

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE,
GIURIDICHE E STUDI INTERNAZIONALI

Corso di laurea *Magistrale* in
SCIENZE DEL GOVERNO E POLITICHE PUBBLICHE



LA SALUTE DELLA PERSONA SOTTOPOSTA A
REGIME DI DETENZIONE TRA DIRITTI E DOVERI

Relatrice: Prof.ssa MARIASSUNTA PICCINNI

Laureando: ALESSANDRO BORASO
Matricola N.2022890

A.A. 2022/2023

INDICE

INTRODUZIONE.....	4
CAPITOLO I: LA SALUTE NELLA PENA.....	7
1. Il diritto alla salute quale diritto inviolabile della persona.....	7
2. La tutela della salute nel contesto carcerario.....	14
3. Salute e detenzione: un rapporto difficile.....	21
4. Il caso Cospito: la punta di un <i>iceberg</i>	27
CAPITOLO II: L'ACCESSO ALLE CURE.....	35
1. La malattia dietro alle sbarre.....	35
2. Doveri del personale sanitario.....	43
3. Il “carcere duro” come ostacolo alle cure.....	47
CAPITOLO III: IL RIFIUTO DI CURE.....	56
1. Lo sciopero della fame.....	56
2. L'alimentazione forzata.....	63
3. Trattamenti sanitari obbligatori.....	68
4. Il ruolo delle DAT e della PCC in relazione allo stato di necessità.....	76
5. La posizione di garanzia del personale penitenziario.....	81
CONCLUSIONI.....	89
BIBLIOGRAFIA.....	95

INTRODUZIONE

L'articolo 32 della Costituzione italiana sancisce che «la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge».

Negli ultimi mesi un controverso caso di cronaca, avente come protagonista il militante anarchico insurrezionalista Alfredo Cospito, il quale ha avviato uno sciopero della fame per protestare contro il regime del 41-bis (il cosiddetto “carcere duro”) a cui è stato sottoposto da maggio 2022 su decisione dell'allora ministra della Giustizia Marta Cartabia, ha animato il dibattito pubblico circa la compatibilità degli artt. 13, 27 e 32 della Costituzione con la condizione di fragilità fisica del soggetto e circa la legittimità di leggi o atti di normazione secondaria che, influenzando su scelte essenziali dell'individuo – come quella di alimentarsi o no, di essere curati o no – potrebbero pregiudicare diritti fondamentali della persona.

L'obiettivo di questo elaborato è fornire un quadro rappresentativo di come il diritto alla salute venga garantito all'interno di contesti privativi della libertà.

Ciò appare di profondo interesse, date le peculiarità dell'ambiente carcerario nel quale si intersecano esigenze apparentemente inconciliabili e considerando che ogni anno, nelle carceri italiane, transitano oltre 100 mila persone, alle quali deve essere costituzionalmente garantito il diritto alla salute¹.

La pandemia non ha fatto altro che esasperare le criticità già esistenti, sottraendo energie e risorse alle attività sanitarie nei penitenziari e mettendo a rischio la salute dei detenuti. A gravare sulla salute dei detenuti in maniera molto significativa sono, ad esempio, anche i problemi odontoiatrici, spesso sottovalutati. Inoltre, il 30-40% dei detenuti è tossicodipendente e altrettanti fanno

¹ Fazion C., “*Nelle carceri italiane è garantito il diritto alla salute*”? in Fondazione Umberto Veronesi – Magazine online, articolo pubblicato il 20.12.2022.

uso di psicofarmaci, elementi che portano a una soglia del dolore più elevata con la conseguente insensibilità al dolore e disinteresse per eventuali cure mediche².

Da non sottovalutare, quando si parla di sanità penitenziaria, è il numero di suicidi che si registrano annualmente. Sebbene dietro ogni caso di suicidio possano esserci molteplici fattori personali, il numero di persone che si toglie la vita in carcere potrebbe anche essere una spia di un'inadeguata assistenza sanitaria.

Sotto questo aspetto, occorre domandarsi come la tutela della salute e l'autodeterminazione dell'individuo si rapportino con i profili più strettamente securitari in quanto l'area sanitaria e l'area custodiale incidono entrambe sul medesimo soggetto, in una costante intersezione di cui non appare semplice tracciare i confini.

La libera costruzione della personalità può essere pensata indipendentemente dallo spazio giuridico, ma concretamente si pone, da una parte, come polo dialettico rispetto alla produzione di regole giuridiche, risolvendosi nell'autonoma determinazione delle proprie regole di comportamento e dall'altra, come prodotto di una scelta politica e sociale che fonda giuridicamente il riconoscimento di spazi di autonomia³.

La dimensione giuridica non deve essere considerata necessariamente alternativa alla scelta radicale di una libertà che non solo rifiuta ogni vincolo ma pure ogni sostegno. Questa constatazione, tuttavia, non può legittimare un totale disinteresse pubblico, anche se in questi casi appare complessa la possibilità di rispettare l'indicazione costituzionale che impone alla Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana.

In questa prospettiva l'ingerenza dei soggetti pubblici si configura come un dovere più che un diritto. Una risposta potrebbe essere cercata sostenendo che l'ingerenza è legittima solo nelle situazioni estreme, concretizzandosi in un pubblico dovere di protezione soprattutto quando è a rischio la vita stessa della persona, ma così inteso il diritto-dovere di ingerenza umanitaria si rivela in evidente contrasto con

² *"Salute nelle carceri sempre più a rischio e la situazione si è aggravata dopo il Covid"*, in Quotidiano Sanità, articolo pubblicato il 21.11.2022.

la conquistata libertà di disporre pienamente di sé, e la vita rischia di nuovo di essere sottratta all'autonomia della persona.

Il primo capitolo di questo elaborato affronterà gli aspetti più strettamente giuridici volti a definire un quadro concettuale e giuridico di salute ascrivibile al carcere, sia sul piano internazionale che interno, attraverso la presentazione delle fonti normative che consentono al sapere medico di trasformarsi e riprodursi all'interno di contesti limitativi della libertà.

Questa analisi preliminare risulta utile per comprendere quali siano le pratiche e gli obiettivi attraverso i quali la sanità si rapporta al contesto carcerario e penetra lo stesso.

Una volta definito un quadro concettuale e giuridico di base, il secondo capitolo prenderà in esame il tema dell'accesso alle cure all'interno degli istituti penitenziari, evidenziandone peculiarità e criticità e inquadrando le posizioni delle diverse figure che intervengono nella relazione di cura e delle facoltà riconosciute al detenuto in quanto persona sottoposta a regime di privazione della libertà.

Il ragionamento proseguirà nel terzo capitolo dove invece sarà affrontato il tema del rifiuto alle cure: un tema di particolare rilievo all'interno degli istituti carcerari, spesso sintomo di problematiche molto più complesse. Si cercherà di individuare le motivazioni che possono giustificare tale scelta, distinguendo le diverse prerogative dei soggetti coinvolti e proponendo una riflessione critica sul tema della nutrizione forzata, anche alla luce di casi di stretta attualità.

L'Istituzione penitenziaria si rivela essere una realtà peculiare in cui debbono coesistere, in un difficoltoso e mutevole equilibrio, la tutela della salute di una popolazione fragile e problematica e le esigenze di sicurezza.

³ Rodotà S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p 22.

CAPITOLO I

LA SALUTE NELLA PENA

1. Il diritto alla salute quale diritto inviolabile della persona

Il diritto alla salute ha avuto una lenta evoluzione storica verso la sua definitiva consacrazione, che costituisce un fondamentale traguardo raggiunto a seguito di gradualità mutamenti non solo sul piano giuridico, ma anche e soprattutto su quello economico, politico e sociale.

«Il possesso di sé e il controllo degli altri sono sempre stati tutto meno che un fatto naturale. L'Habeas Corpus della Magna Carta nel 1215⁴ è un'affermazione essenziale per comprendere l'organizzarsi dei rapporti di potere già ai lontani albori di uno Stato che vuole essere moderno e di una civiltà che vuol dirsi giuridica⁵». Oggi ci troviamo di fronte a una sorta di nuova dichiarazione di Habeas Corpus: una autolimitazione del potere che viene ribadita con forza moltiplicata. Il corpo intoccabile diviene presidio di una persona umana alla quale in nessun caso si può mancare di rispetto. Il sovrano democratico, una Assemblea costituente, rinnova a tutti i suoi cittadini la sua promessa di intoccabilità. Se la salute non è un bene di cui si possa acquisire la proprietà, detto in altri termini se l'*habeas corpus* non coincide con l'*habeas salutem*, la pretesa si sposta inevitabilmente sui mezzi per accedervi. La preoccupazione avanzata da Michel Foucault⁶ è che la codificazione di un diritto alla salute esaspererebbe le caratteristiche di un apparato previdenziale che imponga per decisione pubblica a ciascuno di stare bene, riducendo per un verso l'autodeterminazione individuale sul modo di vita e per un altro esponendo il sistema scientifico ed economico all'insostenibilità di una domanda di tutela crescente. Di qui l'esigenza di trovare

⁴ L'antica promessa che il re fa ad ogni uomo libero: "Non metteremo né faremo mettere la mano su di lui, se non in virtù di un giudizio legale dei suoi pari e secondo la legge del paese".

⁵ Rodotà S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit, p. 74.

⁶ (1926-1984) Filosofo, "archeologo dei saperi", saggista letterario e docente presso il *Collège de France*, fu una delle personalità di spicco della corrente filosofico-antropologica strutturalista e post-strutturalista tra gli anni Sessanta e i primissimi anni Ottanta. Tra i grandi pensatori del XX secolo, i lavori di Foucault si concentrano su un argomento simile a quello della burocrazia e della connessa razionalizzazione trattati da Max Weber. Egli studiò lo sviluppo delle prigioni, degli ospedali, delle scuole e di altre grandi organizzazioni sociali. Sul punto v.

un'asse normativo legittimato dal consenso etico dei soggetti che lo riconoscano e lo rendano accettabile come decisione politica condivisa e non subita⁷.

Foucault individua la soglia di ingresso della medicina nella modernità con la scoperta dell'anatomia patologica alla fine del XVIII secolo. A partire da quel momento il sapere medico racconta la propria storia che non riguarda il rapporto privato e individuale col paziente, bensì l'attenzione pubblica per la salute del corpo⁸.

«In questo senso si può dire che la medicina moderna nasce già contemporanea, perché l'esigenza di proiettare su una scala generale quello sguardo terapeutico che il medico rivolge al proprio malato fa parte delle premesse fondamentali del sapere medico⁹».

L'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) definisce la salute come “uno stato di completo benessere fisico, mentale, sociale e non consiste soltanto nell'assenza di malattie o infermità. Il possesso del miglior stato di sanità che si possa raggiungere costituisce uno dei diritti inviolabili di ciascun essere umano, qualunque sia la sua razza, la sua religione, le sue opinioni politiche, la sua condizione economica e sociale. I Governi hanno la responsabilità della sanità dei loro popoli: essi per farvi parte devono prendere le misure sanitarie e sociali appropriate¹⁰”.

Da queste parole emerge come compito dello Stato e delle sue articolazioni sia quello di attivarsi per rimuovere e per prevenire le situazioni idonee a provocare non-benessere.

Critica continua ad essere la posizione di Foucault a proposito di una “giuridicizzazione” del diritto alla salute, sostenendo che «è chiaro che parlare di

Nesti P., *Introduzione*, in Foucault M., *Medicina e biopolitica. La salute pubblica e il controllo sociale*, cit, p. VII.

⁷ Secondo quanto affermato da Foucault M. in *Medicina e biopolitica. La salute pubblica e il controllo sociale*, cit, p. XXXII, il compito è oggi assegnato alle giurisprudenze costituzionali e alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo attraverso la contemperazione delle pretese in gioco, assicurando la forza espansiva del diritto sociale alla salute senza prevaricare i diritti civili.

⁸ Foucault M., Conferenza dal titolo *La nascita della medicina sociale* tenuta a Rio de Janeiro nel 1974, ripresa da De Fiore L., “*Medicina e biopolitica secondo Foucault*”, in il Punto, Confronti su medicina e sanità, articolo pubblicato il 26.02.2022.

⁹ Foucault M., *Medicina e biopolitica. La salute pubblica e il controllo sociale*, cit, p. XVI.

diritto alla è quasi privo di senso. La salute, la buona salute, non può rientrare in un diritto, indipendentemente dai criteri più o meno sottili che vengono utilizzati; la buona e la cattiva salute sono dei fatti: degli stati di cose e anche degli stati di coscienza. Anche se la frontiera che separa la salute dalla malattia è in parte definita dalla capacità dei medici di riconoscere una malattia, dal tipo di esistenza o di attività del soggetto, e da quello che in una cultura è riconosciuto o no come malattia, questa relatività non toglie che non esiste un diritto di stare da questo o da quel lato della barricata¹¹».

Guardando in particolare all'esperienza europea è attorno alla prima metà del XIX secolo che vengono adottate le prime leggi in materia di tutela della salute, sebbene la maggior parte di tali disposizioni appaiano ben lontane dall'affermazione giuridica quale diritto soggettivo nella sua attuale accezione. È infatti con la Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino¹², proclamata il 26 agosto 1789 dall'Assemblea Nazionale Costituente francese, che vengono riconosciuti, per la prima volta nell'Europa continentale, diritti che il cittadino vanta nei confronti dello Stato. Il documento si riferisce perlopiù ai diritti civili, altrimenti detti "diritti negativi" o "libertà negative" poiché la loro tutela implica un dovere di non interferire nella sfera individuale da parte dei pubblici poteri. Durante la rivoluzione industriale inglese, in particolare nel corso della prima metà dell'800, la salute della classe operaia era condizionata da fattori quali sovraffollamento, alimentazione estremamente povera e mancanza di infrastrutture igieniche. Ciò indusse il Governo nazionale a procedere con interventi di risanamento ambientale e soprattutto ad adottare nel 1848 la legge istitutiva del servizio nazionale di sanità pubblica: il Public Health Act¹³.

La diffusione del marxismo in Germania ed il successo del partito socialdemocratico nelle elezioni del 1877 indussero il cancelliere Otto Von Bismarck a ritenere necessari interventi che allontanassero il proletariato da

¹⁰ Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), firmata a New York il 22 luglio 1946 ed entrata in vigore il 7 aprile 1948.

¹¹ Foucault M., *Medicina e biopolitica. La salute pubblica e il controllo sociale*, cit, p.128.

¹² Assieme al Bill of Rights statunitense è la base su cui si fonda la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani emanata dalle Nazioni Unite, approvata il 10 dicembre 1948.

¹³ Il principale limite della legge era che le autorità locali non erano obbligate ad agire.

tentazioni rivoluzionarie. Nel 1883 venne istituita l'assicurazione obbligatoria contro le malattie attraverso la costituzione di "casche sociali" finanziate per due terzi dai lavoratori e per un terzo dagli imprenditori. Il modello tedesco farà "scuola" in quasi tutti i paesi industrializzati e sin dal primo Novecento in alcuni di essi verrà ulteriormente sviluppato, includendo settori crescenti della popolazione¹⁴. Tuttavia, solo nel 1942 con il piano inglese Beveridge la salute si trasforma in un oggetto di preoccupazione per gli Stati, non per sé stessi, ma per gli individui, e il diritto dell'uomo a mantenere il suo corpo in buona salute diviene oggetto dell'azione statale. A partire da questo momento la salute diventa una fonte di spesa che per la sua importanza si trova collocata al livello delle grandi voci di bilancio dello Stato¹⁵.

La crisi del 1929 portò alla luce l'inadeguatezza dei sistemi di copertura sino ad allora istituiti. Furono gli Stati Uniti d'America ad introdurre, sotto la presidenza di Franklin D. Roosevelt, radicali riforme in materia di legislazione sociale. Nel 1935 fu varato il "Social Security Act" che introduceva importanti forme di interventi assicurativi a tutela di tutti i cittadini in condizioni di maggior disagio sociale (vecchiaia, disoccupazione, invalidità)¹⁶.

Il governo di Winston Churchill riuscì ad imprimere una svolta epocale attraverso l'introduzione del diritto alla salute quale diritto "universale", promuovendo nel 1939 la redazione di un rapporto dal titolo "Social Insurance and Allied Service" il cui principio guida, nonché dato caratterizzante della riforma, fu quello dell'universalità dell'assistenza pubblica, secondo cui i servizi sociali costituiscono un diritto di tutti i cittadini¹⁷. Ne derivò l'affermazione del diritto

¹⁴ Un modello derivato da Bismarck spesso citato come esempio di eccellenza è il modello israeliano, come sostenuto da Buswell G., "*The German healthcare system*", in Expatica, articolo pubblicato il 23.05.2023.

¹⁵ Foucault M., *Medicina e biopolitica. La salute pubblica e il controllo sociale*, cit, p. 6 s.

¹⁶ Emanata nel contesto del *New Deal*, malgrado le significative innovazioni, il presidente Roosevelt non riuscì a far accettare alcuna forma di assistenza sanitaria contro le malattie, anche per la resistenza dell'Associazione dei medici americani, contraria ad ipotesi di medicina socializzata.

¹⁷ Attuato nel 1948 dal governo laburista di Clement Attlee, vi dette attuazione con il "National Health Service" che istituiva, appunto il Servizio sanitario nazionale, come precisato da Maciocco G., "*I 70 anni del NHS*", in Salute Internazionale, articolo pubblicato il 28.05.2018.

alla salute come destinato a tutti i cittadini in quanto tali e non più limitato agli appartenenti ad una categoria di lavoratori, nel quadro di un sistema mutualistico. A proposito del lento ma progressivo riconoscimento di diritti ai cittadini, Stefano Rodotà scrive: «L'Ottocento sarebbe stato il secolo della libertà economica e il Novecento quello della libertà politica. La libertà finale, quella che riguarda le determinazioni sulla vita segnerebbe il secolo che stiamo vivendo. Una libertà nel quadro qui considerato, non prigioniera dell'egoismo ma promotrice anche di solidarietà, connessione, legame sociale e per la costruzione comune di valori condivisi¹⁸».

Guardando all'esperienza italiana, nello Statuto del Regno di Sardegna, promulgato il 4 marzo 1848 dal re Carlo Alberto, non vi è menzione dei diritti sociali e nessuna traccia, in particolare, della salute come diritto individuale. Questa, semmai, rilevava come interesse collettivo, nel senso che la salute della popolazione era considerata un interesse pubblico da perseguire. L'intervento dei pubblici poteri era ammesso sotto forma di beneficenza e concepito essenzialmente al fine di tutelare il primario interesse statale al mantenimento dell'ordine pubblico, mentre mancava del tutto l'idea del servizio pubblico universale. L'idea era che allo Stato difettassero i mezzi per occuparsi della salute di ciascuno e che, comunque, se l'avesse fatto, avrebbe determinato una gravissima limitazione, se non talora una vera soppressione della libertà individuale¹⁹.

La nostra Costituzione, in linea con i principi internazionali, all'art. 32 impone alla Repubblica di “tutelare la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività” nonché di garantire “cure gratuite agli indigenti²⁰”.

Solo a partire dagli anni '70, grazie alle pronunce della Corte costituzionale, il diritto alla salute è stato interpretato quale diritto *erga omnes*, immediatamente garantito dalla Carta costituzionale. In tal senso esso consiste nel diritto

¹⁸ Rodotà S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit, p. 72.

¹⁹ Sull'evoluzione storica del diritto alla salute: EPRS Servizio di Ricerca del Parlamento europeo, *Il diritto alla salute, una prospettiva di diritto comparato*, studio di gennaio 2022.

²⁰ All'articolo 32 fu data piena attuazione solo con la legge n. 833/1978, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale. Sino ad allora permasero una pluralità di enti previdenziali e mutualistici che erogavano prestazioni assistenziali in una logica assicurativa.

all'integrità psicofisica, tutelabile direttamente e azionabile dai soggetti legittimati nei confronti degli autori di comportamenti illeciti, siano essi soggetti pubblici o privati. Più tardi negli anni, la Consulta si è preoccupata di definire anche la dimensione positiva del diritto alla salute, consistente nella fruizione delle prestazioni sanitarie erogabili come servizio pubblico a favore dei cittadini²¹, precisando che, l'erogazione dei trattamenti sanitari avviene secondo la determinazione dei modi di attuazione della relativa tutela da parte del legislatore ordinario²².

Al comma 2° dell'art. 32 viene formalmente sancito il principio di autodeterminazione sanitaria, il quale si articola in due componenti: una negativa, l'altra positiva. La prima implica il diritto del soggetto di essere malato, di restare tale e dunque di sottrarsi coscientemente alle cure che gli vengono proposte; la seconda, al contrario, riconosce il diritto di scegliere tra diverse terapie, medici e luoghi di somministrazione delle cure. Presupposto dell'autodeterminazione è il diritto del soggetto di essere adeguatamente informato circa la propria condizione, al fine di poter prestare un consenso cosciente alla terapia.

Che la Costituzione riconosca la salute come vero e proprio diritto soggettivo, addirittura “fondamentale²³”, è un dato tutt'altro che banale, anzitutto perché nessun altro diritto costituzionale vede attribuita questa caratteristica. In quanto fondamentale, il diritto alla salute è inalienabile, intrasmissibile, indisponibile e irrinunciabile²⁴.

Con un significativo mutamento linguistico si ricorre sempre più spesso all'aggettivo “fondamentale” al posto del tradizionale “inviolabile”, per mettere in evidenza l'intrinseco valore assunto da alcuni diritti nel caratterizzare non solo le

²¹ In particolare, a partire dalla sentenza della Corte costituzionale del 26.09.1990, n. 455.

²² Palamoni G., “*L'evoluzione del diritto alla salute: riflessi giurisprudenziali ed organizzativi*”, in *Il diritto amministrativo – Rivista giuridica online*.

²³ Il progetto originario presentato all'Assemblea costituente per la discussione non prevedeva il riconoscimento della qualifica di “fondamentale”, che fu introdotta con sentenza della Corte costituzionale del 12.07.1979, n. 88 configurando la tutela della salute come un diritto primario ed assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati allo scopo di garantirla in modo più chiaro e incisivo.

²⁴ Il tema della irrinunciabilità verrà approfondito nel capitolo successivo. Sull'evoluzione storica del diritto alla salute: EPRS Servizio di Ricerca del Parlamento europeo, *Il diritto alla salute, una*

posizioni individuali, ma il sistema politico-istituzionale nel suo complesso. Per questo il contenuto essenziale di questi diritti deve essere in ogni caso rispettato²⁵. Anzi, la Consulta ha stabilito che quelli che appartengono all'essenza dei valori sui quali si fonda la Costituzione e contribuiscono a definire i principi supremi dell'ordinamento italiano non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali²⁶.

«I diritti inviolabili dell'uomo non sono sopprimibili neanche dalla maggioranza e neanche dall'unanimità dei consociati perché patrimonio irretrattabile della persona umana: siamo di fronte a una saldatura tra umanità e diritto che assume la forma della compenetrazione tra persona e i diritti fondamentali e questi si pongono come un limite a ogni altro uso del diritto che possa indebolire questo legame²⁷».

Il diritto alla tutela della salute rientra nell'alveo dei diritti sociali e affonda le sue radici nei principi di solidarietà e pari opportunità. Da ciò discende il dovere dello Stato di evitare o eventualmente di rimuovere qualsiasi forma di discriminazione nell'accesso alle risorse pubbliche, affinché dal circuito sanitario non vengano esclusi singoli soggetti o intere categorie di soggetti.

Dopo aver considerato la salute come diritto fondamentale dell'individuo, si prevede che i trattamenti obbligatori possano essere previsti soltanto dalla legge e comunque in nessun caso possono violare il limite imposto dal rispetto della persona umana. Questa rappresenta forse una delle dichiarazioni più forti della nostra Costituzione poiché pone al legislatore un limite invalicabile, più incisivo ancora di quello previsto dall'articolo 13 per la libertà personale, il quale ammette limitazioni sulla base della legge e con provvedimento motivato del giudice. Nell'articolo 32 si giunge a concludere che nessuna volontà esterna, fosse pure

prospettiva di diritto comparato, cit. e Palamoni G., “*L’evoluzione del diritto alla salute: riflessi giurisprudenziali ed organizzativi*”, cit.

²⁵ Lo ribadisce anche l'articolo 52 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea del 2000.

²⁶ Lo precisa la sentenza della Corte costituzionale del 15.12.1988, n. 1146. Sul mutamento linguistico: EPRS Servizio di Ricerca del Parlamento europeo, *Il diritto alla salute, una prospettiva di diritto comparato*, cit, p. 6 s.

²⁷ Rodotà S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit, p. 32.

quella coralmente espressa da tutti i cittadini o da un Parlamento unanime può prendere il posto di quella dell'interessato²⁸.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo non contiene alcuna disposizione espressamente e specificamente dedicata al diritto alla salute, ma ciò non significa che esso non trovi alcuna forma di tutela nell'ambito del sistema CEDU, in particolare ad opera della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Il diritto alla salute riceve dalla Corte di Strasburgo una tutela indiretta per situazioni nelle quali il pregiudizio alla salute si riflette nella lesione o messa in discussione di altri diritti garantiti dalla Convenzione.

2. La tutela della salute nel contesto carcerario

Nel nostro ordinamento, la pena detentiva è indubbiamente la più afflittiva e la più drastica delle sanzioni che è possibile irrogare affinché vengano rispettati i precetti legislativi. Questo presupposto è riconosciuto in maniera pressoché unanime²⁹.

L'articolo 27 della nostra Carta costituzionale statuisce espressamente un divieto ed un fine essenziale della sanzione penale: le pene non possono consistere in "trattamenti contrari al senso di umanità" e devono "tendere alla rieducazione del condannato". La prospettiva di una umanizzazione della pena ed il fine rieducativo che essa deve perseguire evidenzia la necessità di prevedere un trattamento individualizzato per ciascun detenuto³⁰.

Alla luce del finalismo rieducativo sorgono non pochi dubbi circa la compatibilità con la Costituzione della pena dell'ergastolo il cui carattere perpetuo è, per tanti versi, in contrasto con il principio di umanità, facendo perdere al recluso la speranza di poter riacquistare in futuro la libertà e, per ciò stesso, la natura illimitata della pena frustra il profilo rieducativo della medesima. Tuttavia, la giurisprudenza costituzionale ha avuto modo di evidenziare che "la previsione

²⁸ Sull'inviolabilità della tutela: *"Relazione predisposta in occasione dell'incontro della delegazione della Corte costituzionale con il Tribunale costituzionale della Repubblica di Polonia Varsavia"*, in www.cortecostituzionale.it, documento approvato il 30.03.2006.

²⁹ De Agostino W., *I diritti dei detenuti in Italia, Tutela e garanzie alla luce della CEDU*, Milano, 2016.

³⁰ Fiorentin F., *"Il trattamento rieducativo"* in www.diritto.it, articolo pubblicato l'8.10.2004.

astratta dell'ergastolo deve ormai essere inquadrata in quel tessuto normativo che progressivamente ha finito per togliere ogni significato al carattere della perpetuità che all'epoca dell'emanazione del codice la connotava³¹". Occorre verificare se il diritto alla salute, uno dei diritti fondamentali e "incomprimibili" per eccellenza, subisca variazioni derivanti dallo stato di detenzione del soggetto e se queste possano considerarsi legittime, in ragione delle esigenze di sicurezza strettamente connesse alla detenzione del reo.

Tale 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).

Vige, nel nostro sistema, la presunzione di non colpevolezza fino alla condanna definitiva: questo principio, affermato già da Montesquieu e presente, oltre che nell'art. 27, comma 2°, della nostra Cost., anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea³², ha trovato piena attuazione solo col codice di procedura penale del 1989. Il sistema finalizza, pertanto, la detenzione a scopi, oltre che di emenda, di recupero sociale, attraverso l'applicazione al condannato di uno speciale "programma di trattamento", redatto da una équipe di esperti in esito ad un'osservazione "scientifica" sulla personalità del soggetto che ne evidenzia i fattori di disadattamento sociale³³.

I valori della "umanità" e della "dignità della persona", posti alla base del trattamento penitenziario fanno da corollario all'affermazione del principio della "assoluta imparzialità" nei riguardi di tutti i detenuti, "senza discriminazioni in ordine a nazionalità, razza, condizioni economiche e credenze religiose", principio che rappresenta una significativa applicazione del principio di eguaglianza dell'art. 3, comma 1°, della Costituzione.

È opportuno, dunque, ragionando sull'art. 32 della Cost., verificare la sua reale valenza di tutela e la sua compatibilità con le norme sovranazionali, e in

³¹ Per una riflessione sul dibattito dottrinale: Nicotra I., "*Pena e reinserimento sociale. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani*", in *dirittopenitenziarioecostituzione.it*, articolo pubblicato l'11.11.2017.

³² L'articolo 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE corrisponde all'articolo 6, paragrafi 2 e 3 della CEDU.

³³ Legge 26.07.1975, n. 354, articolo 13, sull'ordinamento penitenziario.

particolare con la Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, la quale non contiene alcun riferimento specifico alla condizione dei soggetti privati della libertà. La lacuna, tuttavia, viene colmata dall’attività giurisprudenziale della Corte e della Commissione (gli organi giurisdizionali del Consiglio d’Europa), i quali hanno operato fin dalla metà degli anni Sessanta per riempire questo vuoto normativo³⁴. La Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo prevede all’art. 5 che “Nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamenti o a punizioni crudeli, inumani o degradanti”; e successivamente, all’art. 9, che “Nessun individuo potrà essere arbitrariamente arrestato, detenuto o esiliato”. Le due precedenti previsioni sono completate dalla previsione di cui all’art. 8, che attiene al profilo della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali. Quest’ultimo stabilisce che “Ogni individuo ha diritto ad un’effettiva possibilità di ricorso a competenti tribunali nazionali contro atti che violino i diritti fondamentali a lui riconosciuti dalla Costituzione o dalla legge”.

A seguito della condanna inferta dalla Corte di Strasburgo all’Italia, nel caso Torreggiani, in cui lo Stato italiano fu condannato al risarcimento di 10.600 euro³⁵ per il danno morale subito a causa del sovraffollamento, il legislatore italiano introdusse notevoli novità all’ordinamento penitenziario³⁶: la più importante è stata la modifica dell’articolo 69, comma 6°, dell’ordinamento penitenziario che ora prevede, tra le funzioni del Magistrato di Sorveglianza, anche il potere di provvedere sui reclami dei detenuti e degli internati concernenti “l’inosservanza da parte dell’amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge e dal regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all’internato un attuale e grave pregiudizio all’esercizio dei diritti”. Una delle altre innovazioni apportate al nostro ordinamento penitenziario, a seguito della sentenza Torreggiani, fu l’inserimento dell’articolo 35-ter nella legge sull’ordinamento penitenziario che disciplina “i rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell’articolo 3 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo nei confronti dei

³⁴ Gori A., “*Trattamenti inumani e degradanti, la giurisprudenza della Corte e il suo impatto sul diritto dei detenuti*”, contributo pubblicato nella rivista giuridica ADIR, l’altro Diritto, 2015.

³⁵ Corte Europea dei diritti dell’uomo, Sentenza Torreggiani, 8.01.2013.

³⁶ Decreto legge 23.12.2013, n. 146, convertito con modifiche nella legge 21.02.2014.

soggetti detenuti o internati”; è stata inoltre introdotta la possibilità per il detenuto di richiedere, mediante reclamo al Magistrato di Sorveglianza, il risarcimento del danno per i periodi di detenzione in carcere in cui ha subito un trattamento inumano e degradante, come definito dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

La disciplina dell’articolo 35-ter dell’ord. penit. è un’“osservata speciale” da parte della dottrina per i possibili aspetti di violazione di alcuni fondamentali parametri costituzionali. Si allude principalmente alla pena dell’ergastolo e alla quantificazione del risarcimento “a misura fissa”, in quanto l’ergastolano non potrebbe beneficiare concretamente dello “sconto di pena” concesso a titolo risarcitorio né potrebbe giovare del rimedio economico, possibile soltanto nei casi tassativi previsti dalla norma penitenziaria³⁷.

La Corte di Strasburgo ritiene che rientrino nell’operatività del divieto di trattamento inumano o degradante tutte quelle ipotesi in cui le condizioni di fatto della detenzione, pur non costituendo in maltrattamenti fisici e psichici volontariamente inflitti, appaiono comunque lesive della dignità umana dei detenuti, tra cui spiccano: condizioni di sovraffollamento, carenze igienico-sanitarie, illuminazione o areazione insufficienti, temperature eccessivamente alte o basse. Può senz’altro sostenersi che i principi costituzionali siano stati in qualche modo rafforzati dopo la ratifica da parte dell’Italia della CEDU, che stabilisce il divieto di "trattamento inumano e degradante".

Per quanto riguarda il diritto alla salute dei detenuti, quanto disposto dall’art. 3 CEDU costituisce:

- il limite esterno del diritto, nel senso che le eventuali compressioni del diritto alla salute non possono arrivare al punto di costituire trattamenti "inumani e degradanti";
- il contenuto del divieto stesso, in quanto trattamenti inumani e trattamenti degradanti non sono solo quelli volti a svilire e fiaccare la dignità dell’individuo, ma ogni tipo di azione che per durata, premeditazione e intensità possano provocare intense sofferenze fisiche e mentali;

- la caratterizzazione della lesione perpetrata in violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti, in quanto è necessario che la sofferenza lamentata dal ricorrente ecceda quella connaturata a qualsiasi forma la privazione della libertà personale, e raggiunga, cioè, la cosiddetta soglia minima di gravità.

Si assiste quindi ad una sempre più evidente emersione a livello sovranazionale di una rete normativa a presidio dei diritti fondamentali, che ha evidenti ricadute nell'ordinamento interno e sugli strumenti interpretativi utilizzabili dal giudice nazionale, il quale deve operare in un sistema giuridico ormai multilivello e non più a caratterizzazione piramidale secondo il principio della gerarchia delle fonti. Il giudice nazionale, di fatto, applica direttamente e frequentemente la fonte sovranazionale e ciò soprattutto in tema di tutela dei diritti fondamentali il cui ruolo, in questi ultimi anni, per come viene interpretato dalla giurisprudenza comunitaria, sembra essere mutato.

Sottoporre delle persone malate ad una pena detentiva comporta la difficile ricerca di un punto di equilibrio tra il diritto alla salute del condannato e il diritto – dovere dello Stato³⁸ a fargli espiare la pena. Alla base di tutte le agevolazioni giuridiche, riservate ai condannati in precarie condizioni di salute, ci sono due articoli del Codice penale, l'articolo 146³⁹ e l'articolo 147⁴⁰. L'incompatibilità si verifica quando la persona è in una fase della malattia così avanzata da non rispondere più (secondo le certificazioni del Servizio Sanitario Penitenziario o di quello esterno) ai trattamenti terapeutici praticati in carcere. La legge non dice nulla per definire meglio il concetto di “grave infermità fisica” e per saperne di più dobbiamo guardare alla giurisprudenza che, peraltro, contiene anche elementi

³⁷ Corte costituzionale, sentenza 7.03.2017, n. 83.

³⁸ Rodotà S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit, p 216, sottolinea come il dolore del detenuto non sia collocabile solamente nella sfera della persona e nel suo rapporto con la divinità, ma interessi lo Stato in quello che si può definire “spazio pubblico”.

³⁹ Modificato dalla legge n. 231/99, che disciplina la compatibilità tra detenzione e H.I.V./A.I.D.S.

⁴⁰ Prevede il “rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena” quando il condannato è affetto da A.I.D.S. conclamata, o da grave deficienza immunitaria, o da altra malattia particolarmente grave per effetto della quale le sue condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione.

contraddittori⁴¹. Essa viene riconosciuta nel caso in cui la malattia conduca la persona alla morte senza che vi sia alcuna possibilità di cura; non è sufficiente, però, essere affetti da una malattia cronica irreversibile, bisogna che le condizioni fisiche del malato siano tali da poterne escludere la pericolosità. L'articolo 11 dell'ord. penit. dispone che: "Ove siano necessari cura o accertamenti diagnostici che non possono essere apprestati dai servizi sanitari degli istituti, i condannati e gli internati sono trasferiti, con provvedimento del magistrato di sorveglianza, in ospedali civili o in altri luoghi esterni di cura". Non si tratta, quindi, di una concessione eventuale e discrezionale, ma di un preciso diritto, peraltro riconosciuto anche agli imputati, sul cui trasferimento è competente il giudice che procede nei loro confronti. Se il trasferimento deve essere disposto con urgenza è il direttore a provvedervi, informandone subito il magistrato competente, il D.A.P. e il provveditore regionale alle carceri⁴².

La risoluzione ONU del 30 agosto 1955 che ha stabilito le regole minime per il trattamento dei detenuti, contemplando i locali di detenzione ha fissato i requisiti che devono avere, ed infatti: il punto 9.1 dispone che "Le celle o camere destinate all'isolamento non devono essere occupate che da un solo detenuto. Se, per motivi particolari, come per un momentaneo affollamento, è necessario fare eccezione a questa regola, si dovrà evitare di collocare due detenuti in una camera o cella"; il punto 9.2. dispone che "Quando si utilizzano dormitori, questi devono essere occupati da detenuti accuratamente selezionati e riconosciuti adatti ad essere collocati"; il punto 10.1. dispone che "I locali di detenzione, e in particolare quelli destinati ad accogliere i detenuti durante la notte, devono rispondere alle esigenze della igiene, tenuto conto del clima, particolarmente per ciò che riguarda la cubatura, la superficie minima, l'illuminazione, il riscaldamento e la ventilazione"; il punto 11 dispone che "In ogni locale in cui i detenuti devono vivere o lavorare: le finestre devono essere sufficientemente grandi perché il detenuto possa leggere e lavorare alla luce naturale; la chiusura di queste finestre deve permettere

⁴¹ Martufi A., *"Il differimento facoltativo della pena per grave infermità fisica: tra orizzonte di scopo della pena carceraria e dignità del detenuto"*, in www.giurisprudenzapenale.it, articolo pubblicato il 5.07.2017.

l'entrata dell'aria fresca, vi sia o no ventilazione artificiale; il punto 12 dispone che “Gli impianti sanitari devono permettere al detenuto di soddisfare i propri bisogni naturali al momento voluto, in modo proprio e decente.”; il punto 13 dispone che “Gli impianti di bagno e di doccia devono essere sufficienti perché ciascun detenuto possa essere posto in condizione di utilizzarli ad una temperatura adatta al clima e con la frequenza che esige l'igiene secondo la stagione e la posizione geografica, ma almeno una volta la settimana sotto un clima temperato”. Il punto 14 dispone che “Tutti i locali frequentati regolarmente dai detenuti devono essere mantenuti in perfetto stato di conservazione e di pulizia”. Queste regole formano i principi fondamentali che devono guidare l'amministrazione penitenziaria: dal rispetto della dignità dei detenuti, al rispetto della proporzionalità della misura detentiva, dal riconoscimento dell'importanza del contatto con la società esterna ai fini di garantire un adeguato processo di reinserimento, alla necessità di un controllo periodico delle condizioni di detenzione.

A proposito del carcere quale organizzazione sociale, Rodotà scrive: «Il carcere si umanizza, le pene alternative si sostituiscono in molti casi alla segregazione, ma l'associazione sanzione/dolore rimane, quasi fosse un dato naturale, un riflesso inconsapevole⁴³».

Alla luce del quadro giuridico delineato emerge come la pena deve essere attenta ai bisogni umani del condannato in vista del suo possibile reinserimento sociale, e fra questi necessariamente deve essere contemplata la tutela del diritto alla salute. Il trattamento potrà essere positivo se s'innesta su uno stato di benessere psico-fisico. L'assistenza sanitaria del detenuto, in tal senso, si pone come attività strumentale e si qualifica rispetto alla funzione di trattamento e di sicurezza. L'esecuzione della pena, vista nei suoi caratteri sanzionatori e disciplinari, passa in secondo piano rispetto alla malattia e alla disciplina sui ricoveri, sull'incompatibilità e sull'applicazione di misure limitative verso il recluso-malato.

⁴² Articolo 17 del Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà.

3. Salute e detenzione: un rapporto difficile

Il fattore di maggiore condizionamento della tutela del diritto alla salute all'interno del contesto carcerario è costituito dal rapporto antinomico tra le esigenze di salute e quelle di sicurezza. Aspetti potenzialmente confliggenti, ma entrambi fondamentali: il primo a tutela della persona, il secondo a tutela della collettività. L'importanza di ognuno di tali valori rende particolarmente complesso giungere ad un equilibrio che consenta di soddisfarli entrambi.

La popolazione detenuta si trova ad affrontare ostacoli e svantaggi situazionali, la cui compresenza alimenta la preoccupazione che l'obiettivo di tutela non venga raggiunto in modo coerente con quanto previsto dal dettato normativo, secondo cui la salute costituisce un diritto fondamentale a carattere universale. Costituiscono profili di ulteriore criticità, quanto alla salute organica e psichica, lo stile di vita, tenutosi prima e durante la detenzione ed il forte impatto emotivo dell'esperienza detentiva, con il connesso rischio di smarrimento e perdita dell'identità personale⁴⁴.

Tra le criticità che caratterizzano l'attuazione del diritto alla salute nell'ambiente carcerario vanno annoverate anche le difficoltà di rilevare eventuali simulazioni di malattie, attuate pretestuosamente per ottenere condizioni più favorevoli. Né è di poco conto l'ostacolo derivante dalla barriera linguistica che, oltre ad essere fattore di disagio per i detenuti stranieri, a causa dell'isolamento psicologico dovuto alla difficoltà di comunicare con gli altri, incide negativamente sulla relazione con gli operatori, nel rappresentare in modo esauriente e preciso le proprie condizioni di salute.

I detenuti maggiorenni⁴⁵ incarcerati in Italia al 30 novembre 2022, sono 56.524. Si trovano in 189 istituti in tutto il Paese. Di questi 2.389 sono donne e

⁴³ Rodotà S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit, p. 209.

⁴⁴ Come sottolineato in Antigone, *XVIII rapporto sulle condizioni di detenzione, Il carcere visto da dentro*, pubblicato il 22.04.2022.

⁴⁵ Il presente elaborato non farà riferimento alla popolazione detenuta minorenni a causa della relativa scarsità di dati relativi ad episodi di autolesionismo e suicidio. Inoltre, il tema della salute di detenuti minori di età presenta molte peculiarità legate alle particolari esigenze di protezione del detenuto: il tema meriterebbe un'apposita trattazione, con un approfondimento che in questa sede non è possibile fornire.

rappresentano il 4,23% del totale e 17.882 sono stranieri, rappresentando il 31,64% del totale⁴⁶.

Il nostro Paese è tra quelli con maggiore sovraffollamento carcerario: 107,4%⁴⁷, contro una media europea di 82,5%, ma occorre tenere presente che, a causa di piccoli o grandi lavori di manutenzione, la capienza reale degli istituti è spesso inferiore a quella ufficiale. Va inoltre sempre tenuto presente che, se 107,4% è il tasso ufficiale medio di affollamento, in alcune regioni è decisamente più alto (Puglia: 134,5%, Lombardia: 129,9%), mentre alcuni istituti presentano tassi di affollamento analoghi a quelli che si registravano al tempo della condanna dell'Italia da parte della CEDU.

In termini relativi sulla popolazione residente, l'Italia risulta uno dei Paesi con il più basso numero di detenuti, ma tra i Paesi con il più alto tasso di sovraffollamento delle carceri in Europa.

Ad una costante tendenza alla crescita si sono contrapposti in diversi momenti misure e sforzi straordinari per contenere il ricorso al carcere. È stato così, ad esempio, ai tempi della citata condanna all'Italia da parte della CEDU nel gennaio 2013, e di nuovo di recente a causa della pandemia da Covid-19, ma la tendenza di fondo, che torna sempre a vanificare questi sforzi, resta quella di una più o meno rapida crescita. Negli ultimi decenni è cambiata anche la posizione giuridica dei detenuti nonostante l'andamento oscillante delle presenze registrato: da tempo, infatti, si registra una costante tendenza alla riduzione del ricorso alla custodia cautelare in proporzione alla crescita di persone con una condanna definitiva, con tutte le implicazioni che questo comporta sia in termini di domanda di salute sia in termini di opportunità di reinserimento.

La vivibilità delle celle è un aspetto fondamentale per la salute di chi è detenuto, dato che in cella molti reclusi finiscono per passare buona parte del proprio tempo. Ma un carcere non è fatto solo di celle e la qualità della detenzione, oltre alla sua capacità di influire positivamente sul percorso trattamentale della persona,

⁴⁶ I posti sono calcolati sulla base del criterio di 9 mq per singolo detenuto + 5 mq per gli altri, lo stesso per cui in Italia viene concessa l'abitabilità alle abitazioni. Fonte dei dati: Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria - Ufficio del Capo del Dipartimento - Sezione Statistica.

⁴⁷ ISTAT, *Detenuti presenti nelle carceri italiane*.

dipende anche dalle caratteristiche degli spazi comuni. Anche questi purtroppo spesso inadeguati.

Con il caldo, il sovraffollamento diventa ancora più difficile da sostenere. Gli osservatori hanno rilevato che in quasi un terzo degli istituti ci sono celle in cui non sono garantiti neppure i 3 metri quadri calpestabili per persona⁴⁸ e si aggiunge anche che nel 58% delle celle non ci sia la doccia⁴⁹ ed, infine, nel 44,4% degli istituti ci sono celle con schermature alle finestre che impediscono il passaggio di aria⁵⁰.

La verità è che lo spazio, o la sua mancanza, è solo uno dei fattori che vanno considerati quando si parla di sovraffollamento. Per ospitare in maniera dignitosa le persone detenute servono anche personale, attività, opportunità trattamentali, risposte alla domanda di salute o a quella di inclusione sociale. Dove queste risorse non sono adeguate alle presenze, il carcere andrebbe considerato sovraffollato comunque, anche se il mero spazio fisico fosse sufficiente. E quando si creano nuovi spazi detentivi bisogna poi riempirli di tutti questi contenuti.

Quello che chiamiamo sovraffollamento è probabilmente anche il frutto dell'inadeguatezza dell'offerta trattamentale e di una carcerazione che acutizza i problemi anziché risolverli⁵¹. Tale tema si collega strettamente alla tutela della dignità della persona e al rispetto dei suoi diritti fondamentali, il cui riconoscimento assume, in ambito penitenziario, connotati specifici, sia perché il loro esercizio è condizionato dal fatto che il soggetto si trovi in una condizione di limitazione della propria libertà personale, sia perché attraverso il loro godimento è possibile perseguire il fine rieducativo della pena.

⁴⁸ Secondo l'ormai costante giurisprudenza, la Corte di Strasburgo considera automaticamente integrato un trattamento inumano e degradante allorché ciascun detenuto disponga di uno spazio personale pari o inferiore a tre metri quadri (a fronte degli almeno quattro raccomandati dal Comitato per la Prevenzione della Tortura del Consiglio d'Europa).

⁴⁹ Il D.P.R. 30.06.2000, n. 23, prevedeva che ci fossero docce in ogni camera di pernottamento entro il 20.09.2005.

⁵⁰ Antigone, *Rapporto di metà anno sulle condizioni di detenzione in Italia, La calda estate delle carceri*, pubblicato il 28.07.2022.

⁵¹ Intervista alla senatrice Nerina Dirindin e al garante detenuti del Lazio Fabio Gui, Forum nazionale per il diritto alla salute delle persone private della libertà, *Il diritto alla cura in carcere tra sovraffollamento, barriere linguistiche e medicina di genere*, maggio 2020, in www.forward.recentiprogredi.it, ove viene specificato come il sovraffollamento favorisce l'insorgere di

Un'altra delle caratteristiche proprie dell'ambiente carcerario è costituita dalla scarsa presenza di operatori di polizia penitenziaria, paragonata sia al numero di educatori sia alla popolazione detenuta: il rapporto fra detenuti ed agenti è di 1,67 agenti per detenuto. Il confronto con alcuni dati a livello europeo ci può essere d'aiuto per comprendere il peso numerico che gli operatori di polizia penitenziaria hanno nel nostro paese. Il rapporto fra operatori addetti alla sicurezza e detenuti degli istituti penitenziari in Francia è, per esempio, 2,5, in Spagna 3,7, in Inghilterra e Galles 3,9⁵². Si tratta di un elemento caratteristico dell'universo carcerario italiano che pare essere il risultato di due principali fattori: da un lato i numerosi distacchi, dall'altro le nuove assunzioni di personale che sembrano non essere in grado di controbilanciare i pensionamenti degli operatori più anziani.

Tutto ciò ci consegna un chiaro messaggio sulla reale finalità della pena legata al contenimento della persona piuttosto che alla sua risocializzazione.

Il detenuto malato, poi, ha tutte le caratteristiche di un "paziente difficile": non mancano, infatti, persone refrattarie a qualsiasi autorità, con un problematico rapporto medico-paziente e ci sono poi detenuti con problematiche psichiatriche e di dipendenza.

Quello della salute mentale rimane il capitolo più numericamente consistente e più problematico nelle risposte date dall'amministrazione penitenziaria. I numeri anzitutto continuano a fotografare il carcere come "psico-patogeno", dove il disagio psichico, diagnosticato e non, è diffuso, capillare e omogeneo sul territorio nazionale. I "disturbi psichici" rappresentano la metà delle patologie rilevate nella popolazione detenuta. Per avere un'idea della consistenza di questo dato, basti pensare che gli altri due gruppi di patologie più diagnosticate in carcere, che sono quelle del sistema cardiocircolatorio e delle malattie endocrine, del metabolismo e immunitarie, sono entrambi al 15% del totale delle patologie rilevate. Dunque, il disturbo psichico si conferma di gran lunga la prima categoria diagnostica nelle

patologie da contatto e quelle dovute a una scarsa igiene, non solo personale ma soprattutto degli ambienti.

⁵²Fonte dei dati: Maculan A., *"Sotto organico": il personale degli istituti penitenziari*, Rapporto Antigone, 2017.

carceri italiane⁵³. Secondo i dati raccolti dal Garante nazionale delle persone private della libertà, le persone con una diagnosi accertata di disagio psichico sono 381, meno dell'1% del totale della popolazione detenuta. Si tratta tuttavia di un “dato giuridico”, che riguarda tutti quei casi per cui dalla diagnosi psichiatrica derivi una qualche decisione dell'amministrazione penitenziaria o della magistratura. Se si considera invece il dato dal punto di vista sanitario, i numeri come abbiamo visto crescono enormemente. A fronte di questo quadro, dalle osservazioni di Antigone appare come la tendenza più diffusa sia quella di “curare” (o meglio, “gestire”) il disagio psichico all'interno dell'istituzione penitenziaria; un aspetto molto problematico riguarda l'uso massiccio di psicofarmaci anche per persone senza una diagnosi psichiatrica certificata⁵⁴. La valutazione di tale indagine conferma, per altro, un precedente studio effettuato dal Comitato Nazionale di Bioetica dove veniva evidenziato che “la popolazione detenuta rappresenta un gruppo ad alta vulnerabilità, il cui livello di salute, ancor prima di entrare in carcere, è mediamente inferiore a quello della popolazione generale⁵⁵”.

La tutela della salute mentale in carcere deve confrontarsi con il residuo culturale dell'Ospedale Psichiatrico Giudiziario: la chiusura degli OPG è solo un tassello nella costruzione di un nuovo sistema di cura dei soggetti affetti da disturbo mentale e autori di reato. Tale sistema tarda a prendere forma, in parte perché le modifiche normative conseguenti all'abolizione degli OPG non sono state portate a termine; in parte perché il cambio di paradigma nell'ambito della salute mentale è più arduo nel caso di soggetti autori di reato. E ciò favorisce l'inerzia legislativa, in un circolo vizioso, che persiste anche dopo l'abbattimento delle mura oltre che con la generale difficoltà all'affermazione del diritto alla tutela della salute in carcere⁵⁶.

⁵³ Antigone, raccogliendo i dati direttamente dagli operatori sanitari delle singole carceri ha rilevato che il 13% del totale della popolazione detenuta ha una diagnosi psichiatrica grave: in numeri assoluti significa oltre 7 mila persone.

⁵⁴ Antigone, *XVIII rapporto sulle condizioni di detenzione, Il carcere visto da dentro*, cit.

⁵⁵ CNB, *La salute dentro le mura*, 2013.

⁵⁶ CNB, *Salute mentale e assistenza psichiatrica in carcere*, 2019.

Ad impattare significativamente sulla salute dei detenuti sono anche i problemi odontoiatrici, spesso sottovalutati, che necessitano di cure spesso anche molto più ampie e complesse rispetto alla società civile. Anche il bruxismo (il digrignamento dei denti) interessa il 30% della popolazione generale, ma sale rapidamente al 70% nella popolazione penitenziaria, e può rappresentare l'emblema del livello di tensione emotiva dei soggetti privati della libertà, soprattutto se si considera il basso reddito dei detenuti, che per il 90% dei casi è inferiore al livello della soglia di povertà⁵⁷.

Nonostante il contesto generalmente negativo, in carcere non mancano esempi che testimoniano alcuni importanti progressi nell'ambito sanitario: gli screening effettuati per Epatite C⁵⁸, HIV e tubercolosi sui detenuti, considerati popolazione a rischio, hanno permesso di individuare i soggetti infettati che hanno potuto così iniziare le terapie e i trattamenti adeguati⁵⁹. Purtroppo, però anche quando l'infezione viene diagnosticata, poi, ci sono difficoltà a trattarla, soprattutto per la carenza di risorse economiche ed umane. Un aspetto particolarmente impattante a riguardo è quello del *turn-over* dei detenuti: il detenuto che entra in terapia può essere trasferito all'insaputa del medico curante in altri istituti dove spesso non può ricevere le stesse cure e quando viene messo in libertà raramente va dal medico e quasi sempre sospende la cura.

Poco realistico pensare che le patologie infettive non varchino le mura delle prigioni. «Con molte malattie come l'HIV o l'epatite C in Europa la prevalenza nelle carceri è da 10 a 20 volte superiore a quella della società esterna⁶⁰». Il carcere, dunque, può essere un vettore di diffusione delle infezioni, ma sarebbe profondamente sbagliato e inutile identificare nel detenuto un “untore” della società.

⁵⁷ Fazion C., “*Nelle carceri italiane è garantito il diritto alla salute*”? cit.

⁵⁸ Secondo la ricerca GfK-Eurisko 2007, che ha coinvolto i medici penitenziari, in un caso su 5 la malattia non viene trattata perché non ce n'è il tempo ed il paziente muore. Appena il 26% dei detenuti-pazienti con epatite fa una terapia completa. Dopo la scarcerazione, di oltre la metà dei pazienti che rientrano nella collettività non si sa più niente.

⁵⁹ L'epatite C è una malattia ad altissimo rischio nel carcere perché nel luogo di detenzione ci sono condizioni che ne favoriscono la diffusione. In primo luogo, il sovraffollamento e poi l'uso in comune di oggetti taglienti come rasoï, tagliaunghie e di spazzolini da denti.

L'emergenza sanitaria da Covid-19 si è innescata in un contesto già di per sé precario. Tra i gruppi sociali maggiormente a rischio, i detenuti occupano infatti una posizione di primo piano. La possibilità di rispettare una tra le più importanti norme di sicurezza, il distanziamento sociale, si è scontrata con l'atavico problema del sovraffollamento; tuttavia, i dati hanno fotografato un numero di contagi in linea, se non inferiore, rispetto agli altri paesi europei. Secondo il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà, al primo maggio 2020, durante la prima fase emergenziale, erano stati registrati 159 casi di Covid-19 tra i detenuti italiani e 215 tra il personale penitenziario. Va detto tuttavia che è anche sorto il problema che non esistono dati pubblici sul numero di tamponi eseguiti sui detenuti⁶¹.

Ragioni strutturali e contingenti hanno reso quasi impossibile rispettare le tradizionali misure di contenimento: distanziamento fisico, quarantena volontaria per casi sospetti, isolamento sanitario per i positivi. A ciò si aggiunga la quasi totale mancanza di materiale di protezione: mascherine, disinfettanti, guanti, ecc. Sono state inoltre attivate misure straordinarie, sia per il personale penitenziario sia per i detenuti, che, se da un lato hanno limitato ancora più i diritti degli ospitati all'interno delle carceri, dall'altro hanno minato i particolari equilibri dell'intero sistema penitenziario nazionale.

4. Il caso Cospito: la punta di un iceberg

Dentro le mura la persona si rivela capace di resistenze: vuole comunicare agli altri il proprio disagio e il proprio dolore. Vuole rendere pubblico sia il suo diritto a esserci che a parlare di sé. Dopo l'atto pubblico del processo, con l'internamento, il corpo del soggetto perde visibilità e diventa un uomo astratto. Il corpo inquisito è trasformato dai mass-media nei grossi casi giudiziari ed è proposto un controllo esterno sul corpo del soggetto. Diventa una comunicazione

⁶⁰ Dichiarazione pubblica del 21.09.2012 di Stefan Enggist, responsabile Salute e Carcere di OMS Europa.

⁶¹ Antigone, *XVII rapporto sulle condizioni di detenzione, Salute e carcere. L'impatto della pandemia sul malato carcere*, 2020.

sociale l'immagine di devianza-simbolo che il proprietario reale non possiede come immagine di sé e nella quale spesso non si riconosce.

“E i detenuti sono costretti all'immobilità, a subire la lentezza burocratica, una paralisi che limita l'azione personale. Vivono in una condizione fisica artificiale, dove le relazioni spaziali e temporali sono costrette e dove l'interazione fra corpo e mente subisce modificazioni negative. Egli ne è consapevole e odia questa sua dipendenza, questa umiliante regressione, ma per sopravvivere, deve usare proprio quei servizi che sono parte integrante della sua reclusione, della sua menomazione fisica⁶²”. La concessione di alcuni benefici, legati all'esecuzione effettiva della pena, è strettamente dipendente dalle condizioni di salute tanto che il detenuto, a volte, accentua o infine inventa una malattia per ottenerli. Per reagire alcuni sottraggono il corpo, ad esempio usando lo strumento dello sciopero della fame, altri la mente, creando una “simulazione di anormalità” o producendo fenomeni di autolesionismo.

La simulazione è l'intenzione cosciente di ingannare: così si presentano le forme più varie, dall'esagerazione di un sintomo o dall'insincera accentuazione all'auto aggravamento o addirittura all'autolesione volontaria.

L'autolesionismo è, per lo più, un mezzo di comunicazione utilizzato da chi è privo di “voce” o ritiene di non possederne abbastanza da farsi sentire. È l'espressione di un'aggressività autodiretta, oppure volontà di ottenere un beneficio dal gesto o un atto di protesta o di autodifesa.

Il fenomeno dell'autolesionismo va tenuto ben distinto dal suicidio, la cui fattispecie si manifesta in carcere, in misura sensibilmente maggiore rispetto a quanto avviene tra le persone libere. Tale stato d'animo si avverte in modo più intenso negli istituti in cui promiscuità, sovraffollamento, inattività, difficoltà di socializzazione siano il portato delle caratteristiche e delle condizioni dei medesimi.

Il suicidio, a differenza dell'autolesionismo o dello sciopero della fame, se pure è talvolta una forma di comunicazione, non chiede e né cerca risposta, ritenendo di

⁶² “*La salute in carcere*” in Ristretti Orizzonti - Rivista dalla Casa di Reclusione di Padova e dall'Istituto Penale Femminile della Giudecca, www.ristretti.it.

aver trovato quella definitiva. Anche nel suicidio carcerario è presente un carattere di scelta oscura, imprevedibile, legata a dinamiche soggettive profonde, difficili da esplorare, che emergono spesso soltanto dopo l'atto. È difficile distinguere *ex ante* quale tra le persone astrattamente a rischio porrà in opera la scelta suicidaria. Sono statisticamente maggioritari i casi in cui, dopo che il suicidio è accaduto, si constata che nessuno avrebbe saputo prevederlo: non i compagni di cella, non gli amici, non i congiunti del detenuto, non il personale.

Il fenomeno dell'autolesionismo, dello sciopero della fame, dei suicidi e dei tentati suicidi all'interno delle strutture carcerarie costituiscono oggi una vera emergenza⁶³.

Nel 2022 negli istituti penitenziari italiani si sono suicidati 84 detenuti: è il numero più alto dal 1990, l'anno in cui è iniziata la raccolta dei dati. In media, quindi si è suicidato un detenuto ogni quattro giorni e mezzo. Ad oggi, l'istituto dove sono avvenuti più casi di suicidio è la Casa Circondariale di Foggia con quattro decessi. Seguono con tre ognuno, le Case Circondariali di Milano San Vittore, Monza e Roma Regina Coeli. Possiamo notare come si tratta di istituti di grandi dimensioni e di Case Circondariali. Quasi tutti soffrono da anni di una situazione cronica di sovraffollamento, che nel caso di Foggia, Regina Coeli e Monza si aggira addirittura intorno al 150% della loro capienza. A Monza, in particolar modo, vi è un'elevata presenza di detenuti affetti da patologie psichiatriche e il 50% della popolazione è tossicodipendente⁶⁴.

Emerge inoltre come siano molti i casi di persone toltesi la vita in carcere ancora in attesa di giudizio: tra queste, diverse sono quelle che in carcere si trovavano solo da pochi giorni o addirittura da poche ore. Oltre a chi era da poco in carcere, diversi sono stati i suicidi di persone che si trovavano invece in procinto di lasciarlo.

A volte tuttavia assurge l'accezione di un ricatto motivato la cui la posta in gioco è la perdita della vita intesa come prezzo da pagare per il rifiuto della istituzione a

⁶³ Antigone, *Si torna a morire. Il preoccupante aumento di suicidi e morti in carcere*, maggio 2018.

⁶⁴ Fonte dei dati: Antigone, *Dossier sui suicidi in carcere nel 2022*, pubblicato il 31.12.2022.

rispondere ad una richiesta e lo sciopero della fame rientra tra i vari gesti autolesivi che i detenuti possono compiere a tale fine⁶⁵.

Nell'autunno del 2022 il dibattito pubblico è stato interessato dalla vicenda di Alfredo Cospito, classe 1967, ritenuto uno degli elementi di spicco del mondo anarchico torinese, nel 2014 è stato condannato a 9 anni e 5 mesi di reclusione per la gambizzazione di Roberto Adinolfi, dirigente della Ansaldo Nucleare. Successivamente ha ricevuto un'ulteriore condanna a 20 anni di reclusione per l'attentato del 2006 contro la scuola allievi carabinieri di Fossano (CN)⁶⁶.

A seguito del nuovo attentato Cospito è stato inizialmente condannato a 20 anni di reclusione con l'accusa di strage⁶⁷; successivamente la Corte di cassazione, su richiesta della Procura, ha riqualificato il reato come atto terroristico "diretto ad attentare alla sicurezza dello Stato"⁶⁸ e di conseguenza la Corte d'assise di Torino, chiamata a emettere la sentenza, ha rimesso gli atti alla Corte costituzionale perché stabilisse la compatibilità o meno tra ergastolo ostativo e un attentato senza vittime.

Il 5 maggio 2022 l'anarchico è stato posto in regime di reclusione 41-*bis*⁶⁹ nel carcere di massima sicurezza di Bancali (SS) "per i numerosi messaggi che, durante lo stato di detenzione, ha inviato a destinatari all'esterno del sistema carcerario e documenti destinati ai propri compagni anarchici, invitati

⁶⁵ Baccaro L., *"Carcere e salute"*, in Ristretti Orizzonti - Rivista dalla Casa di Reclusione di Padova e dall'Istituto Penale Femminile della Giudecca, in www.ristretti.it.

⁶⁶ Informazioni biografiche ricavate da: *"Cospito chi è e perché è diventato un caso"*, in Il Sole 24 ore, articolo pubblicato l'1.02.2023.

⁶⁷ Ai sensi dell'art. 422 del Codice penale.

⁶⁸ In base all'art. 285 del Codice penale.

⁶⁹ Secondo l'Enciclopedia Treccani (in www.treccani.it/enciclopedia/carcere-duro-art-41.it): l'istituto, introdotto dalla legge 10.10.1986, n. 66, prevede un particolare regime carcerario che per la rigidità delle prescrizioni è anche noto come "carcere duro". Il regime si applica ai singoli detenuti ed è volto a ostacolare le comunicazioni degli stessi con le organizzazioni criminali operanti all'esterno, i contatti tra appartenenti a una stessa organizzazione all'interno di un carcere e i contatti tra gli appartenenti a diverse organizzazioni criminali, così da evitare il verificarsi di delitti e garantire la sicurezza e l'ordine pubblico anche fuori dalle carceri.

I soggetti destinatari della misura restrittiva sono puntualmente previsti dalla norma e possono essere solo coloro i quali si trovano detenuti per determinate fattispecie di delitti gravi, facenti spesso capo a contesti delinquenziali associativi, di matrice mafiosa o camorristica oppure di matrice eversiva o terroristica.

esplicitamente a continuare la lotta contro il dominio con mezzi violenti ritenuti più efficaci"⁷⁰.

Il 20 ottobre 2022 Cospito ha iniziato uno sciopero della fame contro le condizioni del regime 41-*bis*, sollecitando la presa di posizione di Amnesty International a proposito del “carcere duro” giudicandolo "un trattamento crudele, inumano e degradante"⁷¹.

Gli avvocati della difesa hanno fatto ricorso contro la misura detentiva, respinto poi dalla Corte di cassazione il 24 febbraio 2023. Già il 19 dicembre 2022 il Tribunale di sorveglianza di Roma aveva rigettato la richiesta, come successivamente lo aveva respinto il Ministro della Giustizia del Governo Meloni Carlo Nordio, argomentando la decisione con "la sussistenza della pericolosità sociale dell'anarchico, rimasta immutata e il rischio che possa comunicare con l'esterno". Anche una richiesta di scontare la pena agli arresti domiciliari è stata rigettata il 27 marzo 2023.

L'Alto Commissariato Onu per i Diritti Umani ha contestualmente inviato allo stato italiano la richiesta di applicazione di misure temporanee cautelative relative la detenzione al 41*bis* di Cospito per richiedere all'Italia di assicurare il rispetto degli standard internazionali e degli articoli 7 (divieto di tortura e trattamenti o punizioni disumane o degradanti e divieto di sottoposizione, senza libero consenso, a sperimentazioni mediche o scientifiche) e 10 (umanità di trattamento e rispetto della dignità umana di ogni persona privata della libertà personale) del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici in relazione alle condizioni detentive di Alfredo Cospito che nel frattempo è stato trasferito nel carcere di Opera alternandosi a periodi di ricovero nel reparto detentivo dell'Ospedale San Paolo di Milano a causa delle precarie condizioni di salute conseguenti allo sciopero della fame, ponendo l'opinione pubblica e la magistratura dinnanzi al

⁷⁰ Bianconi G., *“La storia di Alfredo Cospito, dagli attentati al 41 bis”*, in Corriere della Sera, articolo pubblicato il 2.02.2023.

⁷¹ Amnesty International, *Le autorità devono difendere i diritti umani di Alfredo Cospito e tutelare il suo diritto alla salute*, pubblicato il 27.01.2023.

dubbio di come procedere nel caso di peggioramento clinico del detenuto fino ad una perdita di coscienza.

A tale fine il Ministro Nordio ha coinvolto, con quesito del 6 febbraio 2023, il Comitato nazionale di bioetica, chiedendo il parere su alcuni punti: in riferimento alla legge n. 219/17 che regola le Disposizioni anticipate di trattamento (DAT) e se esista per il Ministero della Giustizia lo spazio giuridico per intervenire con la nutrizione forzata.

La risposta del CBN riunitosi il 6 marzo 2023, premette che il regolamento del CNB esclude che si possano dare risposte a “quesiti riferiti a casi personali”, ma prevede che ciò possa avvenire “in ipotesi eccezionali in cui ricorrano motivi di interesse generale e comunque nel rispetto della funzione giurisdizionale spettante alla Magistratura⁷²”.

Il CNB non ha, dunque, alcuna legittimità giuridica, politica, morale ed etica per formulare un parere “ad personam”. Di conseguenza, la risposta del CNB ha un carattere generale.

Dal documento emerge chiaramente come il Comitato, oltre alla condivisione di alcuni principi generali circa il tema più generale dell'autodeterminazione terapeutica della persona in stato di privazione della libertà, non abbia potuto assumere una posizione unitaria rispetto alla specifico tema affrontato, ma abbia espresso una pluralità di opinioni, raggruppabili in tre orientamenti: se la voce maggioritaria è favorevole all'esecuzione di trattamenti salvavita, ritenendo inapplicabili a casi del genere eventuali dichiarazioni anticipate di trattamento, un indirizzo minoritario invoca il diritto di autodeterminazione terapeutica, anche a costo della vita, e i principi oggi cristallizzati dalla l. n. 219/17, mentre un'ultima tesi propende per l'opportunità, se non la necessità, di uno specifico intervento normativo per disciplinare casi analoghi secondo un bilanciamento rimesso alla discrezionalità del legislatore, da esercitarsi peraltro entro stretti vincoli.

La prima questione, dunque, è inquadrare correttamente il comportamento di Cospito, che non vuole morire, ma sta compiendo una battaglia politica seguendo la consolidata pratica non violenta dello sciopero della fame, affinché tutto il suo

corpo testimoni dell'importanza della sua causa per essere ascoltato, perché l'istituzione faccia un gesto di riconoscimento di lui come persona. Ed è importante avere presente la condizione di chi si trova nel regime di 41 *bis*, in condizioni ai limiti dei “trattamenti inumani e degradanti”; mentre in generale nelle carceri italiane le persone vivono in condizioni sempre più precarie e difficili, al punto che sempre più detenuti decidono di togliersi la vita.

La posizione della Conferenza dei garanti territoriali chiarisce che “lo Stato è responsabile delle condizioni di vita e di salute di Cospito, non certo della sua volontà di condurre lo sciopero della fame fino alle sue estreme conseguenze, che però non può essere negata, neppure attraverso forme di trattamento sanitario obbligatorio sotto forma di alimentazione forzata, se e quando dovesse perdere coscienza. Quel che l'amministrazione penitenziaria e la magistratura di sorveglianza competente possono e debbono fare, sulla base delle valutazioni mediche delle condizioni cliniche di Cospito, è decidere se e quando si manifesti necessario il trasferimento in ospedale, in modo da garantire nell'immediatezza gli interventi del caso che il paziente-detenuto ritenga di poter accettare sulla base del principio generale del consenso informato”⁷³.

L'accento al rispetto della volontà è importante. Se il corpo è imprigionato, la libertà morale del detenuto è bene ancora più prezioso. Allo stesso modo, riconoscere il valore politico dello sciopero della fame di un detenuto, così come lo si riconosce a una persona libera, è atto eticamente significativo, perché restituisce dignità alla persona⁷⁴.

La vicenda, tuttavia, si è conclusa prima di arrivare ad una perdita di coscienza o aggravamento irreversibile del detenuto, in quanto la Corte costituzionale⁷⁵, ha dichiarato l'incostituzionalità della norma che vincolava la Corte di merito a emettere una sentenza di ergastolo, ammettendo la possibilità di applicare le

⁷² CNB, *Risposta ai quesiti del Ministero della Giustizia del 6 febbraio 2023*, 06.03.2023.

⁷³ Garante dei detenuti Lazio, “*Cospito e il 41bis: la Conferenza dei Garanti territoriali prende posizione in un documento ad hoc*”, in www.garantedetenutilazio.it, comunicato stampa del 9.02.2023.

⁷⁴ Zuffa G., “*Nordio. Etica e diritti*”, in CRS, articolo pubblicato il 16.02.2023.

⁷⁵ Corte costituzionale, sentenza 18.04.2023, n. 94.

attenuanti per fatti di lieve entità, aprendo così la via alla possibilità, se i giudici di merito lo riterranno, anche di dare una pena meno severa.

In conseguenza di ciò, la vicenda personale di Cospito si è conclusa in modo pacifico con l'interruzione dello sciopero della fame da parte del detenuto, ma l'attenzione pubblica sulle precarie condizioni in cui versano gli istituti penitenziari italiani rimane alta. Resta, in particolare, importante evidenziare le criticità che le istituzioni si trovano ad affrontare nel caso in cui un detenuto scelga di iniziare uno sciopero della fame⁷⁶.

⁷⁶ Il tema verrà poi ripreso e approfondito nel terzo capitolo, dedicato espressamente al rifiuto delle cure.

CAPITOLO II

L'ACCESSO ALLE CURE

1. La malattia dietro alle sbarre

All'uso del termine “cura” corrispondono molti significati: anche se storicamente si era venuta consolidando una versione che lo riferiva principalmente alla malattia e alle sue vicende, da tempo si discute e si teorizza un passaggio dalla società del benessere alla società della cura⁷⁷.

«Trasparenza e controllo sociale delle decisioni pubbliche direttamente o indirettamente incidenti sull'attività di cura divengono sempre più importanti data la natura condizionata del diritto alla salute⁷⁸». Pur riconoscendo a tale diritto una rilevanza essenziale anche nella definizione della cittadinanza, la Corte costituzionale⁷⁹ ha più volte osservato che il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela è garantito ad ogni persona come un diritto costituzionale condizionato all'attuazione che il legislatore ne dà attraverso il bilanciamento con gli altri interessi costituzionalmente protetti⁸⁰. «Se la salute si configura ormai come un diritto, quel che emerge è prima di tutto il diritto a essere tenuti indenni dai rischi per la propria salute. E questo si traduce nel diritto a essere curato e nel diritto ai trattamenti sanitari preventivi. Se il dolore delimita l'orizzonte nel quale ci muoviamo, la cura preventiva può ridurne l'incidenza, così come la cura palliativa ne diminuisce l'intensità. Ma il diritto alla cura può convertirsi nel suo contrario, in quell'accanimento terapeutico che diviene causa di diverse insondabili sofferenze⁸¹».

⁷⁷ In Italia questo cambio di paradigma si deve soprattutto a Laura Balbo (1933), sociologa e politica italiana, laureata presso la Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Padova nel 1956. Si veda, ad esempio, Balbo L., H. Nowotny, *Time to Care in Tomorrow's Welfare Systems: The Nordic Experience and the Italian Case*, Vienna, 1987.

⁷⁸ Rodotà S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit, p. 233.

⁷⁹ Corte costituzionale, sentenza 7.08.1998, n. 267.

⁸⁰ La condizione principale evidentemente è rappresentata dalla disponibilità delle risorse finanziarie: problema che diviene sempre più complesso proprio per la necessità crescente di mezzi a tutela della salute, per gli oneri che comportano l'accesso generalizzato a tutte le nuove opportunità, per l'allungamento della vita e per la consapevolezza dell'esistenza di aree del mondo dove la tutela della salute rimane privilegio di gruppi ristretti. Sul punto, per tutti: Busatta L., *La salute sostenibile, La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018.

⁸¹ Rodotà S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit, p.212.

La nozione di cura, proiettata quindi ormai ben al di là dell'area della malattia, si trasforma in uno strumento per definire la posizione sociale del soggetto, le sue relazioni con gli altri e con le istituzioni. «Non riguarda più soltanto il corpo, ma la persona nella sua integralità. Non è riferibile soltanto a singole categorie di soggetti o a situazioni particolari, ma a tutti e a ciascuno. Si libera dalle insidie del paternalismo e individua piuttosto responsabilità sociali⁸²». Non dipende quindi da un esercizio di discrezionalità o di buona volontà, ma integra e connota la dimensione dei diritti⁸³.

L'OMS con l'emanazione delle direttive note come “Principio di equivalenza delle cure” sancisce l'inderogabile necessità di garantire al detenuto le stesse cure, mediche e psico-sociali, che sono assicurate a tutti gli altri membri della comunità. La garanzia di equità nella tutela della salute per tutti i cittadini è l'obiettivo che devono perseguire tutti i sistemi sanitari nazionali. Dal principio dell'equivalenza delle cure discendono due fondamentali principi che devono essere perseguiti dai servizi sanitari: la garanzia "dell'equità del diritto" alla salute senza discriminazione alcuna, di censo, provenienza territoriale o condizione di detenzione, valevole per tutti i cittadini e la garanzia "dell'equità delle cure", cioè dell'accesso a cure uguali per tutti⁸⁴.

La Raccomandazione n. 98/1998 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa concernente gli aspetti etici e organizzativi dell'assistenza sanitaria in carcere, riporta come standard fondamentali oltre all'equivalenza delle cure, l'accesso a un medico, il consenso del paziente e il rispetto della sua riservatezza, e l'indipendenza professionale. L'ultima versione delle regole penitenziarie europee, per la prima volta, fa specifico riferimento alla necessità di organizzare i servizi sanitari penitenziari in stretta relazione con i servizi sanitari pubblici locali⁸⁵.

⁸² Rodotà S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit, p.246.

⁸³ In questo orizzonte più largo trova posto una riflessione di Marta Nussbaum sulla *compassion* che può ben essere estesa alla cura: possiamo provare *compassion* solo fino a quando crediamo che la persona sofferente condivide con noi vulnerabilità e possibilità. Nussbaum M., *Compassion and Terror*, in *Deadalus*, Oxford, 2003, p. 16.

⁸⁴ Fadda M. L. “*La tutela del diritto alla salute dei detenuti*”, in www.antoniocasella.eu, articolo pubblicato nel gennaio 2013.

⁸⁵ Mancinelli R., Chiarotti M., Libianchi S., *Salute nella polis carceraria: evoluzione della medicina penitenziaria e nuovi modelli operativi*, in www.iss.it, articolo pubblicato il 14.11.2019.

La norma nazionale di riferimento è il già citato, art. 2 Cost.⁸⁶ che può incontrare limiti per quanto riguarda l'organizzazione dei servizi sanitari penitenziari e per le esigenze di tutela di altri interessi legati allo stato di detenzione, ad esempio le esigenze di sicurezza, che possono diventare primarie rispetto al diritto di tutela della salute.

La formazione sociale in cui si svolge la personalità del soggetto detenuto è il contesto carcerario: spetterebbe allo Stato anche in tal caso, o forse a maggior ragione in virtù di un contesto dallo stesso predisposto, garantire una piena tutela del diritto alla salute. Inoltre, il d. lgs. n. 230/1999, il quale ha trasferito le competenze in materia sanitaria dal Ministero di Grazia e Giustizia al Servizio Sanitario Nazionale, sancisce più specificatamente il diritto alla salute di detenuti e internati affermando che “i detenuti e gli internati hanno diritto, al pari dei cittadini liberi, all'erogazione delle prestazioni di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione efficaci ed appropriate, sulla base degli obiettivi generali e speciali di salute e dei livelli essenziali ed uniformi di assistenza individuati nel Piano sanitario nazionale, nei Piani sanitari regionali ed in quelli locali”⁸⁷. Per quanto questa riforma abbia il pregio di sottrarre l'erogazione di prestazioni sanitarie ad un'istituzione prettamente custodiale, parlare di tutela della salute in carcere appare comunque problematico. È inevitabile ragionare sulla conflittualità e sulla contraddittorietà dei processi all'interno dei quali si può effettivamente raggiungere una piena realizzazione della salute. Infatti, tra la volontà di garantire la salute, quale mera assenza di alterazioni fisiche o psichiche, e la volontà di mobilitarsi affinché attraverso la salute si raggiunga un pieno stato di benessere individuale e sociale, che sia rispettoso dei desideri, dei progetti e degli obiettivi di realizzazione ed emancipazione di ciascun individuo, si apre uno spazio

⁸⁶ Il quale dispone che “la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”.

⁸⁷ In Norvegia ad esempio, il processo di affidamento dell'assistenza sanitaria penitenziaria alle autorità sanitarie locali è stato completato negli anni '80. In Francia, la tutela della popolazione carceraria è stata affidata alla Direzione Generale dello Stato già dal 1994. In Inghilterra e nel Galles, l'assistenza sanitaria all'interno delle carceri è stata formalmente presa in carico dal Servizio Sanitario Nazionale (SSN) nell'aprile 2003. Starnini G., *“Il passaggio della sanità penitenziaria al Servizio sanitario nazionale”*, Il Mulino, fasc.1, 2009, pp. 3-5.

enorme. Si tratta di un diritto, quello alla salute, la cui titolarità risiede nel fruire di un servizio che effettivamente viene garantito, ma le cui finalità ultime risiedono nella possibilità di mantenere un accettabile stato di salute fisica e nel sostenere le capacità di adattamento del detenuto al disagio mentale indotto dalla reclusione.

La separatezza dell'universo carcerario e la necessità di una giusta pena non possono comportare per la popolazione carceraria la perdita della facoltà di esercizio dei propri diritti o il semplice mantenimento della loro titolarità senza la salvaguardia delle necessarie capacità individuali a perseguirlo.

La peculiarità della situazione è tale che il detenuto rispetto al libero cittadino è limitato in quanto per lui esiste:

- impossibilità di scegliere il luogo di cura: esso è un diritto per il cittadino. L'Amministrazione penitenziaria e l'Autorità giudiziaria scelgono per il detenuto.
- limitazione del diritto alla scelta del medico curante.
- limitazione nell'utilizzo delle risorse del Sistema Sanitario Nazionale per quanto concerne l'accesso ai servizi, ai trattamenti, all'informazione, alla partecipazione, alla salubrità dell'ambiente⁸⁸.

Queste limitazioni sono motivate da ragioni di sicurezza che, se pur "ragionevoli", limitano di molto la tutela in ragione del fatto che l'ordinamento penitenziario si deve adeguare al già citato art. 27 della Costituzione⁸⁹. Conseguentemente la garanzia della tutela della salute psico-fisica e sociale diventa basilare per qualsiasi attività di recupero e reinserimento sociale delle persone in stato di detenzione: l'assistenza sanitaria del detenuto, in tal senso, si pone come attività strumentale rispetto alla funzione di trattamento e di sicurezza. Anche la disciplina sui ricoveri, sull'incompatibilità e sull'applicazione di misure verso il recluso-malato si deve muovere in tale direzione.

In un'ottica di tutela della salute assume certamente grande rilievo la condizione di tossicodipendenza, oggetto di una normativa specifica in ragione della

⁸⁸ Baccaro L., *"Carceri e salute"*, cit.

diffusione del fenomeno e della necessità di allontanare i soggetti che ne sono vittime dalla detenzione in carcere o, nel caso ciò non sia possibile, di applicare loro un regime esecutivo a sé stante. Il D.P.R. n. 309/90⁹⁰ ha disciplinato in modo organico il rapporto tra il soggetto tossicodipendente recluso ed il carcere: in particolare, l'art. 89 prevede, per i soggetti tossicodipendenti (ed alcool dipendenti) che abbiano in corso programmi terapeutici, l'applicazione della misura degli arresti domiciliari in luogo della custodia cautelare in carcere, salvo che non sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza. Nel caso in cui il soggetto tossicodipendente si trovi in custodia cautelare in carcere e voglia iniziare un programma terapeutico, la misura è sostituita con quella degli arresti domiciliari. Nella stessa prospettiva di favore per un detenuto da considerarsi "malato", l'art. 95 prevede che dopo l'infrazione della pena detentiva questa debba essere eseguita in istituti idonei allo svolgimento di programmi terapeutici. L'art. 96 afferma poi che il detenuto in stato di custodia cautelare od in espiazione di pena per reati commessi in relazione al proprio stato di tossicodipendenza ha diritto a ricevere cure ed assistenza all'interno degli istituti carcerari, anche se non sia stato ammesso alle misure sostitutive di cui agli artt. 90 e 94⁹¹.

Il d.lgs. n. 123/2018 interviene in una pluralità di direzioni: in particolare, riscrive integralmente l'art. 11 ord.penit. (norma cardine in tema di assistenza sanitaria⁹²): complessivamente, l'intervento sembra mirato a declinare nelle varie potenzialità applicative pratiche due principi fondamentali: l'"effettività" delle cure e la "consapevolezza" del detenuto circa il proprio stato di salute e l'assistenza sanitaria disponibile⁹³. Più precisamente, per ciò che concerne il primo dei citati canoni – l'"effettività" delle cure – questo è perseguito attraverso la tendenziale

⁸⁹ L'art. 27 Cost. testualmente recita: "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato".

⁹⁰ Oggi in parte modificato dalla legge 21.02.2006 n. 49.

⁹¹ La disciplina implica una sinergia tra l'Amministrazione penitenziaria e le ASL, che a mezzo dei SERT (Servizi Territoriali per le Tossicodipendenze), sono tenute a predisporre appositi servizi di riabilitazione.

⁹² Che ha riassorbito la regolamentazione originaria contenuta nell'art. 240 disp. att. c.p.p.

⁹³ Le previsioni non si applicano, invece, ai condannati ammessi a misure alternative alla detenzione o a benefici extramurari: per tali soggetti, infatti, l'accesso alle prestazioni sanitarie avviene nelle forme ordinarie vigenti per ogni cittadino, in seguito ad eventuali autorizzazioni all'uscita dal domicilio concesse dal magistrato di sorveglianza.

equiparazione delle prestazioni sanitarie intramurarie a quelle esterne. L'obiettivo è, cioè, che il S.S.N. garantisca servizi e prestazioni equivalenti a prescindere dal luogo istituzionale di erogazione degli stessi e dalle particolari condizioni dell'utenza che ne usufruisce. Ne consegue l'obbligatorietà della predisposizione presso ogni istituto di un servizio medico e di un servizio farmaceutico⁹⁴. Infine, con previsione innovativa, la parificazione del trattamento sanitario intramurario a quello esterno è perseguita introducendo la possibilità che il soggetto ristretto solleciti a sue spese l'intervento di un sanitario di fiducia estraneo all'amministrazione, non solo, come già precedentemente contemplato, a fini diagnostici, ma anche medico-trattamentali, chirurgici e terapeutici. Ai sensi del rinnovato comma 12° dell'art. 11 ord.penit., infatti, i detenuti e gli internati, in virtù del cd. "principio di autodeterminazione al trattamento sanitario", possono chiedere di essere visitati, curati od anche operati a proprie spese da parte di sanitari e tecnici di propria fiducia. L'intervento ai già menzionati fini deve, comunque, realizzarsi all'interno della struttura penitenziaria (nelle infermerie o nei reparti clinici o chirurgici eventualmente ivi esistenti), e previ accordi con l'A.S.L. competente, che fornisce le indicazioni pratico-organizzative cui attenersi⁹⁵.

Pertanto, onde evitare che l'accesso del professionista privato possa fungere da strumento attraverso cui creare un canale informativo con e dall'esterno, si prevede la necessità dell'autorizzazione all'ingresso, concessa dal giudice che procede (per gli imputati) o dal direttore dell'istituto (per gli imputati dopo la sentenza di primo grado, per i condannati e per gli internati), che valuteranno la richiesta di prestazione specialistica sollecitata.

Il secondo versante in direzione del quale si è mossa la riforma è stato quello della "consapevolezza" del detenuto sulle sue condizioni di salute e sulle cure di cui può godere: a tal fine, il novellato art. 11 ord. penit. prevede una serie di oneri informativi a carico dell'amministrazione pubblica, sia penitenziaria che sanitaria.

⁹⁴ In ciascun istituto è organizzato il Presidio Sanitario Penitenziario. Il tema verrà approfondito nel prossimo paragrafo.

⁹⁵ Geraci R., *"Detenzione e tutela del diritto alla salute"*, in www.processopenaleegiustizia.it, fascicolo 4, 2019.

La finalità di tutelare al meglio il diritto alla salute dei soggetti reclusi ha indotto anche ad intervenire sulla disciplina del trasferimento temporaneo presso luoghi esterni di cura, consentito ove gli interventi sanitari non possano essere effettuati all'interno dell'istituzione penitenziaria. Al riguardo, il nuovo testo del comma 4° dell'art. 11 ord. penit. ha provveduto ad una rivisitazione dell'assetto delle relative competenze autorizzative. La scelta legislativa è stata nel senso di prevedere una "competenza tripartita", così articolata: per gli imputati provvede il giudice che procede; per i condannati in via definitiva e per gli internati la decisione spetta al magistrato di sorveglianza; in caso di giudizio direttissimo e fino alla presentazione dell'imputato in udienza per la contestuale convalida dell'arresto in flagranza il provvedimento autorizzativo è adottato dal pubblico ministero. Il provvedimento autorizzativo può essere soggetto a modifica o a revoca: la prima, ove intervengano «sopravvenute ragioni di sicurezza»; la seconda, «appena vengono meno le ragioni che lo hanno determinato», ossia, i motivi del ricovero nella struttura esterna⁹⁶. Durante la degenza nella struttura esterna di cura, se non sussiste il pericolo di fuga, il recluso non è sottoposto a piantonamento, a meno che tale cautela non si renda necessaria per tutelare la sua incolumità o quella di altri soggetti⁹⁷.

L'ordinamento giuridico mette a disposizione della magistratura di sorveglianza diverse possibilità di tutelare il diritto alla salute fuori dalle mura detentive:

- Il differimento della pena ex artt. 146 e 147 c.p. di competenza del tribunale di sorveglianza, che può essere disposto in via di urgenza⁹⁸ dal magistrato di sorveglianza, con conseguente scarcerazione del detenuto, nel caso di grave malattia qualora si verifichino condizioni di sofferenza aggiuntiva causata dalla detenzione.
- Le misure alternative alla detenzione (affidamento ai servizi sociali, detenzione domiciliare) concesse dal tribunale di sorveglianza, ma che in caso di sussistenza di danno grave e irreparabile derivante dalla

⁹⁶ Geraci R., *"Detenzione e tutela del diritto alla salute"*, cit.

⁹⁷ In tutti i casi di allontanamento ingiustificato dal luogo di ricovero si incorrerà nell'applicabilità dell'art. 385 c.p.

⁹⁸ Ex art. 684 c. 2 c.p.p.

detenzione, possono essere disposte in via anticipatoria da parte del magistrato di sorveglianza⁹⁹.

- Il reclamo che il detenuto può presentare al magistrato di sorveglianza¹⁰⁰ per lamentare un'eventuale violazione del diritto alla salute quando la lesione si è già verificata.

Si rileva quindi una difficoltà strutturale di questi strumenti giuridici a garantire la tutela del diritto in quanto concepiti sul modello processuale classico di tipo duale e antagonistico, tutela che non sembra così efficace nel campo del diritto alla salute, che richiede una globalità e unitarietà delle prestazioni sia di carattere preventivo, curativo e riabilitativo all'interno di un sistema complesso in cui protagonista non è più solo il carcere, ma anche l'amministrazione locale nelle sue articolazioni sanitarie¹⁰¹.

Un interrogativo rilevante cui occorre in tal senso dare risposta è se nei casi di malattia grave la pena deve applicarsi con modalità esecutive diverse da quelle ordinariamente previste per i detenuti sani. A questa domanda il legislatore ha risposto esplicitamente una volta sola, in tema di HIV, dettando una specifica disciplina¹⁰² dedicata, oltre che alla condizione della persona affetta da AIDS, anche agli altri detenuti, che devono convivere forzatamente con ristretti affetti da questa patologia. Per quanto riguarda nello specifico la tutela della salute nei casi di AIDS le normative internazionali hanno sottolineato la necessità di garantire dei diritti che, potenzialmente, le strutture penitenziarie possono ledere:

- il diritto a godere di un'assistenza sanitaria di livello paritario a quello di tutti i cittadini;
- il diritto a non correre pericoli maggiori di contrarre malattie contagiose per il fatto di vivere in un "ambiente ad alto rischio";
- il diritto a ricevere informazioni e strumenti di prevenzione contro la diffusione del contagio e il diritto alla riservatezza;

⁹⁹ La legge prevede un analogo meccanismo concessorio anche per l'affidamento terapeutico di detenuti tossicodipendenti o alcol dipendenti condannati a pene sino a sei anni di reclusione, tranne che per i reati più gravi.

¹⁰⁰ Ex artt. 35 e 69 ord. penit.

¹⁰¹ Fadda M. L. "*La tutela del diritto alla salute dei detenuti*", cit.

¹⁰² La legge 14.07.1993, n. 222 stabilisce l'incompatibilità tra detenzione e malattia da AIDS.

- il diritto ad un rapporto fiduciario col personale sanitario;
- il diritto a non essere discriminati nell'ambito delle attività organizzate all'interno del carcere;
- il diritto ad un sostegno psicologico nei casi di sieropositività¹⁰³.

Uno studio promosso dall'OMS sulla condizione dei sieropositivi, condotto in istituti penitenziari di vari paesi, ha identificato dei caratteri costanti: lo stato di salute dei detenuti è inferiore rispetto a quello della popolazione esterna, la qualità dell'alimentazione è inferiore alla media esterna, il livello economico e sociale del detenuto è inferiore alla media generale, i livelli di stress sono molto elevati e favoriscono l'immuno-depressione¹⁰⁴.

2. Doveri del personale sanitario

L'obiettivo è che il S.S.N. garantisca servizi e prestazioni equivalenti a prescindere dal luogo istituzionale di erogazione degli stessi e dalle particolari condizioni dell'utenza che ne usufruisce. In questa prospettiva, si prevede in apertura del riformato art. 11 ord. penit.¹⁰⁵ la consacrazione del diritto dei soggetti ristretti ad avvalersi di prestazioni sanitarie efficaci, tempestive ed appropriate, allo stesso modo dei cittadini liberi: è questo, infatti, il senso della riproduzione nei primi due commi della novellata disposizione dei principi contenuti nel d.lgs. n. 230/1999, in virtù dei quali «il servizio sanitario nazionale opera negli istituti penitenziari e negli istituti penali per minorenni nel rispetto della disciplina sul riordino della medicina penitenziaria» e «garantisce a ogni istituto un servizio sanitario rispondente alle esigenze profilattiche e di cura della salute dei detenuti e degli internati». Ne consegue l'obbligatorietà della predisposizione, presso ogni istituto, di un servizio medico e di un servizio farmaceutico calibrati sulle specifiche necessità della popolazione ivi ristretta, e, dunque, idonei a soddisfare le esigenze di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione che in concreto si pongono. Con le espressioni "servizio medico" e "servizio farmaceutico" si deve

¹⁰³ Ronconi S., e Ferazzi S., *“Carcere e Aids: le ragioni di un rapporto difficile”*, in Ristretti Orizzonti - Rivista della Casa di Reclusione di Padova e dall'Istituto Penale Femminile della Giudecca, www.ristretti.it.

¹⁰⁴ OMS - UNAIDS, *Rapporto mondiale 2005*, reperibile in www.iss.it.

intendere l'organizzazione in ogni istituto, anche di dimensioni ridotte, di un servizio che assicura un armadio farmaceutico, una infermeria, attrezzature diagnostiche e cliniche e la presenza continuativa di un medico, mentre gli istituti di maggior dimensione, dispongono di strutture sanitarie organizzate e personale presente nell'intero arco della giornata e possono disporre di Centri Diagnostici Terapeutici¹⁰⁶.

Ciò che, a ben vedere, può realizzarsi solo strutturando tali presidi, per quanto concerne personale afferente e prestazioni erogabili, tenendo conto, oltre che del numero di detenuti esistenti in ciascun istituto, delle peculiari patologie ed esigenze terapeutiche cui occorre far fronte, ferma restando la possibilità del "trasferimento", disposto dal magistrato di sorveglianza, dei condannati e degli internati in ospedali civili o in altri luoghi esterni di cura ove siano necessarie cure o accertamenti diagnostici che non possono essere apprestati dai servizi interni¹⁰⁷.

In ciascun istituto è organizzato il Presidio Sanitario Penitenziario, il cui organico comprende varie figure: il medico incaricato, che eroga le cure primarie e svolge attività prescrittiva e certificativa; il medico di continuità assistenziale, che effettua le visite mediche ordinarie e gli interventi di emergenza-urgenza; il personale infermieristico. Il detenuto ha, altresì, diritto di chiedere consulenze specialistiche al medico di assistenza primaria, il quale, ove necessario, se ne avvale, disponendo gli opportuni esami strumentali. I detenuti sono esonerati dal sistema di compartecipazione alle spese sanitarie (ticket) e mantengono l'iscrizione al S.S.N., anche se stranieri, per tutto il periodo della detenzione¹⁰⁸.

I detenuti sono inoltre sottoposti a visita medica generale all'atto dell'ingresso in istituto e a periodici riscontri, indipendentemente dalle richieste degli interessati, volti a constatare le condizioni generali della persona al fine di accertare l'esistenza di una malattia fisica o psichica e di adottare tutte le misure necessarie per attivare le cure mediche appropriate, assicurando l'isolamento dei detenuti sospetti di essere affette da malattie infettive o contagiose, di individuare le

¹⁰⁵ Riforma dell'Ordinamento Penitenziario attuata dai decreti legislativi 2.10.2018 n. 123 e 124.

¹⁰⁶ *"La salute in carcere"* cit.

¹⁰⁷ Ex art. 11, 2° comma, Ord. Penit.

¹⁰⁸ Geraci R., *"Detenzione e tutela del diritto alla salute"*, cit.

deficienze fisiche o psichiche che potrebbero ostacolare il reinserimento del detenuto dopo la scarcerazione e determinandone l'idoneità al lavoro¹⁰⁹. Già in tale momento il soggetto ha diritto di ricevere dal medico informazioni complete sul proprio stato di salute; peraltro, fermo l'obbligo del referto, il sanitario è altresì tenuto ad annotare nella cartella clinica che compila ogni informazione relativa a segni o indici che facciano apparire che la persona possa avere subito violenze o maltrattamenti, dandone comunicazione sia al direttore dell'istituto che al magistrato di sorveglianza. È questa una novità significativa, volta ad accertare eventuali violenze o abusi che il soggetto abbia subito antecedentemente all'ingresso in istituto, ad esempio al momento dell'arresto, come avvenuto in occasione di taluni gravi fatti di cronaca che hanno scosso l'opinione pubblica¹¹⁰. Il diritto di ricevere informazioni complete sul proprio stato di salute si estende a tutto il periodo di detenzione, nonché all'atto della rimessione in libertà: attraverso le già menzionate visite periodiche, il detenuto ha diritto di monitorare il proprio stato di salute nell'arco del tempo, onde intervenire con i trattamenti più appropriati già in istituto, proseguendoli poi sulla base delle informazioni ottenute all'esterno, una volta riacquistata la libertà. Quanto ai soggetti non ammalati che ne facciano richiesta, la visita è effettuata solo quando risulta necessaria in base a criteri di appropriatezza clinica¹¹¹. Il semplice diritto ad essere informato sul proprio stato di salute risulterebbe, invero, monco se il soggetto non fosse altresì reso edotto delle possibilità diagnostico-terapeutiche di cui può usufruire durante il periodo di restrizione. A tal fine, il comma 3° dell'art. 11 ord. penit. prevede che ciascuna azienda sanitaria locale nel cui ambito territoriale è ubicato un istituto penitenziario sia tenuta ad adottare la "Carta dei servizi sanitari" di cui al d.lgs. n. 230 del 1999, mettendola a disposizione dei detenuti e degli internati con adeguati mezzi di pubblicità. È questo uno strumento organizzativo fondamentale, che

¹⁰⁹ La disciplina di tale visita è contenuta nel comma 7 dell'art. 11 ord. penit., che recepisce sostanzialmente quanto previsto dalle Regole penitenziarie europee del 2006.

¹¹⁰ Il riferimento è al noto caso dell'omicidio di Stefano Cucchi, avvenuto a Roma il 22 ottobre 2009, mentre era sottoposto a custodia cautelare. Il 4 aprile 2022 la Corte di Cassazione ha condannato in via definitiva due carabinieri a dodici anni di reclusione per omicidio preterintenzionale. Bongioanni M., *"La storia della morte di Stefano Cucchi nella seconda vita di Ilaria"*, Lifegate Italy, articolo pubblicato il 28.09.2022.

¹¹¹ Geraci R., *"Detenzione e tutela del diritto alla salute"*, cit.

riepiloga le informazioni generali sull'organizzazione sanitaria, sui compiti spettanti alle varie figure professionali presenti nell'area dei presidi, sulle modalità per accedere ai diversi servizi, sulle prestazioni erogate, sulle terapie disponibili, cercando di agevolare una maggiore correlazione tra carcere e territorio, premessa indefettibile per il raggiungimento di quegli obiettivi di efficienza ed efficacia dell'assistenza fornita dal S.S.N., onde garantire il diritto alla salute di tutti gli individui, ivi compresi quelli privati della libertà personale¹¹².

Obbligo che, purtroppo, nel testo definitivo del comma 7° dell'art. 11 ord. penit. è scomparso, al pari dell'ulteriore previsione secondo cui, onde ottenere un quadro davvero esaustivo delle condizioni di salute del detenuto o internato, la prima visita medica doveva effettuarsi «in coordinamento con il presidio psichiatrico e il servizio per le dipendenze», sì da rilevare non solo eventuali patologie fisiche, ma anche psichiche o problematiche connesse all'uso di stupefacenti o altre sostanze, e consentire in tal modo all'amministrazione penitenziaria di adottare le cautele necessarie a prevenire o arginare atti costituenti manifestazione delle stesse (quali i fenomeni di autolesionismo, o i suicidi). Naturalmente, le informazioni riguardanti la salute della persona sono comunicate al solo diretto interessato o al suo delegato e tutto il personale sanitario è tenuto al segreto professionale.

Nella misura del possibile devono inoltre essere assicurate le disposizioni idonee per permettere la nascita dei bambini in un ospedale esterno all'istituto. Tuttavia, quando ciò non sia possibile, gli istituti devono disporre di personale adeguato e di strutture idonee al parto e alle cure post-natali. Se le madri detenute vengono autorizzate a tenere con sé i propri figli, devono poter disporre di un asilo nido adeguato, dotato di personale qualificato, dove i bambini saranno sistemati quando non saranno affidati alla madre.

In ogni caso, si prevede in via generale che la prestazione dell'assistenza sanitaria in ambito penitenziario sia effettuata senza limitazioni concernenti gli orari, dovendosi comunque assicurare il principio della continuità terapeutica, onde

¹¹² Osservatorio Regionale sulla popolazione detenuta e in esecuzione penale esterna, *Carcere e Sanità*, dati reperibili in www.venetosociale.it.

evitare gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla brusca interruzione o non adeguata continuazione di terapie in atto tanto all'esterno come all'interno di altro istituto, da cui il soggetto detenuto o internato sia stato trasferito¹¹³. Si tratta di doveri che incombono direttamente sul medico del servizio incaricato, il quale deve altresì effettuare la sorveglianza sanitaria della struttura penitenziaria¹¹⁴, controllando anche l'idoneità dei detenuti rispetto alle mansioni lavorative cui eventualmente siano adibiti¹¹⁵.

3. Il “carcere duro” come ostacolo alle cure

Il regime penitenziario speciale del carcere duro¹¹⁶ è oggi diventato uno strumento ineludibile del contrasto alla mafia e al terrorismo organizzato. Introdotto con d.l n° 306/1992 e rimasto una misura “emergenziale” per molto tempo, solo con la l. 279/2002 è diventato cardine del sistema a tempo indeterminato¹¹⁷.

Il regime detentivo speciale, riducendo drasticamente le occasioni di contatto tra i detenuti e l'esterno e tra gli stessi detenuti, ha dunque come scopo quello di interrompere o, meglio, ridurre i collegamenti con le associazioni, così rendendo effettiva la funzione di neutralizzazione propria della pena detentiva. Si tratta dunque di uno strumento preventivo, applicato indistintamente a persone condannate o in attesa di giudizio, che mira a “isolare” la persona dal resto dell'organizzazione criminale, ma vista la rigidità del suo contenuto è evidente che assuma anche un significato repressivo-punitivo ulteriore rispetto allo status di privazione della libertà¹¹⁸.

L'assegnazione dei detenuti in regime di 41 *bis* all'interno dei reparti avviene tenendo in considerazione l'area geografica di operatività dell'organizzazione di

¹¹³ Osservatorio Regionale sulla popolazione detenuta e in esecuzione penale esterna, *Carcere e Sanità*, cit.

¹¹⁴ Secondo le disposizioni attuative del d.lgs 9.04.2008, n. 81.

¹¹⁵ Geraci R., “*Detenzione e tutela del diritto alla salute*”, cit.

¹¹⁶ Definito preliminarmente nel quarto paragrafo del primo capitolo.

¹¹⁷ Con la l. 15.07.2009 n. 94, è stato adeguato ad alcuni rischi di incostituzionalità, data l'incoerenza con il principio rieducativo della pena, ex art. 27 Cost.

¹¹⁸ Antigone, *XVIII rapporto sulle condizioni di detenzione, 41 bis e Alta sicurezza*, pubblicato il 27.04.2022.

appartenenza, le esigenze sanitarie nonché eventuali divieti d'incontro o incompatibilità segnalati dall'Autorità giudiziaria.

I detenuti al 41 *bis* sono obbligatoriamente in cella singola, senza eccezioni. Sono due al giorno le ore di socialità in gruppi composti da massimo quattro persone. La legge stabilisce che i detenuti al 41 *bis* possano effettuare un colloquio al mese dietro a vetro divisorio, della durata di un'ora e videosorvegliati da un agente di polizia penitenziaria (su ordine dell'Autorità giudiziarie, anche eventualmente "ascoltato" dallo stesso agente).

La decisione di sottoporre un detenuto a tale regime avviene con decreto motivato del ministero della Giustizia, di norma su proposta del pubblico ministero incaricato delle indagini e sentita la Direzione nazionale Antimafia e le forze di polizia. L'applicazione del regime dura 4 anni e può essere prorogata se ne sussistono ancora i presupposti: l'uno "oggettivo", cioè la commissione di uno dei delitti "di mafia"¹¹⁹; l'altro "soggettivo": occorre, infatti, dimostrare la presenza di "elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica ed eversiva"¹²⁰. Contro il decreto ministeriale di applicazione o di proroga si può proporre reclamo al Tribunale di Sorveglianza di Roma.

Non mancano critiche rispetto all'applicazione del 41 *bis*: un regime carcerario che si definisce "duro" non può che evocare l'idea di un sistema inflessibile, il quale mira a far collaborare chiunque vi viene sottoposto, puntando in forma latente alla "redenzione", ovvero alla collaborazione con la giustizia, poiché è proprio l'effettiva collaborazione che fa venire meno l'applicazione di tale regime¹²¹.

Tuttavia, in molte occasioni, il 41 *bis* è stato considerato un regime penitenziario incostituzionale se applicato per lassi di tempo molti lunghi. Nonostante ciò, però, tutte le volte in cui la Corte costituzionale e la Cedu sono state chiamate a

¹¹⁹ Previsto dall'art. 4 *bis* comma 1 ord. penit, che estende l'applicazione, oltre che per reati di mafia, anche per delitti di terrorismo, reati di pedopornografia, tratta di essere umani, violenza sessuale di gruppo, sequestro di persona, traffico di stupefacenti.

¹²⁰ Antigone, *XVIII rapporto sulle condizioni di detenzione*, cit.

¹²¹ Corte costituzionale, sentenza 5.07.2001, n. 273.

valutarne la legittimità, l'hanno decretato di per sé come legittimo, pur censurando alcune specifiche applicazioni¹²².

A gennaio 2023, rinchiusi in dodici istituti penitenziari di massima sicurezza, si contano in Italia 749 detenuti al 41 *bis*, di cui 13 sono donne¹²³. Secondo uno studio dell'Osservatorio Permanente sulle morti in carcere, il suicidio fra i detenuti al 41 *bis* è di 3,5 volte superiore rispetto alla popolazione carceraria "normale"¹²⁴.

La Consulta, in decisioni pregresse, ha sempre contestato la sussistenza di elementi di incompatibilità tra il regime del 41 *bis* e il diritto alla salute. Tale orientamento, seppur in maniera labile, ha subito modifiche solo in tempi relativamente recenti, con sentenze in cui la Corte costituzionale ha ammesso l'influenza del regime detentivo speciale sulle condizioni psicofisiche dei carcerati¹²⁵. Proprio a tale orientamento giurisprudenziale si deve la sentenza 20.02.2019 n. 99 della Consulta, per mezzo della quale la stessa ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47 ter ord. penit., nella parte in cui si avviava a prevedere la possibilità che il Tribunale di Sorveglianza potesse convertire la misura carceraria con quella degli arresti domiciliari, derogando al comma 1° del predetto articolo, nei casi in cui al detenuto sopravveniva una grave infermità mentale. Per ciò che attiene la giurisprudenza di legittimità, vi è diatriba sull'argomento, e si ravvisano orientamenti fra loro contrastanti.

Diverso è l'approccio sovranazionale che, sebbene inizialmente non abbia preso una posizione netta, in tempi recenti ha espresso forti perplessità in merito alla misura detentiva del 41 *bis* in relazione ad una eventuale compressione dei diritti fondamentali dell'uomo, e segnatamente il diritto alla salute. La corte EDU ha affermato che "la carcerazione non fa perdere al detenuto il beneficio dei diritti sanciti dalla Convenzione. Al contrario, in alcuni casi, la persona incarcerata può avere bisogno di maggiore tutela proprio per la vulnerabilità della sua situazione e

¹²² "Regime 41 bis: cosa prevede?", in www.avvocato360.it.

¹²³ Belli M., "Carceri, 10 mila i detenuti in Alta sicurezza: 749 al 41-bis", in www.gnewsonline.it, articolo pubblicato il 15.11.2021.

¹²⁴ Amerio L., "La salute nel (e nonostante il) 41-bis: quando la tutela della collettività incontra il primario diritto del singolo", in www.giurisprudenza.penale.com, articolo pubblicato l'8.01.2020.

¹²⁵ Corte costituzionale, sentenza 26.09.2018, n. 186 e sentenza 17.06.2013, n. 143.

per il fatto di ritrovarsi totalmente sotto la responsabilità dello Stato. In questo contesto, l'articolo 3 pone a carico delle autorità un obbligo positivo che consiste nell'assicurare che ogni prigioniero sia detenuto in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della misura non sottopongano l'interessato ad uno stato di sconforto né ad una prova di intensità che ecceda l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione e che, tenuto conto delle esigenze pratiche della reclusione, la salute ed il benessere del detenuto siano assicurati adeguatamente”¹²⁶.

Risulta facilmente desumibile che la disciplina, preliminarmente trattata, concernente il diritto alla salute, debba essere applicata anche ai detenuti in regime carcerario del 41 *bis*, seppur con delle ovvie limitazioni che non devono essere interpretate come estreme, in quanto il diritto alla salute rappresenta, sempre e comunque, un'esigenza primaria e fondamentale. Tale arduo compito spetta a quei giudici preposti, che dovranno, rispetto al caso di specie, valutare il confine tra lecita limitazione del diritto alla salute ovvero limitazione estrema e pertanto illecita¹²⁷.

La circolare n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017 regola l'accesso all'assistenza sanitaria, al medico di fiducia e alle traduzioni in luogo esterno di cura e rimanda alla nota GDAP n. 0181336 del 26.5.2016 per la regolamentazione della vigilanza da parte del personale di polizia penitenziaria durante le visite mediche. L'articolo 23.1 della circolare sottolinea che, nel caso di visite con il medico di fiducia, “pur applicandosi le disposizioni impartite con la citata nota GDAP n. 0181336 del 26.5.2016, i controlli solo visivi dovranno essere assicurati in modo costante e rigoroso garantendo la riservatezza e la presenza del sanitario di sezione, qualora disponibile”. Nel suo Rapporto, il Garante Nazionale riscontra la presenza di personale di Polizia penitenziaria durante le visite mediche in più istituti e che questa “si realizza o con la diretta presenza nella stanza in cui si svolge la visita o con la presenza sull'uscio della stanza in cui si svolge la visita in modo tale da consentire comunque di udire il colloquio tra il paziente e il sanitario”. Il Garante

¹²⁶ Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sentenza Torreggiani, 8.01.2013.

ricorda quindi che “il controllo visivo è consentito e quello uditivo è proibito, se non in specifici casi eccezionali e a richiesta del personale sanitario” e quindi “chiede che tale prassi sia dismessa con urgenza, sia a tutela della riservatezza della persona, sia a tutela dello Stato rispetto a possibili sanzioni internazionali su tale punto. La lesione grave del rapporto fiduciario tra medico e paziente, conseguente a tale consuetudine, costituisce una ulteriore ragione per fare ritenere le descritte modalità di sorveglianza assolutamente inaccettabili”¹²⁸.

Si aggiunge in questo frangente un altro, fondamentale, tassello nella ricerca di quel “giusto equilibrio” tra esigenze della collettività e diritti individuali: se, infatti, la tutela costituzionale dei diritti fondamentali, quale è il diritto alla salute del singolo detenuto al 41 *bis*, opera nei confronti dei ristretti con le limitazioni che, inevitabilmente, lo stato di detenzione comporta, le prerogative fondamentali del detenuto-persona debbono, tuttavia, rimanere intangibili. Quanto alla giurisprudenza, di merito e di legittimità, non si riscontra omogeneità nelle decisioni, le quali, in ogni caso, coinvolgono, per lo più, aspetti settoriali del carcere duro.

Eclatante era stato, nel settembre 2015, il Caso Provenzano¹²⁹: all’epoca dei fatti, si trovava ristretto, *ex art. 41 bis*, in regime di ricovero esterno, presso l’Ospedale San Paolo di Milano. In ragione dell’oggettivo peggioramento delle condizioni di salute del medesimo, i difensori avanzavano istanza di detenzione domiciliare presso la medesima struttura, innanzi al Tribunale di sorveglianza di Milano. A seguito del rigetto della già menzionata richiesta, la Corte di Cassazione era stata chiamata a pronunciarsi in ordine all’incompatibilità dell’allora regime detentivo rispetto alle condizioni di salute del detenuto. Orbene, la Corte di legittimità ha ritenuto corretta la conclusione cui era pervenuto il giudice *a quo*, il cui *iter* logico

¹²⁷ Chirumbolo D., “*Il diritto alla salute del detenuto in regime di 41bis ai tempi del Covid-19*”, in www.diritto.it, articolo pubblicato il 5.05.2020.

¹²⁸ Antigone, *Articolo 41-bis secondo comma: dalle origini alle modifiche più recenti*, pubblicato il 15.02.2023.

¹²⁹ Bernardo Provenzano (1933 – 2016), è stato un mafioso italiano, membro di Cosa nostra e considerato il capo dell’organizzazione a partire dal 1995 fino al suo arresto, avvenuto l’11 aprile 2006 in una masseria di Corleone. Al momento della sua cattura, dopo una latitanza di 43 anni risultava già condannato a 12 ergastoli oltre ad avere ulteriori procedimenti giudiziari in corso. Nel corso dell’anno dell’arresto è stato sottoposto a regime di 41 *bis*. Fonte: www.treccani.it

poggiava, da un lato “sulla sperimentata efficacia delle cure sino ad allora somministrate al ricorrente nel regime detentivo con le pur gravi condizioni di salute accertate; dall'altro, sul rischio per la stessa possibilità di sopravvivenza del detenuto che avrebbe provocato la prosecuzione della sua degenza nel meno rigoroso regime della detenzione domiciliare, in un contesto di promiscuità in cui l'assistenza sanitaria non gli sarebbe stata assicurata con altrettanta efficacia”; conclusione che, pur dichiarando la necessità di tutelare in modo adeguato il diritto alla salute del detenuto, lasciava trapelare la ferma (e, quantomeno sino ad allora, persistente) intenzione di porre, al centro della tutela, la sicurezza e l'ordine pubblico¹³⁰. Al contrario, di recente, la Suprema Corte ha manifestato un'accentuata sensibilità rispetto alla tematica della salute nel carcere¹³¹. La Corte di Cassazione ha avuto modo di osservare che la natura trattamentale ed essenzialmente amministrativa della misura prevista dall'art. 41 *bis* possiede finalità preventive, tese principalmente alla inibizione di contatti con il contesto criminale di provenienza. Sicché, ai fini della proroga di tale regime, è necessario accertare che la capacità del condannato di tenere contatti con l'associazione criminale non sia venuta meno.

Occorre soffermarsi al proposito sulla nota sentenza resa sul Caso Riina¹³², con cui la Corte di Cassazione¹³³, ha annullato con rinvio, per difetto di motivazione¹³⁴, l'ordinanza con cui il Tribunale di Sorveglianza di Bologna aveva rigettato l'istanza di differimento della pena, nonché di detenzione domiciliare, presentate dai difensori del detenuto, in regime di carcere duro a Parma. A prescindere dall'interesse mediatico suscitato da tale pronuncia, la stessa appare rilevante, da un punto di vista squisitamente giuridico, in ragione della tematica

¹³⁰ Amerio L., *La salute nel (e nonostante il) 41-bis*, cit.

¹³¹ Complici, probabilmente, anche le condanne ricevute in tal senso dalla Corte Edu, sotto il peculiare profilo del divieto di trattamenti inumani e degradanti.

¹³² Salvatore Riina (1930 – 2017), è stato un mafioso e terrorista italiano, appartenente all'organizzazione malavita Cosa Nostra, di cui è stato il capo assoluto dal 1982 fino al suo arresto avvenuto il 15 gennaio 1993, poi condannato a 26 ergastoli. Nel corso dell'anno dell'arresto è stato sottoposto a regime di 41 *bis*. Fonte: www.treccani.it

¹³³ Corte di Cassazione penale, sez. I, sentenza 5.06.2017, n. 27766.

¹³⁴ Ad avviso della Corte di Cassazione, infatti, il Tribunale di Sorveglianza non aveva chiarito come la (pur indubbia) altissima pericolosità del detenuto ed il suo indiscusso spessore criminale

che ne ha costituito l'oggetto: il diritto di morire dignitosamente che, nel rispetto della Carta costituzionale e dei Trattati internazionali, dev'essere garantito a chiunque, indipendentemente dai crimini di cui si è macchiato. Così, ad avviso dei giudici di legittimità, il Tribunale di Sorveglianza di Bologna "ha omesso di considerare il complessivo stato morboso del detenuto e le sue condizioni generali di scadimento fisico", nonostante fosse compito del giudice di merito verificare "se lo stato di detenzione carceraria comporti una sofferenza ed un'afflizione di tale intensità da eccedere il livello che, inevitabilmente, deriva dalla legittima esecuzione della pena". Solo a fronte di un simile accertamento, è possibile pervenire ad un giudizio circa la compatibilità del regime carcerario rispetto al senso di umanità della pena. A seguito di tale annullamento con rinvio, il Tribunale di sorveglianza di Bologna, re-investito della questione, ha emesso nuovo rigetto nei confronti delle istanze formulate; e ciò, in ragione della ritenuta lucidità e dell'assenza di qualsivoglia resipiscenza nel comportamento di Riina; ragione per cui, ad avviso dei giudici, permaneva il pericolo che il boss potesse commettere ulteriori gravi delitti¹³⁵.

La questione si è ritrovata nuovamente al centro del dibattito pubblico dopo l'arresto di Matteo Messina Denaro¹³⁶ del quale viene subito accertata una grave patologia neoplastica in fase terminale. Proprio sulla questione sanitaria potrebbe svilupparsi, secondo il coordinatore dell'Osservatorio sulle carceri di Antigone, un paradosso dato che alle persone sottoposte a 41 *bis* è possibile garantire il tipo di cure previste anche per patologie particolarmente gravi e la chemioterapia è strumentalmente facile da somministrare e da monitorare¹³⁷.

Rispetto a questa trattazione, in via preliminare, sui problemi di effettività del diritto alla salute dei detenuti è doverosa una riflessione relativa alla concreta attuazione del medesimo diritto durante la pandemia da Covid-19, che

potessero e dovessero considerarsi attuali a fronte della sopravvenuta precarietà delle condizioni di salute e del più generale stato di decadimento fisico.

¹³⁵ Amerio L., *La salute nel (e nonostante il) 41-bis*, cit.

¹³⁶ Matteo Messina Denaro (1962) è stato il capo dei capi di Cosa nostra dal 2007 al 2023 quando è stato arrestato. Nel giorno dell'arresto è stato sottoposto a regime di 41 *bis* presso la Casa circondariale dell'Aquila. Fonte: www.treccani.it

¹³⁷ Dichiarazione pubblica del 2023 di Alessio Scandurra, coordinatore dell'osservatorio sul carcere dell'Associazione Antigone, riportata nel portale online Dire: agenzia di stampa nazionale.

inevitabilmente ha interessato anche gli ambienti carcerari. Un evento di tale eccezionalità non poteva che generare soluzioni altrettanto straordinarie, ragion per cui il Governo¹³⁸ ha previsto una normativa che consente a tutti i soggetti condannati a meno di 18 mesi di pena di poter ottenere, sino al 30 giugno 2020, la conversione della misura carceraria in detenzione domiciliare, rimanendo però un interrogativo in merito alle sorti di tutti quei detenuti, che dovendo ancora scontare una pena superiore ai 18 mesi, erano esclusi dalla norma, fra questi anche quelli in regime di 41 *bis*. Siffatto *vulnus* normativo, è stato necessariamente colmato dagli operatori giudiziari che, per mezzo di decisioni individuali ancorate alla casistica di specie, hanno posto soluzione alla questione. Sicché, i giudici sono stati chiamati ad analizzare la fattispecie concreta, valutare la situazione dei singoli soggetti, e la compatibilità delle loro condizioni di salute con l'ambiente carcerario durante la diffusione del virus, nonché bilanciare la tutela del diritto alla salute con gli interessi della collettività. Ovviamente siffatte scelte hanno coinvolto non solo i detenuti in regime ordinario, ma anche, necessariamente, i detenuti al regime speciale del 41 *bis*, poiché il diritto alla salute non può essere valutato in base alla gravità dei crimini commessi dai soggetti, né tantomeno in base alla loro pericolosità sociale. Ed effettivamente così è stato. Sono diverse le ordinanze dei giudici aditi, atte a sottoporre, provvisoriamente, alcuni soggetti detenuti in regime del carcere duro, alla detenzione domiciliare, scatenando numerose reazioni di indignazione presso l'opinione pubblica. Naturalmente, tali scelte giurisprudenziali erano giustificate da ragioni di assoluta necessità, in quanto tale alleggerimento delle misure detentive è stato concesso solo a quei detenuti che, a causa di una situazione fisica già di per sé compromessa, qualora avessero contratto il virus, avrebbero avuto poche chance di sopravvivenza, o quantomeno notevoli complicazioni. Effettivamente, tali decisioni sono numericamente limitate, talché hanno coinvolto solo una percentuale

¹³⁸ All'interno del più ampio d. l. 17.03.2020 n. 18.

estremamente ridotta di detenuti in regime di 41 *bis*, rimanendo ingiustificato l'allarmismo dell'opinione pubblica che si è appellata allo scandalo¹³⁹.

¹³⁹ Chirumbolo D., *“Il diritto alla salute del detenuto in regime di 41bis ai tempi del Covid-19”*, cit.

CAPITOLO III

IL RIFIUTO DI CURE

1. Lo sciopero della fame

Uno dei risvolti più problematici della tematica fino a qui trattata è senz'altro quello del diritto a non farsi curare e dei limiti che esso può incontrare. La dottrina e la giurisprudenza prevalenti consentono ormai di affermare l'esistenza di un vero e proprio diritto a non essere curato, con il limite costituito dall'ipotesi in cui il permanere della situazione patologica del singolo possa indirettamente mettere in pericolo la salute degli altri. Non sembra possibile, in senso contrario, invocare l'esistenza di un dovere del singolo alla salute, ricavato dal principio di solidarietà e partecipazione, che consenta l'apposizione di limiti legittimi alle libertà costituzionalmente garantite, sia perché l'art. 32 Cost. non parla di "dovere", ed è quanto meno problematico desumere dal sistema costituzionale doveri ulteriori rispetto a quelli enumerati, sia perché è discutibile la stessa equazione salute-integrità fisica sulla quale sembra fondarsi la tesi in esame.

«Si stabilisce così un rapporto sempre più stretto tra cura e volontà della persona interessata, che porta anche a una ridefinizione della nozione di cura, riferita appunto a una valutazione soggettiva e non più solo a nozioni apparentemente oggettive, come quella di guarigione o di maggior possibile benessere (o minor possibile sofferenza). Il caso più evidente ed estremo è rappresentato dal rifiuto di cure, per esempio per ragioni religiose, anche in situazioni in cui la guarigione sarebbe sicura e piena¹⁴⁰».

Tra le emergenze che gli operatori cui è affidata la tutela della salute nelle carceri devono affrontare vi è senza dubbio lo sciopero della fame da parte di un soggetto detenuto. Secondo la letteratura medico-legale, esso è definito come “il rifiuto volontario totale di assumere cibo senza un giustificato motivo medico, che duri da più di tre giorni”. Perché si possa parlare di sciopero della fame, “il rifiuto deve essere totale, cioè deve interessare sia gli alimenti solidi sia i liquidi, fatta

¹⁴⁰ Rodotà S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit, p. 238.

eccezione per l'acqua, che viene accettata dalla maggioranza dei detenuti digiunatori”¹⁴¹. La letteratura penitenziaria riporta tuttavia casi di rifiuto anche dell'acqua.

I casi più frequenti riguardano gli scioperi della fame collettivi, come quelli che hanno coinvolto a più riprese i prigionieri curdi in Turchia o i terroristi detenuti a Guantanamo, mentre c'è scarsità di letteratura sulle esperienze su piccola scala, su come prendersi cura al meglio dei singoli scioperanti della fame, o su come la loro gestione clinica e pratica varia da paese a paese¹⁴².

Quando questo evento si realizza, la circostanza assume un significato molto importante e delicato, in quanto la sopravvivenza è piuttosto breve e, dal momento che le forme più tipiche di sciopero della fame vengono attuate a scopo di protesta o di rivendicazione, è nell'interesse del detenuto sopravvivere il più a lungo possibile, in considerazione del fatto che il fine del suo atto non è la morte, ma l'acquisizione di miglioramenti situazionali o di diritti che egli ritiene gli siano negati.

Quando un detenuto attua lo sciopero della fame, il problema che ne scaturisce per i medici penitenziari è legato fondamentalmente al fatto che il soggetto rifiuta quasi sempre, oltre agli alimenti, anche ogni intervento sanitario tanto a scopo diagnostico, quanto a scopo terapeutico. I disturbi soggettivi dovuti alla fame sono più evidenti nei primi 4-5 giorni. Nei primi momenti è presente una sintomatologia soggettiva: nausea, crampi allo stomaco unitamente ad una viva sensazione di fame che dura 3-4 giorni e poi si placa. Subentra quindi uno stato di torpore fisico e di indifferenza verso il cibo con astenia e adinamia progressivamente ingravescente. La pelle si presenta secca, desquamata e pallida e particolarmente evidente è il dimagrimento. La temperatura corporea diminuisce gradatamente a causa del ridotto consumo energetico. Il ritmo del respiro va

¹⁴¹ Secondo la definizione fornita dall'enciclopedia Treccani in www.treccani.it/vocabolario/ricerca/sciopero-della-fame.

¹⁴² Caenazzo L., Tozzo P., Rodriguez D., “*Hospitalized hunger-striking prisoners: the role of ethics consultations*”, in CrossMark, articolo pubblicato a dicembre 2016; Castellano G., “*Carcere: benessere psicofisico dei detenuti*”, in www.sociologicamente.it, articolo pubblicato il 6.12.21, p. 624.

incontro a variazioni con tendenza ad aumentare nel periodo di maggior acidosi¹⁴³.

Vi sono tre diverse possibilità di sciopero della fame:

- Un primo caso è rappresentato dal detenuto che rifiuta sia gli alimenti solidi che quelli liquidi (acqua compresa), evenienza questa piuttosto rara e rapidamente evolvente verso un'intensa e totale disidratazione.
- Una seconda possibilità è quella del rifiuto del cibo accompagnato però dall'assunzione dell'acqua. In caso di astinenza anche dall'acqua il limite di durata vitale si aggira intorno agli 8-10 giorni.
- Il terzo caso è rappresentato dal digiuno parziale, che si ha quando il detenuto rifiuta il cibo solido, ma accetta di assumere, oltre all'acqua, anche altre bevande, come ad esempio latte o acqua zuccherata.

Esiste poi, e va tenuto in opportuna considerazione, il problema della simulazione del digiuno nel caso in cui il detenuto, pur dichiarando di rifiutare l'alimentazione, si procura di nascosto il cibo. In quest'ultima situazione la mancata constatazione di una acidosi da digiuno e la mancata perdita di peso sono in grado di dirimere ogni dubbio. Esiste anche la possibilità che lo sciopero della fame sia attuato nel più assoluto segreto allo scopo di simulare una grave malattia¹⁴⁴.

La resistenza al digiuno nell'uomo è molto variabile, essendo condizionata da molteplici fattori. Nei casi in cui lo sciopero della fame viene portato avanti ad oltranza, il pericolo di morte può presentarsi quando un individuo di peso medio ha perduto il 30% del suo peso iniziale.

È opportuno che il soggetto venga allocato in cella singola, per un controllo più sistematico e adeguato: questa precauzione è resa necessaria per verificare se si tratta di un vero e proprio sciopero della fame oppure di una simulazione dello stesso. Il medico deve sottoporre a visita tutti i giorni il paziente scioperante registrando nella cartella clinica tutti parametri vitali e deve rendere edotto in termini di estrema chiarezza il paziente dei seri rischi cui può andare incontro,

¹⁴³ “Cosa succede al corpo di una persona che fa lo sciopero della fame”, in Il Post, articolo pubblicato il 27.01.2023.

¹⁴⁴ Maffei M., “Lo sciopero della fame della persona detenuta”, in www.rassegnapenitenziaria.it, p. 4.

instaurando un incisivo sostegno psicologico¹⁴⁵. Per fornire cure mediche appropriate, i medici dovrebbero comprendere la complessità delle implicazioni cliniche, psicologiche, legali ed etiche derivanti dall'inedia volontaria prolungata. Un approccio multidisciplinare e il coinvolgimento di diversi esperti potrebbero essere utili in questo contesto. In caso di necessità, il soggetto deve essere ospedalizzato. Come gestire queste situazioni è solitamente compito dei medici, e degli operatori sanitari in genere, che, prima di intraprendere qualsiasi azione, possono richiedere una consulenza etica al fine di ottenere informazioni chiare sui propri obblighi etici e sulle linee guida nazionali e internazionali¹⁴⁶. Tale consulenza si svolge in risposta a una specifica richiesta di assistenza al fine di migliorare la qualità dell'assistenza sanitaria identificando, analizzando e risolvendo questioni o preoccupazioni etiche¹⁴⁷.

La condotta scioperante può assumere un duplice significato. Anzitutto, può configurarsi come una forma di espressione non verbale di una condizione di disagio oppure come una forma di protesta non violenta per denunciare una condizione che si ritiene ingiusta. Il digiuno ha in questo senso finalità comunicative. Lo stato di detenzione, infatti, rende più difficile ricorrere a forme consuete di comunicazione e può indurre ad adottare modalità più eclatanti o dirompenti per richiamare l'attenzione e ribellarsi all'accettazione della compressione della propria identità. 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

¹⁴⁵ La Dichiarazione WMA di Malta (World Medical Association, 2006) chiarisce in cosa dovrebbe consistere la lealtà di un medico: "I medici che assistono agli scioperi della fame possono sperimentare un conflitto tra la loro lealtà verso l'autorità datrice di lavoro (come la direzione della prigione) e la loro lealtà verso i pazienti. I medici con doppia lealtà sono vincolati dagli stessi principi etici degli altri medici, vale a dire che il loro obbligo primario è nei confronti del singolo paziente". V. sul punto Caenazzo L., Tozzo P., Rodriguez D., *Hospitalized hunger-striking prisoners: the role of ethics consultations*, cit, p. 2.

¹⁴⁶ Una consulenza di etica clinica è definita come "un insieme di servizi forniti da un individuo o da un gruppo in risposta a domande di pazienti, famiglie, surrogati, fornitori di assistenza sanitaria o altre parti coinvolte che cercano di risolvere incertezze o conflitti riguardanti preoccupazioni di valore che emergono nell'assistenza sanitaria". Fonte: Gruppo Nazionale di Etica Clinica e Consulenza Etica in ambito Sanitario, "La consulenza etica in ambito sanitario in Italia", in www.uninsubria.it documento approvato il 10.10.2013.

¹⁴⁷ Caenazzo L., Tozzo P., Rodriguez D., "Hospitalized hunger-striking prisoners: the role of ethics consultations", cit, p. 2.

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 atto di ribellione interiore all'adattamento istituzionale cui mira la pena detentiva¹⁴⁸. A ben vedere, dunque, più che il desiderio di morire o il rifiuto del cibo, il soggetto, attraverso l'astensione al nutrimento, rivela il suo desiderio di vivere, ossia quello di trasmettere alla società esterna, al mondo giuridico, politico e legislativo dei messaggi che possono riguardare la situazione processuale, il miglioramento della vita quotidiana in carcere, il riconoscimento di alcuni diritti inviolabili (es. l'ammissione al lavoro) o, più in generale, la riforma dell'intero sistema penitenziario¹⁴⁹.

Il rifiuto del cibo può essere dettato anche da altre ragioni ed in particolare da un vero e proprio rifiuto di vivere per motivazioni esistenziali non necessariamente correlati alla condizione detentiva. Una tale percezione non deriva necessariamente dall'asprezza del regime detentivo o dallo stigma sociale connesso allo status di detenuto¹⁵⁰.

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. 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

¹⁴⁸ Medaglia V., *"Il diritto di rifiutare le cure: lo sciopero della fame da parte del detenuto"*, in www.romatrepress.uniroma3.it.

¹⁴⁹ Scarfò P., *"Lo sciopero della fame dei detenuti: profili psicologici e normativi"*, in www.salvisjuribus.it, articolo pubblicato il 31.01.2021.

¹⁵⁰ Come riportato nel Glossario allegato alla Dichiarazione di Malta "gli individui che intraprendono lo sciopero della fame mirano a raggiungere obiettivi per loro importanti ma generalmente sperano e intendono sopravvivere", quindi "lo sciopero della fame non equivale al suicidio". Fonte: Dichiarazione WMA di Malta (World Medical Association, 2006).

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 alimentare. 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 metabolici¹⁵¹.

Per attuare un siffatto *iter* curativo è indispensabile ottenere la disponibilità del digiunante. Laddove questo continui a rifiutare il cibo, l'unica possibilità sono le tecniche di alimentazione forzata, con conseguente sottoposizione del soggetto a interventi invasivi del suo corpo.

Si pone a questo punto 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 tratta 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 di facoltà di rifiutare le cure mediche, ancorché necessarie per impedire l'estremo evento della morte.

Secondo la tesi sostenuta dal CNB nel 2005, il divieto di sottoporre il paziente scioperante a trattamenti sanitari obbligatori, salvo questi siano imposti da un'apposita previsione di legge, *ex art. 32, comma 2°, Cost.*, si pone solo se e nei limiti in cui si qualifichi l'alimentazione forzata come atto di natura medica.

Il parere maggioritario così recita: "Non è da mettere in dubbio che, quando alimentazione e idratazione assumano carattere straordinario e la loro sospensione sia stata validamente richiesta dal paziente nelle proprie Dichiarazioni anticipate, il medico potrebbe accedere a tale richiesta, anche se a questa soluzione sembra che osti la grande difficoltà (psicologica ed umana) di lasciar morire il paziente per inedia". È però diversa l'ipotesi in cui alimentazione e idratazione più che il carattere di un atto medico, abbiano quello di una ordinaria assistenza di base: se tale atto non fosse qualificato come tale, ma considerato un sostentamento vitale

¹⁵¹ Sul punto si rinvia per approfondimenti a: "*Cosa succede al corpo di una persona che fa lo sciopero della fame*", cit.

di base indispensabile per garantire le condizioni fisiologiche di base per vivere, sarebbe un atto dovuto eticamente (oltre che deontologicamente e giuridicamente)¹⁵². È evidente, tuttavia, come questa posizione mal si concili con le disposizioni enunciate nell'art. 13 Cost. sulla libertà personale, la cui caratteristica fondamentale è l'inviolabilità. Solo un atto motivato dell'Autorità giudiziaria o negli altri modi previsti dalla legge è possibile ammetterne forme di restrizione. Nella risposta ai quesiti del Ministero della Giustizia del 2023, la maggioranza dei componenti del CNB, ha ritenuto che, nel caso di imminente pericolo di vita, quando non si è in grado di accertare la volontà attuale del detenuto, il medico non è esonerato dal porre in essere tutti quegli interventi atti a salvargli la vita. La stessa Corte Europea dei Diritti Umani (CEDU) ritenuto che: “né le autorità penitenziarie, né i medici potranno limitarsi a contemplare passivamente la morte del detenuto che sciopera”. Le DAT sono incongrue, e dunque non applicabili, laddove siano subordinate all'ottenimento di beni o alla realizzazione di comportamenti altrui, in quanto utilizzate al di fuori della ratio della l. 219/2017¹⁵³.

La vicenda pone dunque 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 ristretta. 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 detentivo¹⁵⁴.

¹⁵² Così la posizione maggioritaria espressa dal CNB, *L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente*, 2005. È da rilevare l'ampio dibattito innescato dalla minoranza dei membri, sulla base del fatto che “se una persona, nella piena consapevolezza della sua condizione e delle conseguenze del suo eventuale rifiuto, è libera di decidere su qualunque intervento gli venga proposto, ivi compresa la nutrizione artificiale, non è possibile sottrarre alla medesima la libertà di dare disposizioni anticipate di analoga estensione, e quindi anche circa l'attivazione o non attivazione dell'idratazione e alimentazione artificiali.

¹⁵³ CNB, *Risposta ai quesiti del Ministero della Giustizia del 6 febbraio 2023*, cit.

¹⁵⁴ Corte costituzionale, sentenza 25.07.1979, n. 114.

2. L'alimentazione forzata

L'astensione al nutrimento impone di risolvere due questioni tra loro connesse: in primo luogo, occorre valutare se sia lecito procedere all'alimentazione coatta del detenuto che rifiuti tenacemente di nutrirsi, ove ciò sia atto ad impedire proprio l'evento morte; in secondo luogo, ci si deve domandare, qualora ciò si verificasse, se possa ascriversi in capo all'istituto penitenziario e ai suoi operatori l'eventuale responsabilità penale del decesso¹⁵⁵.

Sorge in tal caso l'interrogativo se l'amministrazione penitenziaria possa dar corso all'alimentazione forzata per evitare il decesso, sul presupposto giustificativo del particolare stato in cui il soggetto versi o se vi sarebbe in questo caso una violazione dell'art 32 Cost., comma 2°, che vieta i trattamenti sanitari obbligatori salvo che siano stabiliti dalla legge. Parlare di "diritto a rifiutare le cure", implica che la pratica dell'alimentazione forzata debba qualificarsi come "atto medico". Al riguardo nella comunità scientifica si contrappongono due tesi.

Quella prevalente sostiene che la nutrizione forzata configuri una vera e propria pratica medica, in quanto presuppone conoscenze scientifiche, l'uso di specifiche tecniche sanitarie ed una procedura complessa finalizzata ad un risultato tipico dell'attività medica quale è preservare la salute dell'individuo¹⁵⁶.

L'altra, si fonda sulla considerazione che l'alimentazione e l'idratazione siano elementi basilari e fisiologici per garantire la vita e che non possono qualificarsi come atto medico solo perché attuati in modo artificiale¹⁵⁷.

La problematica non è di agevole soluzione poiché pone un delicato e complesso conflitto tra il diritto del detenuto di rifiutare le cure e la doverosa salvaguardia della vita umana. Per risolvere la questione è necessario stabilire se la condizione

¹⁵⁵ Scarfò P., *"Lo sciopero della fame dei detenuti: profili psicologici e normativi"*, cit.

¹⁵⁶ In questo senso, si pronuncia la storica sentenza della Corte di Cassazione 16.10.2007 n. 21748 sul caso riguardante Eluana Englaro, 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". V. inoltre ora l'art.1 l. 219/17 sulla nutrizione artificiale.

¹⁵⁷ Così CNB, *L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente*, cit, punto 4.

detentiva lasci integro il diritto del detenuto di non curarsi o se, invece, determini un suo affievolimento che legittimi il ricorso dell'amministrazione penitenziaria e dei sanitari coinvolti all'alimentazione forzata, quando necessaria a salvargli la vita. Nel caso in cui lo sciopero della fame prosegua e le condizioni di salute del digiunante decadano sino al pericolo di morte, può manifestarsi il rifiuto esplicito del detenuto ad essere sottoposto ad alimentazione forzata proposta dall'Amministrazione.

La dottrina ha storicamente proposto tre diverse risposte a tale complesso interrogativo. Una prima prospettazione assimila lo sciopero della fame all'omicidio del consenziente (ex art. 579 c.p.) in combinato disposto con l'art. 40, comma 2° c.p., secondo cui «non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo», e propende per la liceità da parte dell'amministrazione del ricorso all'alimentazione forzata con la conseguenza per cui la responsabilità penale per la morte del detenuto ricadrebbe sull'amministrazione stessa¹⁵⁸; una seconda ritiene che l'eventuale omissione del personale in presenza dell'esplicito rifiuto del digiunante vada valutata alla luce del diritto di autodeterminazione terapeutica, sancita dall'art. 32, comma 2°, Cost.; la terza ritiene possa trovare applicazione, a giustificazione della nutrizione forzata, la scriminante dello stato di necessità ex art. 54 c.p.

La prima tesi, minoritaria, si basa sulla premessa che lo sciopero della fame, protratto sino al decesso del digiunante, sia in sostanza una modalità del detenuto di darsi la morte, per cui, sul piano degli obblighi di intervento del personale carcerario e sanitario, dovrebbero trovare applicazione le disposizioni penali collegate a tale evento¹⁵⁹. Poichè vi sarebbe una posizione di garanzia a tutela della vita altrui in capo all'istituzione penitenziaria, il personale penitenziario e sanitario sarebbe 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 suicidarsi. Tale soluzione è stata criticata su più fronti dalla dottrina prevalente, la quale sostiene che tale problematica va risolta alla luce di

¹⁵⁸ Corte costituzionale, sentenza 25.09.2019, n. 242.

¹⁵⁹ In particolare, ex artt. 579 e 580 Codice penale.

una corretta interpretazione sia della disciplina dei trattamenti sanitari obbligatori, avendo la pratica dell'alimentazione coatta natura medica, sia della normativa penitenziaria in materia¹⁶⁰.

Invero, la riserva di legge prevista dall'art. 32, comma 2°, Cost esige che l'atto legislativo individui il determinato trattamento autorizzato e la specifica malattia che esso mira a curare o a prevenire, requisiti questi che non sono riscontrabili nell'art. 41, comma 3°, ord. penit.¹⁶¹. A ciò si deve aggiungere che la disposizione *de qua*, nonché gli artt. 33 e 34 della legge n. 833 del 1978¹⁶² consentono l'uso della coercizione fisica solo per i detenuti affetti da gravi patologie mentali, escludendola, dunque, per quelli capaci di intendere e di volere.

Al fine di ovviare quest'ultima considerazione, alcuni autori hanno sostenuto che la protrazione del digiuno per un lungo periodo di tempo farebbe cadere il soggetto in uno stato di incoscienza assimilabile allo stato di infermità mentale, cosicché non sarebbe in grado di rinnovare il suo dissenso alle cure. Al riguardo si è obiettato che, nel caso in cui il detenuto decida di protrarre il digiuno, accettando anche il rischio di morire, il sopravvenuto stato di incoscienza non giustificerebbe l'intervento medico, operando il limite della libertà terapeutica del soggetto che implica, come si è detto, anche la libertà di lasciarsi morire¹⁶³.

La seconda tesi muove dall'assunto, maggioritario, che l'alimentazione artificiale costituisca atto medico. Su questa premessa, il detenuto in sciopero della fame non può essere sottoposto a quello che sarebbe un trattamento sanitario contrario alla sua volontà, ostandovi l'art. 32, comma 2°, Cost. Si ritiene, infatti, da quanti si muovono in tale ambito concettuale, che non possa essere invocata la normativa

¹⁶⁰ Medaglia V., *“Il diritto di rifiutare le cure: lo sciopero della fame da parte del detenuto”*, cit, p.17.

¹⁶¹ L'art. 41, comma 3°, così recita: “Non può essere usato alcun mezzo di coercizione fisica che non sia espressamente previsto dal regolamento e, comunque, non vi si può far ricorso a fini disciplinari ma solo al fine di evitare danni a persone o cose o di garantire la incolumità dello stesso soggetto. L'uso deve essere limitato al tempo strettamente necessario e deve essere costantemente controllato dal sanitario”.

¹⁶² L'art. 33, comma 2°, l n. 833/1978 recita: “Possono essere disposti dall'autorità sanitaria accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici previsti dalla Costituzione, compreso per quanto possibile il diritto di scelta del medico e del luogo di cura”.

in tema di trattamenti sanitari obbligatori, poiché tali pratiche debbono mirare a salvaguardare la salute della collettività. La nutrizione artificiale imposta e, se necessario, forzata della persona detenuta, trasformerebbe l'attività sanitaria in uno strumento di controllo e di repressione della libertà. Si negherebbe, così, quel diritto della persona a presidiare il confine del proprio corpo, che è una delle tutele essenziali, la prima e fondamentale, della dignità umana¹⁶⁴. Anche dal punto di vista del diritto internazionale, da tempo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo tende a riconoscere la violazione dell'art. 3 CEDU in casi concernenti l'alimentazione forzata di detenuti in sciopero della fame¹⁶⁵.

L'ultimo indirizzo giustifica, infine, il ricorso all'alimentazione forzata, pur in mancanza di una esplicita norma che lo preveda, come trattamento sanitario obbligatorio a tutela della vita del detenuto in sciopero della fame, facendo ricorso all'art. 54 c.p.¹⁶⁶. È stato però obiettato che invocare lo stato di necessità possa tradursi in una elusione della garanzia costituzionale, consentendo un trattamento sanitario in assenza di una specifica disposizione di legge che ne determini presupposti e limiti.

La diatriba è stata affrontata dalla l. 219/17: in particolare l'art. 1, comma 5°, considera, quali trattamenti sanitari, la nutrizione e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici. Secondo tale disposizione, “qualora il paziente esprima la rinuncia o il rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza”, gli obblighi del medico si limitano al dovere di “prospettare” al paziente le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative e di “promuovere” ogni azione di sostegno dello stesso, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica. Il medico, dunque, è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il

¹⁶³ Scarfò P., “Lo sciopero della fame dei detenuti: profili psicologici e normativi”, cit.

¹⁶⁴ Busatta L., Piccinni M., Rodriguez D., Marsico G., Zatti P., “Sciopero della fame. I diritti della persona detenuta che rifiuta di alimentarsi e doveri di protezione”, in *Quotidiano Sanità*, articolo pubblicato il 22.02.2023.

¹⁶⁵ Corte CEDU, Yakovlyev v. Ucraina, ricorso n. 42010/18, sentenza dell'8.12.2022, concernente la condanna dell'Ucraina per violazione del divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti per aver imposto la nutrizione forzata di una persona detenuta che rifiutava di alimentarsi.

¹⁶⁶ V. ad esempio l'opinione della maggioranza dei membri del CNB, *Risposta ai quesiti del Ministero della Giustizia del 6 febbraio 2023*, cit.

trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo, con conseguente esenzione da responsabilità¹⁶⁷. Trova pertanto applicazione il principio del consenso informato quale presupposto indispensabile per giustificare l'intervento medico, anche se da tempo la Corte costituzionale ha ricondotto il principio del consenso informato ai trattamenti sanitari al perimetro rappresentato dagli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione¹⁶⁸, sostenendo come esso ponga in risalto la propria funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute¹⁶⁹.

È da segnalare, in senso contrario, una decisione della Corte EDU¹⁷⁰ in cui la Corte ha ritenuto che la nutrizione forzata, disposta dal Tribunale Federale e poi dal Tribunale Cantonale competente, era da considerarsi legittima, malgrado l'esplicito rifiuto della persona al trattamento pur nel caso di perdita di coscienza. La Corte, richiamando la propria giurisprudenza, ha affermato che l'alimentazione forzata è da ritenersi praticabile, anche nei casi in cui vi sia stato esplicito rifiuto, in presenza di tre condizioni:

- la “necessità medica” dell'intervento: nel caso esaminato sussistente in quanto l'ingiunzione all'alimentazione forzata era stata adottata solo quando le condizioni del ricorrente erano divenute molto serie e l'intervento era necessario per salvargli la vita;
- la “garanzia processuale”, anch'essa rispettata, in quanto la decisione sul trattamento era stata adeguatamente vagliata in sede giudiziale nel contraddittorio delle parti e con il supporto di idonea difesa;
- Le modalità di esecuzione del trattamento non dovevano configurarsi come tortura.

¹⁶⁷ Tomasi M., “*Il rifiuto dei trattamenti della persona detenuta. Un diritto costituzionale “condizionato?”*”, in *Resp. med.* in corso di pubblicazione.

¹⁶⁸ Busatta L., Piccinni M., Rodriguez D., Marsico G., Zatti P, *Sciopero della fame. I diritti della persona detenuta che rifiuta di alimentarsi e doveri di protezione*, cit.

¹⁶⁹ Corte costituzionale, sentenza 15.12.2008, n. 438.

¹⁷⁰ CEDU, Rappaz v. Svizzera, ricorso n. 73175/10 del 26.03.2013, par. 69 ss.

La decisione della Corte sembra discostarsi dall'applicazione tassativa dell'art. 32, comma 2°, Cost. per affermare, in presenza delle suindicate condizioni, la prevalenza del bene della vita sul principio di autodeterminazione¹⁷¹.

In conclusione, deve riconoscersi al detenuto il diritto di autodeterminazione terapeutica quale diritto fondamentale dell'individuo in quanto tale: dinanzi alla libera e consapevole scelta del soggetto di rifiutare il cibo, il personale sanitario dell'amministrazione penitenziaria deve, quindi, astenersi da qualsiasi trattamento coattivo, salvo il caso in cui la situazione patologica metta in pericolo la salute dei terzi¹⁷² ovvero si dimostri inconfutabilmente che essa non corrisponda all'esatta volontà del recluso.

Non risultano infatti né nell'ordinamento penitenziario né nelle leggi speciali che regolano lo *status* giuridico delle persone sottoposte a limitazioni della libertà personale, disposizioni che consentano di procedere alla nutrizione forzata della persona detenuta che rifiuta di alimentarsi. Il consenso o il rifiuto manifestato dalla persona detenuta adeguatamente informata va rispettato e mantiene la sua validità, qualora l'interessato perda coscienza, anche di fronte all'aggravarsi della sua situazione.

3. Trattamenti sanitari obbligatori

Come ha ricordato anche Stefano Rodotà «una riflessione critica sulla libertà di cura non appare in contrasto con il principio dell'affidamento al solo interessato delle decisioni riguardanti la sua salute, dal momento che ben può ritenersi che tale libertà vada esercitata nell'ambito di ciò che è legittimamente disponibile¹⁷³».

È ormai consolidato l'assunto secondo il quale la persona detenuta non perde i propri diritti fondamentali, la cui tutela deve continuare ad essere assicurata. Le

¹⁷¹ Pelazza M., «L'alimentazione forzata di detenuti in sciopero della fame al vaglio della Corte di Strasburgo», in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, articolo pubblicato il 7.05.2013, pagg 1 ss.

¹⁷² Lo sciopero della fame potrebbe, infatti, avere una certa «potenzialità epidemica» e costituire una minaccia per la microsocietà penitenziaria più esposta a subire gli effetti di condizionamento ed imitazione dell'agire. Solo in questo caso si configura un dovere giuridico di intervento da parte del personale sanitario.

¹⁷³ Rodotà S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit, p. 242.

limitazioni alla libertà personale e ai diritti ad essa connessi sono consentite entro gli stretti limiti della Costituzione e delle leggi penali. Se così non fosse, si giungerebbe alla negazione della dignità umana, trasformando la detenzione in un trattamento contrario al senso di umanità, in contrasto con l'art. 27, 3° comma, Cost., nonché con l'art. 3 CEDU. Anche nel contesto carcerario si impone, dunque, la necessità di rispettare la volontà della persona rispetto alle cure e ai trattamenti sanitari, in quanto espressione della sua dignità¹⁷⁴.

Siamo di fronte a una decisione che segna in modo netto lo spazio del potere individuale nel governo della vita e così contribuisce, in maniera decisiva, ad assegnare limiti e caratteri di ogni altro potere. Vi è la constatazione ovvia del carattere fondamentale del diritto alla salute: ovvia perché proprio così lo definisce nelle sue parole iniziali l'art. 32 Cost. Vi è la conferma forte della centralità e del valore fondativo del consenso informato: fondativo perché ad esso si attribuisce la funzione di sintetizzare e dunque di dare espressione a diritti fondamentali della persona. Vi è l'affermazione, a un tempo confermativa e innovativa, dell'esistenza nel nostro sistema dell'autodeterminazione come autonomo diritto fondamentale: confermativa perché l'esistenza di questo diritto poteva già essere desunta dalle molte decisioni nelle quali la Corte costituzionale lo aveva fatto emergere come implicazione necessaria¹⁷⁵, e innovativa perché l'autodeterminazione segna il punto d'approdo di un percorso interpretativo dell'art. 32.¹⁷⁶

Dal punto di vista del diritto internazionale, da tempo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo tende a riconoscere la violazione dell'articolo 3 CEDU in casi concernenti l'alimentazione forzata di detenuti in sciopero della fame. Nel processo di verifica relativo alla violazione dell'art. 3 CEDU, la Corte impone che lo Stato resistente dimostri in modo convincente la necessità medica

¹⁷⁴ Busatta L., Piccinni M., Rodriguez D., Marsico G., Zatti P, *Sciopero della fame. I diritti della persona detenuta che rifiuta di alimentarsi e doveri di protezione*, cit.

¹⁷⁵ In particolare, del diritto della libertà personale affermato nell'articolo 13 Cost.

¹⁷⁶ Rodotà S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit, p. 277.

dell'intervento, la proporzionalità dei mezzi adottati, nonché il rispetto di una serie di garanzie procedurali nei confronti del detenuto scioperante¹⁷⁷.

L'art. 32, comma 2° Cost prevede delle eccezioni alla volontarietà dei trattamenti, rappresentate dalle disposizioni relative all'obbligo vaccinale (contemplato come obbligatorio, ma non coattivo) e dalla disciplina relativa ai trattamenti e accertamenti sanitari obbligatori per ragioni di salute mentale, che possono essere disposti solo in presenza di specifiche condizioni cliniche e nel rispetto di una serie di stringenti garanzie procedurali, a tutela della persona. Con riguardo al contesto carcerario, inoltre, la persona detenuta viene sottoposta agli accertamenti sanitari specificamente previsti dalla legge sull'ordinamento penitenziario¹⁷⁸.

I principi in esame sono stati attuati con l'art. 33 della l. n. 833 del 1978, istitutiva del S.S.N., che afferma il carattere di norma volontario degli accertamenti e dei trattamenti sanitari. Tale disposizione, 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 medico¹⁷⁹. Senza il consenso informato, il trattamento medico è illecito, anche quando esso è finalizzato alla conservazione o al miglioramento della salute del paziente¹⁸⁰. Se il consenso del paziente rappresenta la regola, i trattamenti obbligatori costituiscono 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

¹⁷⁷ CEDU, Yakovlyev v. Ukraine, ric. n. 42010/18, sentenza dell'8.12.2022.

¹⁷⁸ Busatta L., Piccinni M., Rodriguez D., Marsico G., Zatti P, *Sciopero della fame. I diritti della persona detenuta che rifiuta di alimentarsi e doveri di protezione*, cit.

¹⁷⁹ Medaglia V., *“Il diritto di rifiutare le cure: lo sciopero della fame da parte del detenuto”*, cit.

¹⁸⁰ Questo principio ormai è pacifico nella giurisprudenza di legittimità: si rinvia sul punto a Corte di Cassazione penale, SS.UU., sentenza 21.01.2009, n. 2437, in cui, pur ridimensionandone le conseguenze sul piano penale, si è ritenuto il consenso informato del paziente vero e proprio presupposto di liceità dell'attività terapeutica.

della persona che lo subisce¹⁸¹. 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 sociale¹⁸². 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 prevenire¹⁸³.

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. Riconosciuta l'esistenza di un diritto di rifiutare le cure, e 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. In assenza di un'apposita disposizione legislativa¹⁸⁴ che autorizzi un trattamento sanitario obbligatorio, in caso di sciopero della fame, vale 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.

¹⁸¹ 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. Vincenzi D. e Amato, "*Sub art. 32 Cost.*", nel Commentario della Costituzione, a cura di Branca G., Bologna, 1976, p. 173.

¹⁸² Vincenzi D. e Amato, "*Sub art. 32 Cost.*", cit. p. 176, 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 da parte 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.

¹⁸³ Vincenzi D. e Amato, "*Sub art. 32 Cost.*", cit. p. 177.

¹⁸⁴ 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.

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. Come ha indicato più volte la Corte costituzionale, «le presunzioni assolute, specie quando limitano diritti fondamentali della persona, violano il principio 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»¹⁸⁵. 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.

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. Il chiaro impianto della legge n. 219 del 2017 non lascia spazio a dubbi: di fronte a un detenuto capace di interloquire con il personale sanitario, il medico ha l'obbligo di informarlo in modo completo, chiaro e comprensibile sulla situazione e sulle conseguenze del digiuno. Acquisita e compresa ogni informazione, la persona può rifiutare la nutrizione che gli sia eventualmente proposta e i medici sono tenuti al rispetto della sua volontà.

In previsione di una perdita della capacità, il medico ha il dovere di pianificare con la persona detenuta il da farsi; ciò è possibile ricorrendo alla pianificazione condivisa delle cure (PCC)¹⁸⁶. Analogamente, la persona detenuta, acquisite

¹⁸⁵ Corte costituzionale, sentenza 25.02.2015, n. 48.

¹⁸⁶ Prevista dall'art. 5 della legge n. 219 del 2017.

adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può redigere le proprie disposizioni anticipate di trattamento (DAT)¹⁸⁷.

Con la PCC e le DAT, una persona maggiorenne e capace può esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari ed esse sono vincolanti per il medico e il personale sanitario che ha in cura la persona, anche quando quest'ultima non sia più in grado di esprimere scelte consapevoli. Secondo la legge, le volontà espresse possono essere disattese dal medico quando siano palesemente incongrue nel caso in cui, nel frattempo, si siano rese disponibili terapie non prevedibili al momento della sottoscrizione.

In assenza di PCC o DAT, il rifiuto manifestato dalla persona detenuta, adeguatamente informata delle conseguenze cliniche del rifiuto – che includono la probabilità di compromettere la vita dell'interessato – mantiene il suo valore e va rispettato anche qualora l'interessato perda coscienza¹⁸⁸.

Specificatamente, 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, lo scopo dello sciopero della fame potrebbe proprio essere quello di giungere a uno stato di salute incompatibile con il regime carcerario, eludendo l'applicazione della misura detentiva¹⁸⁹.

Di contro, un ragionamento analogo non potrebbe 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

¹⁸⁷ Secondo quanto previsto dall'art. 4 della legge n. 219 del 2017.

¹⁸⁸ Art.1 comma 6° l. n. 219/2017. Sul punto: Busatta L., Piccinni M., Rodriguez D., Marsico G., Zatti P, *Sciopero della fame. I diritti della persona detenuta che rifiuta di alimentarsi e doveri di protezione*, cit.

¹⁸⁹ V. sul punto: caso affrontato dalla CEDU, Rappaz v. Svizzera, ricorso n. 73175/10 del 26.03.2013.

caso dovrebbe prevalere l'istanza solidaristica di protezione della vita, come del resto evidenziato dalla stessa giurisprudenza di legittimità¹⁹⁰.

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 di per sé 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'agire¹⁹¹». 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 personali¹⁹². 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.

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

¹⁹⁰ Sul punto Corte di Cassazione civile, sez. I, sentenza 16.10.2007 n. 21748, par. 8, 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.

¹⁹¹ Maffei M., “*Lo sciopero della fame della persona detenuta*”, cit.

¹⁹² Sul punto si veda invece la sentenza di non luogo a procedere del G.U.P. presso Tribunale di Roma, sentenza 23.07.2007, n. 2049, 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.

di posizione specifica da parte del legislatore in merito. Ciò pare del resto confermato dall'analisi del quadro dottrinale e giurisprudenziale emerso su tale tematica. Un quadro caratterizzato da una notevole diversità di approcci, di soluzioni, di sensibilità. 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 Cost¹⁹³. In conclusione, emerge come i trattamenti sanitari obbligatori costituiscono una eccezione sicché gli stessi sono ammissibili solo se autorizzati da specifiche disposizioni di legge quali gli artt. 34 e 35 della l. n. 833 del 1978 che consentono il trattamento sanitario obbligatorio nei confronti di persone affette da malattie mentali; l'ordinamento penitenziario non contiene disposizioni che autorizzino il TSO per superare il dissenso dell'interessato, non potendosi ritenere tale l'art. 41, comma 3°, ord. penit.; tale disposizione, che giustifica l'utilizzo dei mezzi di coazione fisica, oltre che "per evitare danni a persone o cose", anche "a tutela della incolumità della persona" mira a fronteggiare il pericolo all'incolumità del detenuto derivante da contegni violenti e commissivi del medesimo (gesti autolesivi) e non a rimuovere una condotta meramente passiva dello stesso quale è il rifiuto di cure o di alimentarsi¹⁹⁴.

¹⁹³ Massaro. A., *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, Roma, 2017.

¹⁹⁴ Tribunale di Padova, ordinanza 25.02.2021.

4. Il ruolo delle DAT e della PCC in relazione allo stato di necessità

La disciplina della l. n. 219/17, al fine di evitare che la condizione di incapacità sopravvenuta possa rappresentare uno schermo assoluto e insuperabile, impeditivo rispetto all'accertamento della volontà attuale, introduce strumenti come le DAT (per il cittadino in previsione di un eventuale stato di malattia, ex art. 4) e la PCC (per il paziente che è già affetto da una condizione patologica, ex art. 5) che consentono di anticipare la formulazione dei propri desiderata con un effetto (tendenzialmente) vincolante per chi si troverà a compiere le scelte terapeutiche¹⁹⁵.

Già anteriormente all'intervento legislativo di cui all'articolo 4° della l. n. 219/2017 sulle D.A.T. si discuteva in ordine ai doveri del medico di fronte al dissenso espresso del paziente rispetto a trattamenti di sostegno vitale. La questione si poneva, in questi termini, anche per il Magistrato di Sorveglianza chiamato a decidere sull'imposizione coatta dell'alimentazione nei riguardi del detenuto, capace di intendere e volere, in sciopero della fame. Invero, vi era chi sosteneva che il diritto di rifiutare le cure incontrasse il limite dell'indisponibilità assoluta del bene vita, con conseguente dovere per il medico, nonostante il rifiuto di cure, di intervenire a tutela della salute del paziente¹⁹⁶.

In questo contesto, si pone la posizione “A” espressa dal Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) nel parere del 2023, in cui la maggioranza dei componenti del CNB caldeggia un sindacato del medico sui motivi che hanno condotto il detenuto al dissenso: solo qualora la volontà – pur manifestata tramite D.A.T. – non sia subordinata all'ottenimento di beni o alla realizzazione di comportamenti altrui può definirsi validamente prestata¹⁹⁷. Questa soluzione, tuttavia, non sembra essere la più ragionevole.

¹⁹⁵ Tomasi M., *“Il rifiuto dei trattamenti della persona detenuta. Un diritto costituzionale “condizionato?”*”, cit.

¹⁹⁶ Cattelan L., *“La gestione della disobbedienza civile negli istituti di pena”*, in Resp. med., in corso di pubblicazione.

¹⁹⁷ Nondimeno viene richiamato il dovere etico del medico di praticare interventi salvavita qualora il detenuto non sia più in grado di esprimere una volontà attuale. CNB, *Risposta ai quesiti del Ministero della Giustizia del 6 febbraio 2023*, cit.

D'altra parte, già dagli anni Ottanta, in forza del divieto costituzionale di trattamenti sanitari obbligatori fuori dai casi espressamente previsti, parte della giurisprudenza escludeva la liceità della alimentazione forzata dei detenuti che attuavano lo sciopero della fame con coscienza e volontà¹⁹⁸. Attraverso la cristallizzazione del principio del consenso informato, la legge n. 219/2017, in materia di disposizioni anticipate di trattamento, ha dato rilievo alla libertà della persona di rifiutare trattamenti sanitari, fino a legittimare la scelta dell'individuo di morire, anticipando la fine di una vita dalla stessa non ritenuta più conforme alla propria idea di dignità. Tanto basta per ritenere che nell'attuale contesto penitenziario non vi siano disposizioni che autorizzino il trattamento sanitario obbligatorio per superare il dissenso dell'interessato. La necessità dell'instaurazione di un rapporto di fiducia tra detenuto e sanitario è poi dimostrato dall'estromissione della figura del medico dal consiglio di disciplina, così come disposto dall'art 11, comma 1°, d. lgs. 2 ottobre 2018, n. 123 (che ha rinnovato l'art. 40 ord. penit.). Su queste basi non può che sostenersi il diritto della persona (informata, libera e ferma nella sua convinzione, consapevole delle conseguenze) a decidere se e quali cure accettare trovandosi in imminente pericolo di vita.

Come ben chiarisce la posizione minoritaria del CNB, nel parere del 2023, su tale diritto non incidono né la sede dove ciò avviene né il motivo iniziale che ha portato al pericolo di vita (ad esempio, lo sciopero della fame). La libertà della scelta della persona in ambito sanitario esula dalle motivazioni che hanno portato il soggetto a tale scelta. Ecco, dunque, che va rifiutata qualsiasi indagine sulle motivazioni che hanno indotto il detenuto a rifiutare l'alimentazione. Ciò che conta è che l'espressione della volontà sia libera, informata e consapevole¹⁹⁹. In

¹⁹⁸ In questi termini, ancor prima dell'intervento normativo di cui alla legge n. 219/2017, la giurisprudenza con sentenza della Corte di Cassazione penale, sez. I, sentenza 29.05.2002, n. 26446, poneva come limite insuperabile all'effettuazione, da parte del medico, del trattamento terapeutico giudicato necessario per la salvaguardia della salute del paziente affidato alle sue cure, "l'espresso, libero e consapevole rifiuto eventualmente manifestato dal medesimo paziente".

¹⁹⁹ Tribunale di Padova, ordinanza 25.02.2021; di seguito il principio di diritto ivi enunciato: l'art. 41, comma 3°, l. n. 354/1975 non legittima l'utilizzo di mezzi di coercizione per imporre trattamenti sanitari o comunque la nutrizione e/o l'idratazione rifiutate dal detenuto, anche alla luce della necessità di approfondire le attuali condizioni di salute psichica che, oltre ad eventuali

altri termini, non sarebbe ragionevole avanzare limiti (giuridici o etici) alla pratica dello sciopero della fame solo perché una persona è in condizioni di limitazione della libertà, leggendolo come “autoaggressione” o come aggressione nei confronti dell’istituzione carceraria, in quanto si tratta di una, seppur “estrema”, modalità di comunicazione²⁰⁰.

Per quel che riguarda i detenuti affetti da disagio psichico o da problematiche di dipendenza, non si riscontrano particolari problemi in caso di preesistenza di D.A.T. formate in uno stato di pienezza di capacità di intendere e volere. In caso di assenza di D.A.T. validamente redatte, qualora il sanitario ritenga che la volontà manifestata dal detenuto sia viziata da un difetto psichico (es. depressione maggiore, disturbi bipolari, schizofrenia) la soluzione si complica. Nelle istituzioni penitenziarie le manifestazioni psicopatologiche sono particolarmente frequenti. Esse possono essere la continuazione o l'evidenziazione in carcere di disturbi psichici già prima esistenti, o al contrario la strutturazione di una risposta di tipo psicotico ad eventi, particolarmente psicotraumatizzanti, quali l'imprigionamento, il rimorso per il delitto commesso, la previsione di condanna, la condanna stessa. Si possono manifestare con facilità in carcere delle reazioni a livello psichico, con le abituali caratteristiche fenomenologiche, che sono facilitate nel loro sviluppo dalla situazione carceraria, dalle condizioni di vita, non certo facili, che i detenuti sono costretti a sopportare²⁰¹.

Va premesso che la primaria valutazione dell'incidenza del disturbo sofferto dal detenuto che sceglie di attuare lo sciopero della fame è rimessa agli operatori sanitari. Di qui la relevantissima funzione attribuita al medico. In questa prospettiva, l'art. 1, comma 5°, l. n. 219/2017 ci consegna il precetto per cui il diritto a rifiutare le terapie, che dell'autodeterminazione sanitaria è evidentemente parte essenziale, viene riservato ai soli soggetti capaci di agire. Nondimeno,

interventi ex artt. 34 e 35 l. n. 833/1978 o ex art. 404 e ss. c.c., ove integranti un profilo di grave infermità psichica, potrebbero legittimare un intervento ex art. 47-ter, comma 1°- ter, ord. penit. come modificato con sentenza della Corte costituzionale 21.03.2011, n. 99.

²⁰⁰ Comitato Nazionale per la Bioetica, Posizione “B”, 6 marzo 2023.

²⁰¹ “*Problematiche psichiche e compatibilità carceraria, Psichiatria e carcere*”, in Ristretti Orizzonti - Rivista dalla Casa di Reclusione di Padova e dall'Istituto Penale Femminile della Giudecca, www.ristretti.it.

l'incapacità di agire con riguardo ad un atto personalissimo viene superata col riconoscimento di un potere sostitutivo in capo al soggetto investito di un ufficio di diritto privato. In particolare, viene in rilievo l'istituto della amministrazione di sostegno (inteso quale "abito cucito su misura" del beneficiario), la cui introduzione ha determinato la residualità delle figure di interdizione e inabilitazione. La nomina dell'a.d.s., sollecitabile dall'amministrazione penitenziaria con ricorso d'urgenza al Giudice Tutelare, sfocerà in un decreto che specificherà gli atti (di straordinaria o ordinaria amministrazione) che il beneficiario potrà compiere solo con l'assistenza del rappresentante. In particolare, il Giudice Tutelare sarà tenuto a determinare, nello specifico caso che qui ci occupa, anche le modalità di intervento dell'a.d.s. nelle scelte terapeutiche del beneficiario in caso di pratiche di disobbedienza civile manifestate all'interno degli istituti di pena²⁰².

Laddove l'interdetto legale sia anche affetto da una patologia psichica, invece, occorre un'ulteriore puntualizzazione. L'interdizione legale rappresenta una pena accessoria automatica posta a presidio della garanzia patrimoniale generica (art. 2740 c.c.) dell'interdetto. Conseguentemente, il detenuto interdetto legalmente che intenda proseguire una pratica di sciopero della fame che sia portatore di un disagio psichico incidente proprio sulla volontà di rifiutare il cibo (e le cure) dovrà essere assistito da un amministratore di sostegno (che ben potrà coincidere con la persona nominata tutore, non sussistendo sul punto alcun conflitto di interessi). Anche in questo caso, la nomina dell'a.d.s. può scaturire da un ricorso

²⁰² Di qui, ogni manifestazione di consenso e/o di dissenso agli accertamenti ed ai trattamenti terapeutici dovrà comunque essere prestata con il beneficiario, e non al posto dello stesso, nel senso che l'amministratore nominato dovrà esprimere quello che risulterà essere il reale intendimento del soggetto beneficiario, parlando con lui, cogliendone per quanto più possibile i desideri e le aspirazioni (anche implicite e/o presunte), e non il proprio intendimento.

Venendo alle problematiche più concrete, la norma non contiene alcun riferimento all'ipotesi di un conflitto fra il rappresentante legale e la, in qualunque modo ricostruibile, volontà del rappresentato circa l'espressione o il diniego del consenso informato alle terapie, il che non sembra però escludere, specie alla luce delle ricordate disposizioni che sottolineano la centralità dell'autodeterminazione del diretto interessato, la possibilità di un ricorso anche in tale ipotesi, su istanza dei legittimati ex artt. 321, 336 e 410 c.c. o anche d'ufficio ex artt. 384, 411 e 424 c.c., nonché 78 c.p.c., ai rimedi ordinari, quali la nomina di un curatore speciale o la rimozione del rappresentante dal suo ufficio. Sul punto, Masoni R., *"Il consenso informato espresso per il paziente incapace all'autodeterminazione terapeutica"*, in DeJure, articolo pubblicato il 5.02.2019.

d'urgenza dell'amministrazione penitenziaria al Giudice Tutelare. Nondimeno, il Magistrato di Sorveglianza sarà chiamato ad effettuare una verifica circa il rispetto dei diritti del detenuto nei termini indicati dall'art. 41 co. 3 ord. penit.

In conclusione, la tematica dello sciopero della fame praticato dalla persona in condizione di restrizione della libertà personale è assai variegata e richiede approcci diversificati a seconda delle caratteristiche del singolo detenuto. Ad ogni modo, si ritengono inadeguate le considerazioni che ritengono non più attuali le volontà espresse dal detenuto in una fase avanzata dello sciopero della fame, sul presupposto di una intervenuta demenza psichica (determinata proprio dalla mancata assunzione del cibo). Specificatamente, la manifestazione di volontà, consapevole e informata, espressa appena prima del sopravvenire della condizione di incapacità, possa essere intesa come una forma di consenso "attuale" del quale tenere conto durante la circostanza impeditiva²⁰³.

Un'ulteriore conferma dottrinale è emersa con l'ordinanza del 25 febbraio 2021 del Tribunale di Padova, in cui il Magistrato di Sorveglianza è stato chiamato a giudicare sulla legittimità di disporre l'alimentazione coatta nei confronti del detenuto scioperante che rifiuta di alimentarsi e di sottoporsi ai controlli prescrittigli. Osserva il Magistrato che "la limitazione della libertà personale connessa all'esecuzione della pena detentiva non priva il detenuto dell'esercizio dei diritti personalissimi e inviolabili quali il diritto alla salute, che trova tutela nell'art. 3 oltre che nell'art. 32 della Cost.; il diritto alla salute comprende, in negativo, il diritto a rifiutare i trattamenti sanitari, come prevede espressamente l'art. 32 comma 2 Cost., ponendo così una riserva di legge a tutela della libertà di autodeterminazione terapeutica degli individui". Osserva inoltre che "il principio in esame ha trovato attuazione con l'art. 33 della legge n. 833 del 1978 istitutiva del S.S.N. che afferma il carattere di regola volontario del trattamento sanitario e individua il fondamento della liceità del trattamento nel consenso informato del paziente che ha trovato parimenti attuazione nella legge n. 219 del 2017 che, in materia di disposizioni anticipate trattamentali, ha dato rilievo alla libertà della persona di

rifiutare trattamenti sanitari fino a legittimare la scelta della persona di morire, anticipando la fine di una vita dalla stessa non ritenuta più conforme alla dignità della persona²⁰⁴.

Nel caso in esame, in conclusione, non trova giustificazione un intervento che legittimi l'utilizzo di mezzi di coercizione per imporre trattamenti sanitari o comunque la nutrizione e/o l'idratazione rifiutate dal detenuto del quale si ritiene di approfondire le condizioni di salute psichica che, oltre ad eventuali interventi *ex artt.* 34 e 35 della legge n. 833 del 1978 o *ex art.* 404 e ss cc, ove integranti un profilo di grave infermità psichica potrebbero legittimare un intervento *ex art.* 47 *ter*, comma 1° *ter*, ord. penit²⁰⁵.

5. La posizione di garanzia del personale penitenziario

Il detenuto, pur conservando formalmente intatti tutti i diritti non incompatibili con la condizione detentiva, si trova a dover dipendere dall'amministrazione pubblica per il soddisfacimento di molti dei suoi interessi. Il problema fondamentale diviene, quindi, stabilire la rilevanza giuridica e, in specie, penalistica, dell'obbligo dell'amministrazione penitenziaria di tutelare la vita e la incolumità del detenuto, in modo da comprendere se si tratti di una autentica posizione di garanzia, anziché un mero obbligo di sorveglianza.

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

²⁰³ Cattelan L., *“La gestione della disobbedienza civile negli istituti di pena”*, cit.

²⁰⁴ L'art. 1 della legge n. 219/2017 stabilisce infatti che "Nessun trattamento sanitario può essere iniziato o perseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi previsti dalla legge"; il comma 5° statuisce che "ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare in tutto o in parte qualsiasi trattamento sanitario indicato dal medico" precisando che "ai fini della legge sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale in quanto somministrazione su prescrizione medica di nutrienti mediante dispositivi medici; il comma 6° dell'art. 1 stabilisce che "il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa del paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e in conseguenza di ciò è esente da responsabilità civile o penale", l'art. 3 al comma 5° prevede solo nel caso di persone minori, interdette o inabilite o soggette ad amministratore di sostegno (estesa anche all'ambito sanitario), nel caso di decisione di rifiuto alle cure da parte del legale rappresentante *ex lege* che non sia condivisa dal medico (che ritenga invece le cure appropriate e necessarie), la possibilità di rimettere la questione al giudice tutelare.

²⁰⁵ Tribunale di Padova, ordinanza 25 febbraio 2021.

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, comma 2°, c.p., secondo cui «non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo», con la conseguenza per cui la responsabilità penale per la morte del detenuto si fonderebbe sul combinato disposto tra l'art. 40, comma 2°, c.p. e le disposizioni penali che puniscono l'omicidio del consenziente e l'aiuto o l'istigazione al suicidio²⁰⁶.

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 autonomamente²⁰⁷. 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 etico-sociale, ma è necessario che l'azione impeditiva dell'evento sia imposta da una norma giuridica; 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;

²⁰⁶ Artt. 579 e 580 Codice penale.

²⁰⁷ Fiandaca G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979.

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 dell'effettiva possibilità di esercitarli²⁰⁸. Si può agevolmente escludere che il contenuto degli obblighi di tutela dell'A.P. nei confronti dell'integrità del detenuto sia riportabile a meri obblighi di attivarsi. L'amministrazione penitenziaria è istituzionalmente deputata alla cura ed alla custodia delle persone private della libertà personale²⁰⁹. 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 salute²¹⁰. 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.

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. L'art. 5 della l. n. 395 del 1990 attribuisce ai corpi di polizia penitenziaria il compito di garantire altresì 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 penitenziaria possano impiegare la forza

²⁰⁸ 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.

²⁰⁹ La Forgia G., "La prevenzione dei suicidi in carcere", in Quaderni ISSP Numero 8, www.ministerodellagiustizia.it, dicembre 2011.

²¹⁰ 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.

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 penitenziari.

La giurisprudenza della Corte EDU, che in diverse occasioni è stata interrogata sul tema²¹¹, avrebbe “affermato che le Autorità carcerarie potrebbero sottoporre ad alimentazione forzata un detenuto in sciopero della fame, se questa misura risulti una necessità terapeutica secondo i consolidati principi della medicina, in particolare se la necessità medica è stata dimostrata in modo convincente”. Volendo tentare una sintesi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, si può dire che, come regola generale, essa ha affermato che una misura, la quale rappresenta una necessità terapeutica, non possa considerarsi inumana o degradante, purché l'esistenza della necessità medica sia convincentemente dimostrata²¹². Con specifico riferimento all'alimentazione forzata, nei casi di sciopero da parte dei detenuti, la maggior parte delle indicazioni provenienti dalla Corte riguarda le modalità con le quali i trattamenti sarebbero somministrati, modalità che non possono mai travalicare i limiti imposti dall'art. 3 della Convenzione e che andranno valutate caso per caso. Inoltre, nel passaggio del caso Yakovlyev, la Corte EDU esclude l'automatica imputabilità alle autorità pubbliche del deterioramento delle condizioni di salute di un detenuto, causato direttamente dal suo rifiuto di accettare l'alimentazione. La Corte, tuttavia, “condividendo i principi espressi dall'Associazione Medica Mondiale”, considera che l'amministrazione penitenziaria non possa essere totalmente esonerata dai propri obblighi positivi, “limitandosi a contemplare passivamente la morte del detenuto che digiuna”. Con queste parole, però, la Corte, più che all'esigenza di intervenire coattivamente con l'alimentazione, sembra riaffermare gli obblighi di

²¹¹ La decisione più recente è quella della Quinta sezione sul caso Yakovlyev v. Ucraina, ricorso n. 42010/18, sentenza dell'8.12.2022

²¹² Il principio viene espresso per la prima volta in: CEDU, Herczegfalvy v. Austria, ricorso n. 10533/83, sentenza del 24.09.1992.

informazione continua e, in casi specifici, il dovere di accertare le reali ragioni della protesta del detenuto e “se tali ragioni non sono puramente capricciose ma, al contrario, denunciano una grave cattiva gestione medica, le autorità competenti devono dimostrare la dovuta diligenza avviando immediatamente le trattative con lo scioperante al fine di trovare un accordo adeguato, fatte salve, ovviamente, le restrizioni che le legittime esigenze di detenzione possono imporre”. La vulnerabilità del detenuto, insomma, andrebbe valutata di caso in caso, potendo l'intervento essere imposto solo quando questa sia effettivamente tale da comprometterne la libera espressione della personalità autentica. Contro le presunzioni connesse allo stato di detenzione, si è espressa peraltro, seppure in ambito diverso, la Corte costituzionale. Essa, infatti, ha più volte respinto l'uso di automatismi basati su presunzioni assolute di pericolosità che impediscono una valutazione equilibrata dei singoli casi e limitano l'accesso alle misure alternative in modo generico e astratto per determinate categorie di reati o individui²¹³. Come la pericolosità, viene da dire, la vulnerabilità, richiede una valutazione specifica e puntuale. Quanto al direttore dell'istituzione carceraria, l'art. 2 del d. lgs. n. 63 del 2006 inerente all'ordinamento sulla carriera dirigenziale penitenziaria 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».

Adeguati poteri impeditivi sono riscontrabili in capo al direttore dell'Istituto mediante 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 penitenziaria²¹⁴. 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 o per comprovati motivi di sicurezza, 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

²¹³ Silvestri G., “*La dignità umana dentro le mura del carcere*”, in Rivista AIC, articolo pubblicato il 30.05.2014.

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)²¹⁵.

In relazione al presidio 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 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.

Specificatamente, per quanto concerne la posizione del medico, è possibile sollevare due questioni. Da un lato ci si può chiedere che cosa significhi in concreto per il medico cercare di bilanciare il divieto posto dal Codice di deontologia medica, di assumere o collaborare «a procedure coattive di alimentazione o nutrizione artificiale²¹⁶» e la messa in opera di “comportamenti atti a salvare la vita della persona”. Da questo punto di vista, l'applicazione anche al detenuto in sciopero della fame sembra l'unica strada per evitare problematici cortocircuiti derivanti da contrasti fra fonti deontologiche e fonti propriamente giuridiche. Un simile scenario è emerso, a livello internazionale, nel caso *Rappaz v. Svizzera*. Qui il ricorrente, la cui richiesta di scarcerazione era stata respinta dalle autorità svizzere, che avevano poi disposto l'alimentazione forzata, lamentava che questa fosse impraticabile non solo *de jure*, data la mancanza di una base giuridica, ma anche *de facto*, poiché i medici svizzeri, richiamando le

²¹⁴ Ex art. 3 d.P.R. n. 230 del 2000.

²¹⁵ Per ulteriori approfondimenti sulle funzioni del direttore e sui suoi rapporti con l'autorità giudiziaria e con la polizia penitenziaria si rinvia a: Corso P., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2015.

direttive dell'Accademia svizzera delle scienze mediche contrarie all'alimentazione e idratazione forzate, si rifiutavano di procedere. La Corte EDU, nel caso in questione, aveva rigettato il ricorso per inammissibilità, ritenendo che l'alimentazione forzata potesse essere legittimamente disposta, ma il possibile contrasto fra fonti deontologiche e fonti giuridiche era rimasto irrisolto²¹⁷. D'altro canto, e in termini ancora più pratici, ci si può chiedere come si possa procedere ad alimentazione forzata, che la legge qualifica espressamente come trattamento sanitario²¹⁸, senza il coinvolgimento di un medico. Il personale sanitario, 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 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 persone²¹⁹.

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 protezione²²⁰.

Le conclusioni raggiunte risultano confermate anche dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, recentemente intervenuta a sottolineare la

²¹⁶ Ex art. 53 codice di deontologia medica.

²¹⁷ La Corte, in particolare, chiude la questione rimandando alla decisione del Tribunale federale nazionale. Tomasi M., *“Il rifiuto dei trattamenti della persona detenuta. Un diritto costituzionale “condizionato?”*”, cit.

²¹⁸ La questione è chiarita dall'art. 1, comma 5° della legge n. 219/2017.

²¹⁹ Massaro. A., *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere*, cit.

²²⁰ Massaro. A., *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere*, cit.

valenza primaria del diritto alla vita ed alla salute del detenuto²²¹. In particolare, la Corte ha rilevato che la condizione detentiva rende più pregnante l'obbligo dello Stato nazionale di adottare misure effettive per proteggere il diritto alla vita. Ancor più, se si tratti di soggetto affetto da problemi mentali o che sia ritenuto a rischio di pratiche autolesioniste. In tal caso è obbligo dello Stato predisporre tutte le misure necessarie per rendere la condizione di detenzione compatibile con la malattia in cui il detenuto versa, anche mediante ricovero in un ospedale psichiatrico. Occorre, in ogni caso, che vengano assicurati i controlli e le terapie richiesti in relazione alla situazione concreta, con particolare attenzione alla preparazione professionale del personale addetto alla sorveglianza. In caso contrario, eventuali decisioni assunte dagli operatori statali che siano suscettibili di rafforzare il proposito suicidario (es. mancata cura del soggetto o provvedimento di isolamento) potrebbero integrare "trattamenti inumani o degradanti", esponendo le autorità nazionali a responsabilità a titolo di violazione dell'art. 3 CEDU²²².

²²¹ CEDU, Renolde v. Francia, ricorso n. 5608/05, sentenza del 16.10.2008.

²²² La Forgia G., *"La prevenzione dei suicidi in carcere"*, cit.

CONCLUSIONI

La riforma della medicina penitenziaria attuata con il d. lgs n. 230 del 1999²²³ ha il pregio di aver immesso nel contesto carcerario un innovativo elemento di diversificazione. La tutela della salute viene attribuita al Servizio Sanitario Nazionale e non più all'amministrazione penitenziaria. Ciò consente una fondamentale suddivisione tra due istituzioni, i cui compiti sono profondamente diversificati e spesso inconciliabili.

L'area custodiale e trattamentale è appositamente creata per risocializzare, o reprimere, a seconda dei punti di vista, categorie di soggetti considerati devianti: attraverso la repressione di determinate condotte, le agenzie penali procedono ad esercitare sui membri della comunità un ampio controllo sociale. Il controllo sociale, tuttavia, non si concretizza solo attraverso l'esercizio brutale del potere punitivo, ma è un processo in cui il singolo individuo ha un ruolo preciso. In tal senso, la tendenza verso lo sviluppo dell'individualità personale spinge la persona ad una costante interazione con il mondo esterno. In questa visione il carcere interviene per accogliere disuguaglianze già riprodotte all'esterno. La sua funzione è di inglobarle e, in tal modo, di preservare gli altri membri della società.

L'area sanitaria, a differenza dell'area custodiale, dovrebbe muoversi esclusivamente verso la tutela del benessere di ciascun individuo. Questa tutela non dovrebbe limitarsi alla mera preservazione dell'integrità fisica del soggetto, ma dovrebbe estendersi al fine di garantire livelli di vita che siano rispettosi dei desideri, delle aspettative e delle reali possibilità di ciascuno. Parlare di salute significa anche parlare di uguaglianza e di pari opportunità. Nonostante le funzioni, più o meno condivise, attribuite a pena e sanità, una loro

²²³ Il D.P.C.M. 30.05.2008 n. 126 completa il trasferimento di competenze iniziato con il d.lgs. n. 230/1999. Si è trattato, indubbiamente, di un passaggio assai importante, frutto di un ampio e lungo dibattito sviluppatosi nel corso degli anni Novanta, grazie a un movimento di opinione a favore del passaggio delle competenze sanitarie penitenziarie al servizio sanitario nazionale che, partendo dall'esperienza di singoli e passando attraverso le associazioni di volontariato attive nelle carceri, arrivò a coinvolgere Enti locali, sindacati, autorità politiche.

Sul punto, v. Salvati A., *"Il passaggio dell'assistenza sanitaria in carcere al sistema sanitario nazionale"*, in Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche Vittorio Bachelet, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, articolo pubblicato il 20.05.2010.

diversificazione all'interno del contesto carcerario appare comunque innovativa²²⁴. La citata riforma è riuscita, in modo più o meno intenso, a penetrare le singole realtà penitenziarie. Più specificatamente, la tutela della salute e la sua indipendenza da esigenze di carattere disciplinare dipendono dall'equilibrio e dall'interazione che di volta in volta si instaurano tra il medico referente e il direttore dell'istituto. Le caratteristiche gestionali di ogni istituto non sono determinate solo dalla direzione, ma sono dettate anche da altre categorie professionali, come la polizia penitenziaria, la quale rappresenta un potere altrettanto determinante. Gli operatori, nella maggior parte dei casi, subiscono l'ingerenza dell'area custodiale e reagiscono attraverso la mediazione e la negoziazione delle loro scelte.

Sempre per quanto attiene all'erogazione di prestazioni sanitarie, viene a verificarsi all'interno del contesto carcerario, un fenomeno paradossale: in un momento di scarsità di risorse finanziarie, nel carcere le prestazioni sono effettivamente erogate secondo criteri di equità e di uguaglianza. Questo significa che tutti coloro che all'esterno sono esclusi dal circuito del benessere, in carcere hanno la possibilità di entrare in contatto con i servizi sanitari. Anzi molto spesso il carcere rappresenta il primo e unico luogo in cui a determinati individui è data la possibilità di intercettare i servizi territoriali. Ciò, si verifica con sempre maggiore incidenza nei confronti di migranti e non abbienti²²⁵.

Al di fuori della realtà carceraria, il nostro ordinamento disciplina collegamenti con il territorio che privilegiano la residenza della persona e non considerano il reale radicamento della stessa, indipendentemente dal non possedere una dimora stabile. Questo meccanismo esclusivo ed escludente fa sì che i servizi, di qualsiasi

²²⁴ Salvati A., *“Il passaggio dell’assistenza sanitaria in carcere al sistema sanitario nazionale”*, cit.

²²⁵ Occorre considerare che l’affermazione dei principi espressi nelle regole minime europee in materia penitenziaria adottate dal Consiglio d’Europa nel 1987, concernente il trattamento dei detenuti indica la stringente necessità di avere un trattamento sanitario per i detenuti e le persone private della libertà personale equivalente o identico alle persone in stato di libertà. L’Italia, insieme alla Francia, alla Germania e altri Paesi sono stati i primi a legiferare in tema di sanità penitenziaria rendendo applicabili all’interno delle carceri tutte le opzioni disponibili sul territorio per i cittadini liberi. Particolare attenzione è stata posta in tutti gli Stati membri all’assistenza e al recupero dei tossicodipendenti e alle loro comorbidità psichiatriche e infettive, alla tutela dei

genere, siano direzionati solo alla popolazione autoctona, o comunque a quella popolazione la cui territorialità è tracciabile secondo le procedure istituzionali.

Tuttavia, occorre domandarsi se nella realtà esterna, in relazione a determinate fasce di popolazione collocata ai margini del mercato, sia possibile parlare di libertà sul proprio stato di benessere e di autodeterminazione rispetto allo stesso. Occorre chiedersi quali aspettative di vita nutrono i soggetti più fragili, quale concetto di salute sia loro ascrivibile, e quali prestazioni assistenziali e sanitarie siano effettivamente garantite. Questa riflessione rischia di condurre all'affermazione per cui il carcere, che sotto altri e non secondari aspetti infligge, questo criterio di equità effettivamente lo rispetta.

Il principio di uguaglianza non è l'unico caposaldo della riforma. Il passaggio di competenze in ambito sanitario al Servizio Sanitario Nazionale dovrebbe inoltre agevolare la totale presa in carico dei pazienti detenuti. L'intento del legislatore è di trasformare la medicina penitenziaria da medicina d'attesa, basata esclusivamente su una richiesta del detenuto, in una medicina attiva, che si occupi di intervenire preventivamente per rimuovere situazioni di non-benessere attraverso un'attività integrata di tutti i servizi territoriali. Perché questo avvenga è necessario garantire il rispetto del criterio di territorialità, e quindi garantire che il soggetto permanga nel luogo in cui effettivamente sono presenti i suoi interessi e i suoi affetti. Gli operatori interrogati a proposito degli effetti che la riforma ha sortito sulle caratteristiche gestionali penitenziarie, ritengono che molto spesso l'amministrazione penitenziaria e la magistratura di sorveglianza si muovano in maniera del tutto svincolata rispetto alla programmazione assistenziale e sanitaria. Il mancato rispetto della pianificazione, oltre a violare in criterio di territorialità, contribuisce a vanificare tutte le attività fino a quel momento attuate²²⁶.

Nel primo capitolo del presente elaborato è stato introdotto ed elaborato un concetto di salute ascrivibile al carcere, esaminandone la sua evoluzione storica ed inquadrandone i riferimenti normativi nazionali ed internazionali. La presente

minori coinvolti in attività criminali, alle donne detenute. Sul punto v. ancora Salvati A., *“Il passaggio dell'assistenza sanitaria in carcere al sistema sanitario nazionale”*, cit.

²²⁶ Antigone, *XVI rapporto sulle condizioni di detenzione, La riforma dell'ordinamento penitenziario*, pubblicato nel 2019.

tematica è stata poi contestualizzata nel sistema carcerario italiano, presentandone opportunità e difficoltà, anche in relazione ad alcuni casi di cronaca che hanno interessato il dibattito pubblico negli ultimi anni e che hanno assunto gli atti di suicidio e l'autolesionismo come vere e proprie spie d'allarme di importanti fallimenti strutturali all'interno dell'organizzazione penitenziaria.

Nel secondo capitolo è stata affrontata la tematica dell'accesso alle cure da parte di pazienti detenuti e di come la condizione restrittiva debba comunque garantire il rispetto del diritto alla salute, seppur con i limiti derivanti dalla condizione di limitazione di libertà personale.

Nel terzo capitolo, attraverso l'analisi di numerose sentenze, si è giunti ad una consapevolezza aggiuntiva utile nel comprendere come atti estremi come lo sciopero della fame e il rifiuto a ricevere trattamenti salvavita siano la modalità che i detenuti utilizzano per riaffermare la propria esistenza all'interno delle mura carcerarie.

È possibile affermare che il concetto di benessere in carcere mostra tutta la sua contraddittorietà. Seppure i livelli minimi di assistenza siano garantiti, a prevalere è la salute ridotta ad assenza di malattia e capacità di adattamento alle istanze disciplinari. Le proteste dopo le misure prese per contrastare la diffusione del virus Covid-19 hanno temporaneamente fatto da eco per la rivendicazione di un diritto: quello di essere persone prima di essere detenuti e detenute. Attraverso l'esperienza di chi non ha mezzi e punti di riferimento all'esterno e vede il carcere come l'unica realtà possibile, l'istituzione penitenziaria si rivela un contenitore di marginalità e di sofferenza che va ben oltre la privazione di libertà e le mura fisiche mettendo in luce il fallimento della sua funzione rigenerativa. Se da un lato si vanno ampliando le misure alternative alla detenzione, dall'altro l'istituzione carceraria si riconferma chiusa nella misura in cui le condizioni di detenzione, il numero di persone reclusi e la scarsità di risorse rendono difficoltosa la realtà carceraria. La sfida è quella di pensare all'istituzione penitenziaria come un riflesso della società attraverso l'adozione di uno sguardo "oltre le mura" in grado di valicare i confini fisici e relazionali persistenti. Solo con un approccio

integrato, che coinvolga la società alla risocializzazione, si potrebbe parlare di reinserimento nel tessuto sociale e il carcere non rappresenterebbe una strada inevitabile per molte persone²²⁷.

La detenzione è un evento che sconvolge l'esistenza di ciascun individuo. Con l'ingresso in carcere la salute ne risente innanzitutto a livello emotivo e sensoriale. Questa improvvisa privazione dell'identità spesso conduce ad una riaffermazione della stessa attraverso gesti di autolesionismo, che servirebbe a ciascun detenuto per ripristinare uno scambio comunicativo, il più possibile orizzontale, con l'amministrazione penitenziaria. Quale sia la reazione di ciascun detenuto, più o meno disciplinata e ordinata, aggressiva o acquiescente, la detenzione produce fin dall'inizio un profondo scuotimento nell'equilibrio fisico e psichico del detenuto. Inoltre, all'interno del contesto carcerario esistono delle patologie sovrarappresentate, che nascono prima della detenzione, in un costante circuito di esclusione, in cui la prigione rappresenta semplicemente un esito neutralizzante.

L'ambiente sociale influisce sui processi psicologici, che a loro volta incidono sui processi biologici. La povertà materiale e sociale rende l'individuo più esposto a patologie, anche di carattere cronico. E lo stesso individuo sarà soggetto privilegiato dell'azione del sistema penale. Se questi sono i presupposti, pensare di riformare il carcere significa anche, nonostante i pregevoli intenti della disciplina in materia di sanità penitenziaria, confermare la sua fisionomia, i suoi limiti e le sue capacità di scelta dei destinatari della sanzione²²⁸.

In altri termini, l'amministrazione penitenziaria, pur avendo il compito di gestire l'esecuzione penale, ha il dovere, attraverso l'attività di tutela della salute della popolazione detenuta, di garantire il rispetto di quella dimensione personale senza la quale il carcere diverrebbe sempre più luogo di contenimento di semplici corpi ripiegati negli spazi angusti ed infelici della detenzione. Se così fosse, l'esecuzione della pena verrebbe illegittimamente ad incidere sul diritto alla salute

²²⁷ Castellano G., *Carcere: benessere psicofisico dei detenuti*, www.sociologicamente.it, articolo pubblicato il 6.12.21.

²²⁸ Antigone, *XIV Rapporto sulle condizioni di detenzione, Suicidi e autolesionismo*, pubblicato nel 2018.

costituzionalmente riconosciuto (art. 32 Cost.) e si risolverebbe in un trattamento contrario al senso di umanità (art. 27 Cost.). Appare chiaro, per tali ragioni, che la risposta sanitaria deve essere efficace ed avvalersi di un modello organizzativo adeguato a fronteggiare le diverse emergenze in un ambiente caratterizzato da una forte variabilità legata ad eventi non prevedibili (il flusso della popolazione).

Affinché il carcere smetta di rappresentare l'epilogo necessitato di alcune categorie sociali, e perché nei confronti di queste smettano di operare dinamiche di esclusione sociale, economica e assistenziale, è necessario che la regolamentazione incida all'esterno dello stesso, rimodulando i deficit strutturali attraverso i quali si spiega un perverso scambio di utenti tra carcere e territorio. Modificare il carcere significa innanzitutto analizzare le funzioni che la società e il mercato gli attribuiscono, individuare i profili soggettivi delle categorie prescelte dal sistema penale, i reati con maggior incidenza e, non ultimi, gli effetti fisici, psichici e sociali della detenzione. Significa insomma agire in un momento anteriore rispetto all'incarcerazione. Ma perché ciò avvenga è necessario rinunciare alla tendenza degli ordinamenti nazionali ad implementare verso il basso la responsabilità delle scelte che non si ha il coraggio di assumere a monte. In altri termini è necessario evitare di ricondurre ogni responsabilità nella fase finale di un processo di criminalizzazione molto più articolato, in cui partecipano diversi attori sociali e non solo quelli che da ultimo si occupano di gestire l'organizzazione carceraria. Regolamentare la realtà penitenziaria significa innanzitutto accettare la possibilità di liberarsi del carcere. È questo il fine nobile a cui nessuno, semplicemente ragionevole, potrà mai rinunciare.

BIBLIOGRAFIA

Amerio L., *“La salute nel (e nonostante il) 41-bis: quando la tutela della collettività incontra il primario diritto del singolo”*, in www.giurisprudenza.penale.com, articolo pubblicato l’8.01.2020;

Baccaro L., *“Carcere e salute”*, in Ristretti Orizzonti - Rivista dalla Casa di Reclusione di Padova e dall’Istituto Penale Femminile della Giudecca, in www.ristretti.it;

Balbo L., H. Nowotny, *Time to Care in Tomorrow’s Welfare Systems: The Nordic Experience and the Italian Case*, Vienna, 1987;

Belli M., *“Carceri, 10 mila i detenuti in Alta sicurezza: 749 al 41-bis”*, in www.gnewsonline.it, articolo pubblicato il 15.11.21;

Bianconi G., *“La storia di Alfredo Cospito, dagli attentati al 41 bis”*, in Corriere della Sera, articolo pubblicato il 2.02.2023;

Bongioanni M., *“La storia della morte di Stefano Cucchi nella seconda vita di Ilaria”*, Lifegate Italy, articolo pubblicato il 28.09.2022;

Busatta L., Piccinni M., Rodriguez D., Marsico G., Zatti P., *“Sciopero della fame. I diritti della persona detenuta che rifiuta di alimentarsi e doveri di protezione”*, in Quotidiano Sanità, articolo pubblicato il 22.02.2023;

Busatta L., *La salute sostenibile, La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018;

Buswell G., *“The German healthcare system”*, in Expatica, articolo pubblicato il 23.05.2023;

Caenazzo L., Tozzo P., Rodriguez D., “*Hospitalized hunger-striking prisoners: the role of ethics consultations*“, in CrossMark, articolo pubblicato a dicembre 2016;
Castellano G., “*Carcere: benessere psicofisico dei detenuti*“, in www.sociologicamente.it, articolo pubblicato il 6.12.21;

Cattelan L., “*La gestione della disobbedienza civile negli istituti di pena*“, in Resp. med., in corso di pubblicazione;

Chirumbolo D., “*Il diritto alla salute del detenuto in regime di 41bis ai tempi del Covid-19*“, in www.diritto.it, articolo pubblicato il 5.05.2020;

Corso P., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2015;

“*Cosa succede al corpo di una persona che fa lo sciopero della fame*“, in Il Post, articolo pubblicato il 27.01.2023;

“*Cospito chi è e perché è diventato un caso*“, in Il Sole 24 ore, articolo pubblicato l’1.02.2023;

De Agostino W., *I diritti dei detenuti in Italia, Tutela e garanzie alla luce della CEDU*, Milano, 2016;

De Fiore L., “*Medicina e biopolitica secondo Foucault*“, in il Punto, Confronti su medicina e sanità, articolo pubblicato il 26.02.2022;

Dirindin N., Gui F., “*Il diritto alla cura in carcere tra sovraffollamento, barriere linguistiche e medicina di genere*“, Forum nazionale per il diritto alla salute delle persone private della libertà, in www.forward.recentiproggressi.it, maggio 2020;

Fadda M. L. “*La tutela del diritto alla salute dei detenuti*“, in www.antoniocasella.eu, articolo pubblicato nel gennaio 2013;

Fazion C., “*Nelle carceri italiane è garantito il diritto alla salute*”? in Fondazione Umberto Veronesi – Magazine online, articolo pubblicato il 20.12.2022;

Fiandaca G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979;

Fiorentin F., “*Il trattamento rieducativo*” in www.diritto.it, articolo pubblicato l’8.10.2004;

Foucault M., *Medicina e biopolitica. La salute pubblica e il controllo sociale*, Milano, 2021;

Foucault M., *Nascita della biopolitica*, Milano, 2005;

Geraci R., “*Detenzione e tutela del diritto alla salute*”, in www.processopenaleegiustizia.it, fascicolo 4, 2019;

Giannoli, V., “*Cospito chiede i domiciliari. E il Comitato di bioetica risponde a Nordio: "I medici devono salvarlo. Nullo il biotestamento se si decide di morire per ottenere qualcosa in cambio"*”, in La Repubblica, articolo pubblicato il 7.03.2023;

Gori A., “*Trattamenti inumani e degradanti, la giurisprudenza della Corte e il suo impatto sul diritto dei detenuti*”, contributo pubblicato nella rivista giuridica ADIR, l’altro Diritto, 2015;

La Forgia G., “*La prevenzione dei suicidi in carcere*”, in Quaderni ISSP Numero 8, www.ministerodellagiustizia.it, dicembre 2011;

“*La salute in carcere*” in Ristretti Orizzonti - Rivista dalla Casa di Reclusione di Padova e dall’Istituto Penale Femminile della Giudecca, www.ristretti.it;

Maciocco G., *“I 70 anni del NHS”*, in Salute Internazionale, articolo pubblicato il 28.05.2018;

Maffei M., *“Lo sciopero della fame della persona detenuta”*, in www.rassegnapenitenziaria.it;

Mancinelli R., Chiarotti M., Libianchi S., *Salute nella polis carceraria: evoluzione della medicina penitenziaria e nuovi modelli operativi*, in www.iss.it, articolo pubblicato il 14.11.2019;

Martufi A., *“Il differimento facoltativo della pena per grave infermità fisica: tra orizzonte di scopo della pena carceraria e dignità del detenuto”*, in www.giurisprudenzapenale.it, articolo pubblicato il 5.07.2017;

Masoni R., *“Il consenso informato espresso per il paziente incapace all'autodeterminazione terapeutica”*, in DeJure, articolo pubblicato il 5.02.2019;

Massaro. A., *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, Roma, 2017;

Medaglia V., *“Il diritto di rifiutare le cure: lo sciopero della fame da parte del detenuto”*, in www.romatrepress.uniroma3.it;

Nicotra I., *“Pena e reinserimento sociale. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani”*, in www.dirittopenitenziarioecostituzione.it, articolo pubblicato l'11.11.2017;

Nussbaum M., *Compassion and Terror*, in *Deadalus*, Oxford, 2003, pp.16;

Palamoni G., “*L’evoluzione del diritto alla salute: riflessi giurisprudenziali ed organizzativi*”, in *Il diritto amministrativo – Rivista giuridica online*;

Pelazza M., “*L’alimentazione forzata di detenuti in sciopero della fame al vaglio della Corte di Strasburgo*”, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, articolo pubblicato il 7.05.2013;

“*Problematiche psichiche e compatibilità carceraria, Psichiatria e carcere*”, in *Ristretti Orizzonti - Rivista dalla Casa di Reclusione di Padova e dall’Istituto Penale Femminile della Giudecca*, www.ristretti.it;

“*Regime 41 bis: cosa prevede?*”, in www.avvocato360.it;

Rodotà S., *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, nel *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, in S. Rodotà e M. Tallacchini (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, vol. 1, pp 189-210;

Rodotà S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006;

Ronconi S., e Ferazzi S., “*Carcere e Aids: le ragioni di un rapporto difficile*”, in *Ristretti Orizzonti - Rivista dalla Casa di Reclusione di Padova e dall’Istituto Penale Femminile della Giudecca*, www.ristretti.it;

“*Salute nelle carceri sempre più a rischio e la situazione si è aggravata dopo il Covid*”, in *Quotidiano Sanità*, articolo pubblicato il 21.11.2022;

Salvati A., “*Il passaggio dell’assistenza sanitaria in carcere al sistema sanitario nazionale*”, in *Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni*

pubbliche Vittorio Bachelet, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, articolo pubblicato il 20.05.2010;

Scarfò P., “*Lo sciopero della fame dei detenuti: profili psicologici e normativi*”, in *www.salvisjuribus.it*, articolo pubblicato il 31.01.2021;

Silvestri G., “*La dignità umana dentro le mura del carcere*”, in *Rivista AIC*, articolo pubblicato il 30.05.2014;

Starnini G., “*Il passaggio della sanità penitenziaria al Servizio sanitario nazionale*”, *Il Mulino*, fasc.1, 2009, pp 3-5;

Tomasi M., “*Il rifiuto dei trattamenti della persona detenuta. Un diritto costituzionale “condizionato?”*”, in *Resp. med.* in corso di pubblicazione;

Vincenzi D. e Amato, “*Sub art. 32 Cost.*”, nel *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca G., Bologna, 1976, pp. 173-177;

Zuffa G., “*Nordio. Etica e diritti*”, in *CRS*, articolo pubblicato il 16.02.2023.

Giurisprudenza citata

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU):

CEDU, Yakovlyev v. Ucraina, ricorso n. 42010/18, sentenza dell'8.12.2022;

CEDU, Rappaz v. Svizzera, ricorso n. 73175/10, sentenza del 26.03.2013 ;

CEDU, Sentenza Torreggiani, ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, sentenza dell'8.01.2013;

CEDU, Renolde v. Francia, ricorso n. 5608/05, sentenza del 16.10.2008;

CEDU, Herczegfalvy v. Austria, ricorso n. 10533/83, sentenza del 24.09.1992.

Corte costituzionale:

Corte costituzionale, sentenza 18.04.2023, n. 94;

Corte costituzionale, sentenza 25.09.2019, n. 242;

Corte costituzionale, sentenza 20.02.2019 n. 99;

Corte costituzionale, ordinanza 24.10.2018, n. 207;

Corte costituzionale, sentenza 26.09.2018, n. 186;

Corte costituzionale, sentenza 7.03.2017, n. 83;

Corte costituzionale, sentenza 25.02.2015, n. 48;

Corte costituzionale, sentenza 17.06.2013, n. 143;

Corte costituzionale, sentenza 21.03.2011, n. 99;

Corte costituzionale, sentenza 15.12.2008, n. 438;

Corte costituzionale, sentenza 19.06.2002, n. 282;

Corte costituzionale, sentenza 5.07.2001, n. 273;

Corte costituzionale, sentenza 7.08.1998, n. 267;

Corte costituzionale, sentenza 27.06.1996, n. 238;

Corte costituzionale, sentenza 20.06.1994, n. 258;

Corte costituzionale, sentenza 22.10.1990, n. 471;

Corte costituzionale, sentenza 26.09.1990, n. 455;

Corte costituzionale, sentenza 14.06.1990, n. 307;

Corte costituzionale, sentenza 15.12.1988, n. 1146;

Corte costituzionale, sentenza 25.07.1979, n. 114;

Corte costituzionale, sentenza 12.07.1979, n. 88.

Corte di Cassazione:

Corte di Cassazione penale, sez. I, sentenza 5.06.2017, n. 27766;

Corte di Cassazione civile, sez. I, sentenza 16.10.2007 n. 21748;

Corte di Cassazione penale, SS.UU., sentenza 21.01.2009, n. 2437;

Corte di Cassazione penale, sez. I, sentenza 29.05.2002, n. 26446.

Tribunali:

Tribunale di Padova, ordinanza 25.02.2021, reperibile in *www.lesentenze.it*;

Tribunale di Roma, sentenza 23.07.2007, n. 2049, reperibile in *www.lesentenze.it*.

Report e altre fonti

Amnesty International, *Le autorità devono difendere i diritti umani di Alfredo Cospito e tutelare il suo diritto alla salute*, pubblicato il 27.01.2023;

Antigone, *Articolo 41-bis secondo comma: dalle origini alle modifiche più recenti*, pubblicato il 15.02.2023;

Antigone, *Dossier sui suicidi in carcere nel 2022*, pubblicato il 31.12.2022;

Antigone, *Rapporto di metà anno sulle condizioni di detenzione in Italia, La calda estate delle carceri*, pubblicato il 28.07.2022;

Antigone, *XVIII rapporto sulle condizioni di detenzione, 41 bis e Alta sicurezza*, pubblicato il 27.04.2022;

Antigone, *XVIII rapporto sulle condizioni di detenzione, Il carcere visto da dentro*, pubblicato il 22.04.2022;

Antigone, *XVII rapporto sulle condizioni di detenzione, Salute e carcere. L'impatto della pandemia sul malato carcere*, 2020;

Antigone, *XVI rapporto sulle condizioni di detenzione, La riforma dell'ordinamento penitenziario*, pubblicato nel 2019;

Antigone, *Si torna a morire. Il preoccupante aumento di suicidi e morti in carcere*, maggio 2018;

Antigone, *XIV Rapporto sulle condizioni di detenzione, Suicidi e autolesionismo*, pubblicato nel 2018;

Antigone, *Sottorganico: il personale degli istituti penitenziari*, pubblicato nel 2017;

CNB, *Risposta ai quesiti del Ministero della Giustizia del 6 febbraio 2023*, 06.03.2023;

CNB, *Caso Cospito, la precisazione del Comitato Nazionale per la Bioetica*, 14.02.2023;

CNB, *Salute mentale e assistenza psichiatrica in carcere*, 2019;

CNB, *La salute dentro le mura*, 2013;

CNB, *L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente*, 2005;

CNB, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, 2003;

Council of Europe, *Report to the Italian Government on the periodic visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 2023;

EPRS Servizio di Ricerca del Parlamento europeo, *Il diritto alla salute, una prospettiva di diritto comparato*, studio di gennaio 2022;

Garante dei detenuti Lazio, *“Cospito e il 41bis: la Conferenza dei Garanti territoriali prende posizione in un documento ad hoc”*, in www.garantedetenutilazio.it, comunicato stampa del 9.02.2023;

Gruppo Nazionale di Etica Clinica e Consulenza Etica in ambito Sanitario, “*La consulenza etica in ambito sanitario in Italia*”, in www.uninsubria.it documento approvato il 10.10.2013;

OMS - UNAIDS, *Rapporto mondiale 2005*, reperibile in www.iss.it;

Osservatorio Regionale sulla popolazione detenuta e in esecuzione penale esterna, *Carcere e Sanità*, dati reperibili in www.venetosociale.it;

“*Relazione predisposta in occasione dell’incontro della delegazione della Corte costituzionale con il Tribunale costituzionale della Repubblica di Polonia Varsavia*”, in www.cortecostituzionale.it, documento approvato il 30.03.2006;

World Health Organization, *Status report on prison health in the WHO European Region 2022*, pubblicato a febbraio 2023.