea. In particolare, della Direttiva 2003/9/CE, recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, della Direttiva 2004/83/CE, contenente norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale e della Direttiva 2005/85/CE, recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato, nonché degli articoli da 1 a 4, 19, paragrafo 2, 20, 21 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁹¹.

I giudici riconoscono in capo allo Stato membro l'obbligo di assicurare

exceptional cases, be removed to a country in which appropriate treatment is not available does not mean that that person should be granted leave to reside in a Member State by way of subsidiary protection under Directive 2004/83. In the light of the foregoing, Article 15(b) of Directive 2004/83 must be interpreted as meaning that serious harm, as defined by the directive, does not cover a situation in which inhuman or degrading treatment, such as that referred to by the legislation at issue in the main proceedings, to which an applicant suffering from a serious illness may be subjected if returned to his country of origin, is the result of the fact that appropriate treatment is not available in that country, unless such an applicant is intentionally deprived of health care». In argomento M. MESSINA, *La Corte di Giustizia precisa l'ambito di applicazione della direttiva 2004/83, in particolare, i requisiti stabiliti dal Legislatore dell'Unione per la concessione dello status di protezione sussidiaria, con particolare riferimento ad una persona sofferente di una grave malattia*, in *Rivistaoidu.net*, 1/2015, 218-222 e B. CATALLO, *Il diritto alla salute nel contesto delle migrazioni e la protezione sussidiaria: l'orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione europea nella sentenza c-542/13 del 18 dicembre 2014*, in *Dir. publ. comp. eur.*, 2/2015, 165-180.

⁹¹ Corte di Giustizia, Grande Sezione, 18 dicembre 2014, *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-La-Neuve v. Moussa Abdida*, C-562/13. Nel caso di specie, Abdida ha presentato una domanda di permesso di soggiorno per motivi di salute, in quanto soffre di una malattia particolarmente grave. La domanda, dapprima dichiarata ricevibile, è stata successivamente respinta con la motivazione che il Paese di origine del ricorrente dispone di un'infrastruttura sanitaria che consente la presa in carico dei malati affetti dalla patologia di cui lo stesso soffre. Per un'analisi comparata tra le due pronunce della Corte di Giustizia entrambe rese il 18 dicembre 2014, si veda C. DI TURI, *Recenti tendenze in tema di spazio, di libertà, sicurezze e giustizia: la condizione giuridica dello straniero malato richiedente protezione sussidiaria tra diritti sostanziali e garanzie procedurali*, in *Rivistaoidu.net*, 15-28.

le cure primarie a favore di una cittadina di un Paese terzo, affetta da una grave patologia e priva dei mezzi per provvedervi da sola. Nel caso di specie, quindi, le autorità belghe avrebbero dovuto garantire, per quanto possibile, le prestazioni sanitarie d'urgenza; tuttavia, prosegue la Corte, è compito di ciascuno Stato individuare le esigenze basilari che l'ordinamento intende garantire al cittadino di un Paese terzo, adottando una disciplina nazionale *ad hoc*⁹². Occorre evidenziare che la decisione resa dalla Corte di Giustizia rischia di minare il principio di certezza del diritto e di parità di trattamento in materia di diritti umani.

L'acceso dibattito in merito all'esistenza del predetto obbligo nei confronti di persone affette da gravi malattie non si è sopito a seguito della pronuncia resa dalla Grande Camera nel caso *Josef v. Belgium*, nel quale una donna nigeriana, affetta dal virus HIV, avanzava richiesta di asilo alle competenti autorità belghe⁹³.

Il raggiungimento di un accordo tra le parti ha impedito ai giudici di Strasburgo di entrare nel merito della controversia e di pronunciarsi su una delle questioni più delicate che attengono al principio di *non refoulement*.

Il tema è stato nuovamente affrontato nella pronuncia *Paposhvili v. Belgium*⁹⁴, nella quale la Corte EDU sembra aver operato un *revirement* giurisprudenziale nei confronti degli stranieri irregolari affetti da una grave malattia. Il caso in esame riguarda un cittadino georgiano, il quale

⁹² Conclude infatti la Corte nei §§ 61-62: «Si deve tuttavia osservare che spetta agli Stati membri stabilire la forma che deve rivestire tale presa in carico delle esigenze basilari del cittadino interessato di un paese terzo. Ne consegue che l'art. 14, paragrafo 1, lettera b), della Direttiva 2008/115/CE dev'essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale che non prevede la presa in carico, per quanto possibile, delle necessità primarie di un cittadino di paese terzo affetto da una grave malattia, al fine di garantire che le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie possano effettivamente essere forniti nel periodo durante il quale lo Stato membro di cui trattasi è tenuto a rinviare l'allontanamento di tale cittadino di paese terzo in seguito alla proposizione di un ricorso contro una decisione di rimpatrio adottata nei suoi confronti».

⁹³ La cittadina nigeriana è giunta in Belgio nel 2007, dove ha proposto domanda di asilo, nonostante avesse già avanzato una simile richiesta dinanzi alle autorità maltesi. Dopo aver ottenuto un permesso temporaneo, nel 2010, il governo belga ha rigettato la richiesta di asilo a causa delle incongruenze riscontrate nella ricostruzione fattuale operata dalla donna. Inoltre, secondo le competenti autorità nazionali, le condizioni di salute della stessa non rappresentavano un motivo valido per beneficiare della protezione internazionale, in quanto anche in Nigeria la donna avrebbe potuto usufruire delle cure contro l'HIV. La donna decide quindi di adire la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale, pur riscontrando la violazione dell'art. 13 CEDU, non ravvede la violazione del divieto imposto dall'art. 3 CEDU. Nel maggio 2014 il caso viene rimesso alla Grande Camera ai sensi dell'art. 43 CEDU su richiesta della ricorrente e dello stesso governo belga.

⁹⁴ Corte EDU, Grande Camera, 13 dicembre 2016, *Paposhvili v. Belgium*, ric. n. 41738/10.

aveva avanzato più volte la richiesta di soggiorno alle autorità belghe. Il Governo aveva rigettato le diverse istanze, adducendo come motivo ostativo i precedenti penali a carico dello stesso. Durante il periodo di attesa per il rimpatrio, al ricorrente era stata diagnostica una forma di leucemia particolarmente aggressiva.

La questione, data la sua rilevanza, è stata rimessa alla Grande Camera, la quale ha riconosciuto la violazione dell'art. 3 CEDU⁹⁵.

Al riguardo, appaiono doverose alcune riflessioni. La pronuncia in esame non costituisce un mutamento radicale del precedente indirizzo giurisprudenziale. I giudici di Strasburgo, infatti, demandano alle autorità nazionali il compito di procedere all'analisi, caso per caso, degli elementi di fatto più rilevanti, come lo stato di salute dello straniero e l'impatto che il rimpatrio potrebbe determinare sullo stesso, non avendo alcuna rilevanza le deficienze sistemiche del Paese di destinazione⁹⁶.

⁹⁵ L'espulsione del cittadino georgiano verso il Paese di origine non era stata effettuata, in quanto in pendenza della decisione, il ricorrente era deceduto. Nella pronuncia in esame, i giudici di Strasburgo affermano che: «The Court considers that the “other very exceptional cases” within the meaning of the judgment in *N. v. the United Kingdom* (§ 43) which may raise an issue under Article 3 should be understood to refer to situations involving the removal of a seriously ill person in which substantial grounds have been shown for believing that he or she, although not at imminent risk of dying, would face a real risk, on account of the absence of appropriate treatment in the receiving country or the lack of access to such treatment, of being exposed to a serious, rapid and irreversible decline in his or her state of health resulting in intense suffering or to a significant reduction in life expectancy. The Court points out that these situations correspond to a high threshold for the application of Article 3 of the Convention in cases concerning the removal of aliens suffering from serious illness.».

⁹⁶ V. §§ 192-193 «The Court emphasises that, in cases concerning the removal of seriously ill persons, the event which triggers the inhuman and degrading treatment, and which engages the responsibility of the returning State under Article 3, is not the lack of medical infrastructure in the receiving State. Likewise, the issue is not one of any obligation for the returning State to alleviate the disparities between its health-care system and the level of treatment existing in the receiving State through the provision of free and unlimited health care to all aliens without a right to stay within its jurisdiction. The responsibility that is engaged under the Convention in cases of this type is that of the returning State, on account of an act – in this instance, expulsion – which would result in an individual being exposed to a risk of treatment prohibited by Article 3. Lastly, the fact that the third country concerned is a Contracting Party to the Convention is not decisive. While the Court agrees with the Government that the possibility for the applicant to initiate proceedings on his return to Georgia was, in principle, the most natural remedy under the Convention system, it observes that the authorities in the returning State are not exempted on that account from their duty of prevention under Article 3 of the Convention».

6. *L'accoglienza in Europa: criticità e "deficienze sistemiche"*

Nel corso degli ultimi anni, il sistema di accoglienza disciplinato a livello europeo ha evidenziato diversi limiti: la crescita esponenziale degli stranieri giunti in Europa ha generato scompiglio persino in quei Paesi come la Svezia o la Germania⁹⁷ che, da sempre, si sono contraddistinti per le capacità organizzative nella gestione dell'elevato numero di migranti.

Le difficoltà riscontrate dagli Stati membri nell'assicurare il rispetto degli obblighi derivanti dalla normativa europea⁹⁸ hanno trovato conferma nelle molteplici violazioni accertate dalla Corte EDU in relazione alle modalità di trattenimento e trattamento riservate agli immigrati all'interno dei propri confini nazionali. Per ciò che attiene, in particolare, alle condizioni di detenzione⁹⁹, all'assenza di informazione circa le procedure da seguire per presentare la richiesta di asilo, alla durata eccessiva dei tempi per la definizione di una domanda di asilo¹⁰⁰, alla scarsità di interpreti e del personale addetto ai colloqui individuali, alla mancanza di comunicazione tra le autorità locali e gli interessati, nonché all'utilizzo della procedura dell'espulsione collettiva¹⁰¹.

L'inosservanza dei parametri convenzionali è stata il più delle volte

⁹⁷ Così come attestato dall'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO), *Annual Report on the Situation of Asylum in the European Union*, 2015.

⁹⁸ Il riferimento è alla disciplina europea in materia di accoglienza e in particolare alla Direttiva 2003/9/CE, sostituita dalla Direttiva 2013/33/UE.

⁹⁹ Sul punto Corte EDU, 11 giugno 2009, *S.D. v. Greece*, ric. n. 53541/07; Corte EDU, 26 novembre 2009, *Tabesh v. Greece*, ric. n. 8256/07; Corte EDU, 22 luglio 2010, *A.A. v. Greece*, ric. n. 12186/08; Corte EDU, 5 aprile 2011, *Rahimi v. Greece*, ric. n. 8687/08; Corte EDU, 24 marzo 2016, *Sakir v. Greece*, ric. n. 48475/09 nelle quali vengono approfondite le condizioni inumane e degradanti – in particolare, la situazione di sovraffollamento – a cui sono sottoposti i migranti trattenuti nei centri di accoglienza in Grecia. Al riguardo è sufficiente richiamare l'attenzione sulle dichiarazioni del Mediatore europeo, riportate nella sentenza *Sakir v. Greece*: «L'espace de détention était constitué de trois cellules avec quatre lits (d'une capacité totale de 12 personnes). À la date de notre visite [...] il y avait 21 personnes. À l'entrée des cellules, il y avait des couvertures et des matelas pour les détenus en surnombre. Comme informés par le policier qui nous accompagnait, il existait trois toilettes dans cet espace de détention. Les conditions étaient assez mauvaises (aération insuffisante, mauvais éclairage, propreté insuffisante, impossibilité de sortir dans une cour). En dépit du fait [...] que le commissariat avait été transféré dans ce bâtiment sept ans plus tôt, l'espace montrait des signes manifestes d'usure. [...] Il convient de mentionner que, lors de notre visite, nous avons rencontré d'autres étrangers, eux aussi détenus dans le cadre de la procédure d'expulsion, et que certains d'entre eux ont déclaré se trouver là depuis plus de cent jours».

¹⁰⁰ Corte EDU, 21 ottobre 2014, *Sharifi and Others v. Italy and Greece*, ric. n. 16643/09.

¹⁰¹ Corte EDU, 27 luglio 2013, *M.A. v. Cyprus*, ric. n. 41872/10.

ricondata alla situazione di deterioramento dei luoghi adibiti all'accoglienza dei migranti (spazi angusti, poco arieggiati, insufficienza dei servizi igienici rispetto al numero degli stranieri ivi trattenuti); tuttavia, non sono mancati casi in cui al decadimento strutturale si è unito un contesto di degrado sociale (maltrattamenti, violenze fisiche e psichiche da parte dei soggetti addetti alla vigilanza)¹⁰².

Una maggiore attenzione merita la posizione assunta dalla Corte EDU in relazione al divieto imposto dall'art. 3 CEDU: in particolare, i giudici europei riscontrano la presenza di tortura e di trattamenti inumani o degradanti non soltanto nei casi in cui il ricorrente viene detenuto nelle strutture di accoglienza in condizioni non adeguate agli standard minimi di dignità umana, ma anche quando, a seguito della notifica del provvedimento di espulsione, lo straniero viene abbandonato a se stesso e costretto a vivere di espedienti¹⁰³. La responsabilità dello Stato membro, quindi, non si limita al periodo in cui il migrante viene fisicamente trattenuto all'interno dei centri, ma ricomprende anche le fasi (antecedenti, successive e concomitanti) connesse alla detenzione.

¹⁰² Si veda la pronuncia della Corte EDU, 17 gennaio 2012, *Zontul v. Greece*, ric. n. 12294/07. La vicenda in esame ha ad oggetto lo stupro di un migrante ad opera di due agenti della Guardia costiera greca, incaricati – peraltro – di sorvegliarlo. Nel caso di specie, il ricorrente era un cittadino turco che, insieme ad altri migranti, tentava di raggiungere l'Italia su di un'imbarcazione di fortuna. Dopo essere stati intercettati dalla Guardia costiera, gli stranieri erano stati condotti sull'isola di Creta, dove il cittadino turco veniva costretto a spogliarsi mentre si trovava alla *toilette* e costretto a subire violenze fisiche. I giudici di Strasburgo hanno ravvisato la violazione dell'art. 3 CEDU sia sotto il profilo sostanziale (violenza fisica intesa come trattamento inumano e degradante, aggravato dalle condizioni di estrema vulnerabilità in cui si trovava il ricorrente), sia procedimentale (per il mancato espletamento dell'attività di indagine).

¹⁰³ Corte EDU, 11 dicembre 2014, *Al. K. v. Greece*, ric. n. 63542/11. Le conclusioni cui perviene la Corte erano già state riportate nella pronuncia Corte EDU, Grande Camera, 21 gennaio 2011, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, ric. n. 30696/09 di cui si tratterà ampiamente nel prosieguo della presente trattazione. In questa sede, appare opportuno proporre le seguenti asserzioni: «[...] compte tenu des obligations reposant sur les autorités grecques en vertu de la directive européenne Accueil [...], la Cour est d'avis qu'elles n'ont pas dûment tenu compte de la vulnérabilité du requérant comme demandeur d'asile et doivent être tenues pour responsables, en raison de leur passivité, des conditions dans lesquelles il s'est trouvé pendant des mois, vivant dans la rue, sans ressources, sans accès à des sanitaires, ne disposant d'aucun moyen de subvenir à ses besoins essentiels. La Cour estime que le requérant a été victime d'un traitement humiliant témoignant d'un manque de respect pour sa dignité et que cette situation a, sans aucun doute, suscité chez lui des sentiments de peur, d'angoisse ou d'infériorité propres à conduire au désespoir. Elle considère que de telles conditions d'existence, combinées avec l'incertitude prolongée dans laquelle il est resté et l'absence totale de perspective de voir sa situation s'améliorer, ont atteint le seuil de gravité requis par l'article 3 de la Convention».

Appare in linea con queste considerazioni la pronuncia resa dalla Corte di Strasburgo nel caso *Sakir v. Grecia*¹⁰⁴. La vicenda in questione riguarda un ragazzo afghano, giunto illegalmente nel territorio ellenico e ricoverato in ospedale dopo essere stato aggredito ed accoltellato da alcuni cittadini greci, esponenti di estrema destra. Una volta dimesso, il ricorrente veniva dapprima trattenuto per dieci giorni in una stazione di polizia (in quanto sprovvisto del necessario permesso di soggiorno) e successivamente, gli veniva notificato l'ordine di espulsione.

Le violazioni riscontrate dalla Corte EDU sono molteplici¹⁰⁵: *in primis*, il ricorrente era stato trattenuto nella stazione di polizia sebbene i certificati medici attestassero l'incompatibilità del suo stato fisico con il regime di detenzione; in secondo luogo, il cittadino afghano veniva collocato all'interno di un ambiente malsano, non idoneo ad ospitare un soggetto convalescente¹⁰⁶; inoltre, al ricorrente veniva ordinato di lasciare la Grecia, nonostante si trovasse in condizioni di salute precarie e privo dei necessari mezzi di sostentamento¹⁰⁷.

Ulteriori ipotesi di violazioni del parametro normativo *ex art. 3* CEDU sono state ravvisate in tutti quei casi in cui allo straniero irregolare viene notificato il provvedimento di espulsione senza tener conto dei pericoli che lo stesso incorre nel Paese di destinazione o nella Nazione di origine. Secondo i giudici di Strasburgo, tuttavia, la sussistenza del predetto rischio non può essere desunto solamente dalle affermazioni contenute nella richiesta di asilo e nelle motivazioni in cui è articolato il ricorso proposto dallo straniero, essendo necessario un riscontro oggettivo, deducibile anche dalle segnalazioni da parte degli organismi intenzionali¹⁰⁸, ed idoneo a ritenere fondate l'attualità e la concretezza del pericolo. Il predetto giudizio

¹⁰⁴ Corte EDU, 24 marzo 2016, *Sakir v. Greece*, ric. n. 48475/09.

¹⁰⁵ Per una maggiore correttezza espositiva, occorre evidenziare che la Corte di Strasburgo ravvisava anche la violazione dell'art. 6 CEDU per non aver il Governo greco compiuto le indagini necessarie per individuare e punire i responsabili (nel caso di specie, non erano stati identificati gli aggressori, nè era stata disposta una perizia medico-legale).

¹⁰⁶ Diversi rappresentanti dell'ONU e delle organizzazioni internazionali avevano denunciato le condizioni igieniche precarie delle stazioni di polizia.

¹⁰⁷ Da notare che le ragioni di salute possono costituire un motivo ostativo per l'espulsione solamente in via temporanea. Per maggiore completezza, si veda Corte EDU, 20 dicembre 2011, *Yoh-Ekale Mwanje v. Belgium*, ric. n. 10486/10. Nella pronuncia in esame, la Corte di Strasburgo ha escluso la violazione dell'art. 3 CEDU in riferimento al rimpatrio di una cittadina camerunense affetta da HIV, rilevando che le sue condizioni di salute non comportavano un diritto di permanenza nel luogo in cui avrebbe potuto essere curata meglio.

¹⁰⁸ V. in particolare Corte EDU, 12 luglio 2016, *R.K. and Others v. France*, ric. n. 68264/14.

si caratterizza anche da una componente soggettiva, in quanto la Corte è chiamata a valutare non soltanto le condizioni generali di sicurezza relative al Paese di destinazione, ma anche le eventuali circostanze personali riguardanti il ricorrente¹⁰⁹.

I giudici di Strasburgo hanno ravvisato la violazione dell'art. 2 CEDU nella vicenda riguardante la morte di un georgiano, affetto da crisi asmatiche, al quale era stata negata la possibilità di recarsi all'ospedale nel periodo di detenzione precedente all'espulsione. Peraltro, il ragazzo era stato trasportato mediante un pullman affollato, sul quale aveva trascorso diverse ore, senza la possibilità di aprire i finestrini¹¹⁰.

Le condanne inflitte dalla Corte di Strasburgo hanno indubbiamente incentivato gli Stati membri a migliorare le condizioni di accoglienza riservate agli stranieri: ciò nonostante, tale risultato non sempre è stato raggiunto in modo proficuo.

Peraltro, al crescente impegno profuso dai Paesi europei non è corrisposto un intervento finalizzato ad adeguare la disciplina in materia dei richiedenti asilo. Ad oggi, infatti, rimane in vigore la normativa prevista dagli accordi di Dublino e dunque, in estrema sintesi, la regola per cui il primo Paese raggiunto dal migrante è quello competente a conoscere dell'istanza di asilo. Il meccanismo in questione ha dimostrato evidenti limiti, ai quali si è tentato di sopperire mediante l'utilizzo di alcuni espedienti. In una prima fase, la Corte di Strasburgo ha applicato la disciplina prevista dagli accordi di Dublino in

¹⁰⁹ È quanto si ricava dalla lettura della sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 23 agosto 2016, *J.K. and Others v. Sweden*, ric. n. 59166/12. Nella vicenda in questione una famiglia irachena propone ricorso alla Corte europea, sostenendo che il rigetto della loro richiesta di asilo da parte del governo svedese risultasse contrario al principio sancito dall'art. 3 CEDU. Nella pronuncia in esame, la Grande Camera ravvisa nel provvedimento di espulsione una violazione del parametro convenzionale: ed invero, nonostante la situazione in Iraq non impedisce allo Stato membro di emettere un l'ordine di espulsione, il trasferimento di J.K. e della sua famiglia nel Paese di origine li avrebbe effettivamente esposti ad un reale pericolo di persecuzione. In particolare, la Corte, nella sua massima composizione, rileva che il J.K. e i membri della sua famiglia intrattenendo rapporti con le basi militari americane, sarebbero stati, con estrema probabilità, bersaglio di Al-Qaeda, a causa dei rapporti che il capo famiglia intratteneva con le basi americane. Nel valutare la concretezza e l'attualità del pericolo, i giudici di Strasburgo tengono conto del fatto che il gruppo terroristico aveva già compiuto in passato numerosi attentati nei loro confronti, durante i quali la famiglia aveva perso una figlia e la casa di abitazione. Considerata la situazione personale dei ricorrenti, la Corte europea reputa il provvedimento di espulsione emesso dalle competenti autorità svedesi contrario all'art 3 CEDU, in quanto considera lo Stato iracheno incapace di assicurare ai ricorrenti un'adeguata protezione, con il conseguente rischio per questi ultimi di subire trattamenti inumani e degradanti.

¹¹⁰ Corte EDU, 20 dicembre 2016, *Dzidzava v. Russia*, ric. n. 16363/07.

modo pedissequo, senza dunque discostarsi dal dettato normativo contenuto dall'art. 10 del Regolamento 2003/343/CE (oggi, sostituito dal Regolamento 2013/604/UE); pertanto, in diverse occasioni i giudici europei non hanno ritenuto fondato il motivo mediante il quale il ricorrente lamentava la violazione dell'art. 3 CEDU da parte dello Stato membro che, dichiarandosi incompetente, rigettava la richiesta di asilo. La Corte EDU si è attenuta, rigorosamente, al riparto di competenza territoriale, ponendo a fondamento delle proprie decisioni un presupposto ben preciso¹¹¹: conformemente a quanto previsto dal Regolamento di Dublino, lo Stato membro non è tenuto a sindacare il livello di "sicurezza" o il grado di "affidabilità" del Paese in cui originariamente lo straniero è giunto o ha presentato richiesta di asilo; si presume infatti che ogni Stato dell'Unione europea sia un Paese ugualmente "sicuro" e rispettoso dei diritti umani fondamentali¹¹². Peraltro, consentire ad uno Stato membro di valutare la corretta applicazione degli obblighi convenzionali da parte di un altro Stato dell'Unione comporterebbe un'indebita intrusione del primo nei poteri riservati ai competenti organi europei, nonché il rischio di incorrere in una valutazione alquanto arbitraria da parte dello Stato membro circa l'affidabilità di un altro Paese europeo.

Per molto tempo, quindi, la priorità della Corte EDU è stata quella di definire in modo chiaro l'ambito di applicazione della presunzione: in particolare, bisognava stabilire se, ai fini dell'operatività del principio della "reciproca sicurezza", lo Stato membro avesse dovuto verificare semplicemente che il primo Paese europeo, rispetto al quale il richiedente asilo aveva varcato i confini, fosse firmatario della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo o se, al contrario, risultasse necessaria un'indagine più completa.

In un primo momento, la giurisprudenza europea ha ritenuto sufficiente una valutazione superficiale da parte dello Stato membro: si presumeva che il Paese europeo di destinazione si sarebbe conformato agli obblighi convenzionali, tra i quali anche il divieto di espulsione degli stranieri che rischiavano di subire trattamenti inumani e degradanti nel

¹¹¹ L'accordo di Dublino trae fondamento nel principio del non-respingimento e nella presunzione secondo la quale gli Stati membri dell'Unione europea devono considerarsi reciprocamente "sicuri". Sul punto, si veda ampiamente G. CAGGIANO, *Migranti e titolari di protezione internazionale*, cit., Torino, 2014, 15 ss.; G. CELLAMARE, *In tema di controllo della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'operare del sistema c.d. di Dublino*, in *Studi int. eur.*, 1/2015, 65 ss.; S. AMADEO, F. SPILATERI, *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015. In giurisprudenza si veda, Corte EDU, 2 dicembre 2008, K.R.S. v. *the United Kingdom*, ric. n. 32733/08.

¹¹² Il presupposto da cui muovono i giudici della Corte EDU è che vi sia uno *standard* minimo di tutela, comune a tutti i Paesi europei in quanto firmatari della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

proprio Paese di origine.

Solamente nell'ipotesi in cui lo Stato membro avesse avuto un fondato motivo per ritenere che il Paese europeo di destinazione si sarebbe sottratto dall'applicazione delle disposizioni contenute nella Convenzione Europea¹¹³, avrebbe dovuto sospendere la procedura di trasferimento e valutare la richiesta di asilo formulata dallo straniero.

Non a caso, nel testo ufficiale della sentenza resa nella causa *K.R.S. v. Regno Unito*¹¹⁴, la Corte di Strasburgo utilizzava l'espressione "to suggest": per procedere al trasferimento dello straniero, bastava che il Paese di destinazione "lasciasse intendere" allo Stato membro di voler adempiere agli obblighi convenzionali e pertanto, di non voler espellere l'immigrato¹¹⁵.

Da subito l'orientamento giurisprudenziale proposto dalla Corte è apparso di difficile applicazione: non sempre risultava agevole comprendere la volontà del Governo del Paese di destinazione o calcolare la probabilità che quest'ultimo si conformasse alle disposizioni convenzionali.

La Corte EDU elaborava quindi una serie di "figure sintomatiche", in presenza delle quali lo Stato membro era tenuto a procedere con cautela: in particolare, bisognava considerare se lo Stato di destinazione fosse solito espellere i cittadini di quella nazionalità o cittadini di Paesi terzi che versavano nella medesima situazione politica ed economica del Paese di provenienza del migrante; nonchè, bisognava tener conto dei *reports* periodici pubblicati dalle organizzazioni internazionali in materia di diritti umani al fine di valutare l'effettività della procedura di asilo¹¹⁶ prevista

¹¹³ Al riguardo si vedano le conclusioni della Corte EDU nella causa *T.C. v. the United Kingdom*, precedentemente citata. Nel caso in esame si trattava di un cittadino dello Sri Lanka che lamentava la violazione dell'art. 3 CEDU in merito al trasferimento in Germania disposto e compiuto dal Governo inglese «The Court considered that there was no reason in that particular case to believe that Germany would have failed to honour its obligations under Article 3 of the Convention and protect the applicant from removal to Sri Lanka if he submitted credible arguments demonstrating that he risked ill-treatment in that country».

¹¹⁴ Nel caso di specie si trattava di un cittadino iraniano trasferito dal Governo inglese in Grecia.

¹¹⁵ Afferma a tal proposito la Corte: «Quite apart from these considerations, and from the standpoint of the Convention, there is nothing to suggest that those returned to Greece under the Dublin Regulation run the risk of onward removal to a third country where they will face ill-treatment contrary to Article 3 without being afforded a real opportunity, on the territory of Greece». Sul tema delle assicurazioni diplomatiche A. GIANNELLI, *Obbligo di non-refoulement ed assicurazioni diplomatiche*, in Studi in onore di Vincenzo Storace, Napoli, 2008, 363 ss. e A. TANCRETI, *Assicurazioni diplomatiche e divieto 'assoluto' di refoulement alla luce di alcune recenti pronunzie della Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. um. dir. intern.*, 1/2010, 41-64.

¹¹⁶ Sul punto di particolare interesse risultano le considerazioni effettuate dalla Corte di

dall'ordinamento interno dello Stato di destinazione.

L'ausilio fornito ai giudici europei non è servito ad elaborare una soluzione più soddisfacente al problema posto che, spesso, il giudizio compiuto dallo Stato membro si limitava ad un esame sbrigativo e approssimativo delle condizioni di accoglienza del Paese di destinazione, senza operare un controllo esaustivo circa il corretto funzionamento del sistema.

Il predetto orientamento giurisprudenziale veniva messo in discussione nella pronuncia resa nella causa *M.S.S. v. Belgio e Grecia*¹¹⁷. Nel caso di specie, il ricorrente era un cittadino afghano, fuggito dal proprio Paese di origine in quanto esposto al rischio di rivendicazioni da parte del Governo locale. Entrato illegalmente nel territorio greco, veniva trattenuto in un centro di detenzione in attesa dell'ordine di espulsione. Una volta notificatogli il suddetto provvedimento, il ricorrente lasciava la Grecia per raggiungere il Belgio, nel quale presentava richiesta di asilo. Il Governo belga comparava le impronte digitali del ricorrente con quelle inserite nel sistema Eurodac¹¹⁸ e disponeva il trasferimento dello stesso in Grecia, così

Strasburgo nella causa *K.R.S. v. the United Kingdom*, precedentemente indicata. La vicenda in questione attiene ad un cittadino iraniano trasferito dal Governo inglese in Grecia, in quanto Stato ritenuto competente a conoscere la domanda di asilo proposta dal ricorrente. In merito alla presunta violazione dell'art. 3 CEDU, la Corte EDU dichiara: «[...] the Court attaches appropriate weight to the fact that, in recommending that parties to the Dublin Regulation refrain from returning asylum seekers to Greece, the UNHCR believed that the prevailing situation in Greece called into question whether “Dublin returnees” would have access to an effective remedy as foreseen by Article 13 of the Convention. The Court also observes that the UNHCR’s assessment was shared by both Amnesty International and the Norwegian Organisation for Asylum Seekers and other non-governmental organisations in their reports. [...]. The Court notes that the present applicant is Iranian. On the evidence before it, Greece does not currently remove people to Iran (or Afghanistan, Iraq, Somalia or Sudan [...]) so it cannot be said that there is a risk that the applicant would be removed there upon arrival in Greece».

¹¹⁷ Corte EDU, Grande Camera, 21 gennaio 2011, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, ric. n. 30696/09. Nel caso in questione il ricorrente era un cittadino afghano che, fuggito dal proprio Paese di origine, faceva ingresso illegalmente nel territorio greco, dove presentava richiesta di asilo. Sulla pronuncia in questione si veda L. BEDUSCHI, *Immigrazione e diritto di asilo: un'importante pronuncia della Corte di Strasburgo mette in discussione le politiche dell'Unione europea*, in *Penalecontemporaneo.it*, 9 maggio 2011; M. MARCHEGANI, *Regolamento “Dublino II” e Convenzione europea dei diritti umani: il caso M.S.S. c. Belgio e Grecia*, in *Studi int. eur.*, 2/2011, 357-361; G. CAGGIANO, *I percorsi giuridici per l'integrazione: Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014, 24-36.

¹¹⁸ L'*European Dactyloscopie* è il database comune a tutti gli Stati dell'Unione che consente di identificare, mediante le impronte raccolte su supporto digitale, i soggetti che transitano illegalmente sul territorio europeo.

come previsto dalla normativa europea.

Secondo le autorità belghe infatti, lo Stato competente a conoscere la domanda di asilo era la Grecia, in quanto il paese di primo ingresso del cittadino afghano.

Tuttavia, nella vicenda sottoposta all'attenzione dei giudici europei, il Belgio si era limitato ad operare un mero confronto delle impronte digitali, senza valutare minimamente la richiesta di asilo proposta dal ricorrente, né i trattamenti e le condizioni ai quali sarebbe stato sottoposto nel Paese di destinazione.

Il giudizio che lo Stato membro è tenuto a compiere non deve basarsi su una mera presunzione o su un calcolo probabilistico, ma deve essere ancorato a parametri oggettivi, che consentano una valutazione più penetrante. Pertanto, secondo la Corte EDU, pronunciata nella sua massima composizione, il Governo belga avrebbe dovuto tener conto dei gravi *deficit* connessi al sistema di asilo predisposto dalle autorità greche e, conseguentemente, non avrebbe dovuto ordinare il trasferimento del cittadino afghano in Grecia.

Dalla lettura integrale della pronuncia in esame risulta evidente che il principio di affidabilità reciproca degli Stati membri, su cui si fonda l'accordo di Dublino, non rivesta più un carattere assoluto: ed invero, l'attribuzione allo stesso del valore di presunzione semplice, consente al Paese europeo di sospendere il trasferimento del migrante, qualora lo Stato membro di destinazione possieda un sistema di accoglienza caratterizzato da una carenza sistemica tale da impedire "quotidianamente" il rispetto dei diritti umani fondamentali.

Nella sentenza emessa nella causa *M.S.S. v. Belgio e Grecia* la Corte ha avuto modo di sottolineare come lo Stato membro non sia chiamato ad applicare in modo automatico il trasferimento dello straniero sulla base del principio di competenza territoriale, ma debba valutare caso per caso le condizioni di accoglienza e le modalità di accesso alle procedure di asilo predisposte dallo Stato di destinazione. Affermazione quest'ultima che non contrasta con i principi generali sanciti dal Regolamento di Dublino II. Ed invero, l'art. 3 (oggi trasfuso nell'art. 17 dell'accordo di Dublino III) stabilisce espressamente la facoltà per lo Stato membro di valutare una domanda di asilo proposta da un cittadino di un Paese terzo e rispetto alla quale non risulterebbe competente secondo l'ordinario criterio territoriale¹¹⁹.

¹¹⁹ Sul punto v. le considerazioni generali effettuate dai giudici di Strasburgo nella pronuncia *M.S.S. v. Belgium and Greece* sub § 339: «The Court notes that Article 3 § 2 of the Dublin Regulation provides that, by derogation from the general rule set forth in Article 3 § 2, each Member State may examine an application for asylum lodged with it by a third-country national, even if such examination is not its responsibility under the criteria laid down in the Regulation. This is the so-called "sovereignty" clause. In such a

Nel caso di specie, il Belgio non poteva non conoscere l'”emergenza umanitaria” in cui versava la Grecia nel periodo in questione¹²⁰: l'estrema difficoltà delle competenti autorità greche di assicurare al cittadino afgano condizioni di detenzione “umane” e l'accesso alle procedure di asilo in tempi ragionevoli imponevano al Belgio di non aggravare la situazione – già precaria – che stava attraversando la Grecia¹²¹.

La pronuncia in questione rappresenta il *leading case* in materia di immigrazione: i principi elaborati in questa sede sono stati attuati nelle successive pronunce delle Corti europee¹²². Al riguardo, appare doveroso

case the State concerned becomes the Member State responsible for the purposes of the Regulation and takes on the obligations associated with that responsibility.».

¹²⁰ A sostegno della tesi secondo la quale il Governo belga non poteva non conoscere le condizioni di emergenza in cui si trovava la Grecia, la Corte EDU menziona i numerosi documenti pubblicati dalla Commissione europea, dalle organizzazioni internazionali (in particolare, UNHCR), dalle organizzazioni non governative (*Amnesty International, Human Rights Watch, Pro-Asyl and the European Council on Refugees and Exiles, Greek Helsinki Monitor and the Greek National Commission for Human Rights*) nel periodo antecedente o addirittura contestuale a quello in cui era stato disposto il trasferimento del ricorrente. Come evidenziato dalla Corte di Strasburgo, le violazioni in materia di diritti umani e più in generale le carenze strutturali del sistema di accoglienza greco erano state denunciate anche in epoca antecedente a quella in cui il ricorrente aveva presentato la richiesta di asilo: «The Court observes, however, that for a number of years the UNHCR and the European Commissioner for Human Rights as well as many international non-governmental organisations have revealed repeatedly and consistently that Greece's legislation is not being applied in practice and that the asylum procedure is marked by such major structural deficiencies that asylum seekers have very little chance of having their applications and their complaints under the Convention seriously examined by the Greek authorities, and that in the absence of an effective remedy, at the end of the day they are not protected against arbitrary removal back to their countries of origin [...]». V., in particolare, il § 348 della sentenza.

¹²¹ Perentorie le conclusioni dei giudici di Strasburgo *sub* § 352: «In these conditions the Court considers that the general situation was known to the Belgian authorities and that the applicant should not be expected to bear the entire burden of proof.».

¹²² Corte EDU, 15 ottobre 2015, *L.M. and Others v. Russia*, ric. nn. 40081/14, 40088/14 and 40127/14; Corte EDU, 29 ottobre 2015, *A.L. (X.W.) v. Russia*, ric. n. 44095/14; Corte EDU, 15 ottobre 2015, *Nabid Abdullayev v. Russia*, ric. n. 8474/14; Corte EDU, 22 ottobre 2015, *Turgunov v. Russia*, ric. n. 15590/14. Nelle pronunce suindicate, la Corte di Strasburgo ha ravvisato la violazione dell'art. 3 CEDU in tutti quei casi in cui allo straniero irregolare veniva notificato il provvedimento di espulsione senza tener conto dei pericoli che lo stesso avrebbe corso nel Paese di destinazione o nel Paese di origine. Nelle sentenze appena citate viene in rilievo un ulteriore elemento: la sussistenza del pericolo per il ricorrente di subire trattamenti disumani e degradanti nel proprio Paese d'origine non può essere desunto solamente dalle affermazioni contenute nella richiesta di asilo e nel ricorso proposti dallo straniero irregolare, essendo necessario un riscontro oggettivo, deducibile anche dalle segnalazioni da parte degli organismi internazionali.

riportare le conclusioni a cui è giunta la Corte di Giustizia nella causa *N.S. e altri v. Regno Unito e Irlanda*, secondo la quale considerare unicamente il principio della reciproca sicurezza senza ammettere l'operatività del regime derogatorio, determinerebbe delle conseguenze paradossali: l'applicazione dello specifico criterio della competenza territoriale non può compromettere la *ratio* generale della disciplina dettata in materia di accoglienza dello straniero¹²³.

Si allinea a questo orientamento giurisprudenziale anche la sentenza *Tarakhel c. Svizzera*¹²⁴. Nel caso di specie, si trattava di una famiglia afghana –

¹²³ Corte di Giustizia, Grande Sezione, 21 dicembre 2011, *N.S. v. Secretary of State for the Home Department*, cause riunite C-411/10 e C-493/10, sub § 85-86: «Ora, se ogni violazione delle singole disposizioni delle direttive 2003/9, 2004/83 o 2005/85 da parte dello Stato membro competente dovesse avere la conseguenza che lo Stato membro in cui è stata presentata una domanda di asilo non possa trasferire il richiedente in tale primo Stato, ciò avrebbe l'effetto di aggiungere ai criteri di determinazione dello Stato membro competente enunciati nel capo III del regolamento n. 343/2003 un criterio supplementare di esclusione in base al quale violazioni minime delle regole delle direttive summenzionate commesse in un determinato Stato membro potrebbero avere l'effetto di esonerare quest'ultimo dagli obblighi che derivano da detto regolamento. Una tale conseguenza svuoterebbe detti obblighi del loro contenuto e comprometterebbe la realizzazione dell'obiettivo di designare rapidamente lo Stato membro competente a conoscere di una domanda di asilo presentata nell'Unione. Per contro, nell'ipotesi in cui si abbia motivo di temere seriamente che sussistono carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo nello Stato membro competente, che implichino un trattamento inumano o degradante, ai sensi dell'art. 4 della Carta, dei richiedenti asilo trasferiti nel territorio di questo Stato membro, tale trasferimento sarebbe incompatibile con detta disposizione.». In dottrina, si vedano le considerazioni generali effettuate da G. MORGESE, *Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronunzia della Corte di giustizia nel caso N.S. e altri*, in *Studi int. eur.*, 1/2012, 147-162; A. DEL GUERCIO, *Superiore interesse del minore e determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di asilo nel diritto dell'Unione europea*, in *Dir. um. dir. intern.*, 1/2014, 243-248.

¹²⁴ Corte EDU, 4 novembre 2014, *Tarakhel v. Switzerland*, ric. n. 29217/12. Nel caso in esame si trattava di una famiglia afgana che raggiungeva dapprima l'Italia e poi si trasferiva in Austria e infine in Svizzera. Sul punto P. BONETTI, *Sharifi c. Italia e Grecia e Tarakhel c. Svizzera: sui diritti del richiedente asilo alla protezione e un'assistenza dignitosa*, in *Quad. cost.*, 1/2015, 219-226; R. PALLADINO, *La derogabilità del 'sistema di Dublino' dell'UE nella sentenza Tarakhel della Corte europea: dalle 'deficienze sistemiche' ai 'seri dubbi sulle attuali capacità del sistema' italiano di accoglienza*, in *Dir. um. dir. intern.*, 1/2015, 233-237 e M. PASTORE, *La sentenza della Corte EDU Tarakhel c. Svizzera e le sue implicazioni per l'Italia e per il controverso rapporto tra sistema Dublino e rispetto dei diritti fondamentali*, in *Dir. imm. citt.*, 3-4/2014, 115-123. Nella pronuncia in esame, i giudici di Strasburgo si discostano dal precedente orientamento espresso nella sentenza della Corte EDU, 3 aprile 2013, *Mohammed Hussein v. the Netherlands and Italy*, ric. n. 27725/10, in cui la Corte non aveva ravvisato la violazione dell'art. 3 CEDU da parte dei Paesi Bassi. Nel caso di specie, una donna somala giungeva illegalmente in Italia, sbarcando sull'isola di Lampedusa. Dopo

composta da genitori e figli minorenni – che entrava illegalmente nei confini italiani e successivamente si dirigeva prima in Austria e poi in Svizzera. In questi ultimi Paesi, i ricorrenti presentavano richiesta di asilo, che veniva rigettata: le autorità austriache e svizzere si dichiaravano incompetenti sulla base del criterio territoriale.

I cittadini afgani proponevano allora ricorso alla Corte EDU avverso la decisione del Governo elvetico; i giudici europei accoglievano la domanda dei ricorrenti, in quanto consideravano fondata la violazione dell'art. 3 CEDU.

Appaiono doverose alcune considerazioni: nel caso in questione, la Corte di Strasburgo ha nutrito “seri dubbi” sulle capacità ricettive delle strutture di accoglienza italiane; tuttavia, non ha ravvisato quelle gravi deficienze sistemiche riscontrate nel modello greco¹²⁵.

Nell'analizzare gli elementi significativi della vicenda in esame, la Corte non si è soffermata unicamente sulle difficoltà constatate nel sistema di accoglienza italiano; ai fini della violazione del parametro convenzionale è necessario, infatti, un *quid pluris*, individuato dai giudici europei nel requisito della minore età dei richiedenti asilo. L'estrema vulnerabilità e l'esigenza di garantire una “speciale protezione”¹²⁶ nei confronti dei minorenni impone allo Stato membro di procedere con cautela e maggiore attenzione, anche qualora

aver ottenuto un permesso di soggiorno per protezione sussidiaria, formulava la richiesta di asilo nei Paesi Bassi. L'istanza veniva rigettata, in quanto lo Stato competente a conoscere della domanda di asilo risultava essere l'Italia, sulla base del Regolamento di Dublino. Nella vicenda in esame, i giudici di Stasburgo non hanno considerato l'Italia come un Paese in cui la ricorrente poteva subire trattamenti inumani e degradanti.

¹²⁵ La situazione italiana in materia di accoglienza dello straniero è descritta nella Relazione dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati nel 2013 espressamente richiamata all'interno della pronuncia in esame. V. in particolare §§ 112-114: «The Court notes that in its Recommendations for 2013 UNHCR did indeed describe a number of problems, relating in particular to the varying quality of the services provided, depending on the size of the facilities, and to a lack of coordination at national level. However, while it observed a degree of deterioration in reception conditions, particularly in 2011, and a problem of overcrowding in the CARAs, UNHCR did not refer to situations of widespread violence or insalubrious conditions, and even welcomed the efforts undertaken by the Italian authorities to improve reception conditions for asylum seekers. The Human Rights Commissioner, in his 2012 report [...], also noted the existence of problems in “some of the reception facilities”, voicing particular concern with regard to legal aid, care and psychological assistance in the emergency reception centres, the time taken to identify vulnerable persons and the preservation of family unity during transfers. In view of the foregoing, the current situation in Italy can in no way be compared to the situation in Greece at the time of the M.S.S. judgment [...]».

¹²⁶ Sono le parole utilizzate dalla stessa Corte: «This requirement of “special protection” of asylum seekers is particularly important when the persons concerned are children, in view of their specific needs and their extreme vulnerability».

si tratti di un minore accompagnato da una persona adulta¹²⁷.

La Corte EDU, quindi, ritiene lo Stato elvetico responsabile per la mancata osservanza dell'art. 3 CEDU: le autorità svizzere, consapevoli del fatto che si trattava di minori, nonchè conoscendo le difficoltà in cui versava il sistema di accoglienza italiano, avrebbero dovuto prendere degli specifici accorgimenti prima di rigettare la richiesta di asilo proposta dalla famiglia afghana. In particolare, avrebbero dovuto verificare che le autorità italiane avessero collocato i ricorrenti nelle apposite strutture in tempi celeri, in condizioni adeguate e nel rispetto della vita familiare¹²⁸.

Sulla base di quanto fin qui affermato, sorge spontaneo domandarsi se in assenza dei minori, la decisione della Corte di Strasburgo sarebbe stata la stessa.

Ciò che preme in questa sede evidenziare è che nel corso degli ultimi anni, i giudici europei hanno mostrato una maggiore riluttanza nel legittimare l'applicazione del criterio della competenza territoriale per definire le procedure di richiesta di asilo, e hanno imposto allo Stato membro una valutazione più accurata e approfondita sulle condizioni dei soggetti richiedenti asilo e sulla situazione del sistema di accoglienza del Paese di destinazione¹²⁹.

¹²⁷ La Corte EDU, 12 luglio 2016, *R.K. and Others v. France*, ric. n. 68264/14 condanna le autorità nazionali per non aver adottato le misure adeguate alla presenza di un bambino; considerazioni queste ultime precedentemente effettuate anche nelle pronunce Corte EDU, 19 gennaio 2012, *Popov v. France*, ricc. nn. 39472/07 e 39474/07 e Corte EDU, 13 dicembre 2011, *Kanagaratnam and Others v. Belgium*, ric. n. 15297/09. Anche in questi casi, si trattava di minori accompagnati, costretti a soggiornare all'interno di un centro di accoglienza in attesa di essere espulsi. In quell'occasione, i giudici europei avevano posto l'accento sulla particolare vulnerabilità del minore e conseguentemente avevano evidenziato l'incompatibilità dello *status* di minore con il regime di detenzione amministrativa, caratterizzata da un soggiorno prolungato all'interno del centro, dalla presenza massiccia del personale di polizia e dall'assenza di attività ludiche. Considerazioni riprese dalla Corte nel caso *Tarakhel v. Switzerland* al § 54 « [...] the reception conditions for children seeking asylum must be adapted to their age, to ensure that those conditions do not "create [...] for them a situation of stress and anxiety, with particularly traumatic consequences" ». Per l'approfondimento dell'argomento in esame si veda F.A. BUBOLA, *L'importanza di essere un minore non accompagnato* "... oppure no? Nota a Corte EDU, Prima Sezione, sent. 5 aprile 2011, Pres. Vajić, ric. n. 8687/08, *Rahimi c. Grecia*, in *Penalecontemporaneo.it*, 20 dicembre 2011 e A. DEL GUERCIO, *La detenzione amministrativa dei minori migranti e richiedenti asilo nell'ordinamento internazionale ed europeo*, in *Antigone*, 3/2012, 66-94; Id., *Minori stranieri non accompagnati e CEDU: il caso Rahimi*, in *Dir. um. dir. intern.*, 3/2011, 634-640; G. CELLAMARE, *Espulsione di minori stranieri non accompagnati e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi int. eur.*, n. 1/2009, 181-200.

¹²⁸ «It is therefore incumbent on the Swiss authorities to obtain assurances from their Italian counterparts that on their arrival in Italy the applicants will be received in facilities and in conditions adapted to the age of the children, and that the family will be kept together» (§ 120).

¹²⁹ Il nuovo indirizzo avallato dalla Corte EDU rispecchia il generale divieto di trattamenti

L'evoluzione giurisprudenziale sembra aver messo in discussione i principi stabiliti a livello europeo tanto da far sorgere seri dubbi circa l'attualità dell'accordo di Dublino, soprattutto in considerazione del fatto che, il più delle volte, il primo Paese raggiunto dal migrante è la Grecia o l'Italia.

Nelle pronunce da ultimo richiamate i giudici europei hanno affrontato un ulteriore profilo di estrema rilevanza: le condizioni di degrado in cui versano i centri di accoglienza, comportano una maggiore attenzione da parte dello Stato membro nell'applicare la misura restrittiva¹³⁰. Di fronte al caso concreto, quindi, lo Stato membro è tenuto a valutare la necessità e la proporzionalità della detenzione, quale *extrema ratio*¹³¹, ed eventualmente applicare alcuni

inumani e degradanti, sancito per la prima volta nella sentenza della Corte EDU, 7 luglio 1989, *Soering v. the United Kingdom*, ric. n. 14038/88, secondo cui uno Stato contraente si comporterebbe in modo incompatibile con i valori sottesi alla Convenzione, e quindi a quel patrimonio comune di ideali e di tradizioni politiche, di rispetto della libertà e di preminenza del diritto al quale si riferisce il Preambolo, se rinviasse coscientemente uno straniero (per quanto esecrabile possa essere il crimine contestato) verso un altro Stato nel quale vi siano seri motivi per supporre che un rischio di tortura minacci l'interessato. Pertanto, così come allo Stato membro non è permesso trasferire l'immigrato nel Paese d'origine nel caso in cui sussista il concreto pericolo che lo stesso venga sottoposto a trattamenti degradanti, così lo Stato membro è obbligato a valutare la domanda di asilo dello straniero nell'ipotesi in cui lo Stato originariamente competente presenti delle deficienze sistemiche tali da non consentire una accoglienza "umana".

¹³⁰ Al riguardo si richiamano le considerazioni effettuate dalla Corte EDU, 11 giugno 2009, *S.D. v. Greece*, ric. n. 53541/07 al § 66: «La Cour a eu égard à l'argument du Gouvernement selon lequel la nécessité d'assurer l'efficacité du contrôle de ceux qui entrent illégalement sur le territoire et d'éviter que certains d'entre eux n'abusent des avantages liés à la reconnaissance du statut de réfugié. Ceci ne saurait dispenser les autorités de préciser, après avoir examiné chaque cas particulier, en quoi la mise en liberté du demandeur d'asile constituerait un danger pour l'ordre public ou la sécurité nationale.». Sembra che la Corte richieda allo Stato membro di effettuare un giudizio di necessità e proporzionalità della misura detentiva.

¹³¹ Corte EDU, 12 ottobre 2006, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga v. Belgium*, ric. n. 13178/03. La vicenda riguardava la bambina congolese di cinque anni, che accompagnata dalla zia, cercava di raggiungere la propria madre in Canada, dove quest'ultima aveva formulato richiesta di asilo: nel caso di specie, le autorità belghe impedivano alla minore e all'uomo di imbarcarsi sull'areo che li avrebbe condotti in Canada, sulla base del fatto che non sussisteva alcun certezza circa la veridicità del rapporto di parentela intercorso tra i due soggetti. Pertanto, la bambina veniva trattenuta presso il Centro 127, una struttura di accoglienza per adulti per più di due mesi, in attesa di rintracciare i parenti più stretti. In quell'occasione, la Corte EDU, con sentenza emessa in data 12 ottobre 2006, ha ravvisato la violazione dell'art. 3 CEDU da parte del Governo belga. Tuttavia, appaiono doverose alcune considerazioni in merito alla vicenda in questione: la condanna inflitta dai giudici europei non si fonda sulla mancata astensione dello Stato membro dall'obbligo di trattenere la minore, ma dall'assenza delle cautele che le autorità belghe avrebbe dovuto prendere in considerazione del caso di specie (in particolare nel caso in esame la minore si trovava lontano fisicamente dalla propria madre e veniva trattenuta all'interno di una struttura per adulti). Al riguardo, si leggano le

“correttivi” in modo da rendere la misura in esame meno afflittiva.

7. Considerazioni conclusive

Da un esame della giurisprudenza di Strasburgo emerge chiaramente la difficoltà dei singoli Stati di apprestare una tutela nei confronti dello straniero irregolare e di garantire i livelli minimi di assistenza, come ad esempio le prestazioni necessarie connesse al diritto alla salute.

Accanto alla complessità di natura organizzativa, connessa all'elevato numero di stranieri presenti sul territorio nazionale, coesistono ragioni di tipo giuridico: la tutela disposta nei confronti di questi ultimi, spesso non trova un fondamento normativo, con la conseguenza che è demandato all'interprete il compito di individuare la disposizione da adattare al caso di specie.

Ancora, il sistema degli *hotspots* continua a rimanere privo di una solida base giuridica¹³², in assenza della quale risulta difficile ricostruire il funzionamento dello stesso: il recente intervento normativo apportato dal d.l. n. 13 del 2017 - convertito in legge n. 46 del 2017 - si è limitato a definire gli *hotspots* come “punti di crisi”, allestiti sul territorio nazionale

considerazioni effettuate dalla Corte EDU al § 56 della pronuncia in questione: «The Court observes that, whereas under the general law minors came within the jurisdiction of the youth courts, there was a legal void at the time in respect of unaccompanied foreign minors. The respondent State accepted that the prospects of finding accommodation in a more suitable centre were virtually non-existent and that such centres as did exist did not have facilities for the child's supervision or, therefore, protection. Furthermore, there was no statutory basis on which the courts could review the conditions under which minors were held or require the authorities to provide legal, humanitarian and social assistance where necessary». In dottrina la sentenza in esame è stata ampiamente analizzata da M. PERTILE, *La detenzione amministrativa dei migranti e dei richiedenti asilo nella giurisprudenza della Corte europea per i diritti umani: dal caso Mubilanzila al caso Muskhadzhiyeva*, in *Dir. um. dir. intern.*, 2/2010, 457-462. L'Autore, riprendendo quanto affermato dai giudici europei nel § 57, secondo cui «the domestic authorities failed to take action to avoid or remedy the alleged shortcomings, despite being expressly informed of the position», analizza attentamente l'operato delle autorità belghe in merito alla vicenda sopra descritta.

¹³² Il sistema degli *hotspots* non è stato formalizzato in alcun atto normativo vincolante e la descrizione del meccanismo di funzionamento risulta estremamente vaga. L'unica copertura normativa può essere ravvisata nella l. n. 563 del 1995 (di conversione del d.lgs. n. 451 del 1995), che a sua volta, si caratterizza per le vistose lacune. Per un maggiore approfondimento sul tema, si rinvia alla comunicazione della Commissione europea avente ad oggetto l'attuazione dei punti di crisi (hotspot) in Italia (in www.parlamento.it, ultimo accesso 12.04.2017) e alle Procedure Operative Standard (SOP) introdotte mediante Circolare Ministeriale (in www.statewatch.org, ultimo accesso 12.04.2017).

per le esigenze di primo soccorso e assistenza, presso i quali lo straniero giunge a seguito dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero alle operazioni di salvataggio in mare. La fonte di rango primario disciplina solamente in modo apparente il predetto meccanismo: il nuovo testo dell'art. 10 *ter* t.u.imm. rinvia al d.l. n. 451 del 1995, convertito con modificazioni dalla l. n. 563 del 1995, che a sua volta attribuisce al Ministero dell'Interno la predisposizione di alcuni centri finalizzati ad assicurare le esigenze di prima assistenza nei confronti dei migranti, senza indicarne le relative modalità di funzionamento¹³³.

Le gravi deficienze riscontrate a livello strutturale e organizzativo hanno comportato la reazione delle organizzazioni nazionali e internazionali che hanno denunciato apertamente l'incapacità di queste strutture di garantire il rispetto dei diritti umani dei migranti¹³⁴. Peraltro, in assenza di un'apposita disciplina, rimane sempre elevato il rischio che l'utilizzo del meccanismo in esame si trasformi in una forma larvata e ingiustificata di trattenimento dello straniero¹³⁵.

La stessa Commissione europea ha avuto modo di evidenziare l'incapacità di un simile sistema di far fronte ai flussi migratori durante i mesi estivi¹³⁶, con

¹³³ Il d.l. n. 451 del 1995 conteneva alcune misure urgenti rivolte prevalentemente alla Regione Puglia finalizzate ad affrontare le ondate migratorie provenienti dai Balcani. Significative appaiono le riflessioni compiute da L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa*, cit., secondo cui: «La risposta del Governo è una norma che, come in un gioco di scatole cinesi, si risolve nel rinvio ad altre norme che non contengono alcuna indicazione pregante. Con l'inquietante conseguenza che la libertà personale dello straniero, nelle prime fasi dopo gli sbarchi, rimarrà affidata, domani come ieri, alla libera discrezionalità delle forze di polizia.»

¹³⁴ Per un commento critico si veda S. J. SILVERMAN, *What Are "Hotspots"? The Inevitable Rise of Detention in the Quest for Asylum Solutions in the EU*, in www.cips-cepi.ca. Cfr. il *Rapporto annual 2014/2015 dell'AIDA (Asylum Information Database)*, *Common asylum system at a turning point: Refugees caught in Europe's solidarity crisis*, in www.asylumeuropa.org.

Sul punto si richiamano le considerazioni effettuate nella nota 34, nonché il documento adottato in data 21/10/2015 dal Consiglio direttivo dell'Associazione per gli Studi Giuridici sull'immigrazione, reperibile su www.meltingpot.org. Negli *hotspot* funzionanti si registrano violazioni riguardanti la fase di pre-identificazione dovute al mancato rispetto del diritto di informazione e in relazione alle condizioni di accoglienza. Si rinvia al *Rapporto sui Centri di identificazione ed espulsione – Aggiornamento febbraio 2016*, 19 ss.

¹³⁵ Per un commento critico v. M. MANGIARACINA, *Hotspots e diritti: un binomio possibile?*, in Penalecontemporaneo.it, 9 dicembre 2016 e S. J. SILVERMAN, *What Are "Hotspots"? The Inevitable Rise of Detention in the Quest for Asylum Solutions in the EU*, in www.cips.cepi.ca. Per l'approfondimento del tema in questione, si rinvia al *Rapporto annual 2014/2015 dell'AIDA (Asylum Information Database)*, *op. cit.*

¹³⁶ Nella comunicazione della Commissione europea al Parlamento e al Consiglio europeo emessa in data 18.05.16 (ec.europa.eu) emerge un dato rilevante in merito alla situazione italiana: «*it has become clear that the available capacity of the operational hotspots would not be*

la conseguente necessità di adottare nuove metodologie. Si è quindi ipotizzata la creazione di strutture mobili-galleggianti, mediante l'utilizzo di navi della Marina Militare o di piattaforme in disuso, situate direttamente in mezzo al mare.

Tra le ulteriori proposte al vaglio delle istituzioni europee, vi è quella relativa all'applicazione della procedura del reinsediamento – concetto ben diverso dalla ricollocazione¹³⁷ – dei soggetti meritevoli di protezione internazionale, mediante l'ingresso ordinato e programmato nello Stato membro.

La soluzione in esame presenta innumerevoli vantaggi: *in primis*, consente ad ogni Paese europeo di organizzarsi, predisponendo le strutture necessarie all'accoglienza degli stranieri, senza dover fronteggiare in tempi celeri l'emergenza umanitaria.

Tuttavia, il meccanismo in questione presuppone la stipula di accordi con i diversi Paesi terzi dai quali provengono la maggior parte dei migranti¹³⁸. Al riguardo, occorre evidenziare che la conclusione di tali intese non sempre si è dimostrata la scelta più vantaggiosa per l'Unione europea, in quanto l'accordo risponde a logiche utilitaristiche e individuali, e mal si concilia con l'interesse a favorire una migrazione legale¹³⁹.

Maggiori perplessità suscitano gli accordi bilaterali stipulati tra i singoli Stati membri e i Paesi terzi, aventi ad oggetto la regolamentazione del flusso migratorio. Tali accordi, oltre ad indebolire il ruolo delle istituzioni europee e la normativa da queste adottata, appaiono illegittimi, in considerazione del fatto

sufficient for the summer months» (Paragraph 2.2., sub *Italy*).

¹³⁷ Ai sensi dell'art. 1, par. 2, lett. d) della Raccomandazione 2015/914, il *resettlement* è quel «[...] processo mediante il quale, su richiesta dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR) motivata da bisogno di protezione internazionale, cittadini di Paesi terzi sono trasferiti da un Paese terzo a uno Stato membro in cui sono autorizzati a soggiornare» sulla base della normativa europea o nazionale. Pertanto, la ricollocazione ha come destinatari i richiedenti già presenti sul territorio degli Stati membri; il reinsediamento si rivolge ai soggetti bisogno di protezione che si trovano nei Paesi terzi. Maggiori indicazioni in M. DE FILIPPO, *Le misure sulla ricollocazione dei richiedenti asilo adottate dall'Unione europea nel 2015: considerazioni critiche e prospettive*, in *Dir. imm. citt.*, n. 3-4/2015, 33-60.

¹³⁸ In argomento P. DEVISSCHER, *Legal Migration in the Relationship between the European Union and ACP Countries: The Absence of a True Global Approach Continues*, in *EJML*, 2011, 53-94 e P. GARCIA ANDRADE, *The Legal Feasibility of the EU's External Action on Legal Migration: The Internal and the External Intertwined*, in *E.J.M.L.*, 2013, 263 ss.

¹³⁹ Da ultimo, l'intesa stipulata con il Governo turco ha evidenziato come l'impegno assunto da quest'ultimo di esercitare maggiori controlli finalizzati ad impedire la partenza indiscriminata degli stranieri, nasconda una controprestazione particolarmente elevata: il versamento di una somma iniziale di tre miliardi di euro, la liberalizzazione dei visti di ingresso per i cittadini turchi e un'accelerazione dei negoziati per l'adesione di Ankara all'Unione Europea. Per la consultazione del testo dell'accordo, si veda il comunicato stampa pubblicato sul sito ufficiale del Consiglio europeo (www.consilium.europa.eu ultimo accesso 12.04.2017).

che hanno ad oggetto la disciplina di una materia di competenza europea¹⁴⁰.

Anche l'applicazione dello strumento della ricollocazione ha dato esito negativo, in quanto è risultata particolarmente difficoltosa l'individuazione dei criteri di distribuzione dei richiedenti asilo¹⁴¹ all'interno degli Stati membri.

Infine, le istituzioni europee hanno avanzato la proposta di creare un elenco di Paesi sicuri¹⁴², rispetto ai quali le richieste di asilo devono considerarsi presuntivamente infondate e possono essere oggetto di valutazione mediante una procedura semplificata¹⁴³.

Le soluzioni individuate in ambito europeo, pur differenti tra loro, presentano diversi limiti: il pericolo maggiore è che per evitare l'adozione di una misura restrittiva nei confronti dello straniero, si adotti un sistema che nella sostanza riproduca il trattenimento dei migranti. La scelta di utilizzare una *nomen iuris* diverso (nel caso di specie, *hotspots* o "punto di crisi") e il contestuale impegno delle autorità amministrative di ridurre il periodo di soggiorno forzato all'interno delle predette strutture, non rende nella pratica il trattamento "meno trattenimento".

Peraltro, la differente via intrapresa dalle istituzioni attraverso la stipula dell'accordo con la Turchia si è dimostrata una scelta particolarmente ipocrita: la reazione del Governo turco al fallito *golpe* evidenzia la poca affidabilità delle autorità locali nel garantire il rispetto dei diritti umani all'interno dei propri confini, non facendo presagire alcunchè di positivo per le condizioni di trattenimento a cui sono sottoposti i migranti in attesa di raggiungere le coste europee.

Infine, appare doveroso interrogarsi se, alla luce dei principi sanciti dalla Convenzione di Ginevra e dalla CEDU, il comportamento assunto da diverse Nazioni di costruire muri e barriere allo scopo di evitare l'ingresso degli

¹⁴⁰ Il riferimento è agli accordi stipulati tra l'Italia e la Libia nel 2008.

¹⁴¹ Nel calcolo delle quote dei richiedenti asilo che ogni Stato membro è tenuto ad accogliere si deve tener conto della popolazione complessiva; del PIL totale; della media delle domande di asilo presentate spontaneamente e numero di rifugiati reinsediati per milione di abitanti nel periodo 2010-2014; dal tasso di disoccupazione. Tra le difficoltà riscontrate nell'applicazione della procedura della ricollocazione, vi è stata anche quella relativa alla stesura di un elenco di Stati membri che possono beneficiare, in ragione dell'elevato numero dei migranti sul loro territorio, dello strumento della ricollocazione.

¹⁴² Secondo la Direttiva 2013/32/UE il "Paese d'origine sicuro" è quel Paese nel quale, «sulla base dello *status* giuridico, dell'applicazione della legge all'interno di un sistema democratico e della situazione politica generale, si può dimostrare che non ci sono generalmente e costantemente persecuzioni quali definite nell'art. 9 della Direttiva 2011/95/UE, né tortura o altre forme di pena o trattamento disumano o degradante, né pericolo a causa di violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale».

¹⁴³ La procedura in questione prevede termini più brevi rispetto a quelli ordinari, nonché la possibilità di negare l'effetto sospensivo al ricorso avverso la decisione di primo grado.

stranieri possa essere considerato legittimo o meno.

La questione presenta un aspetto giuridico di non poca importanza: fino a questo momento, i giudici europei hanno ravvisato la violazione dell'art. 3 CEDU esclusivamente nella condotta attiva dello Stato membro, in particolar modo in relazione alle modalità del trattenimento dello straniero all'interno delle strutture adibite all'accoglienza dello stesso; tuttavia, non si può escludere a priori che di fronte ad una condotta omissiva di non accoglienza la Corte EDU possa comunque condannare i singoli Stati membri per aver posto in essere trattamenti inumani e degradanti.

Alla molteplicità di questioni giuridiche sollevate e alla pluralità di soluzioni avanzate, non è corrisposto, ad oggi, un intervento innovativo finalizzato al mutamento radicale del sistema di accoglienza italiano: i 13 milioni di euro, stanziati dal recente d.l. n. 13 del 2017 per finanziare l'ampliamento della rete dei centri, lascerebbero intendere un ritorno al passato o meglio, il perdurare delle medesime condizioni. La novella legislativa mostra, tuttavia, una presa di coscienza ad opera delle autorità nazionali, nella parte in cui impone la realizzazione di “[...] strutture di capienza limitata idonee a garantire condizioni di trattenimento che assicurino l'assoluto rispetto della dignità della persona”. Precisazione quest'ultima non affatto scontata e che dimostra la situazione di grave degrado in cui versano gli attuali centri di accoglienza in termini di violazione dei diritti umani¹⁴⁴.

¹⁴⁴ L'art. 19 stabilisce infatti che «Al fine di assicurare la più efficace esecuzione dei provvedimenti di espulsione dello straniero, il Ministro dell'interno [...] adotta le iniziative per garantire l'ampliamento della rete dei centri [...] in modo da assicurare la distribuzione delle strutture sull'intero territorio nazionale [...] tenendo conto della necessità di realizzare strutture di capienza limitata idonee a garantire condizioni di trattenimento che assicurino l'assoluto rispetto della dignità della persona [...]. Nei centri di cui al presente comma il Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale esercita tutti i poteri di verifica e di accesso». Sul punto si richiamano le considerazioni effettuate da L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa*, cit.

