

Francesco Cecchini

*La tutela del diritto alla salute in carcere
nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*

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

1. *L'assenza del diritto alla salute nella CEDU e la sua tutela "indiretta" tramite l'interpretazione evolutiva della Corte: mancanza di un «nucleo irriducibile del diritto»*

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo non contiene alcuna disposizione espressamente e specificamente dedicata al diritto alla (tutela della) salute. La «protezione della salute», anzi, figura nel testo della Convenzione e dei Protocolli addizionali unicamente per individuare una delle ragioni che, a certe condizioni, legittimano restrizioni a taluni dei diritti e libertà riconosciuti ovvero ingerenze delle pubbliche autorità nell'esercizio degli stessi¹.

La mancanza di una disposizione paragonabile all'art. 32 Cost. agevolmente si spiega con l'estraneità, rispetto all'originario sistema della

¹Così per quanto riguarda il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8, § 2 CEDU); la libertà di pensiero, coscienza e religione (art. 9, § 2 CEDU); la libertà di espressione (art. 10, § 2 CEDU); la libertà di riunione e di associazione (art. 11, § 2 CEDU); la libertà di circolazione (art. 2, § 3 Prot. n. 4).

Convenzione, della categoria dei cosiddetti diritti sociali², alla quale appunto si riconduce il diritto alla salute³, quantomeno in una delle due accezioni che anche la nostra giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32 Cost. gli ha riconosciuto⁴. Estraneità, questa, che non connota unicamente la CEDU, ma più in generale è riscontrabile nei vari sistemi internazionali di protezione dei diritti umani⁵: negli stessi anni in cui, in

² Sulla nozione di diritti sociali v. M. MAZZIOTTI DI CELSO, voce *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 802 ss.; A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, 1 ss.; N. BOBBIO, *Sui diritti sociali*, in *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, a cura di G. Neppi Modona, Torino, 1996, 115 ss.; G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 3/1981, 755 ss., che definisce il diritto sociale come diritto ad una prestazione positiva da parte del potere pubblico, funzionale alla partecipazione dei singoli ai benefici della vita associata, o alla concretizzazione del principio di eguaglianza o della *freedom from want*; M. BENVENUTI, voce *Diritti sociali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. V, Torino, 2012, 219 ss. che parla di «categoria complessa e sempre meno à la page»; da ultimo G. CORSO, *La protezione costituzionale dei diritti sociali*, in *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali*, a cura di A. Di Blase, Roma, 2014, 275 ss., che efficacemente sintetizza la distinzione tra diritti sociali e diritti individuali: «i diritti sociali sono diritti “a”, ossia consistono in aspettative positive (di prestazione) che si distinguono dai diritti individuali “di”, che consistono in aspettative negative (di non lesione)».

³ G. CORSO, *La protezione costituzionale*, cit., 276, colloca in questa categoria, sotto il profilo in parola, i diritti di cui agli artt. 32, 33, 34, 38 e 117 Cost.: salute, istruzione, previdenza e assistenza, nonché diritti il cui contenuto consenta, comunque, di qualificarli come “sociali”.

⁴ Cfr. C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *Diritti e libertà. Con appendice giurisprudenziale*, Torino, 2014, 106 ss: superata l'opinione che vedeva nell'art. 32 Cost. una disposizione meramente programmatica e priva di carattere precettivo, il diritto alla salute, grazie ad un'evoluzione interpretativo-giurisprudenziale, si è visto riconosciuta una sfera di tutela così ampia ed effettiva da poterlo annoverare fra i “nuovi diritti”, in considerazione della sua «emersione nella considerazione giuridico-sociale come diritto effettivamente tutelato» (così F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 40). La Consulta ne ha dunque affermato il carattere di «valore [...] primario [...] sia per la sua inerenza alla persona umana sia per la sua valenza di diritto sociale, caratterizzante la forma di Stato sociale disegnata dalla Costituzione» (Corte cost., 17-31 gennaio 1991, n. 37). Di qui il riconoscimento, nella tutela di cui all'art. 32, primo comma Cost., di due situazioni giuridiche (Corte cost., 26 settembre-16 ottobre 1990, n. 455): il diritto alla complessiva situazione di integrità psico-fisica della persona umana in tutte le attività nelle quali si esplica la sua personalità; il diritto ai trattamenti sanitari. Sotto quest'ultimo profilo, il diritto, nel suo nucleo irrinunciabile e quale diritto fondamentale, è «protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto» (v. di recente Corte cost., 28 novembre-2 dicembre 2005, n. 432).

⁵ G. CORSO, *La protezione costituzionale*, cit., 275 osserva come i diritti sociali, solitamente, non compaiano nei cataloghi dei diritti tutelati dalle Convenzioni internazionali

molti Paesi occidentali, si assisteva alla costituzionalizzazione dei diritti sociali sul piano interno, sul piano internazionale quel fenomeno si è compiuto solo «a metà»⁶. I diritti socio-economici, infatti, hanno trovato garanzia e riconoscimento in trattati distinti rispetto a quelli relativi ai diritti cosiddetti di prima generazione: il Patto sui diritti civili e politici da un lato, il Patto sui diritti sociali, economici e culturali dall'altro; la CEDU per un verso, la Carta sociale europea⁷ per altro verso. Da questa diversità di fonti deriva anche una differente operatività ed effettività della tutela, affidata non a veri e propri giudici dinanzi ai quali poter presentare ricorsi individuali, ma a comitati di esperti indipendenti destinatari di rapporti periodici e privi del potere di adottare decisioni vincolanti per gli Stati⁸. A

ovvero, quando vi figurano, siano tuttavia privi di effettività.

⁶ Così A. GUZZAROTTI, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1/2013, 13. Per quanto riguarda il sistema comunitario prima, eurounitario oggi, a partire dalla mancanza nei Trattati istitutivi di disposizioni in materia di diritti fondamentali, passando per l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia, fino alla Carta di Nizza e al Trattato di Lisbona, v. C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *op. cit.*, 135-141; A. DI PASCALE, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea: diritti fondamentali?*, in *Riv. dir. intern.*, 4/2014, 1148 ss.; sulla ambigua distinzione tra «diritti» e «principi» di cui all'art. 52 della Carta di Nizza, ancora A. GUZZAROTTI, *I diritti sociali*, cit., 10-11. Più in generale, per un tentativo di sistemazione teorica della tutela dei diritti fondamentali a livello europeo, alla stregua delle più recenti modifiche normative e degli elementi emergenti dal dialogo fra le Corti europee e i giudici nazionali si rimanda a G. CAGGIANO, *La tutela europea dei diritti della persona tra novità giurisprudenziali e modifiche istituzionali*, in *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali*, cit., 13 ss. Sui rapporti tra la CEDU e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, v. F. VIGANÒ, *L'impatto della Cedu e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis, F. Viganò, Torino, 2016, 31-33.

⁷ La Carta europea dei diritti sociali, o Carta sociale europea (CSE) – adottata nel 1961 e riveduta nel 1996 – contiene diversi riferimenti alla tutela del diritto alla salute (in particolare sui luoghi di lavoro, nonché con riferimento a particolari categorie di soggetti, quali bambini, adolescenti e anziani), oltre ad un articolo ad esso specificamente dedicato (art. 11: Diritto alla protezione della salute; v. anche l'art. 13: Diritto all'assistenza sociale e medica). La Parte I della Carta, inoltre, enuncia fra i diritti e principi, costituenti gli obiettivi che gli Stati firmatari si impegnano a realizzare, il seguente: «11. Ogni persona ha diritto di usufruire di tutte le misure che le consentano di godere del miglior stato di salute ottenibile».

⁸ Il controllo sulla protezione ed attuazione dei diritti enunciati nella CSE non è affidato ad una vera e propria Corte *ad hoc*, ma, dal 1996, al Comitato europeo dei diritti sociali, composto da 15 membri nominati dal Consiglio d'Europa. Ciascuno Stato parte invia al Comitato un rapporto annuale e il Comitato, sempre annualmente, pubblica delle conclusioni in cui si denunciano eventuali violazioni. In caso di inadempienza da parte degli Stati alle eventuali decisioni di non conformità del Comitato, il Consiglio dei Ministri

ciò si aggiunga la struttura «à la carte»⁹ della CSE, che lascia liberi gli Stati contraenti di selezionare i vincoli che intendono siglare¹⁰.

Le ragioni di questa «“marginalizzazione” internazionale»¹¹ dei diritti sociali sono diverse. Se da un lato essa va ricondotta all'impostazione concettuale del costituzionalismo liberale classico, che sembra ispirare il Consiglio d'Europa nel momento della stesura della CEDU¹², dall'altro lato viene in rilievo la cautela con cui gli Stati assumono obblighi internazionali che possano tradursi in impegni economico-finanziari, a sua volta connessa con il carattere “condizionato” dei diritti sociali¹³.

può adottare raccomandazioni con cui chiedere agli Stati di rimediare alla violazione della CSE. È inoltre prevista la possibilità di ricorsi collettivi al Comitato, da parte di organizzazioni sindacali e datoriali e di ONG accreditate. C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *op. cit.*, 135 riconoscono a questi strumenti di *soft law* una buona efficacia, derivante soprattutto dal discredito cui lo Stato si espone in caso di denunciata violazione. Per quanto invece riguarda il Patto sui diritti economici, sociali e culturali, il 10 dicembre 2008 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha adottato un Protocollo addizionale che introduce il ricorso individuale dinanzi ad un apposito Comitato. La ratifica del Protocollo da parte degli Stati, tuttavia, procede con notevole lentezza.

⁹ Così A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali*, cit., 15.

¹⁰ La ratifica della CSE, infatti, non obbliga ad assolvere a tutti i vincoli previsti, ma ciascuno Stato può scegliere a quali disposizioni vincolarsi, purché siano incluse almeno sei delle nove che costituiscono il “nocciolo duro” del catalogo contenuto nella Parte II (diritto al lavoro, alla libertà sindacale, alla contrattazione collettiva, alla tutela per bambini e adolescenti, alla sicurezza sociale, all'assistenza sociale e medica, alla tutela sociale, giuridica ed economica della famiglia, diritto del lavoratore migrante e della sua famiglia alla protezione ed assistenza, diritto alle pari opportunità in materia di lavoro e professione). Cfr. sul punto G. ROMEO, *Civil rights v. social rights nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: c'è un giudice a Strasburgo per i diritti sociali?*, in *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, a cura di L. Mezzetti, A. Morrone, Torino, 2011, 490. Questa «contrattabilità e scomponibilità» sotto il profilo dell'assunzione di obblighi, ha indotto alcuni a dubitare che ai contenuti della CSE possa riconoscersi il carattere di veri diritti dell'uomo nel senso di diritti universali (A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali*, cit., 15-16; v. anche F. OLIVIERI, *La Carta sociale europea tra enunciazione dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle Corti nazionali. La lunga marcia verso l'effettività*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 3/2008, 520 ss., il quale parla di «mancato universalismo dei contenuti e dei titolari»).

¹¹ L'espressione è di G. ROMEO, *op. cit.*, 490.

¹² Cfr. B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2001, 157-158, secondo cui la CEDU ripropone «sul piano internazionale, una visione in qualche modo arcaica dei diritti fondamentali, quale quella [...] riduzionista ed ideologicamente liberista del costituzionalismo delle origini, che contrappone al nocciolo duro dei diritti di prima generazione il *corpus* separato dei diritti di seconda generazione». Proprio l'esclusione dei diritti sociali dalla CEDU sarebbe fra le ragioni del consenso che ne ha accompagnato la stesura.

¹³ A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 30-31 ricollega il carattere condizionato di alcuni diritti

Ciò non significa, tuttavia, che il diritto alla salute e, più in generale, i diritti sociali, non trovino alcuna forma di tutela nell'ambito del sistema CEDU, in particolare ad opera della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Superato un primo atteggiamento di *self-restraint* dovuto, paradossalmente, proprio all'esistenza della CSE¹⁴, i Giudici di Strasburgo sono giunti ad affermare che «nonostante la Convenzione enunci essenzialmente diritti civili e politici, molti di questi hanno implicazioni di natura sociale o economica. La Corte pertanto ritiene [...] che il mero fatto che un'interpretazione della Convenzione possa estendersi alla sfera dei diritti sociali ed economici non dovrebbe rappresentare un fattore decisivo contro una simile interpretazione; non c'è alcuna barriera impermeabile che separi quella sfera dall'ambito coperto dalla Convenzione»¹⁵.

Sebbene l'eccezione di incompetenza *ratione materiae* fondata sulla compresenza della CSE sia stata successivamente riproposta¹⁶, la Corte

sociali non alla necessità dell'*interpositio legislatoris* quale condizione di esistenza del diritto, bensì alla necessità che ricorra il presupposto di fatto condizionante, che consiste nella esistenza di strutture organizzative e istituzioni necessarie per l'erogazione delle prestazioni garantite. Di diritti sociali come diritti «finanziariamente condizionati» parla G. CORSO, *La protezione costituzionale*, cit., 277, il quale efficacemente osserva come i diritti sociali si differenzino dai diritti di libertà perché, in quanto pretese a prestazioni, hanno un costo. Questa caratteristica è stata riconosciuta anche dalla giurisprudenza costituzionale, la quale ha affermato la compatibilità del concetto di diritto inviolabile con quello di diritto sociale a prestazioni positive (Corte cost., 26 settembre-16 ottobre 1990, n. 455, su cui v. C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *op. cit.*, 107-108).

¹⁴ Di «paradosso alquanto macroscopico» parla A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali*, cit., 16. Inizialmente, l'esistenza della CSE ha rappresentato un impedimento ad una interpretazione evolutiva che consentisse di estendere la portata dei diritti garantiti dalla CEDU, fino a ricomprendervi anche alcuni diritti sociali. Cfr., ad esempio, alcune pronunce rese sull'art. 11 CEDU, nella parte relativa ai sindacati, caratterizzate da una preclusione fondata sulla seguente argomentazione: poiché gli Stati del Consiglio d'Europa hanno concepito uno strumento flessibile e programmatico per tutelare i diritti sindacali, quale la CSE, la Corte non può surrettiziamente farli rientrare nel più rigido sistema della CEDU (Corte EDU, 27 ottobre 1975, *National Union of Belgian Police v. Belgium*, ric. n. 4464/70; Corte EDU, 6 febbraio 1976, *Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden*, ric. n. 5614/72).

¹⁵ Corte EDU, 9 ottobre 1979, *Airey v. Ireland*, ric. n. 6289/73, § 26. Per riferimenti a questa sentenza a sostegno della natura indivisibile dei diritti umani, v. F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa*, Torino, 1994, 8; B. PEZZINI, *op. cit.*, 158.

¹⁶ Cfr. Corte EDU, 24 febbraio 1998, *Botta v. Italy*, ric. n. 21439/93, § 28 ove si dà conto dell'opinione della Commissione secondo cui «la natura sociale del diritto in questione richiede un meccanismo di tutela più flessibile, quale quello contemplato dalla Carta sociale europea. Conseguentemente l'art. 8 è inapplicabile». Corte EDU, Grande Camera, 6 luglio 2005, *Stec and Others v. the United Kingdom*, ric. n. 65731/01 e 65900/01, in cui all'obiezione del Governo britannico secondo cui la CEDU riguarderebbe unicamente diritti civili e politici, non economici e sociali (§ 34), la Corte ribatte

EDU ha potuto sviluppare una nutrita giurisprudenza anche in materia di diritti sociali, tramite un'interpretazione evolutiva delle disposizioni della Convenzione, che le ha consentito di ricondurre ai diritti positivamente riconosciuti da queste anche posizioni giuridiche a contenuto sociale¹⁷.

Il diritto alla salute, in particolare, è stato così ricondotto nell'alveo dei

richiamando il precedente *Airey* (§ 52), oltre a riportare nella parte in fatto il passaggio del Preambolo della CSE revisionata che afferma «la necessità di preservare il carattere indivisibile di tutti i diritti dell'uomo, che siano civili, politici, economici, sociali o culturali». Corte EDU, Grande Camera, 12 novembre 2008, *Demir and Baykara v. Turkey*, ric. n. 34503/97, in cui a fronte dell'invocazione, da parte dei ricorrenti, della tutela dell'art. 11 CEDU, sotto il profilo del diritto dei sindacati di svolgere una contrattazione collettiva, diritto specificamente previsto dall'art. 6 CSE, non ratificato dalla Turchia, il Governo turco replicava che ciò avrebbe determinato un'integrazione della CEDU con materiali non utilizzabili, soprattutto a fronte del mancato consenso, da parte degli Stati del Consiglio d'Europa, all'adozione di un Protocollo addizionale su alcuni diritti sociali ed economici. La Corte replica osservando come quegli stessi Stati abbiano al tempo stesso manifestato una volontà di rafforzare gli strumenti di controllo della CSE; dal che ricava «un argomento a sostegno dell'esistenza di un consenso fra gli Stati contraenti circa la promozione dei diritti economici e sociali. Non è precluso alla Corte prendere in considerazione questa volontà generale degli Stati contraenti quando essa interpreta le disposizioni della Convenzione» (§ 84). Corte EDU, Grande Camera, 22 marzo 2012, *Konstantin Markin v. Russia*, ric. n. 30078/06, in cui la Corte neppure replica all'obiezione del Governo russo di incompetenza *ratione materiae* derivante da interferenza con diritti specificamente tutelati dalla CSE.

¹⁷ Ciò anche grazie all'elaborazione di una nozione autonoma della categoria dei *civil rights* rispetto a quella propria delle tradizioni dei Paesi membri, fondata sul contenuto e sugli effetti del diritto, piuttosto che sulla sua collocazione sotto un determinato tipo: cfr. Corte EDU, 29 maggio 1986, *Felbrugge v. the Netherlands*, ric. n. 8562/79, § 26. Sul punto v. G. ROMEO, *op. cit.*, 489. L'elaborazione di nozioni autonome delle categorie di volta in volta in rilievo rappresenta una costante nella giurisprudenza di Strasburgo: si pensi alla autonoma nozione di "materia penale", a partire da Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel and Others v. the Netherlands*, ric. n. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72, fino alla più recente Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens v. Italy*, ric. n. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10. In argomento, *ex multis*, v. C.E. PALIERO, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione "classica" a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1985, 894 ss.; A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, 307 ss.; V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes, V. Zagrebelsky, Milano, 2011, 38 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, ivi, 74 ss.; A. MASSARO, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei "doppi binari" nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della "materia penale"*, in *Penalecontemporaneo.it*, 15 luglio 2015, 3 ss.

diritti garantiti, quale corollario¹⁸ del diritto alla vita (art. 2 CEDU), del divieto di pene e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU), del diritto al rispetto della vita privata e familiare e del domicilio (art. 8 CEDU).

La peculiare formulazione dell'art. 2 CEDU¹⁹, in particolare, ha indotto gli organi di tutela della Convenzione a ricavarne un duplice obbligo: negativo, nel senso che gli Stati non devono causare la morte dei singoli, e positivo, nel senso che sono altresì tenuti ad assumere misure adeguate ad assicurare la protezione della vita²⁰. Nonostante la cautela con cui si è proceduto all'ampliamento di questo secondo profilo, proprio per il timore di trasformare l'art. 2 CEDU in un diritto sociale²¹, non mancano decisioni che hanno ricompreso, tra gli obblighi discendenti dal diritto alla vita, l'obbligo per lo Stato di coprire i costi di terapie mediche o medicinali essenziali per salvare la vita dei malati²², così come l'adozione di una regolamentazione che imponga alle strutture sanitarie di predisporre misure e procedure idonee ad assicurare la protezione della vita dei pazienti²³.

¹⁸ Così D. RANALLI, *Nuovi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di trattamento carcerario*, in *Rass. penit. crim.*, 2/2013, 157-158.

¹⁹ Osserva A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., 163-164 che, a differenza di tutti gli altri articoli della Convenzione, i quali solitamente usano espressioni quali «nessuno può essere privato» o «ogni persona ha diritto», l'art. 2 CEDU si apre invece con il riconoscimento del diritto alla vita da parte della legge.

²⁰ Cfr. Commissione EDU, 12 luglio 1978, *Association of Parents v. the United Kingdom*, ric. n. 7154/75; Commissione EDU, 10 ottobre 1986, *Naddaf v. the Federal Republic of Germany*, ric. n. 11604/85. Più di recente, Corte EDU, 15 dicembre 2009, *Maiorano and Others v. Italy*, ric. n. 28634/06, che ha affermato l'obbligo degli Stati di garantire una protezione generale della società, contro comportamenti criminosi di individui condannati per delitti violenti. Costituisce pertanto violazione dell'art. 2 CEDU, per inadempiamento al dovere di diligenza che ne discende, la concessione, senza la dovuta ponderazione, della semilibertà ad un individuo precedentemente condannato per crimini di eccezionale gravità, unitamente alla omessa comunicazione al tribunale di sorveglianza della ripresa delle attività criminali da parte dello stesso.

²¹ A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., 211, la quale rileva come si sia tendenzialmente preferito decidere i ricorsi sulla base di violazioni relative ad articoli diversi, senza quindi affrontare la questione relativa al diritto alla vita.

²² Commissione EDU, 1 luglio 1998, *Scialacqua v. Italy*, ric. n. 34151/96, che pure ha escluso la violazione dell'art. 2 CEDU nel caso di specie, dal momento che la Commissione non ha ritenuto sussistente l'obbligo di rimborsare i costi delle medicine nel caso in cui si tratti di medicinali non ricompresi tra quelli ufficialmente riconosciuti.

²³ Corte EDU, Grande Camera, 17 gennaio 2002, *Calvelli e Ciglio v. Italy*, ric. n. 32967/96, § 49. In altra occasione, all'obbligo suddetto si è affiancato anche quello di predisporre un adeguato sistema giudiziario, che consenta di accertare se la causa delle morti verificatesi negli ospedali sia o meno addebitabile alla responsabilità dei medici coinvolti (Corte EDU, 26 ottobre 1999, *Erikson v. Italy*, ric. n. 37900/97). V. anche Corte EDU, 19 dicembre 2009, *G.N. v. Italy*, ric. n. 43134/95; per una recente pronuncia

In altre occasioni, invece, quella cautela ha indotto la Corte a ricondurre situazioni di lesioni (anche gravi) alla salute non all'art. 2 CEDU, bensì all'art. 8 CEDU: si è così affermato che «un grave inquinamento ambientale può incidere sul benessere degli individui e privarli del godimento del loro domicilio, in modo da danneggiare la loro vita privata e familiare»²⁴, con conseguente violazione dell'art. 8 CEDU per mancata informazione circa i relativi rischi²⁵, senza invece affrontare la lamentata lesione del diritto alla vita. Tanto che, nella sua opinione concorrente, il giudice Jambrech ebbe motivo di affermare che «la protezione della salute e dell'integrità fisica è [...] strettamente connessa con il "diritto alla vita" [...]. Potrebbe quindi essere giunto il momento per la giurisprudenza della Corte relativa all'art. 2 di iniziare ad evolversi, di sviluppare i diritti impliciti, di articolare le situazioni di reale e serio pericolo per la vita»²⁶.

Il diritto alla salute, quindi, riceve dalla Corte di Strasburgo una tutela solo indiretta, «di riflesso»²⁷ o «*par ricochet*»²⁸, per situazioni nelle quali il pregiudizio alla salute si riflette nella lesione o messa in pericolo di altri

con cui la Corte ha riscontrato la violazione dell'obbligo dello Stato, discendente dall'art. 2 CEDU, di proteggere l'integrità fisica dei pazienti delle proprie strutture sanitarie, evitando situazioni di *malpractice* medica, Corte EDU, 15 dicembre 2015, *Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal*, ric. n. 56080/13. Ancora, i giudici di Strasburgo hanno ricavato dall'art. 2 CEDU l'obbligo di predisporre misure legislative ed amministrative, idonee a garantire un'effettiva protezione del diritto alla vita di quanti siano esposti a rischi per la salute derivanti dallo smaltimento dei rifiuti: Corte EDU, Grande Camera, 30 novembre 2004, *Oneryildiz v. Turkey*, ric. n. 18939/99.

²⁴ Corte EDU, Grande Camera, 19 febbraio 1998, *Guerra and Others v. Italy*, ric. n. 14967/89, pronunciata in relazione al grave inquinamento provocato dalla fabbrica di fertilizzanti Enichem di Manfredonia.

²⁵ Cfr. anche Corte EDU, 9 giugno 1998, *McGinley and Egan v. the United Kingdom*, ric. n. 21825/93 e 23414/94, § 101: «laddove un Governo intraprenda attività rischiose, quali quelle in discussione nel presente caso [si trattava di test nucleari], che possano avere effetti dannosi nascosti per la salute di quanti siano coinvolti in tali attività, il rispetto per la vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU richiede che sia predisposta una procedura effettiva e accessibile, che consenta a quelle persone di reperire ogni informazione rilevante ed appropriata». A questo proposito A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., 212 parla di un «diritto a ricevere adeguata consulenza medica» (v. anche Corte EDU, 9 giugno 1998, *L.C.B. v. the United Kingdom*, ric. n. 23413/94).

²⁶ Secondo il giudice Jambrech, nel caso di specie, la circostanza che 150 persone fossero state ricoverate per grave avvelenamento da arsenico cagionato dalla fabbrica, costituiva una violazione dell'art. 2 CEDU.

²⁷ Di garanzia di riflesso parlano A. GUAZZAROTTI, *Giurisprudenza CEDU e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto*, in *www.gruppodipisa.it*, maggio 2012, 2 (ultimo accesso 12.04.2017) e D. RANALLI, *Nuovi interventi della Corte europea*, cit., 159.

²⁸ A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., 222.

diritti garantiti dalla Convenzione. Questa tecnica di tutela, se da un lato ha consentito al Giudice europeo di estendere il proprio sindacato anche a istituti e pratiche non direttamente rientranti nel campo di applicazione della Convenzione, così colmando alcune lacune della stessa²⁹ – ad esempio, in tema di condizioni di detenzione e misure nei confronti degli stranieri –, dall'altro lato, tuttavia, gli ha impedito di tutelare il diritto in sé e per sé³⁰, così come di individuare un «nucleo irriducibile del diritto alla salute»³¹ al quale assicurare una garanzia incondizionata.

Vi è infatti una sensibile differenza fra la giurisprudenza della Corte EDU e quella della nostra Corte costituzionale in materia di diritti sociali, dovuta soprattutto alla mancanza nella Convenzione di un articolato catalogo degli stessi paragonabile a quello presente in Costituzione³². Proprio il diritto alla salute rappresenta un efficace banco di prova in questo senso.

Trovandosi a dover decidere se l'espulsione di una immigrata irregolare, malata di Aids, verso un Paese di provenienza tanto povero da non garantire cure adeguate, anzi da rendere ragionevolmente prevedibile il rischio elevato di aggravamento della malattia e di conseguente decesso, costituisse o meno violazione dell'art. 3 CEDU, i Giudici di Strasburgo hanno affermato di non poter impedire l'espulsione verso Paesi nei quali, astrattamente, è pur sempre possibile reperire cure contro l'Aids, indipendentemente dalla constatazione che quelle cure siano accessibili solo ad una piccola parte della popolazione, economicamente in grado di procurarsele³³. Particolarmente significative,

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Rileva D. RANALLI, *Nuovi interventi della Corte europea*, cit., 158, nota 5, come non siano mancate, anche di recente, decisioni in cui la Corte ha concluso per la irricevibilità, *ratione materiae*, di ricorsi fondati unicamente sulla violazione del diritto alla salute: cfr. Corte EDU, 12 ottobre 2010, *Dossi and Others v. Italy*, ric. n. 26053/07. V. anche A. GUZZAROTTI, *I diritti sociali*, cit., 19, secondo cui «sarebbe arbitrario concludere ottimisticamente che il paradosso *Carta sociale come pietra d'inciampo per la CEDU* non sia più un argomento spendibile di fronte alla Corte» (corsivo dell'Autore).

³¹ Per usare le parole di Corte cost., 5-17 luglio 2001, n. 252.

³² Sebbene la Costituzione non contenga una clausola generale sullo Stato sociale (come l'art. 20 del G.G.), in essa è tuttavia rinvenibile un'ampia gamma di disposizioni concernenti la materia tradizionale dei diritti sociali: artt. 4 (diritto al lavoro), 32 (diritto alla salute), 34 (diritto all'istruzione), 36 (diritto ad una retribuzione sufficiente ed equa), 37 (diritto alla parità di trattamento), 38 (diritto all'assistenza e alla previdenza), 39 (libertà sindacale) e 40 (diritto di sciopero) Cost. Cfr. G. CORSO, *I diritti sociali*, cit., 755 e bibliografia ivi richiamata alla nota 1.

³³ Corte EDU, Grande Camera, 27 maggio 2008, *N. v. the United Kingdom*, ric. n. 26565/05, che si discosta da un precedente nel quale, invece, la Corte, pur con alcune ambiguità, aveva concluso nel senso che l'espulsione di una malata di Aids, allo stadio terminale della malattia e ricoverata in un centro per l'assistenza alle ultime fasi di vita,

in quell'occasione, le argomentazioni del Governo inglese: muovendo dalla considerazione che «la Convenzione intende proteggere primariamente diritti civili e politici, piuttosto che economici e sociali», contrapponeva la tutela apprestata dall'art. 3 CEDU, «assoluta e fondamentale», a quella offerta da disposizioni concernenti la tutela della salute contenute in altri strumenti internazionali, come la CSE, le quali sono «meramente programmatiche e non attribuiscono agli individui un diritto direttamente azionabile. Consentire ad un ricorrente di reclamare l'accesso all'assistenza sanitaria tramite la “porta sul retro” dell'art. 3 [...] sarebbe del tutto [...] contrario all'intento della Convenzione»³⁴.

A fronte di queste obiezioni, i Giudici della *Grand Chamber* hanno richiamato il precedente *Airey*, invertendone tuttavia l'ordine logico e dunque il senso: «sebbene molti dei diritti contenuti [nella Convenzione] abbiano implicazioni di natura economica o sociale, la Convenzione è essenzialmente diretta alla protezione di diritti civili e politici [...] l'art. 3 non pone a carico degli Stati un obbligo di rimediare alle disparità [tra gli Stati contraenti e i Paesi di origine in materia di assistenza sanitaria] garantendo cure gratuite ed illimitate a tutti gli stranieri irregolari sottoposti alla loro giurisdizione»³⁵.

Quella sensibile differenza cui si è accennato, chiaramente emerge raffrontando questa decisione con una pronuncia della Corte costituzionale, la quale, pur rammentando che «il diritto ai trattamenti sanitari necessari

ove riceveva cure gratuite, costituisce violazione dell'art. 3 CEDU (Corte EDU, 2 maggio 1997, *D. v. the United Kingdom*, ric. n. 30240/96). *L'overruling* è stato possibile perché nel secondo caso il quadro clinico non era altrettanto grave, e la Corte ha quindi escluso (per una maggioranza di 14 voti a 3) che le autorità britanniche avessero violato l'art. 3 CEDU. Ciò conferma che il diritto alla salute trova tutela convenzionale oltre che indirettamente, anche limitatamente a situazioni “estreme” (cfr. D. RANALLI, *Nuovi interventi della Corte europea*, cit., 159). Sulla giurisprudenza europea in materia di tutela della salute di soggetti stranieri, si rimanda a S. DIFRANCESCO, *La detenzione dello straniero irregolare tra disciplina sovranazionale e giurisprudenza europea*, in questo volume.

³⁴ Corte EDU, Grande Camera, 27 maggio 2008, *N. v. the United Kingdom*, cit., § 24. Il Governo inglese rilevava altresì che «l'interpretazione della Convenzione, così come di ogni trattato internazionale, è delimitata dal consenso degli Stati contraenti. L'effetto pratico di estendere l'ambito applicativo dell'art. 3 CEDU fino a coprire il caso della ricorrente, sarebbe quello di garantire a lei, e ad innumerevoli altri malati di Aids o di altre patologie letali, un diritto di rimanere e continuare a beneficiare di trattamenti medici all'interno di uno Stato contraente. È inconcepibile che gli Stati contraenti abbiano acconsentito a ciò».

³⁵ Corte EDU, Grande Camera, 27 maggio 2008, *N. v. the United Kingdom*, cit., § 44: ritenere il contrario sarebbe impossibile, prosegue la Corte, perché porrebbe a carico degli Stati contraenti un onere troppo gravoso.

per la tutela della salute è “costituzionalmente condizionato” dalle esigenze di bilanciamento³⁶ con altri interessi costituzionalmente protetti», fa tuttavia sempre salva «la garanzia di “un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana [...]”. Questo “nucleo irriducibile” di tutela della salute quale diritto fondamentale della persona deve perciò essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l’ingresso ed il soggiorno nello Stato»³⁷.

Se da un lato la Corte costituzionale può agevolmente³⁸ riconoscere quel nucleo irrinunciabile ed incondizionato del diritto alla salute, la Corte di Strasburgo può tutelare il diritto in parola solo se, ed in quanto, la lamentata violazione dello stesso si configuri quale violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti (o di altri diritti garantiti dalla Convenzione). Il *focus* della giurisprudenza europea, conseguentemente, non è, per dirla con il Governo inglese, nell’assicurare il prolungamento della vita, ma solo nel garantire una «morte dignitosa»³⁹.

³⁶ Anche Corte EDU, Grande Camera, 27 maggio 2008, *N. v. the United Kingdom*, cit., § 44, dalla considerazione che la CEDU è essenzialmente diretta a tutelare diritti civili e politici, sebbene taluni di questi possano avere implicazioni economiche o sociali, fa discendere la necessità di trovare un giusto equilibrio fra le esigenze proprie dell’interesse generale della comunità e le esigenze di tutela dei diritti fondamentali degli individui (in questo senso cfr. anche Corte EDU, 7 luglio 1989, *Soering v. the United Kingdom*, ric. n. 14038/88, § 89).

³⁷ Corte cost., 5-17 luglio 2001, n. 252, con cui la Consulta ha dichiarato infondata la *quaestio legitimatis* della normativa in materia di espulsione, nella parte in cui non prevede un divieto di procedere all’espulsione di soggetti che necessitino di terapie essenziali per la loro salute. Secondo il Giudice delle leggi, la tutela del diritto inviolabile alla salute dello straniero irregolare non abbisogna dell’introduzione, tramite una pronuncia additiva di accoglimento, di un simile divieto, perché «lo straniero presente, anche irregolarmente, nello Stato ha diritto di fruire di tutte le prestazioni che risultino indifferibili e urgenti [...] trattandosi di un diritto fondamentale della persona». Pertanto, già sulla base della normativa (allora) vigente, «qualora risultino fondate le ragioni addotte dal ricorrente in ordine alla tutela del suo diritto costituzionale alla salute, si dovrà provvedere di conseguenza, non potendosi eseguire l’espulsione nei confronti di un soggetto che potrebbe subire, per via dell’immediata esecuzione del provvedimento, un irreparabile pregiudizio a tale diritto». Sul punto v. P. DE PASQUALE, *L’accesso degli immigrati irregolari ai servizi pubblici*, in *I percorsi giuridici per l’integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell’Unione e ordinamento italiano*, a cura di G. Caggiano, Torino, 2014, 630 ss. Sulla tutela del diritto alla salute di soggetti stranieri, si rimanda a L. ALFANI, *Il diritto alla salute degli stranieri: un difficile equilibrio tra diritto alla cura, principio di non discriminazione ed esigenze di sicurezza*, in questo volume.

³⁸ Così A. GUAZZAROTTI, *Giurisprudenza CEDU*, cit., 2.

³⁹ Corte EDU, Grande Camera, 27 maggio 2008, *N. v. the United Kingdom*, cit., § 24. Per ulteriori raffronti tra giurisprudenza europea e giurisprudenza costituzionale in materia

2. *Il divieto di tortura e pene o trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU) tra assolutezza, soglia minima di gravità e onus probandi*

Lo strumento tramite il quale la Corte europea ha potuto attrarre nell'ambito della tutela convenzionale il diritto alla salute delle persone detenute, valutando la compatibilità delle condizioni della detenzione rispetto alla Convenzione, è rappresentato dall'art. 3 CEDU. La lettera della disposizione⁴⁰, e l'«ampia latitudine» delle nozioni in essa

di diritti sociali (in particolare, di pensioni sociali e diritto di sciopero), si rimanda a A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali*, cit., 22 ss. L'Autore, peraltro, precisa come, nonostante le rimarcate differenze, vi sia una parziale sovrapposibilità, stante la duplice natura di molti dei diritti sociali riconosciuti dalla Costituzione: da un lato diritti a prestazioni, dunque «libertà positive», dall'altro «libertà negative», dimensione, quest'ultima, analoga alla concezione liberale dei diritti. Tale duplice dimensione è particolarmente evidente proprio nel diritto alla salute: «diritto all'organizzazione pubblica sanitaria, [...] diritto a non subire illecite intromissioni da parte di chicchessia, privati o pubblica amministrazione» (al riguardo, G. CORSO, *I diritti sociali*, cit., 768 include il diritto alla salute fra le «situazioni per così dire *double face* perché si fanno valere sia verso i pubblici poteri che nei rapporti privati»). Proprio in questa seconda dimensione, di libertà negative, i diritti sociali potrebbero trovare tutela da parte della Corte di Strasburgo (analogamente, con riferimento all'art. 11 CEDU e ai diritti sindacali, G. ROMEO, *op. cit.*, 499 ss., osserva come dalla giurisprudenza di Strasburgo emerga il dovere dello Stato «di astensione e di non-interferenza»). Il che trova riscontro e conferma nella lettera dell'unica disposizione concernente un diritto propriamente sociale, ossia il diritto all'istruzione (art. 2, Prot. I CEDU): accantonata quella originariamente proposta, formulata in positivo («*every person has the right to education*»), se ne è adottata una formulata in negativo («*no person shall be denied the right to education*»; cfr. G. MOR, Q. CAMERLENGO, G.E. VIGEVANI, *Art. 2, Prot. I CEDU*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Padova, 2001, 830 ss., secondo i quali si tratta di una posizione giuridica non assimilabile ad un diritto sociale *stricto sensu*, ma ad un diritto di libertà individuale al quale corrisponde un dovere di astensione a carico delle pubbliche autorità). La Corte europea ha così affermato che con questo articolo gli Stati non hanno voluto introdurre un diritto all'istruzione pubblica gratuita o a finanziamenti per quella privata, né un diritto ad un particolare tipo o livello di istruzione, bensì soltanto una garanzia di non discriminazione nell'accesso alle istituzioni esistenti in un certo momento (Corte EDU, 23 luglio 1968, *Belgian linguistic case (no. 2)*, ric. n. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 e 2126/64; v. J. WOELK, *Art. 2, Prot. I CEDU*, in *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Padova, 2012, 831), dalla quale non discendono obblighi positivi dello Stato, come la predisposizione di prestazioni o strutture aggiuntive per soddisfare esigenze peculiari dell'alunno (cfr. Commissione EDU, 4 dicembre 1989, *Simpson v. the United Kingdom*, ric. n. 14688/89).

⁴⁰ A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., 222, che parla di «secca formulazione». Cfr. anche M.K. ADDO, N. GRIEF, *Does Article 3 of The European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?*, in *Eur. JIL*, 3/1998, 510, i quali sottolineano come la

ricorrenti⁴¹, ne hanno reso possibile, da parte dei Giudici di Strasburgo, un'interpretazione «evolutiva»⁴², «costruttiva»⁴³, «ampia»⁴⁴, tramite la quale si sono potute individuare molteplici *species* di violazioni del divieto di tortura e trattamenti o pene inumani o degradanti⁴⁵.

Per meglio comprendere come, attraverso tale divieto, si offra, indirettamente, garanzia al diritto alla salute in carcere, è utile premettere una breve ricognizione della giurisprudenza relativa all'art. 3 CEDU. Le caratteristiche della disposizione, e le sue modalità applicative, così come ricostruite dalla Corte, si riflettono infatti anche sulla tutela della salute dei soggetti *in vinculis*.

Il divieto di tortura e pene o trattamenti inumani o degradanti ha carattere fondamentale, assoluto e inderogabile. La Corte di Strasburgo ha, infatti, più volte affermato che l'art. 3 CEDU «racchiude uno dei diritti fondamentali delle società democratiche»⁴⁶, la cui *ratio* principale va

brevità dell'art. 3 CEDU celi in realtà la mole e la varietà, oltre che la complessità, delle questioni cui la disposizione dà origine.

⁴¹ F. DELLA CASA, *Suggerimenti influenze e standards europei quali fattori di evoluzione del sistema penitenziario italiano*, in *Cass. pen.*, 10/2004, 3490.

⁴² *Ibidem*. Questo processo evolutivo è stato esplicitamente teorizzato, sulla base della considerazione per cui «i sempre più elevati *standards* richiesti in materia di protezione dei diritti umani e libertà fondamentali richiedono, corrispondentemente ed inevitabilmente, maggior fermezza nel valutare violazioni dei valori fondamentali delle società democratiche» (Corte EDU, Grande Camera, 28 luglio 1999, *Selmouni v. France*, ric. n. 25803/94, § 101).

⁴³ D. RANALLI, *Nuovi interventi della Corte europea*, cit., 159.

⁴⁴ A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., 222.

⁴⁵ M.K. ADDO, N. GRIEF, *op. cit.*, 511 osservano come gli organi di tutela della Convenzione, con le loro decisioni fondate sull'articolo in parola, abbiano finito per occuparsi di una varietà di materie che i redattori della Convenzione non avrebbero potuto prevedere: maltrattamenti durante fermo e arresto (Corte EDU, 27 agosto 1992, *Tomasi v. France*, ric. n. 12850/87); condizioni della detenzione (Commissione EDU, 9 luglio 1981, *Kröcher and Möller v. Switzerland*, ric. n. 8463/78); punizioni corporali (Corte EDU, 25 aprile 1978, *Tyrer v. the United Kingdom*, ric. n. 5856/72); immigrazione e rifugiati (Corte EDU, 20 marzo 1991, *Cruz Varas and Others v. Sweden*, ric. n. 15576/89); estradizione (Corte EDU, 7 luglio 1989, *Soering v. the United Kingdom*, cit.); Hiv e Aids (Corte EDU, 2 maggio 1997, *D. v. the United Kingdom*, cit.).

⁴⁶ Corte EDU, 7 luglio 1989, *Soering v. the United Kingdom*, cit., § 88; Corte EDU, 18 dicembre 1996, *Aksay v. Turkey*, ric. n. 21987/93, § 62. Questo carattere fondamentale del divieto *de quo* ha rilevanza sia su un piano generale, rappresentando una delle più importanti affermazioni giuridiche, culturali e morali negli ordinamenti interni e internazionale (cfr. l'analisi storica di A. ESPOSITO, *Art. 3*, in *Commentario alla Convenzione europea*, cit., 50 ss.), sia sotto lo specifico profilo del contesto normativo della CEDU (sull'incidenza dell'art. 3 CEDU su interpretazione e applicazione di altre disposizioni convenzionali, tanto sostanziali quanto procedurali, v. P. PUSTORINO, *Art. 3*, in

ricercata nell'esigenza di garantire protezione al principio essenziale della dignità umana⁴⁷. Per altro verso, la disposizione non consente eccezioni né limitazioni alla sua portata precettiva. Questa assolutezza e inderogabilità non sono espressamente affermate dall'art. 3 CEDU, ma si ricavano dall'art. 15 CEDU⁴⁸, dai lavori preparatori⁴⁹ e dalla giurisprudenza della Corte. Quest'ultima, da un lato, esclude la possibilità di un bilanciamento tra i valori tutelati dall'art. 3 CEDU e altri valori o obiettivi, anch'essi meritevoli di protezione da parte degli Stati contraenti⁵⁰; dall'altro, nega rilevanza, quali

Commentario breve alla Convenzione europea, cit., 66-67).

⁴⁷ P. PUSTORINO, *op. cit.*, 65. Che l'art. 3 CEDU costituisca, insieme a poche altre norme convenzionali, il «cuore» dell'esigenza etica universale di rispetto della dignità umana, si desume anche dalla circostanza che la proibizione della tortura sia stata oggetto di un'apposita Convenzione adottata nel 1984 (così G. MANNOZZI, *Diritti dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale al cospetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., 328). Questa, nel vietare tortura e trattamenti crudeli, disumani o degradanti, fornisce anche una dettagliata definizione di «tortura» (art. 1), contribuendo con ciò alla prevenzione di simili pratiche, come sottolineato da A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2009, 178.

⁴⁸ Questa disposizione consente di adottare misure in deroga ai diritti garantiti dalla Convenzione, alla triplice condizione della sussistenza di uno stato di urgenza (guerra o altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione), della stretta necessità della misura e della non contrarietà con il diritto internazionale. Il § 2, tuttavia, precisa che nessuna deroga, neppure in simili circostanze, può apportarsi agli artt. 2, 3, 4, § 1 e 7 CEDU.

⁴⁹ Cfr. A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., 221, che riporta un emendamento proposto dal delegato britannico all'Assemblea Parlamentare, con cui si esortavano i redattori della Convenzione a vietare ogni forma di tortura: «[L'Assemblea Parlamentare] ritiene che tale proibizione debba essere assoluta e che la tortura non possa essere consentita per nessuno scopo, né per scoprire prove, né per salvare la vita e neanche per la sicurezza dello Stato. [L'Assemblea] ritiene che sarebbe preferibile per una società morire piuttosto che consentire a tale relitto della barbarie di continuare a vivere».

⁵⁰ I Giudici di Strasburgo hanno negato la possibilità di bilanciare i valori di cui all'art. 3 CEDU con le difficoltà di ordine economico (Corte EDU, 7 luglio 2009, *Groni v. Albania*, ric. n. 25336/04, § 131), la prevenzione di reati (Corte EDU, 25 aprile 1978, *Tyrer v. the United Kingdom*, cit., § 31), il rispetto della normativa in materia di immigrazione (Corte EDU, Grande Camera, 21 gennaio 2011, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, ric. n. 30696/09, § 216), la lotta contro il terrorismo e il crimine organizzato (Corte EDU, Grande Camera, 6 aprile 2000, *Labita v. Italy*, ric. n. 26772/95, § 119; su questa pronuncia v. A. ESPOSITO, *La sentenza Labita era inevitabile? Riflessioni sulla titolarità delle garanzie dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2001, 226 ss., la quale conclude per la evitabilità della condanna del nostro Paese in quell'occasione, essendo le violazioni riscontrate dalla Corte mere applicazioni di quanto già affermato in numerosi precedenti, ovvero sviluppi prevedibili della sua giurisprudenza). Come si è visto, tuttavia, il bilanciamento è invece operato quando l'art. 3 CEDU è chiamato a dare tutela a diritti sociali, come il diritto alla salute (v. *supra*, nota 36).

possibili ipotesi di riduzione del livello di tutela assicurato dalla disposizione, alle specifiche motivazioni addotte dalle autorità nazionali per sottoporre un individuo a violazioni dell'art. 3 CEDU⁵¹.

Il testo della disposizione non indica i criteri distintivi tra le tre tipologie di comportamenti vietati⁵²; se da un lato ciò ha consentito alla Corte europea di adottarne quell'interpretazione estensiva di cui si è detto, dall'altro lato, tuttavia, l'applicazione della disposizione *de qua* si connota per ampi margini di discrezionalità, non privi di profili di criticità⁵³.

Come precisato sin da una risalente e nota sentenza relativa ai fatti accaduti in Irlanda del Nord nella prima metà degli anni Settanta, non ogni condotta lesiva dell'integrità psico-fisica ricade sotto il divieto di cui all'art. 3 CEDU. È necessario che sia raggiunta «una soglia minima di gravità, la cui determinazione è, per natura, relativa: dipende da tutte le circostanze del caso, quali la durata del trattamento, le sue conseguenze fisiche o mentali e, in certi casi, il sesso, l'età e lo stato di salute della vittima, ecc.»⁵⁴. Ciò

⁵¹ Non valgono a ridurre il livello di tutela offerto dall'art. 3 CEDU né lo scopo di salvare la vita di altri individui (Corte EDU, Grande Camera, 1 giugno 2010, *Gäfgen v. Germany*, ric. n. 22978/05, § 107), né la condotta o la pericolosità dell'individuo (Corte EDU, Grande Camera, 28 febbraio 2008, *Saadi v. Italy*, ric. n. 37201/06, §§ 127 e 139; Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 1996, *Chahal v. the United Kingdom*, ric. n. 22414/93, § 79). Osserva tuttavia A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2011, 222, nota 1, come nella prassi applicativa sia possibile riscontrare «eccezioni riconosciute all'assolutezza della garanzia di cui all'art. 3» (corsivo dell'Autrice): se, ex art. 2, § 2 CEDU il ricorso alla forza assolutamente necessario per determinati scopi può avere esito letale, *a fortiori* deve ritenersi consentito un uso della forza che non conduca alla morte; l'esigenza di prevenire l'evasione o scongiurare il suicidio può, in alcuni casi, consentire misure contrarie all'art. 3 CEDU; in determinate circostanze, alcune pratiche mediche possono sfuggire al campo applicativo dell'art. 3 CEDU a fronte del consenso della vittima.

⁵² P. PUSTORINO, *op. cit.*, 67-68 identifica la ragione della mancanza di indicazioni in tal senso nei lavori preparatori: in particolare, nelle osservazioni del rappresentante francese, secondo il quale l'eventuale elencazione delle fattispecie vietate avrebbe rischiato di tener fuori dall'ambito applicativo del divieto altre possibili forme di tortura.

⁵³ Sul punto si rimanda all'analisi di M.K. ADDO, N. GRIEF, *op. cit.*, 513 ss. Gli Autori constatano come, sebbene sia pacifico che l'art. 3 CEDU garantisca diritti assoluti, la giurisprudenza di Strasburgo non abbia tuttavia chiarito cosa significhi il concetto di «*absolute right*», che non può ridursi *sic et simpliciter* all'inammissibilità di deroghe, limitazioni e eccezioni. Trattandosi di un termine per natura impreciso, la cui valutazione può meglio comprendersi solo nello specifico contesto del singolo caso, una lettura superficiale delle sue applicazioni da parte della giurisprudenza europea può condurre, *prima facie*, a risultati contraddittori.

⁵⁴ Corte EDU, 18 gennaio 1978, *Ireland v. the United Kingdom*, ric. n. 5310/71, § 162 («*a minimum level of severity*» nell'originale inglese). La giurisprudenza successiva

si giustifica con l'assolutezza del divieto e con la conseguente esigenza di evitarne una "bagatellizzazione"⁵⁵, nonché con il rischio di «una pericolosa deriva verso la relativizzazione» dello stesso, cui condurrebbe l'abbassamento della (e quindi, *a fortiori*, la rinuncia alla) soglia⁵⁶.

Oltre a delimitare l'ambito applicativo dell'art. 3 CEDU, il criterio della soglia minima di gravità assolve anche all'ulteriore funzione di distinguere fra tortura, pena/trattamento inumano e pena/trattamento degradante. Le tre categorie di comportamenti vietati, infatti, si pongono secondo una progressione discendente di lesività⁵⁷. In altri termini, accertato il superamento del *minimum level* (e dunque ritenuto applicabile l'art. 3 CEDU) sulla base degli elementi di cui si è detto, questi stessi elementi, nonché il loro eventuale effetto cumulativo⁵⁸, rilevano anche ai fini della

ha individuato ulteriori fattori di cui tener conto nella fissazione della soglia minima: l'esistenza di un particolare clima di tensione ed emozione tale da condizionare l'operato delle autorità (Corte EDU, Grande Camera, 1 giugno 2010, *Gäfgen v. Germany*, cit., § 89), la natura particolarmente violenta degli atti di cui si discute, il carattere sistematico dei trattamenti inflitti in un determinato periodo (Corte EDU, Grande Camera, 28 luglio 1999, *Selmouni v. France*, cit., §§ 103-104), il ritardo con cui l'individuo sottoposto a trattamenti vietati sia condotto in strutture sanitarie adeguate (Corte EDU, Grande Camera, 27 giugno 2000, *Ilhan v. Turkey*, ric. n. 22277/93, § 87), la particolare vulnerabilità della vittima (Corte EDU, Grande Camera, 25 settembre 1997, *Aydin v. Turkey*, ric. n. 23178/94, § 83; Corte EDU, Grande Camera, 21 gennaio 2011, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, cit., § 232), l'arbitrarietà della condotta lesiva (Corte EDU, 15 marzo 2011, *Iljina and Sarulienė v. Lithuania*, ric. n. 32293/05, § 47).

⁵⁵ A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010*, cit., 223. Più di recente, F. CASSIBBA, A. COLELLA, *Art. 3. Proibizione della tortura*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., 66.

⁵⁶ Così il giudice Zagrebelsky nella sua *dissenting opinion* in Corte EDU, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic v. Italy*, ric. n. 22635/03: «quanto più si abbassa la soglia "minima di gravità", tanto più si è costretti a tenere conto dei motivi e delle circostanze (oppure ad annullare l'equa soddisfazione)». Quale esempio della denunciata deriva, il giudice indica Corte EDU, 28 giugno 2005, *Gallico v. Italy*, ric. n. 53723/00, §§ 21-22: «la Corte ammette che la protratta applicazione delle restrizioni può porre un detenuto in una situazione tale da costituire un trattamento inumano o degradante. Tuttavia [...] essa ha il dovere di verificare se, in un dato caso, la proroga delle sanzioni fosse giustificata [...] la Corte osserva che le argomentazioni addotte per giustificare il mantenimento delle limitazioni non erano sproporzionate rispetto ai fatti precedentemente contestati al ricorrente, condannato a pene pesanti per fatti gravissimi». Per le perplessità sollevate dall'uso del concetto di "maltrattamento ingiustificabile" nella giurisprudenza relativa all'art. 3 CEDU, cfr. ancora M.K. ADDO, N. GRIEF, *op. cit.*, 522-523.

⁵⁷ G. MANNOZZI, *op. cit.*, 348; l'ideale "piramide" che ne risulta, corrisponde altresì alla dimensione frequenziale dei fenomeni.

⁵⁸ Come sottolineato da P. PUSTORINO, *op. cit.*, 68: i vari fattori individuati dalla Corte, infatti, non vanno esaminati singolarmente, dovendosi tener conto anche delle loro conseguenze

qualificazione della fattispecie.

La Corte ha così affermato che deve considerarsi inumano un trattamento premeditato, applicato per ore e che causa lesioni corporali o sofferenze intense sotto il profilo fisico e mentale; è invece degradante il trattamento che ingenera nella vittima un senso di paura, angoscia e inferiorità tali da umiliarla e piegarne la resistenza fisica o morale, inducendola ad agire contro la sua volontà o coscienza⁵⁹. La tortura, invece, è una forma aggravata di trattamento inumano o degradante⁶⁰ che, inoltre, richiede l'accertamento dell'intenzione di torturare e la verifica dello scopo perseguito attraverso la tortura stessa⁶¹, con la precisazione tuttavia che l'intenzione e la finalità in questione possono implicitamente desumersi dai trattamenti lesivi cui la vittima è sottoposta⁶².

Non mancano, tuttavia, casi nei quali la Corte si limita a constatare la violazione *tout court* del divieto di cui all'art. 3 CEDU, senza distinguere fra le tre categorie di *ill-treatment* previste dallo stesso. In ogni caso, come sostenuto in dottrina⁶³ e affermato anche dalla Corte di Strasburgo, si tratta di

comprehensive.

⁵⁹ Corte EDU, Grande Camera, 11 luglio 2006, *Jalloh v. Germany*, ric. n. 54810/00, § 68. Come riassuntivamente riportato da A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010*, cit., 224, l'elaborazione dottrinale distingue tra trattamenti degradanti e trattamenti inumani, sottolineando come nei primi rilevino essenzialmente elementi di natura emotiva (soprattutto l'umiliazione della vittima), nei secondi la sofferenza fisica o psicologica di particolare intensità (non necessariamente sorretta da una intenzione degli autori della condotta).

⁶⁰ Secondo una concezione che A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2009, 1817 definisce «a scatole cinesi»: «ogni tortura non può che essere anche un trattamento disumano e degradante e ogni trattamento disumano non può che essere anche un trattamento degradante» (così Commissione EDU, 5 novembre 1969, *Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece*, ric. n. 3321/67, 3322/67, 3323/67 e 3344/67).

⁶¹ Corte EDU, Grande Camera, 27 giugno 2000, *Ilhan v. Turkey*, cit., § 85; Corte EDU, Grande Camera, 1 giugno 2010, *Gäfgen v. Germany*, cit., § 90; Corte EDU, 21 aprile 2011, *Nechiporuk and Yonkalo v. Ukraine*, ric. n. 42310/04, § 149.

⁶² Corte EDU, 18 dicembre 1996, *Aksoy v. Turkey*, cit., § 64. Rileva A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., 1817, che fra i due elementi che la dottrina ritiene integrino la nozione di tortura – la rilevante gravità della condotta e delle sofferenze inflitte da un lato, lo specifico scopo perseguito dall'altro – vi sia una «relazione di proporzionalità inversa» (corsivo dell'Autrice): più gravi sono le sofferenze, minor rilievo avrà lo scopo; viceversa, meno gravi sono le prime, maggiore sarà il peso del secondo nella qualificazione della fattispecie come tortura.

⁶³ A. CASSESE, *Prohibition of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, in *The European System for the Protection of Human Rights*, a cura di R.J.St. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, Dordrecht-Boston-London, 1993, 258-259.

nozioni non immutabili ma in continua evoluzione, per cui «atti considerati in passato come “trattamento inumano o degradante” contrapposto a “tortura”, potrebbero essere classificati diversamente in futuro»⁶⁴. Oltre ad aver ricompreso nel concetto di tortura trattamenti prima ritenuti “solo” inumani o degradanti⁶⁵, la Corte ha progressivamente abbassato il limite al di là del quale si raggiunge la soglia richiesta per l’applicabilità dell’art. 3 CEDU, conseguentemente estendendone il campo di azione⁶⁶.

Particolarmente indicative di questa evoluzione, sono proprio le sentenze in materia di condizioni della detenzione: così, per quanto attiene al sovraffollamento carcerario, se in passato l’esiguità dello spazio personale a disposizione del detenuto non era considerata di per sé sufficiente a superare

⁶⁴ Corte EDU, Grande Camera, 28 luglio 1999, *Selmouni v. France*, cit., § 101. In considerazione di ciò, A. COLELLA, *C’è un giudice a Strasburgo*, cit., 1817 ritiene non solo impossibile cristallizzare una volta per tutte, in definizioni più o meno rigide, le tre categorie, ma altresì non auspicabile una rigida fissazione della soglia di gravità che distingue i trattamenti degradanti da quelli inumani e dalla tortura. Ogni sforzo classificatorio sarebbe quindi velleitario, anche perché la distinzione stessa non ha rilevanti conseguenze sul piano sostanziale, diversamente, invece, dal piano pratico (diverso impatto sulla “reputazione” dello Stato, diversa quantificazione della somma a titolo di riparazione).

⁶⁵ Basti pensare che Corte EDU, 18 gennaio 1978, *Ireland v. the United Kingdom*, cit., §§ 167-168, discostandosi dal parere della Commissione (secondo A. COLELLA, *C’è un giudice a Strasburgo*, cit., 1816, nota 28, probabilmente per ragioni politiche), ha qualificato come trattamento inumano e degradante, anziché tortura, le cosiddette cinque tecniche utilizzate dalle autorità britanniche negli interrogatori dei sospetti terroristi nord-irlandesi, consistenti, tra l’altro, nella costrizione a stare in piedi con le mani appoggiate al muro per molte ore, nell’incappucciamento per tutta la durata della detenzione, nella sottoposizione ad un forte sibilo, nella privazione del sonno, nell’alimentazione con solo pane e acqua. Ciò perché queste tecniche, pur combinate fra loro, «non cagionavano sofferenze di particolare crudeltà e intensità quali implicite nella nozione di tortura».

⁶⁶ Rilevano in questo senso le pronunce nelle quali viene riconosciuta una violazione dell’art. 3 CEDU, in casi nei quali manca l’intenzionale inflizione di una sofferenza fisica o psichica. La Corte è così costante nel ritenere trattamento inumano e degradante la prolungata sofferenza patita dai familiari di soggetti scomparsi (soprattutto in relazione alle sparizioni di cittadini ceceni: v. *ex multis* Corte EDU, 2 dicembre 2010, *Dzhabrailova and Dzhabrailova v. Russia*, ric. n. 15563/06, purché la sofferenza abbia carattere permanente e non meramente transeunte, come precisato da Corte EDU, 21 dicembre 2010, *Udayeva and Yusupova v. Russia*, ric. n. 36542/05). In generale, da ultimo, v. Corte EDU, Grande Camera, 28 settembre 2015, *Bouyid v. Belgium*, ric. n. 23380/09, secondo cui costituiscono trattamento degradante gli schiaffi inferti dalla polizia a due soggetti trattenuti presso un commissariato (cfr. F. CANCELLARO, *Tolleranza zero contro gli abusi delle forze di polizia: per la Grande Camera anche uno schiaffo può integrare la violazione del divieto di trattamenti degradanti ex art. 3 CEDU*, in *Penalecontemporaneo.it*, 23 novembre 2015).

la soglia minima di gravità, dovendo conseguentemente essere valutata unitamente ad altri fattori (condizioni igieniche, rischio di diffusione di malattie, insufficiente accesso all'aria e alla luce naturali, servizi igienici all'interno della cella e visibili, ecc.)⁶⁷, a partire da alcune importanti pronunce del 2009⁶⁸, la Corte ha ritenuto quel dato idoneo di per sé solo ad integrare una violazione dell'art. 3 CEDU. Questa premessa ha condotto all'adozione, nei confronti del nostro Paese, della nota sentenza *Torreggiani*⁶⁹ che, a fronte del carattere strutturale del sovraffollamento carcerario nelle strutture penitenziarie italiane, ha assunto la "veste" di sentenza pilota. Da ultimo, la Grande Camera ha ulteriormente precisato l'operatività di questa *strong presumption* di violazione dell'art. 3 CEDU in caso di spazio personale inferiore a tre metri quadri, individuando però fattori che, cumulativamente, consentono di superarla⁷⁰.

⁶⁷ Cfr., *ex multis*, Corte EDU, 12 marzo 2009, *Aleksandr Makarov v. Russia*, ric. n. 15217/07, §§ 94-100; Corte EDU, 9 ottobre 2008, *Moisseiev v. Russia*, ric. n. 62936/00, §§ 121-127; Corte EDU, 24 luglio 2001, *Valašinas v. Lithuania*, ric. n. 44558/98, §§ 107-112.

⁶⁸ Corte EDU, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic v. Italy*, cit. (di qui la *dissenting opinion* del giudice Zagrebelsky di cui si è detto *supra*, nota 56: «nel caso di specie, il ricorrente non denuncia nessun altro elemento [...] oltre all'insufficienza dello spazio a sua disposizione quando rimaneva chiuso in cella. [...] Concludo quindi che [...] il "minimo di gravità" non è stato raggiunto»); Corte EDU, 15 ottobre 2009, *Buzhinayev v. Russia*, ric. n. 17679/03. A partire da queste decisioni si è affermato, in seno alla Corte, l'orientamento secondo cui lo spazio a disposizione di ciascun detenuto non può essere inferiore a tre metri quadri, pena la violazione dell'art. 3 CEDU (Corte EDU, 19 luglio 2011, *Kondratishko and Others v. Russia*, ric. n. 3937/03; Corte EDU, 8 febbraio 2011, *Micu v. Romania*, ric. n. 28883/06).

⁶⁹ Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani and Others v. Italy*, ric. n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, su cui vedi F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Penalecontemporaneo.it*, 9 gennaio 2013; G. DELLA MORTE, *La situazione carceraria italiana viola "strutturalmente" gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza "Torreggiani c. Italia")*, in *Dir. um. dir. intern.*, 1/2013, 147 ss.; M. DOVA, *Torreggiani c. Italia: un barlume di speranza nella cronaca del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2013, 948 ss.; G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 1/2013, 11 ss.

⁷⁰ Corte EDU, Grande Camera, 20 ottobre 2016, *Muršić v. Croatia*, ric. n. 7334/13: la *strong presumption* sussiste anche quando il detenuto non disponga di un letto o di spazio che gli consenta di muoversi tra il mobilio. Per confutarla, lo Stato convenuto ha l'onere di dimostrare l'esistenza di fattori in grado di compensare l'esiguità dello spazio vitale (§ 137), quali: brevità e occasionalità della riduzione dello spazio stesso (§ 130), sufficiente libertà di movimento e possibilità di svolgere attività al di fuori della cella (§ 133), adeguatezza della struttura (§ 134). Per un'analisi della sentenza si

Oltre all'individuazione, eminentemente casistica, della soglia minima di gravità, altro aspetto particolarmente rilevante attiene ai criteri processuali utilizzati per l'accertamento delle violazioni dell'art. 3 CEDU. Muovendo, anche in questo caso, dal carattere fondamentale della disposizione, e dalla conseguente importanza delle violazioni della stessa, la Corte afferma, in generale, di dover procedere ad un esame particolarmente meticoloso⁷¹, richiedendo che l'allegazione di comportamenti contrari all'art. 3 CEDU debba essere supportata da prove adeguate⁷². Nella valutazione di queste, il criterio adottato è quello della «prova “oltre ogni ragionevole dubbio”»⁷³, con la precisazione che questo *standard* probatorio può ritenersi raggiunto a fronte della «coesistenza di elementi sufficientemente validi, chiari e concordanti o di analoghe incontestate presunzioni di fatto»⁷⁴.

rimanda a F. CANCELLARO, *Carcerazione in meno di 3 metri quadri: la Grande Camera sui criteri di accertamento della violazione dell'art. 3 CEDU*, in *Penalecontemporaneo.it*, 13 novembre 2016.

⁷¹ Corte EDU, Grande Camera, 1 giugno 2010, *Gäfgen v. Germany*, cit., § 93; Corte EDU, 2 novembre 2006, *Matko v. Slovenia*, ric. n. 43393/98, § 100; Corte EDU, 24 luglio 2008, *Vladimir Romanov v. Russia*, ric. n. 41461/02, § 59. La Corte precisa altresì che non rientra tra i suoi compiti sostituire la propria valutazione dei fatti a quella operata dai tribunali nazionali (Corte EDU, 22 settembre 1993, *Klaas v. Germany*, ric. n. 15473/89, § 29; Corte EDU, 15 febbraio 2007, *Jasar v. “the former Yugoslav Republic of Macedonia”*, ric. n. 69908/01, § 49): sebbene non sia vincolata dagli accertamenti da questi compiuti, in circostanze normali solo elementi convincenti le consentono di discostarsene (Corte EDU, Grande Camera, 1 giugno 2010, *Gäfgen v. Germany*, cit., § 93). Maggiore incisività nell'accertamento dei fatti è, invece, dimostrata nelle ipotesi in cui le versioni delle parti della controversia siano fortemente discordanti (Corte EDU, 23 settembre 2010, *Iskandarov v. Russia*, ric. n. 17185/05, § 105). Diversamente dalla ricostruzione fattuale, la valutazione giuridica della fattispecie è autonomamente compiuta dalla Corte: «la Corte ribadisce che l'esclusione, da parte delle corti nazionali, della configurabilità di un'offesa penalmente rilevante nell'uso della forza, di per sé non esime lo Stato dalla sua responsabilità alla stregua della Convenzione» (Corte EDU, 31 marzo 2009, *Wiktorko v. Poland*, ric. n. 14612/02, § 49).

⁷² Corte EDU, Grande Camera, 11 luglio 2006, *Jalloh v. Germany*, cit., § 67.

⁷³ Commissione EDU, 5 novembre 1969, *Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece*, cit; Corte EDU, 18 gennaio 1978, *Ireland v. the United Kingdom*, cit., § 161; Corte EDU, Grande Camera, 18 settembre 2009, *Varnava and Others v. Turkey*, ric. n. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 e 16073/90, § 182.

⁷⁴ Corte EDU, 18 gennaio 1978, *Ireland v. the United Kingdom*, cit., § 161; Corte EDU, Grande Camera, 6 aprile 2000, *Labita v. Italy*, cit., § 121; Corte EDU, Grande Camera, 11 luglio 2006, *Jalloh v. Germany*, cit., § 67; Corte EDU, Grande Camera, 1 giugno 2010, *Gäfgen v. Germany*, cit., § 92. Quanto agli elementi probatori utilizzabili nel procedimento dinanzi alla Corte, non vi sono ostacoli procedurali all'assunzione di ogni elemento di prova, né sono prescritte formule processuali predefinite (Corte EDU,

L'onere di fornire questa prova *beyond reasonable doubt*, secondo l'impostazione tradizionale, grava sul ricorrente, potendo invece lo Stato limitarsi a contestare quanto affermato. Questo rigore è stato, tuttavia, progressivamente temperato, con conseguente alleggerimento dell'onere processuale a carico del ricorrente⁷⁵, fino a giungere⁷⁶, in alcuni casi, ad una sostanziale inversione⁷⁷ dell'*onus probandi*, o comunque all'introduzione di una presunzione di responsabilità dello Stato⁷⁸. I casi in cui vige questa presunzione sono, appunto, quelli nei quali il ricorrente, che lamenta di essere vittima di una violazione dell'art. 3 CEDU, si trovasse in condizione *lato sensu* di detenzione e godesse di buone condizioni di salute prima della privazione della libertà personale. Spetterà quindi allo Stato fornire una adeguata spiegazione alternativa per le lesioni lamentate dal ricorrente, ovvero una valida ragione giustificatrice⁷⁹.

5 aprile 2011, *Rahimi v. Greece*, ric. n. 8687/08, § 64).

⁷⁵ La Corte si è così attribuita una sorta di potere officioso, ammettendo la possibilità di utilizzare prove e materiali ottenuti *motu proprio*, soprattutto quando il ricorrente o una terza parte fornisca ragionevoli motivazioni per dubitare dell'accuratezza delle informazioni rese dallo Stato convenuto (Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 1996, *Chahal v. the United Kingdom*, cit., § 97; Corte EDU, 11 gennaio 2007, *Salah Sheekh v. the Netherlands*, ric. n. 1948/04, § 136). Il ricorso a questi elementi di prova acquisiti *ex officio* è particolarmente frequente in materia di estradizione ed espulsione: i Giudici di Strasburgo, al fine di accertare la sussistenza di un rischio di trattamenti contrari all'art. 3 CEDU nei Paesi di destinazione, spesso si avvalgono di informazioni fornite da organizzazioni internazionali (Corte EDU, 22 settembre 2009, *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*, ric. n. 30471/08, §§ 79 ss.), organizzazioni non governative o agenzie governative, non necessariamente di Stati membri del Consiglio d'Europa (Corte EDU, 19 giugno 2008, *Ryabikin v. Russia*, ric. n. 8320/04, § 113; Corte EDU, 23 ottobre 2008, *Soldatenko v. Ukraine*, ric. n. 2440/07, § 71). A tali fini, la Corte valorizza l'autorevolezza e buona reputazione di tali organismi (Corte EDU, Grande Camera, 28 febbraio 2008, *Saadi v. Italy*, cit., §§ 131 e 143), nonché la loro uniformità di giudizio (Corte EDU, 3 dicembre 2009, *Daoudi v. France*, ric. n. 19576/08, § 68).

⁷⁶ A partire da una serie di pronunce rese nel corso degli anni Novanta: Corte EDU, 27 agosto 1992, *Tomasi v. France*, cit., § 110; Corte EDU, 4 dicembre 1995, *Ribitsch v. Austria*, ric. n. 18896/91, § 34; Corte EDU, Grande Camera, 28 luglio 1999, *Selmouni v. France*, cit., §§ 87-88. Più di recente v. Corte EDU, 6 novembre 2008, *Khadzhialiyev and Others v. Russia*, ric. n. 3013/04, §§ 80 e 86; Corte EDU, 5 aprile 2011, *Nikolay Fedorov v. Russia*, ric. n. 10393/04.

⁷⁷ P. PUSTORINO, *op. cit.*, 76.

⁷⁸ A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010*, cit., 226; F. CASSIBBA, A. COLELLA, *op. cit.*, 68.

⁷⁹ Va tuttavia precisato che, anche al ricorrere delle suddette condizioni, grava comunque sul ricorrente l'onere di dimostrare, oltre ogni ragionevole dubbio, le lesioni asseritamente subite, riguardando la presunzione di responsabilità dello Stato solo la riferibilità delle stesse ai pubblici agenti. La più recente giurisprudenza tende, inoltre, ad ampliare l'operatività

3. L'inversione del rapporto tra "dover essere normativo" ed "essere applicativo"

Quanto detto sinora con riguardo, da un lato, alla tecnica di tutela indiretta, dall'altro, alle caratteristiche del divieto di cui all'art. 3 CEDU, comporta una sorta di "inversione" del tradizionale rapporto fra i due piani del "dover essere normativo" e dell'"essere applicativo", quando la tematica della protezione del diritto alla salute dei soggetti *in vinculis* sia affrontata nella particolare prospettiva della Convenzione europea, *rectius*, della Corte europea dei diritti dell'uomo. Non è rinvenibile, in effetti, un "dover essere normativo" positivamente definito⁸⁰, al quale raffrontare l'"essere applicativo", al fine di constatare se e quanto il

della presunzione, concludendo per la violazione dell'art. 3 CEDU in assenza di adeguate spiegazioni da parte del Governo, anche quando il ricorrente non fosse *in vinculis* (cfr. Corte EDU, 27 gennaio 2009, *Samüt Karabulut v. Turkey*, ric. n. 16999/04, nonché la *dissenting opinion* dei giudici Zagrebelsky e Sajò, i quali ritengono l'inversione dell'onere della prova, quando il ricorrente non fosse in stato di detenzione, ingiustificata, anche perché essa finisce con il porre a carico dello Stato una *probatio diabolica*).

⁸⁰ Se la Convenzione non contiene disposizioni specifiche sulle condizioni di detenzione, è invece possibile rinvenirne nelle Regole penitenziarie europee, allegate alla Raccomandazione R (2006) 2 adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa l'11 gennaio 2006, la quale ha sostituito la Raccomandazione R (87) 3 sulle Regole penitenziarie europee del 12 febbraio 1987, a sua volta recante l'aggiornamento delle Regole Minime del Consiglio d'Europa per il trattamento dei detenuti, adottate con risoluzione del Comitato del 19 gennaio 1973. L'attuale versione delle Regole, in particolare, dedica alla «Salute» la Parte III (regole da 39 a 48), concernente le cure sanitarie, l'organizzazione del servizio sanitario penitenziario, il personale medico e curante, i doveri del medico, la fornitura di cure sanitarie, la salute mentale, gli esperimenti sui detenuti. Si tratta di uno strumento di *soft law*, non avendo le raccomandazioni del Comitato dei Ministri efficacia vincolante per gli Stati, ai quali appunto si "raccomanda" di «farsi guidare nella propria legislazione, politica e prassi dalle regole», come recita la Raccomandazione R (2006) 2. Cionondimeno, l'importanza del testo sta nel fatto che esso «conferma e arricchisce "i postulati del principio di umanizzazione della pena, ruotanti attorno al pervasivo valore del rispetto della dignità umana", cui fa da corollario [...] "il ricorrente divieto della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti"»: così C. COLAPIETRO, *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale. La condizione dei carcerati*, in *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, a cura di C. Calvieri, Torino, 2006, 245. In diverse occasioni, inoltre, la Corte di Strasburgo ha fatto riferimento a questo *corpus* di regole, utilizzandole come linee guida nell'analisi di casi concernenti le condizioni della detenzione (cfr. Corte EDU, 8 luglio 2014, *Harachchiev and Tolumov v. Bulgaria*, ric. n. 15018/11 e 61199/12, § 159, ove si legge che le Regole riguardano «*the minimum standards to be applied in prisons*»; Corte EDU, 1 ottobre 2013, *Țicu v. Romania*, ric. n. 24575/10, § 40; Corte EDU, 16 ottobre 2008, *Renolde v. France*, ric. n. 5608/05, § 65; Corte EDU, Grande Camera, 12 febbraio 2008, *Kafkaris v. Cyprus*, ric. n. 21906/04, § 73).

secondo si conformi al, ovvero si allontanano dal, primo. Piuttosto, il “dover essere normativo” va ricostruito dall’interprete muovendo dall’analisi che i Giudici di Strasburgo fanno dell’“essere applicativo”, dalla valutazione cioè della sua compatibilità con la Convenzione.

È dunque alla casistica sulla quale si è pronunciata la Corte che occorre rivolgersi, per (tentare di) delineare la tutela che la salute dei soggetti detenuti in carcere riceve nell’ambito convenzionale. Si tratta, in altri termini, di verificare quando e a quali condizioni situazioni di potenziale o effettiva lesione del diritto in parola possano tradursi in violazioni delle disposizioni convenzionali, in particolare dell’art. 3⁸¹. Salvo verificare, all’esito di questa disamina, se sia o meno possibile ricostruire un “dover essere normativo” capace di trascendere le peculiarità del singolo ricorso di volta in volta deciso.

4. *Obblighi degli Stati di assicurare health and well-being dei detenuti*

La giurisprudenza di Strasburgo ha individuato, nelle disposizioni convenzionali che affermano “diritti dell’uomo”, la fonte di una pluralità

⁸¹ Secondo M.L. FADDA, *La tutela del diritto alla salute dei detenuti*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2012, 627-628, il divieto di cui all’art. 3 CEDU assume, relativamente al diritto alla salute dei detenuti, una triplice rilevanza: individua «il *limite esterno* del diritto», non potendo le eventuali compressioni dello stesso sfociare in trattamenti inumani o degradanti; definisce «il *contenuto* del divieto», non rientrando nella nozione di trattamenti inumani e degradanti «solo quelli volti a svilire e fiaccare la dignità dell’individuo, ma ogni tipo di azione che per durata, premeditazione e intensità possa provocare intense sofferenze fisiche e mentali»; «le *caratteristiche della lesione* perpetrata in violazione del divieto» di *ill-treatment*, essendo necessario il superamento della soglia minima di gravità (corsivi dell’Autrice).

di obblighi⁸² a carico degli Stati. Fra quelli ricavati dall'art. 3 CEDU⁸³, vi sono obblighi positivi particolari, finalizzati alla prevenzione di violazioni del divieto di trattamenti inumani o degradanti a danno di determinate categorie di individui, considerati particolarmente vulnerabili⁸⁴, tra i quali, appunto, i detenuti e i soggetti sottoposti a misure provvisorie di privazione della libertà.

⁸² Per una tassonomia degli obblighi derivanti agli Stati dalle disposizioni convenzionali, si rimanda a F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., 247 ss., che distingue fra obblighi "positivi" e obblighi "negativi", obblighi "sostanziali" e obblighi "procedurali", fino ad obblighi di tutela penale. Particolarmente interessante, sotto questo profilo, la recente sentenza relativa ai fatti della scuola Diaz durante il G8 di Genova del 2001 (Corte EDU, 7 aprile 2015, *Cestaro v. Italy*, ric. n. 6884/11, su cui v. F. VIGANÒ, *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Penalecontemporaneo.it*, 9 aprile 2015), con cui il nostro Paese è stato condannato per violazione tanto degli obblighi sostanziali – negativi – discendenti dall'art. 3 CEDU (divieto, per tutti gli agenti pubblici, di praticare comportamenti costituenti tortura), quanto procedurali (obbligo di compiere indagini diligenti su tutti i casi sospetti di trattamenti contrari all'art. 3 CEDU, idonee in ogni caso a pervenire all'individuazione, persecuzione e condanna ad una pena proporzionata dei responsabili). In particolare, l'inadempimento di questi ultimi è derivato, fra l'altro, dalla asserita inadeguatezza del quadro giuridico italiano di repressione della tortura, privo di una fattispecie incriminatrice *ad hoc*. Di qui l'affermazione della necessità che «l'ordinamento giuridico italiano si munisca di strumenti giuridici idonei a sanzionare in maniera adeguata i responsabili di atti di tortura o di altri trattamenti vietati dall'art. 3 CEDU e ad impedire che costoro possano beneficiare di benefici incompatibili con la giurisprudenza della Corte» (§ 246). Secondo M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano, 2013, 415-416 in tal modo «si inverte un rapporto che pareva definito per sempre: nell'ipotesi degli obblighi giurisdizionali di tutela penale non è più infatti il giudice – com'è sempre stato dopo l'avvento del paradigma penale moderno – che deve eseguire, traducendoli in sentenze di condanna, gli ordini d'incriminazione del legislatore, ma il legislatore che deve eseguire, traducendoli in opportune norme sostanziali e processuali, i comandi del giudice (per ora la Corte europea – a pena di violare gli obblighi convenzionali contratti dall'ordinamento italiano – ma non è escluso che in futuro ad essa si aggiunga anche la Corte costituzionale)». Sottolineano G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 82, che «questa proliferazione di effetti espansivi della punibilità di fonte giurisdizionale manca di quella legittimazione democratica, che rappresenta – almeno in teoria – la principale *ratio* di garanzia del principio di riserva di legge in materia penale». Per un quadro generale sull'introduzione del reato di tortura nei principali ordinamenti europei, con particolare attenzione al caso italiano, si rimanda a G. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura in Italia ed in Europa quale corollario della tutela «fisica e morale» della persona umana «sottoposta a restrizioni di libertà»*, in *Costituzionalismo.it*, 9 luglio 2015.

⁸³ Per un quadro sintetico degli obblighi gravanti sugli Stati in base all'art. 3 CEDU cfr. F. CASSIBBA, A. COLELLA, *op. cit.*, 65 e 68-71.

⁸⁴ Cfr. Corte EDU, 5 aprile 2011, *Rahimi v. Greece*, cit., § 62. Altri soggetti per i quali si pongono particolari esigenze di protezione sono le donne, i minori (Corte EDU, Grande Camera, 10 maggio 2001, *Z. and Others v. the United Kingdom*, ric. n. 29392/95), i membri di minoranze (Corte EDU, 14 dicembre 2010, *Milanović v. Serbia*, ric. n. 44614/07), i richiedenti asilo.

Muovendo dall'assunto per cui allo stato di detenzione non consegue la perdita delle garanzie dei diritti e delle libertà affermati dalla Convenzione⁸⁵, gli organi di tutela della CEDU hanno da tempo riconosciuto che una pena, pur legalmente inflitta, può comportare problemi di compatibilità rispetto all'art. 3 CEDU, «con riguardo alle modalità della sua esecuzione»⁸⁶. Posto che ogni forma di privazione della libertà personale implica un «inevitabile elemento di umiliazione», affinché la soglia minima di gravità che delimita l'ambito applicativo dell'art. 3 CEDU sia superata, è necessario accertare che, nel singolo caso, quelle modalità di esecuzione comportino un'umiliazione ed uno svilimento di «livello particolare» e, in ogni caso, diversi ed ulteriori da quelli connaturati ed ineliminabili⁸⁷.

La Grande Camera ha quindi esplicitato gli obblighi gravanti sullo Stato in tema di trattamento dei detenuti: le condizioni di detenzione devono essere compatibili con il rispetto della dignità umana, le modalità di esecuzione della misura non devono sottoporre il detenuto a sofferenze ed angoscia di intensità tale da eccedere l'inevitabile livello di sofferenza insito nella detenzione, la sua salute e il suo benessere devono essere adeguatamente assicurati tramite, fra l'altro, la necessaria assistenza medica⁸⁸.

Al di là delle pronunce riguardanti, in generale, le condizioni della detenzione⁸⁹, possono evidenziarsi, nel tentativo di ricostruzione di un

⁸⁵ Con riferimento alle garanzie di cui all'art. 6 CEDU: Corte EDU, 28 giugno 1984, *Campbell and Fell v. the United Kingdom*, ric. n. 7819/77 e 7878/77, § 69: «justice cannot stop at the prison gate». Per analoghe affermazioni nella giurisprudenza costituzionale, v. *ex multis* Corte cost., 24 giugno-28 luglio 1993, n. 349: «chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale». Efficace la sintesi, sul punto, di M. RUOTOLO, *Il carcere come luogo della legalità. In onore di Valerio Onida*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, a cura di M. D'Amico, B. Randazzo, Milano, 2011, 1784: «i detenuti, insomma, sono titolari di diritti, il cui esercizio deve essere assicurato nella misura più ampia possibile, ossia entro il limite, strettamente inteso, di compatibilità con le esigenze della vita carceraria».

⁸⁶ Commissione EDU, 6 maggio 1978, *Kotalla v. the Netherlands*, ric. n. 7994/77.

⁸⁷ Corte EDU, 24 aprile 1978, *Tyrer v. the United Kingdom*, cit., § 30; v. anche Corte EDU, 25 marzo 1993, *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, ric. n. 13134/87, § 30: «d'altra parte, l'art. 3, vietando espressamente le pene "inumane" e "degradanti", implica una distinzione fra queste e le pene in genere».

⁸⁸ Corte EDU, Grande Camera, 26 ottobre 2000, *Kudla v. Poland*, ric. n. 30210/96, § 94. Secondo S. BUZZELLI, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo (Parte I)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2010, 392, la Corte, coniugando *health* e *well-being*, sembra far propria la nozione ampia, adottata, ad esempio, dall'OMS, di salute non solo come «assenza di malattie o infermità», ma come «stato di benessere fisico, mentale e sociale completo».

⁸⁹ Vengono in particolare in rilievo il sovraffollamento carcerario (oltre alle senten-

“dover essere normativo” convenzionale, una serie di aspetti più specificamente relativi al diritto alla (tutela della) salute.

4.1. *L'apprestamento di cure mediche adeguate e tempestive*

Sebbene l'affermazione dell'esigenza di salvaguardare salute e benessere dei carcerati sia risalente nella giurisprudenza europea⁹⁰, sono relativamente recenti le sentenze che hanno riscontrato violazioni dell'art. 3 CEDU per il mancato apprestamento di cure mediche adeguate e tempestive⁹¹. Ad inaugurare l'atteggiamento più rigoroso dei Giudici di Strasburgo è la sentenza *Mouisel*⁹², con cui la Francia è stata condannata per l'omessa adozione, da parte delle autorità penitenziarie, di adeguate misure a fronte dell'aggravamento delle condizioni di salute di un detenuto malato di leucemia, il quale, tra l'altro, veniva ammanettato al letto durante la chemioterapia, in mancanza di esigenze di sicurezza che potessero giustificare la misura⁹³.

Allo stesso modo, si è ritenuto che violi l'art. 3 CEDU il procrastinare

ze citate *supra* alle note 67-70, v. Corte EDU, 20 ottobre 2011, *Mandic and Jovic v. Slovenia*, ric. n. 5774/10 e 5985/10 e Corte EDU, 20 ottobre 2011, *Štruel and Others v. Slovenia*, ric. n. 5903/10, 6003/10 e 6544/10, le quali hanno riscontrato una violazione dell'art. 3 CEDU a fronte di uno spazio personale in cella pari a 2,7 metri quadri, con temperature vicine, in estate, ai 28° C; Corte EDU, 10 marzo 2015, *Varga and Others v. Hungary*, ric. n. 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 e 64586/13, che ha condannato l'Ungheria per violazione degli artt. 3 e 13 CEDU sia per le condizioni della detenzione che per la mancanza di rimedi effettivi alle stesse: v. V. MANCA, *L'Italia post-Torreggiani come modello nella sentenza pilota della Corte EDU Varga c. Ungheria*, in *Penalecontemporaneo.it*, 1 aprile 2015; Corte EDU, 17 marzo 2016, *Zakshevskiy v. Ukraine*, ric. n. 7193/04; i trasferimenti ripetuti (Corte EDU, 9 luglio 2009, *Khider v. France*, ric. n. 39364/05; Corte EDU, 17 novembre 2015, *Bamouhammad v. Belgium*, ric. n. 47687/13); le perquisizioni corporali dei detenuti (Corte EDU, 15 novembre 2001, *Iwańczuk v. Poland*, ric. n. 25196/94; Corte EDU, 12 giugno 2007, *Frérot v. France*, ric. n. 70204/01).

⁹⁰ V. Commissione EDU, 17 dicembre 1981, *Chartier v. Italy*, ric. n. 9044/80; Corte EDU, 28 gennaio 1994, *Hurtado v. Switzerland*, ric. n. 17549/90; Commissione EDU, 2 marzo 1998, *Venetucci v. Italy*, ric. n. 33830/96.

⁹¹ A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., 259 spiega la circostanza con la «maggiore attenzione» e «crescente severità» che caratterizzano la più recente giurisprudenza nella verifica di compatibilità delle condizioni di detenzione con il rispetto della dignità umana.

⁹² Corte EDU, 14 novembre 2002, *Mouisel v. France*, ric. n. 67263/01.

⁹³ La sentenza in parola rileva altresì quale indice della tendenza della Corte EDU a conformarsi alla prassi del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, nella determinazione delle condizioni di detenzione che possano dirsi compatibili con l'art. 3 CEDU (v. anche Corte EDU, 5 aprile 2011, *Rahimi v. Greece*, cit., §§ 81 ss.).

la fornitura di un'assistenza medica adeguata agli effettivi bisogni di un detenuto gravemente malato di sclerosi multipla⁹⁴; la carenza di cure per una donna malata di epatite e viremia⁹⁵; l'effettuazione di una diagnosi non seguita da trattamenti alla stessa adeguati, né da adeguato controllo medico⁹⁶; ma anche il rifiuto di fornire ad un detenuto le protesi dentarie di cui aveva bisogno e che non poteva permettersi di acquistare⁹⁷, o gli occhiali da vista danneggiati durante l'arresto⁹⁸.

Quest'obbligo, relativo al trattamento dei detenuti malati, ha trovato una più analitica declinazione in un'importante sentenza del 2010, con la quale la Corte ha chiarito che esso si specifica in tre «*obligations particulières*»: verificare che il detenuto sia in condizioni di salute tali da poter scontare la pena, somministrargli le cure mediche necessarie e adattare, ove necessario, le condizioni generali di detenzione al suo particolare stato di salute⁹⁹.

La prima obbligazione deriva dal principio, proprio dello Stato di diritto, secondo cui la «capacità di subire una detenzione»¹⁰⁰ è presupposto indefettibile per l'esecuzione della stessa. Se non è possibile ricavare da ciò un obbligo generale di rimettere in libertà, ovvero di trasferire in un ospedale civile, un detenuto affetto da una patologia particolarmente difficile da curare¹⁰¹, tuttavia nemmeno può escludersi che in casi eccezionali, di assoluta incompatibilità delle condizioni di salute con la detenzione, l'art. 3 CEDU esiga, a certe condizioni, la liberazione dell'individuo¹⁰².

Quanto alla seconda obbligazione, si richiede un controllo medico del paziente e la prescrizione di cure mediche adeguate alle sue condizioni; l'efficacia del trattamento presuppone che le autorità penitenziarie forniscano al detenuto i trattamenti prescritti dai sanitari competenti¹⁰³. Nel valutare

⁹⁴ Corte EDU, 2 novembre 2006, *Serifis v. Greece*, ric. n. 27695/03.

⁹⁵ Corte EDU, 12 luglio 2007, *Testa v. Croatia*, ric. n. 20877/04.

⁹⁶ Corte EDU, 24 febbraio 2009, *Poghosyan v. Georgia*, ric. n. 9870/07.

⁹⁷ Corte EDU, 16 febbraio 2010, *V.D. v. Romania*, ric. n. 7078/02.

⁹⁸ Corte EDU, 20 aprile 2010, *Slyusarev v. Russia*, ric. n. 60333/00.

⁹⁹ Corte EDU, 9 settembre 2010, *Xiros v. Greece*, ric. n. 1033/07, § 73. Cfr. F. CASSIBBA, A. COLELLA, *op. cit.*, 74-75.

¹⁰⁰ Corte EDU, 9 settembre 2010, *Xiros v. Greece*, cit., § 74.

¹⁰¹ Corte EDU, 14 novembre 2002, *Mouisel v. France*, cit., § 40.

¹⁰² Cfr. Corte EDU, 19 luglio 2007, *Rozhkov v. Russia*, ric. n. 64140/00, § 104; Corte EDU, 7 luglio 2009, *Groni v. Albania*, cit., § 126. Osserva al riguardo P. PUSTORINO, *op. cit.*, 74 che, pur escludendola come obbligo generale discendente dall'art. 3 CEDU, la Corte tende tuttavia a sollecitare la liberazione dei detenuti gravemente malati, «imponendo di fatto agli Stati parte una serie di obblighi positivi di per sé sostanzialmente inconciliabili con la permanenza della detenzione».

¹⁰³ Può considerarsi ormai consolidato il principio secondo cui il trattamento medico adeguato dei detenuti non si esaurisce nella effettuazione di visite diagnostiche o nella

l'adempimento di questa obbligazione, la Corte tiene conto della diligenza e frequenza nella somministrazione di quei trattamenti, con la precisazione – pienamente coerente con la giurisprudenza sull'art. 3 CEDU di cui si è detto – che questi fattori non devono valutarsi in termini assoluti, bensì relativi. L'eventuale deterioramento delle condizioni di salute del detenuto, pertanto, non comporta automaticamente la responsabilità dello Stato per violazione del divieto di pene inumani o degradanti, dovendo accertarsi caso per caso se esso sia imputabile a lacune nell'apprestamento delle cure¹⁰⁴.

Sembrirebbe quindi non operare, in questi casi, quella presunzione di responsabilità dello Stato che, invece, dà luogo ad una sostanziale inversione dell'*onus probandi*, quando il soggetto *in vinculis* godeva di buone condizioni di salute prima della privazione della libertà personale¹⁰⁵. Se per un verso una simile conclusione pare comprensibile in considerazione dell'esigenza di non porre a carico dello Stato una sorta di *probatio diabolica* – ma si è visto che questa stessa esigenza è in altre circostanze ignorata dalla Corte¹⁰⁶ – per altro verso, tuttavia, non può non considerarsi quanto meno poco coerente, se non paradossale, l'aggravamento della posizione processuale proprio del soggetto più debole. Trattasi, è lecito ritenere, di una, ennesima, conseguenza del carattere indiretto della tutela del diritto alla salute, nonché della necessità di superare la soglia di gravità. A ciò si aggiunga che, all'opposto, in alcuni casi il deterioramento delle condizioni di salute del detenuto malato sembra fungere da presupposto perché, le pur riscontrate carenze nell'apprestamento di cure adeguate, rilevino come

prescrizione di farmaci, ma comprende anche il dovere di monitorare la salute del soggetto, fornendo una risposta che si adatti effettivamente all'evolversi delle sue condizioni: v. da ultimo Corte EDU, Grande Camera, 23 marzo 2016, *Blokhin v. Russia*, ric. n. 47152/06.
¹⁰⁴ Così, ad esempio, Corte EDU, 15 gennaio 2004, *Sakkopoulos v. Greece*, ric. n. 61828/00 ha escluso la violazione dell'art. 3 CEDU, non emergendo dalle prove raccolte che il peggioramento delle condizioni di salute del ricorrente – affetto da diabete ed insufficienza cardiaca – durante il tempo della sua detenzione fosse attribuibile alle autorità penitenziarie. Di qui il mancato raggiungimento della soglia minima di gravità. Cfr. anche Corte EDU, 5 marzo 2013, *Tellissi v. Italy*, ric. n. 15434/11 che, nonostante alcuni ritardi da parte delle autorità penitenziarie, ha escluso l'inosservanza degli obblighi su queste gravanti. Secondo D. RANALLI, *Nuovi interventi della Corte europea*, cit., 166 (cui si rinvia anche per la ricostruzione della vicenda e per i dubbi «quanto all'individuazione del discrimine tra una gestione negligente della salute delle persone detenute che integri una violazione dell'art. 3 della Convenzione e una gestione negligente meramente rimproverabile»), a pesare sul giudizio della Corte è stata anche, «probabilmente», la mancanza di una attestazione medica che ricollegasse il peggioramento delle condizioni di salute del ricorrente con l'inadeguatezza delle cure.

¹⁰⁵ V. *supra*, al richiamo delle note da 76 a 79.

¹⁰⁶ V. *supra*, nota 79.

violazione dell'art. 3 CEDU¹⁰⁷.

Per quanto riguarda, infine, la terza delle *obligations particulières* individuate dalla sentenza *Xiros*, la Corte esige che l'ambiente carcerario sia adattato, ove occorra, alle peculiari esigenze del detenuto, onde «consentirgli di scontare la sua pena in condizioni che non incidano sulla sua integrità morale»¹⁰⁸. In questo senso, la casistica si concentra prevalentemente sulla necessità di adottare misure speciali per consentire ai detenuti affetti da significative disabilità fisiche, di soddisfare le proprie esigenze personali quotidiane in modo conforme al rispetto della dignità umana¹⁰⁹.

Resta da stabilire quale sia lo *standard* di adeguatezza delle cure mediche. Pur avendo talvolta affermato che queste debbano essere «di un livello paragonabile a quello che le autorità dello Stato si sono impegnate a fornire a tutta la popolazione»¹¹⁰, l'orientamento costante è nel senso che l'art. 3 CEDU «non implica che sia garantito ad ogni detenuto lo stesso livello di cure mediche garantito dai migliori istituti di cura esterni

¹⁰⁷ Cfr. Corte EDU, 29 gennaio 2013, *Prestieri v. Italy*, ric. n. 66640/10, §§ 76-77: la Corte ritiene che le «lacune [...] evitabili e molto deplorabili» riscontrate nel caso di specie, non «bastano di per sé [...] per concludere che le autorità italiane siano venute meno in maniera sostanziale al loro dovere di tutelare la salute del ricorrente», «tenuto conto complessivamente della situazione del ricorrente», le cui condizioni cliniche «sono state ritenute [...] stabili».

¹⁰⁸ Corte EDU, 9 settembre 2010, *Xiros v. Greece*, cit., § 76.

¹⁰⁹ Si pronunciano su questo aspetto: Corte EDU, 10 luglio 2001, *Price v. the United Kingdom*, ric. n. 33394/96; Corte EDU, 24 ottobre 2006, *Vincent v. France*, ric. n. 6253/03 (che ha concluso per la violazione dell'art. 3 CEDU a fronte dell'impossibilità per il ricorrente, paraplegico, di muoversi autonomamente all'interno del carcere); Corte EDU, 7 febbraio 2012, *Cara-Damiani v. Italy*, ric. n. 2447/05 (§ 72: «la detenzione di una persona handicappata in un istituto in cui non può spostarsi con i propri mezzi, come nel caso di specie, durata così a lungo, costituisc[e] un trattamento degradante proibito dall'articolo 3». Per un esame della vicenda si rimanda a L. CESARIS, *Nuovi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo a tutela della salute delle persone detenute*, in *Rass. penit. crim.*, 3/2012, 213-215 e 220-221); Corte EDU, 12 marzo 2013, *Zarzycki v. Poland*, ric. n. 15351/03 (che ha escluso, a maggioranza, una violazione dell'art. 3 CEDU, non avendo raggiunto il trattamento del ricorrente, privo degli avambracci, il livello di gravità richiesto per essere considerato degradante; ma v. la *dissenting opinion* dei giudici Ziemele e Kalaydjieva, secondo cui la Corte non ha adeguatamente considerato, sotto il profilo della compatibilità con l'art. 3 CEDU, la circostanza che il ricorrente dovesse fare affidamento sui compagni di cella per i suoi bisogni quotidiani); Corte EDU, 19 febbraio 2015, *Helhal v. France*, ric. n. 10401/12; Corte EDU, 22 marzo 2016, *Butrin v. Russia*, ric. n. 16179/14.

¹¹⁰ Corte EDU, 7 febbraio 2012, *Cara-Damiani v. Italy*, cit., § 66; nella loro *concurring opinion*, tre giudici dissentono da questa affermazione, ritenendo che essa «vada ben oltre gli obblighi positivi che la nostra giurisprudenza ha finora posto a carico degli Stati in materia di detenzione di persone malate».

all'ambiente carcerario»¹¹¹; con l'ulteriore precisazione che, in ogni caso, deve tenersi conto delle «esigenze pratiche della carcerazione»¹¹². In altri termini, lo *standard* non è quello delle «migliori cliniche civili», ma deve essere «compatibile con la dignità umana del detenuto» e, in ogni caso, va individuato «*on a case-by-case basis*»¹¹³.

Due ulteriori aspetti meritano di essere evidenziati. Il primo attiene alla esclusione della possibilità, per lo Stato, di sottrarsi alla responsabilità convenzionale per ritardi o omissioni nell'apprestamento di cure adeguate, imputando questi ultimi non all'amministrazione penitenziaria, bensì agli ospedali pubblici¹¹⁴. L'altro, più controverso, riguarda l'eventuale rilevanza, nell'adempimento dell'obbligo gravante sulle pubbliche autorità, della mancata collaborazione del detenuto malato. Se alcune decisioni hanno escluso la violazione della Convenzione attribuendo rilevanza all'atteggiamento del ricorrente¹¹⁵, non mancano, dall'altro lato, pronunce di segno opposto¹¹⁶; divergenze, queste, che si spiegano, ancora, con l'approccio tutto casistico, legato alle peculiarità del singolo caso deciso¹¹⁷.

¹¹¹ Corte EDU, 29 gennaio 2013, *Prestieri v. Italy*, cit., § 70. Nello stesso senso anche Corte EDU, 10 luglio 2007, *Mirilashvili v. Russia*, ric. n. 6293/04; Corte EDU, 21 dicembre 2010, *Gladkiy v. Russia*, ric. n. 3242/03.

¹¹² Corte EDU, 22 dicembre 2008, *Aleksanyan v. Russia*, ric. n. 46468/06, § 140.

¹¹³ Corte EDU, 16 dicembre 2010, *Kozhokar v. Russia*, ric. n. 33099/08, §§ 106-107.

¹¹⁴ Cfr. Corte EDU, 22 aprile 2014, *G.C. v. Italy*, ric. n. 73869/10, § 59: «la Corte ritiene di non doversi occupare della questione, dal momento che è in ogni caso compito dello Stato organizzare i propri servizi e strutture in modo da garantire adeguatamente ed efficacemente l'integrità psico-fisica del ricorrente». Per un'analisi di questa pronuncia, v. D. RANALLI, *Recenti interventi giurisprudenziali in tema di diritti dei detenuti*, in *Rass. penit. crim.*, 3/2013, 183 e 189-191.

¹¹⁵ Corte EDU, 23 febbraio 2010, *Dermanovic v. Serbia*, ric. n. 48497/06, che ha attribuito l'omessa tempestiva diagnosi della patologia del detenuto al suo rifiuto di sottoporsi a trattamenti medici, così come il deterioramento delle sue condizioni alla sua condotta (sciopero della fame) e non al mantenimento della detenzione. Secondo A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010*, cit., 240, la pronuncia mostrerebbe «come la Corte rifugga da ogni logica di tipo paternalistico, attribuendo un'importanza determinante al principio di autodeterminazione». V. anche Corte EDU, 5 marzo 2013, *Tellissi v. Italy*, cit., § 33.

¹¹⁶ Corte EDU, 17 luglio 2012, *Scoppola v. Italy (no. 4)*, ric. n. 65050/09, che nega rilievo all'atteggiamento non collaborativo del ricorrente, il quale aveva rifiutato il ricovero nell'ospedale civile di Parma. Su questa sentenza v. L. CESARIS, *op. cit.*, 221-224.

¹¹⁷ Per ulteriori aspetti particolari, v. Corte EDU, 29 aprile 2003, *McGlinchey and Others v. the United Kingdom*, ric. n. 50390/99 e Corte EDU, 8 aprile 2014, *Marro and Others v. Italy*, ric. n. 29100/07 in tema di tutela della salute di detenuti tossicodipendenti; Corte EDU, 26 ottobre 2010, *Khudobin v. Russia*, ric. n. 59696/00 e Corte EDU, 9 luglio 2015, *Martzaklis and Others v. Greece*, ric. n. 59696/00 sul trattamento di detenuti sieropositivi.

4.2. *Compatibilità dello stato di salute con le condizioni “normali” di detenzione*

Tra le pronunce concernenti il problema della compatibilità tra lo stato di detenzione e lo stato di salute, vengono in particolare in rilievo tre decisioni che hanno interessato direttamente il nostro Paese.

La prima, in ordine di tempo, apre quella che è ormai nota come “saga Scoppola”¹¹⁸. Condannato per omicidio aggravato, tentato omicidio, maltrattamenti e porto abusivo d’armi¹¹⁹, il sig. Scoppola iniziava a scontare la sua pena presso il carcere romano di *Regina Coeli*. Sulla base di una relazione medica stilata a seguito di un ricovero in ospedale per rottura del femore, il Tribunale di sorveglianza concedeva al ricorrente gli arresti domiciliari ritenendo «che le [sue] condizioni di salute [...] esigevano, da un lato, delle terapie che non potevano essere prestate in prigione, e, dall’altro lato, potevano originare “una inutile violazione del divieto di trattamenti inumani nei riguardi del detenuto”»¹²⁰. A distanza di tre mesi, tuttavia, il Tribunale revocava tale decisione, «poiché non era stato possibile dare avvio al programma di arresti domiciliari a causa dell’impossibilità per il ricorrente di individuare un domicilio adatto alle proprie condizioni»¹²¹. La Corte europea ha riscontrato una violazione dell’art. 3 CEDU, per avere il ricorrente «continuato ad essere detenuto nel penitenziario di Roma [...] che il Tribunale di sorveglianza aveva considerato non adeguato alla luce delle patologie dell’interessato», con l’effetto di «porre il ricorrente in una situazione suscettibile di suscitare in lui angoscia, inferiorità ed umiliazione sufficientemente intensi da costituire un “trattamento inumano o degradante”»¹²². Il “rimprovero” mosso alle autorità italiane è

¹¹⁸ Si allude alle 5 pronunce della Corte europea rese su 4 ricorsi presentati contro il nostro Paese dal sig. Franco Scoppola, nonché alle complesse questioni che, sul piano del diritto interno, ha sollevato la seconda di dette pronunce: Corte EDU, 10 giugno 2008, *Scoppola v. Italy*, ric. n. 50550/06 (qui in discorso); Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola v. Italy (no. 2)*, ric. n. 10249/03 (sulla violazione degli artt. 6 e 7 CEDU, relativamente alla retroattività della *lex mitior*); Corte EDU, 18 gennaio 2011, *Scoppola v. Italy (no. 3)*, ric. n. 126/05 e Corte EDU, Grande Camera, 22 maggio 2012, *Scoppola v. Italy (no. 3)*, ric. n. 126/05 (in materia di diritto di voto dei soggetti condannati); Corte EDU, 17 luglio 2012, *Scoppola v. Italy (no. 4)*, cit. (sempre in tema di salute dei detenuti).

¹¹⁹ Per una ricostruzione dei fatti e delle vicende processuali si rimanda a M. GAMBARDILLA, *Il “caso Scoppola”: per la Corte europea l’art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. pen.*, 5/2010, 2020-2021.

¹²⁰ Corte EDU, 10 giugno 2008, *Scoppola v. Italy*, cit., § 14.

¹²¹ Ivi, § 17.

¹²² Ivi, § 51.

di non aver «senza indugi» trasferito il sig. Scoppola in un carcere meglio attrezzato e di non aver disposto il differimento della pena *ex artt.* 147, primo comma, n. 2) c.p. e 678 c.p.p.¹²³.

La sentenza, richiamati i principi di cui si è detto, precisa che la Corte, nel sindacare l'operato delle autorità statali – comprese, nel caso di specie, le valutazioni della magistratura di sorveglianza – tiene conto di tre elementi, rilevanti ai fini della verifica della compatibilità tra detenzione e stato di salute: le condizioni del detenuto, la qualità delle cure somministrate, l'appropriatezza del mantenimento della misura detentiva a fronte delle condizioni di salute¹²⁴. Qualora tali elementi conducano ad un esito negativo della verifica, nessun rilievo assume l'eventuale mancanza, in capo alla *publica potestas*, di una volontà di umiliare o degradare: l'art. 3 CEDU ben può essere violato da «inazione o [...] mancanza di diligenza»¹²⁵.

La Corte ha invece escluso il raggiungimento della soglia minima di gravità in un altro caso, altrettanto noto, nel quale ha giudicato non incompatibile con l'art. 3 CEDU l'applicazione prolungata, nei confronti di un detenuto «affetto da più patologie [...] costretto a spostarsi su una sedia a rotelle [la cui] salute è peggiorata nel tempo», del regime speciale di detenzione di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. Non avendo il ricorrente fornito elementi tali da ritenere la proroga delle restrizioni a lui imposte – «necessarie per impedire all'interessato, socialmente pericoloso, di mantenere contatti con l'organizzazione criminale alla quale appartiene» – manifestamente ingiustificata, la Corte ha concluso per la non violazione dell'art. 3 CEDU¹²⁶.

¹²³ Ivi, § 50. Solo a distanza di più di un anno il sig. Scoppola è stato trasferito dal carcere di *Regina Coeli* al carcere di Parma; anche questa sistemazione, tuttavia, è stata giudicata incompatibile con le sue condizioni di salute dalla Corte, con nuova condanna dell'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU (Corte EDU, 17 luglio 2012, *Scoppola v. Italy* (no. 4), cit.).

¹²⁴ Corte EDU, 10 giugno 2008, *Scoppola v. Italy*, cit., § 44.

¹²⁵ Ivi, § 49. Rileva S. BUZZELLI, *op. cit.*, 391-393, come questa affermazione rivesta un ruolo centrale nella pronuncia in commento, insieme alla individuazione di due linee fondamentali, che definiscono «i contorni della dignità [...] nel settore dell'esecuzione penale: la tracciabilità e la rintracciabilità». Da un lato, devono conservarsi le informazioni su ogni luogo in cui il detenuto è transitato, dall'altro, deve sempre essere possibile raccogliere quelle informazioni, al fine di ottenere «un controllo costante: in qualunque momento deve potersi sapere dove il detenuto si trova e in quali condizioni, comprese le condizioni di salute» (cfr. Corte EDU, 18 febbraio 2010, *Iriskhanova and Iriskhanov v. Russia*, ric. n. 35869/05, che condanna l'assenza di ogni traccia ufficiale della detenzione).

¹²⁶ Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Enea v. Italy*, ric. n. 74912/01, §§ 61-65. Dopo la revoca dell'ultimo provvedimento di applicazione del regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit., il ricorrente era stato assegnato ad una sezione ad elevato indice di vigilanza (EIV); anche con riferimento a quest'ultimo aspetto la Corte ha escluso

Come si ricava anche dalla *dissenting opinion* dei giudici Kovler e Gyulumyan¹²⁷, sembra che la valutazione delle condizioni di salute del detenuto subisca qui un'attenuazione, in considerazione della sua pericolosità sociale¹²⁸: le ragioni di sicurezza, almeno *prima facie*, parrebbero incidere in maniera decisiva sulla tutela del diritto alla salute¹²⁹.

Di recente la Corte EDU è tornata ad occuparsi della questione, con una pronuncia¹³⁰ resa sul secondo dei tre ricorsi¹³¹ presentati da Bruno Contrada, condannato per concorso esterno in associazione mafiosa¹³². Affetto da diverse patologie gravi e complesse, il ricorrente, detenuto nel carcere militare di Santa Maria Capua Vetere, aveva presentato otto istanze con cui chiedeva la sospensione dell'esecuzione della pena o la concessione della detenzione domiciliare, tutte rigettate¹³³, nonostante referti e

violazioni dell'art. 3 CEDU. In argomento, più diffusamente, D. DE GIOIELLIS, *Regime penitenziario di rigore tra esigenze di sicurezza e diritto alla salute*, in questo volume.

¹²⁷ «Secondo noi, la struttura sanitaria del carcere non era un luogo idoneo per detenere il signor Enea per più anni, anche se si tiene conto del potenziale pericolo rappresentato dall'interessato in quanto membro di una organizzazione criminale di stampo mafioso».

¹²⁸ Cfr. A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010*, cit., 241-242, che cita anche Corte EDU, 21 dicembre 2010, *Raffray Taddei v. France*, ric. n. 36435/07: in questo caso i Giudici di Strasburgo hanno negato che la mancata scarcerazione della ricorrente (affetta da asma, anoressia e sindrome di Munchausen) violasse l'art. 3 CEDU, non avendo la stessa dimostrato una stabile incompatibilità tra il suo stato di salute e la detenzione (v. quanto detto *supra* in tema di *onus probandi*) e non sussistendo le condizioni previste dalla legislazione nazionale. Secondo l'Autrice, tuttavia, può forse ritenersi «che il giudizio della Corte sia stato in qualche misura condizionato dall'imponente certificato penale della ricorrente». V. anche F. CASSIBBA, A. COLELLA, *op. cit.*, 76-77.

¹²⁹ V. sul punto A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in questo volume.

¹³⁰ Corte EDU, 11 febbraio 2014, *Contrada v. Italy* (no. 2), ric. n. 7509/08.

¹³¹ Le altre sentenze riguardano i limiti massimi di carcerazione preventiva (Corte EDU, 24 agosto 2008, *Contrada v. Italy*, ric. n. 27143/95 che ha escluso la violazione dell'art. 5 CEDU) e, ben più rilevante, la violazione del principio *nulla poena sine lege* per la condanna del ricorrente per un reato che la Corte definisce «di origine giurisprudenziale», in relazione a fatti all'epoca dei quali esso «non era sufficientemente chiaro e prevedibile» (Corte EDU, 14 aprile 2015, *Contrada v. Italy* (no. 3), ric. n. 66655/13, sentenza che il Prof. Francesco Carlo Palazzo, in un convegno tenutosi sul tema a Roma, nell'Aula Magna della Corte di cassazione, il 15 giugno 2015, non ha esitato a definire potenzialmente dirompente).

¹³² Per una sintetica ricostruzione dei fatti e della vicenda processuale si rimanda a V. MANCA, *La Corte EDU torna a pronunciarsi sul divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti: l'inadeguatezza degli standard di tutela delle condizioni di salute del detenuto integrano una violazione dell'art. 3 CEDU*, in *Penalecontemporaneo.it*, 7 novembre 2014, 2-5.

¹³³ Di «palleggio» fra richieste e decisioni di rigetto, motivate soprattutto dalla pericolosità sociale del detenuto, parla M. CASTELLANETA, *Contrada: Italia condannata per trattamenti disumani dopo il «no» alla concessione degli arresti domiciliari*, in *Guida dir.*, 9/2014, 113.

certificati – redatti sia da medici designati dall'interessato che da sanitari dell'istituto penitenziario – attestanti l'incompatibilità fra detenzione e condizioni di salute. Solo dopo nove mesi dalla prima istanza, Contrada aveva ottenuto la detenzione domiciliare.

I Giudici di Strasburgo sottopongono a dura critica le decisioni della magistratura di sorveglianza, che avevano escluso la gravità delle patologie del ricorrente e la impossibilità o eccessiva difficoltà di curarle in carcere: queste conclusioni, afferma la Corte, «sono da prendere con beneficio d'inventario»¹³⁴.

Di qui la ritenuta violazione dell'art. 3 CEDU, per superamento della soglia minima di gravità, in considerazione di tre elementi: il contenuto dei certificati e referti medici a disposizione delle autorità italiane, il tempo trascorso prima della concessione della detenzione domiciliare, le stesse motivazioni delle decisioni di rigetto delle istanze del ricorrente¹³⁵.

Quest'ultimo passaggio della sentenza conferma la centralità della magistratura di sorveglianza nella funzione di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti¹³⁶, al tempo stesso attribuendole un ruolo determinante sul piano della responsabilità dello Stato dinanzi agli organi di tutela della Convenzione. Di qui l'auspicio, meglio la necessità, che sia superata ogni criticità di funzionamento del magistrato di sorveglianza quale organo di garanzia¹³⁷.

4.3. Condizioni igienico-sanitarie in carcere

La violazione dell'art. 3 CEDU può derivare, e frequentemente deriva, anche dalla precarietà delle condizioni igienico-sanitarie degli istituti carcerari. Oltre a pronunce riscontranti violazioni macroscopiche¹³⁸, interessanti sono le sentenze riguardanti, da un lato, il fumo passivo, dall'altro lato, la diffusione di malattie infettive.

¹³⁴ Corte EDU, 11 febbraio 2014, *Contrada v. Italy* (no. 2), cit., § 84 (traduzione a cura del Ministero della Giustizia; «semblent être sujettes à caution» nell'originale francese).

¹³⁵ Ivi, § 85. In senso contrario si è espresso il giudice Karaka, secondo il quale «la situazione del ricorrente non raggiungeva il livello di gravità sufficiente per importare violazione dell'articolo 3. I magistrati e il tribunale di sorveglianza hanno esaminato approfonditamente tutte le istanze del ricorrente e i referti dei medici e le loro decisioni erano ben motivate».

¹³⁶ La titolarità di questa funzione di tutela in capo alla magistratura di sorveglianza si deduce, pur in mancanza di una esplicita disciplina sul punto, dall'assetto organizzativo dei giudici di sorveglianza (così P. CORVI, *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2013, 1804).

¹³⁷ Per una valutazione non del tutto positiva v. F. DELLA CASA, *op. cit.*, 3488.

¹³⁸ Cfr. Corte EDU, 29 gennaio 2009, *Antropov v. Russia*, ric. n. 22107/03, § 60, in cui il ricorrente lamentava, fra l'altro, la presenza di insetti e roditori nel suo letto.

Quanto al primo aspetto, la Corte, pur riscontrando una mancanza di consenso fra gli Stati del Consiglio d'Europa circa la protezione al riguardo, ha ritenuto che, in presenza di certe circostanze, anche l'esposizione al fumo passivo in carcere possa costituire un trattamento inumano o degradante¹³⁹.

Più problematico il secondo profilo. In più occasioni i Giudici di Strasburgo hanno affermato che la contrazione in carcere di malattie infettive (soprattutto la tubercolosi) non implica, di per sé sola, una violazione dell'art. 3 CEDU. Quest'ultima si avrà solo nel caso di mancato apprestamento di un conseguente trattamento, che risponda ai canoni di adeguatezza di cui si è detto¹⁴⁰. Si tratta di un profilo problematico per la contraddittorietà rispetto ai più recenti approdi della giurisprudenza europea, che, come visto, ritiene integrata la violazione dell'art. 3 CEDU a fronte anche di uno schiaffo¹⁴¹ e, per altro verso, applica l'inversione dell'*onus probandi*, presumendo la riferibilità alle pubbliche autorità delle lesioni lamentate da un soggetto *in vinculis*, prima in buona salute. Una coerente applicazione di siffatte argomentazioni dovrebbe condurre, anzitutto, a ritenere che anche la lesione all'integrità psico-fisica, rappresentata dalla contrazione di una malattia infettiva in carcere, superi la soglia di rilevanza di cui all'art. 3 CEDU; in secondo luogo, a presumere la responsabilità delle autorità penitenziarie per non aver adottato misure idonee ad evitare il contagio (ad esempio, evitando di mettere il detenuto in cella con soggetti già malati, come avvenuto nei casi sui quali si è pronunciata la Corte).

Questa contraddizione rivela, ancora una volta, come l'art. 3 CEDU, originariamente pensato per altro genere di situazioni, venga "piegato" dalla Corte di Strasburgo a tutela del diritto alla salute, con tutti i limiti che ne derivano, a cominciare proprio dalla mancata enucleazione di un *quid* irriducibile ed irrinunciabile.

¹³⁹ Corte EDU, 14 settembre 2010, *Florea v. Romania*, ric. n. 37186/03: il ricorrente, durante il periodo di detenzione, era stato esposto a fumo passivo sia in cella che in ospedale; la Corte conclude per la violazione dell'art. 3 CEDU, facendo leva su una legge nazionale che vieta il fumo in ospedale e sull'orientamento dei tribunali nazionali, secondo cui detenuti fumatori e non dovrebbero essere separati. Corte EDU, 25 gennaio 2011, *Elefteriadis v. Romania*, ric. n. 38427/05: lo Stato ha l'obbligo, pena la violazione dell'art. 3 CEDU, di adottare misure per proteggere un detenuto contro gli effetti nocivi del fumo passivo quando, sulla base degli esami medici e delle prescrizioni dei sanitari, ciò sia necessario per motivi di salute (il ricorrente soffre di problemi respiratori, aggravatisi per la mancata adozione di quelle misure).

¹⁴⁰ Corte EDU, 30 settembre 2010, *Pakhomov v. Russia*, ric. n. 44917/08, § 65; Corte EDU, 30 luglio 2009, *Pitalev v. Russia*, ric. n. 34393/03, § 53; Corte EDU, 18 ottobre 2007, *Babushkin v. Russia*, ric. n. 67253/01, § 56; Corte EDU, 8 novembre 2005, *Alver v. Estonia*, n. 64812/01, § 54.

¹⁴¹ Corte EDU, Grande Camera, 28 settembre 2015, *Bouyid v. Belgium*, cit.

4.4. *Detenzione e mental health*

La valutazione di compatibilità tra condizioni della detenzione e *standard* dell'art. 3 CEDU si arricchisce di ulteriori parametri, quando si tratti di soggetti affetti da malattie psichiche: occorre considerare, in questo caso, la condizione di peculiare vulnerabilità e l'incapacità, almeno in certi casi, di dolersi di un particolare trattamento¹⁴². In queste ipotesi la detenzione in un carcere ordinario, insieme a detenuti in buona salute, con trattamento pari a quello riservato a questi ultimi, può costituire di per sé trattamento degradante, per il potenziale effetto di aggravamento delle già instabili condizioni psichiche del soggetto, oltre che una mancanza rispetto alle raccomandazioni del Consiglio d'Europa sul trattamento di detenuti mentalmente malati¹⁴³.

La questione assume particolare rilevanza ove si consideri che, secondo quanto affermato dalla nota "sentenza Raso", anche i "disturbi della personalità" possono rientrare nel concetto di "infermità", ai sensi e fini degli artt. 88 e 89 c.p., purché, fra l'altro, «tra il disturbo mentale ed il fatto di reato sussista un nesso eziologico, che consenta di ritenere il secondo casualmente determinato dal primo»¹⁴⁴. Attenta dottrina si è interrogata sulle conseguenze derivanti dal ritenere esclusa l'imputabilità solo quando

¹⁴² Corte EDU, 20 gennaio 2009, *Stawomir Musiał v. Poland*, ric. n. 28300/06, § 87.

¹⁴³ Corte EDU, 18 dicembre 2007, *Dybeku v. Albania*, ric. n. 41153/06; il riferimento è, in particolare, alla Regola 47 delle Regole penitenziarie europee, rubricata «Salute mentale»: «1. Devono essere disponibili degli istituti specializzati o delle sezioni specializzate, posti sotto il controllo medico, per l'osservazione e la cura di detenuti affetti da disturbi o anomalie mentali [...]. 2. Il servizio medico penitenziario deve fornire cure psichiatriche a tutti i detenuti che hanno la necessità di tali cure e porre particolare attenzione alla prevenzione del suicidio».

¹⁴⁴ Cass., Sez. un. pen., 8 marzo 2005, n. 9163, Raso, in *Cass. pen.*, 6/2005, 1872; per un commento alla pronuncia si rimanda a M. BERTOLINO, *L'infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2005, 837 ss. Il principio viene costantemente ribadito dalla giurisprudenza successiva: v., *ex multis*, Cass., Sez. II pen., 15 aprile 2013, n. 17086, P.L.: «i "disturbi della personalità" [...] devono porsi in nesso eziologico con la specifica condotta criminosa, in modo tale che il fatto di reato sia ritenuto causalmente determinato dal disturbo mentale». Osserva G. FIDELBO, *Le Sezioni unite riconoscono rilevanza ai disturbi della personalità*, in *Cass. pen.*, 6/2005, 1885 che il cd. nesso eziologico funge da correttivo dell'allargamento della nozione di infermità: «il rischio di allargare eccessivamente il campo della non imputabilità, viene ridotto nella misura in cui si richiede l'esistenza di un rapporto diretto tra il reato e la specifica anomalia dell'agente e solo qualora la condotta criminosa trovi la propria motivazione nella particolare psicopatologia dell'imputato: a queste condizioni può parlarsi di rilevanza del disturbo della personalità sulla capacità di intendere e di volere».

il reato commesso trovi una delle sue condizioni causali nell'infermità¹⁴⁵. Ad ogni modo, qualora per mancanza del nesso causale il soggetto affetto da malattia mentale dovesse essere ritenuto imputabile e quindi condannato a pena detentiva, occorrerà tener conto delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza di Strasburgo, assicurandogli un trattamento adeguato alla sua particolare vulnerabilità.

In particolare, condizioni di detenzione che potrebbero risultare inadeguate per soggetti sani, lo saranno sicuramente e soprattutto per detenuti con problemi mentali¹⁴⁶. Anche il collocamento nel reparto psichiatrico del carcere può dar luogo a violazione dell'art. 3 CEDU, quando non siano assicurate cure mediche adeguate e la detenzione si prolunghi per un periodo di tempo significativo, senza realistiche prospettive di cambiamento; né potrebbero invocarsi eventuali ostacoli derivanti dal comportamento del detenuto medesimo, per giustificare l'inadempimento degli obblighi gravanti sullo Stato in virtù della posizione di inferiorità e impotenza tipica dei soggetti *de quibus*¹⁴⁷. Quando poi i referti medici indichino la necessità di un controllo psicologico costante, continui trasferimenti che lo rendano inattuabile, con conseguente peggioramento della già fragile salute mentale del detenuto, sono idonei a determinare il superamento della soglia minima di gravità¹⁴⁸.

Se lo *status* del detenuto con problemi psichici in un certo senso aggrava gli oneri incombenti sulle autorità pubbliche, per altro verso, tuttavia, non vale a superare del tutto i limiti posti dalla giurisprudenza europea all'applicabilità dell'art. 3 CEDU. La violazione della norma è così esclusa quando, nonostante l'inadeguatezza delle condizioni del reparto psichiatrico in cui il ricorrente sia stato detenuto, tali per cui allo stesso non sia assicurato un trattamento effettivo, non vi sia prova di un deterioramento della sua salute psichica¹⁴⁹.

¹⁴⁵ M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, II, Torino, 2015, 397 ss. ipotizza il caso di un soggetto affetto da pesanti turbe sessuali o omicide, condannato per bancarotta fraudolenta: «immaginatelo in mezzo ai compagni di pena: un lupo fra montoni, non di rado agnelli, davanti a lui inermi». Ipotizzabile il ricorso all'applicazione analogica della disciplina dell'infermità psichica sopravvenuta; il che, tuttavia, «denota una debolezza del sistema». Di qui l'auspicio di una «risposta esplicita, chiara, in uno dei due sensi dell'alternativa» da parte del legislatore, preferibilmente che assicuri «l'impossibilità della convivenza di un infermo psichico in una collettività di sani».

¹⁴⁶ Corte EDU, 1 ottobre 2013, *Ticu v. Romania*, cit.

¹⁴⁷ Corte EDU, 10 gennaio 2013, *Claes v. Belgium*, ric. n. 43418/09.

¹⁴⁸ Corte EDU, 17 novembre 2015, *Bamouhammad v. Belgium*, cit.

¹⁴⁹ Corte EDU, 30 luglio 1998, *Aerts v. Belgium*, ric. n. 25357/94, che ha escluso la violazione dell'art. 3 CEDU sebbene il Comitato per la prevenzione della tortura (CPT) avesse

Una considerazione particolare, in questo ambito, meritano i casi di detenuti con tendenze suicide, nei quali a venire in considerazione non è solo l'art. 3 CEDU, ma anche l'art. 2 CEDU sul diritto alla vita. Come già precisato, anche da quest'ultima disposizione deriva non solo un obbligo negativo di astensione, ma anche l'obbligo positivo per lo Stato di adottare misure appropriate per la salvaguardia della vita di quanti si trovino sotto la sua giurisdizione¹⁵⁰, senza tuttavia giungere ad imporre sulle pubbliche autorità un onere impossibile o sproporzionato¹⁵¹. Nei casi di suicidio in carcere, questo obbligo positivo può dirsi violato qualora le autorità penitenziarie, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di un rischio concreto ed immediato, non abbiano adottato le misure che, ragionevolmente, ci si può aspettare che scongiurino quel rischio¹⁵². L'adempimento dell'obbligazione *de qua*, peraltro, deve avvenire compatibilmente con i diritti e le libertà individuali del detenuto: al di là di misure e precauzioni generali idonee a ridurre le possibilità di atti autolesivi senza incidere sull'autonomia personale, la necessità di misure più stringenti e la loro ragionevole applicabilità devono valutarsi alla stregua delle circostanze del singolo caso¹⁵³.

Quanto al presupposto della conoscenza o conoscibilità del pericolo di suicidio, la Corte attribuisce rilevanza a eventuali precedenti tentativi e alla diagnosi delle condizioni psichiche del detenuto¹⁵⁴, alle informazioni

ritenuto che lo *standard* di cure assicurate ai pazienti nel reparto psichiatrico in questione fosse ben al di sotto del minimo accettabile da un punto di vista umanitario ed etico. La Corte riconosce che sarebbe irragionevole pretendere da una persona con gravi disturbi mentali una dettagliata e coerente descrizione di quanto patito durante la detenzione; al tempo stesso, tuttavia, nonostante lo stato di ansia del ricorrente, bisognevole di trattamento psichiatrico, fosse stato causato dalle condizioni della detenzione e nonostante la difficoltà, per lui, di descrivere come ciò avesse inciso sul suo stato di salute, la sentenza conclude nel senso della carenza di prova circa la natura degradante o inumana del trattamento. Più di recente, v. Corte EDU, 14 giugno 2007, *Novak v. Croatia*, ric. n. 8883/04.

¹⁵⁰ Corte EDU, 9 giugno 1998, *L.C.B. v. the United Kingdom*, cit., § 36.

¹⁵¹ Corte EDU, Grande Camera, 28 ottobre 1998, *Osman v. the United Kingdom*, ric. n. 23452/94, § 116.

¹⁵² Corte EDU, 3 aprile 2001, *Keenan v. the United Kingdom*, ric. n. 27229/95, §§ 89 e 92. La sentenza ha escluso la violazione dell'art. 2 CEDU, non risultando l'omessa adozione, da parte delle autorità, di misure ragionevolmente idonee a scongiurare il suicidio del figlio della ricorrente, mentre ha riscontrato una violazione dell'art. 3 CEDU per la carenza di trattamento adeguato alle condizioni psichiche del detenuto.

¹⁵³ Corte EDU, 7 gennaio 2003, *Younger v. the United Kingdom*, ric. n. 57420/00.

¹⁵⁴ Corte EDU, 16 ottobre 2008, *Renolde v. France*, cit., che ha condannato la Francia per violazione sia dell'art. 2 CEDU (per non aver preso in considerazione la possibilità di collocare il fratello della ricorrente in un istituto psichiatrico e aver omesso di controllare che lo stesso assumesse le medicine prescrittegli), che dell'art. 3 CEDU (per la severità della sanzione disciplinare inflitta, incompatibile col suo stato di salute psichica).

fornite alle autorità circa l'eventuale peggioramento della sua salute¹⁵⁵, al fatto che per il soggetto in questione sia stato disposto un ricovero psichiatrico obbligatorio¹⁵⁶, alla mancata attuazione delle disposizioni relative alla cooperazione fra istituto penitenziario e servizi sanitari¹⁵⁷.

4.5. Trattamenti medici arbitrari e sciopero della fame

Un altro aspetto di indubbio interesse è quello relativo ai trattamenti sanitari "forzati" nei confronti di detenuti, o soggetti comunque sottoposti a misure di privazione della libertà personale. Come regola generale, la Corte europea ha più volte affermato che «una misura, la quale rappresenti una necessità terapeutica [alla stregua dei principi generali della medicina], non può considerarsi inumana o degradante», purché «l'esistenza della necessità medica sia convincentemente dimostrata»¹⁵⁸.

Occorre altresì che la decisione di procedere al trattamento in assenza di consenso sia assistita da adeguate garanzie procedurali e che queste siano seguite; si deve poi considerare se la misura in questione abbia causato dolore fisico o sofferenza intensi, se sia stata disposta ed eseguita da personale medico, se abbia cagionato un peggioramento delle condizioni di salute del detenuto ovvero conseguenze durevoli sulla sua salute¹⁵⁹.

La valutazione di tutti i suddetti parametri si fa ancora più stringente quando l'intervento effettuato in assenza di consenso sia motivato, anziché da esigenze esclusivamente terapeutiche, dallo scopo di rinvenire elementi probatori. Gli artt. 3 e 8 CEDU non precludono di per sé una simile evenienza¹⁶⁰, purché tuttavia ciò risulti convincentemente giustificato alla

Analogo il caso deciso da Corte EDU, 19 luglio 2012, *Ketreb v. France*, ric. n. 38447/09.

¹⁵⁵ Corte EDU, 1 giugno 2010, *Jasińska v. Poland*, ric. n. 28326/05.

¹⁵⁶ Corte EDU, 6 dicembre 2011, *De Donder and De Clippel v. Belgium*, ric. n. 8595/06.

¹⁵⁷ Corte EDU, 4 febbraio 2016, *Isenc v. France*, ric. n. 58828/13.

¹⁵⁸ Corte EDU, 24 settembre 1992, *Herczegfalvy v. Austria*, ric. n. 10533/83, § 82. Principio ribadito da Corte EDU, 10 febbraio 2004, *Naoumenko v. Ukraine*, ric. n. 42023/98, § 112; Corte EDU, Grande Camera, 11 luglio 2006, *Jalloh v. Germany*, cit., § 69.

¹⁵⁹ Corte EDU, 7 ottobre 2008, *Bogumil v. Portugal*, ric. n. 35228/03, §§ 69 e 70. Cfr. anche Corte EDU, 1 febbraio 2011, *Yazgül Yılmaz v. Turkey*, ric. n. 36369/06, che pone l'obbligo di predisporre garanzie supplementari in considerazione della giovane età della detenuta (all'epoca dei fatti sedicenne). Su questa pronuncia v. A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2011: il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti (art. 3 Cedu)*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3-4/2012, 228 ss., cui si rimanda per ulteriori indicazioni giurisprudenziali.

¹⁶⁰ Gli organi di tutela della Convenzione hanno in più occasioni ritenuto che non costituisca violazione delle suddette norme il prelievo coattivo di campioni di saliva o sangue

stregua di tutte le circostanze del caso concreto, da sottoporre ad un vaglio tanto più stringente quanto più invasivo risulti l'intervento effettuato. In questi casi deve tenersi conto anche della gravità del reato oggetto di indagine, nonché della eventuale possibilità di metodi alternativi per conseguire lo scopo perseguito¹⁶¹.

Di queste affermazioni la giurisprudenza europea ha fatto applicazione anche quando si è trovata ad affrontare casi di alimentazione forzata di detenuti in sciopero della fame¹⁶². La Commissione aveva sottolineato il potenziale, ma inevitabile, conflitto fra il diritto individuale all'integrità fisica e l'obbligo positivo posto in capo agli Stati dall'art. 2 CEDU, quando un detenuto rifiuti di nutrirsi, posto che l'alimentazione forzata implica elementi "degradanti" che, in certe circostanze, possono ricadere sotto il divieto dell'art. 3 CEDU¹⁶³, ponendo comunque a carico del ricorrente l'onere di provare che le modalità adottate configurino tortura ovvero trattamento inumano o degradante¹⁶⁴.

Più di recente, la Corte di Strasburgo ha ribadito, analogamente a quanto detto in generale per i trattamenti arbitrari, che l'alimentazione forzata, finalizzata a salvare la vita del detenuto, non può, in via di principio, considerarsi inumana o degradante, sempre che si dimostri la necessità medica del ricorso alla stessa, che siano rispettate le garanzie procedurali e che il modo in cui si proceda non superi la soglia minima di gravità¹⁶⁵.

a fini di indagine: cfr. Commissione EDU, 4 dicembre 1978, *X. v. the Netherlands*, ric. n. 8239/78 e Corte EDU, 5 gennaio 2006, *Schmidt v. Germany*, ric. n. 32352/02.

¹⁶¹ Corte EDU, Grande Camera, 11 luglio 2006, *Jalloh v. Germany*, cit., §§ 70 e 71.

¹⁶² In argomento, più diffusamente, V. MEDAGLIA, *Il diritto di rifiutare le cure: lo sciopero della fame da parte del detenuto*, in questo volume.

¹⁶³ Commissione EDU, *X. v. Germany* (1984) 7 EHRR 152.

¹⁶⁴ Commissione EDU, 20 ottobre 1997, *Ilijkov v. Bulgaria*, ric. n. 33977/96.

¹⁶⁵ Corte EDU, 5 aprile 2005, *Neumerzhitsky v. Ukraine*, ric. n. 54825/00, che ha riscontrato una violazione del divieto di tortura per la mancata dimostrazione della necessità del trattamento e per le modalità dello stesso (uso della forza, di manette, di un divaricatore per la bocca e di un tubo di gomma). Analoga Corte EDU, 19 giugno 2007, *Ciorap v. Moldova*, ric. n. 12066/02, che individua le garanzie procedurali da rispettare nella esplicitazione delle ragioni di inizio e termine del trattamento e nella registrazione di composizione e quantità del cibo somministrato. Per una recente decisione di inammissibilità per manifesta infondatezza, stante la dimostrata necessità dell'alimentazione forzata, v. Corte EDU, 26 marzo 2013, *Rappaz v. Switzerland*, ric. n. 73175/10.

5. *I rimedi alla violazione dell'art. 3 CEDU nell'Italia post-Torreggiani (cenni): una (ennesima) rinuncia ai tradizionali principi del nostro sistema?*

Facendo seguito alle indicazioni contenute nella già citata sentenza *Torreggiani*¹⁶⁶, «sotto la spada di Damocle della “messa in mora”»¹⁶⁷ così imposta al nostro Paese dai Giudici di Strasburgo, il legislatore si è impegnato in una «vera e propria lotta contro il tempo»¹⁶⁸ nel tentativo di adottare strumenti idonei a rimediare alle carenze strutturali individuate dalla pronuncia. Fra gli interventi posti in essere, particolare rilievo assumono, ai fini del nostro discorso, i nuovi rimedi preventivo e compensativo introdotti nell'ordinamento penitenziario in favore di detenuti e internati vittime di trattamenti contrari all'art. 3 CEDU, disciplinati rispettivamente dagli artt. 35-*bis*¹⁶⁹ e 35-*ter*¹⁷⁰ della l. n. 354 del 1975.

¹⁶⁶ Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani and Others v. Italy*, cit., che, constatata la generalizzata situazione di difficoltà degli istituti penitenziari, causata principalmente da un endemico sovraffollamento, ha deciso di ricorrere alla procedura della sentenza pilota. Si è così ingiunta all'Italia l'introduzione, entro un anno dal passaggio in giudicato della pronuncia, di «un ricorso o un insieme di ricorsi interni effettivi idonei ad offrire una riparazione adeguata e sufficiente in caso di sovraffollamento carcerario, e ciò conformemente ai principi della Convenzione come stabiliti nella giurisprudenza della Corte», con contestuale sospensione dei ricorsi pendenti, aventi analogo oggetto. Nel fornire indicazioni al legislatore italiano, la Corte per un verso lo esorta ad ampliare l'ambito applicativo delle «misure punitive non privative della libertà» e a ridurre al minimo il «ricorso alla custodia cautelare in carcere» (§ 94); per altro verso, indica l'opportunità di prevedere adeguati rimedi «preventivi» e di natura «compensativa» per le ipotesi di violazione dell'art. 3 CEDU a carico di soggetti detenuti (§ 96). Sulla possibilità per la Corte di adottare la procedura della sentenza pilota al fine di indicare chiaramente l'esistenza di problemi strutturali e le misure da adottare per porvi rimedio, v. Corte EDU, Grande Camera, 13 luglio 2000, *Scozzari and Giunta v. Italy*, ric. n. 39221/98 e 41963/98, § 249 e Corte EDU, Grande Camera, 4 dicembre 2008, *S. and Marper v. the United Kingdom*, ric. n. 30562/04 e 30566/04, § 134.

¹⁶⁷ L'espressione è di F. FIORENTIN, *Il reclamo “giurisdizionale” per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, in *Rass. penit. crim.*, 3/2013, 235.

¹⁶⁸ Così M.F. CORTESI, *I giudici europei dettano le linee guida contro il sovraffollamento carcerario*, in *Dir. pen. proc.*, 12/2014 - Supplemento, 72 ss., cui si rimanda per una breve disamina degli interventi adottati.

¹⁶⁹ Introdotto dal d.l. n. 146 del 2013 (cd. “svuotacarceri”), convertito con modifiche dalla l. n. 10 del 2014. Per un commento a prima lettura del decreto v. A. DELLA BELLA, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in *Penalecontemporaneo.it*, 7 gennaio 2014.

¹⁷⁰ Introdotto dal d.l. n. 92 del 2014, convertito con modifiche dalla l. n. 117 del 2014, su cui v. A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in *Penalecontemporaneo.it*, 13 ottobre 2014.

Il primo prevede un reclamo giurisdizionale che detenuti e internati possono rivolgere al magistrato di sorveglianza, concernente, fra l'altro, l'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni dell'ordinamento penitenziario, da cui derivi «un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti»¹⁷¹. Si tratta di un procedimento modellato sulla falsariga del giudizio amministrativo di ottemperanza¹⁷², con cui viene colmata una lacuna dell'ordinamento e rafforzato il tasso di giurisdizionalità della tutela dei diritti dei soggetti detenuti, pur non senza profili di criticità¹⁷³.

Il secondo rimedio, non alternativo ma complementare all'altro¹⁷⁴, attiene all'ipotesi specifica in cui il suddetto pregiudizio consista «per un periodo di tempo non inferiore ai quindici giorni, in condizioni di detenzione tali da violare l'art. 3 della Convenzione [...] come interpretato dalla Corte europea»: in tal caso, il magistrato di sorveglianza dispone, «a titolo di risarcimento del danno», una riduzione della pena detentiva ancora da espriare pari ad un giorno per ogni dieci durante i quali il detenuto abbia subito il pregiudizio (comma 1) ovvero, nei casi di cui al comma 2, liquida una somma pari ad otto euro per ogni giorno di pregiudizio subito. Chi abbia subito la violazione dell'art. 3 CEDU durante la custodia cautelare non computabile, ovvero abbia terminato di espriare la pena detentiva, può proporre azione dinanzi al giudice civile (comma 3).

Va precisato che gli sforzi del legislatore hanno ottenuto un riscontro positivo da parte prima del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa¹⁷⁵,

¹⁷¹ Così l'art. 69, comma 6, lett. b) ord. penit., come modificato dal citato d.l. n. 146 del 2013.

¹⁷² L. BARONE, G. FIDELBO, *I nuovi rimedi risarcitori previsti dall'art. 35-ter ord. penit. nelle prime applicazioni della giurisprudenza di merito. Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione*, in *Penalecontemporaneo.it*, 7 maggio 2015, 2.

¹⁷³ F. FIORENTIN, *Il reclamo "giurisdizionale"*, cit., 236 ss. Per un'analisi critica della disposizione in parola, con particolare riguardo alle incongruenze nel sistema di tutela delle posizioni giuridiche di detenuti e internati, v. S. ROMICE, *L'effettività della tutela preventiva dei diritti dei detenuti e degli internati. A proposito del reclamo giurisdizionale ex art. 35-bis o.p.*, in *Penalecontemporaneo.it*, 14 aprile 2016.

¹⁷⁴ Secondo quanto espressamente affermato da Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani and Others v. Italy*, cit., § 96: «quando un ricorrente sia detenuto in condizioni contrarie all'art. 3 della Convenzione, la migliore riparazione possibile è la rapida cessazione della violazione del diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti. Inoltre, chiunque abbia subito una detenzione lesiva della propria dignità deve potere ottenere una riparazione per la violazione subita». Cfr. anche Corte EDU, 10 maggio 2007, *Benediktov v. Russia*, ric. n. 106/02, § 29 e Corte EDU, 10 gennaio 2012, *Ananyev and Others v. Russia*, ric. n. 42525/07 e 60800/08, §§ 97-98 e 210-240.

¹⁷⁵ Decisione del 5 giugno 2014, adottata all'esito della riunione n. 1201.

poi della stessa Corte EDU, con una pronuncia¹⁷⁶ dichiarativa della irricevibilità “postuma”¹⁷⁷ di ricorsi per detenzione contraria all’art. 3 CEDU, per mancato previo esperimento dei nuovi rimedi suddetti. La decisione – che si segnala anche per la riaffermazione dei principi in materia di *onus probandi* incombente su chi lamenti l’inadeguatezza delle cure mediche dispensate in carcere¹⁷⁸ – esprime un giudizio ampiamente positivo sull’accessibilità dei rimedi preventivo e compensativo e sulla loro apparente effettività, pur riservandosi «la possibilità di esaminare la coerenza della giurisprudenza dei giudici interni con la propria giurisprudenza nonché l’effettività teorica e pratica dei ricorsi»¹⁷⁹.

La nuova disciplina non manca, tuttavia, di sollevare alcune perplessità, soprattutto per quanto riguarda l’art. 35-ter ord. penit., la cui infelice formulazione¹⁸⁰ ne rende di non agevole delimitazione l’ambito applicativo. Si discute, in particolare, del ruolo che nella fattispecie debba riconoscersi al requisito della “attualità” del pregiudizio, con conseguente diverso ripar-

¹⁷⁶ Corte EDU, 16 settembre 2014, *Stella and Others v. Italy*, ric. n. 49169/09, 54908/09, 55156/09, 61443/09, 61446/09, 61457/09, 7206/10, 15313/10, 37047/10, 56614/10 e 58616/10. V. anche Corte EDU, 10 marzo 2015, *Varga and Others v. Hungary*, cit., § 105 che, condannando l’Ungheria per le condizioni delle carceri con una sentenza pilota analoga alla *Torreggiani*, indica il nostro Paese come esempio delle ricadute positive della procedura della sentenza pilota, con ciò confermando il giudizio espresso nella sentenza *Stella*.

¹⁷⁷ Così F. FIORENTIN, *Detenzione inumana: la Cedu boccia i ricorsi italiani se non sono stati prima eseguiti tutti i rimedi interni*, in *Guida dir.*, 42/2014, 98.

¹⁷⁸ Corte EDU, 16 settembre 2014, *Stella and Others v. Italy*, cit., § 69: uno dei ricorrenti lamentava anche di non ricevere in carcere cure mediche adatte alle sue condizioni di salute, con una doglianza formulata tuttavia «in maniera molto generica, senza produrre prove o invocare altri elementi a sostegno delle sue affermazioni», con conseguente manifesta infondatezza del motivo. Osserva F. FIORENTIN, *Detenzione inumana*, cit., 100 che si tratta della «declinazione di un principio generale, dunque applicabile anche in relazione ai ricorsi compensativi interni, attesa la natura civilistica dell’azione esperibile ai sensi dell’articolo 35-ter, ord. penit.». Su questo ultimo profilo v. anche C. MASIERI, *La natura dei rimedi di cui all’art. 35-ter ord. pen. Possibili interpretazioni nel dialogo con alcune recenti decisioni di merito*, in *Penalecontemporaneo.it*, 22 luglio 2015.

¹⁷⁹ Corte EDU, 16 settembre 2014, *Stella and Others v. Italy*, cit., § 67.

¹⁸⁰ E. SANTORO, *Contra CSM: parlare a nuora perché suocera intenda. Pedanti osservazioni sulla competenza dei magistrati di sorveglianza a riconoscere l’indennizzo ex art. 35-ter per la detenzione inumana e degradante*, in *Penalecontemporaneo.it*, 22 gennaio 2015, 1 definisce la disposizione il «frutto di un’elaborazione piuttosto travagliata che ha portato alla stesura di un testo normativo che definire “non chiarissimo”, è un eufemismo». Il problema deriva essenzialmente dall’*incipit* della disposizione che, per qualificare il pregiudizio legittimante all’azione, fa rinvio all’art. 69, comma 6, lett. b) ord. penit., che, a sua volta, considera rilevante, ai fini del rimedio preventivo di cui all’art. 35-bis ord. penit., l’inosservanza di disposizioni da cui derivi «un attuale e grave pregiudizio all’esercizio dei diritti».

to di competenza fra magistrato di sorveglianza e tribunale civile¹⁸¹. Un primo orientamento sostiene che l'attualità del pregiudizio debba sussistere al momento della domanda e perdurare sino al giorno della decisione, perché possa radicarsi la competenza del magistrato di sorveglianza e disporsi il risarcimento in forma specifica consistente nella riduzione della pena detentiva da scontare; sicché esulano da tale ambito, per rientrare nella sfera di competenza del giudice civile, i casi di detenuti che abbiano subito condizioni detentive contrarie all'art. 3 CEDU, quando tuttavia il pregiudizio non sia più attuale in quanto la situazione sia stata *medio tempore* sanata. Altra opinione, invece, non annovera, fra i requisiti legittimanti l'azione dinanzi al magistrato di sorveglianza, ai sensi dei primi due commi dell'art. 35-ter ord. penit., l'attualità del pregiudizio, intesa quale attualità delle condizioni disumane o degradanti; ne deriva che anche i casi suddetti rientrano tra quelli per i quali il magistrato di sorveglianza può disporre il rimedio della riduzione di pena detentiva ancora da scontare¹⁸².

Su un piano più generale, questo nuovo rimedio pare suscitare alcune perplessità rispetto ai principi del nostro sistema sanzionatorio, soprattutto ove si acceda all'opinione che ne amplia la sfera di applicazione. Il riferimento non è tanto, o non solo, al principio di inderogabilità della pena, quale carattere coesistente della pena retributiva e autentica conquista di civiltà¹⁸³: è noto come già nel codice Rocco le eccezioni al principio fossero così numerose da far dubitare della sua effettiva operatività¹⁸⁴. Il riferimento è, piuttosto, ai principi di legalità della pena e della sua finalità rieducativa.

Nessun dubbio che la detenzione in condizioni inumane e degradanti configuri una negazione inammissibile del principio di umanizzazione di cui all'art. 27, terzo comma Cost., del «diritto ad avere diritti in

¹⁸¹ G. GIOSTRA, *Un pregiudizio 'grave e attuale'? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35-ter ord. penit.*, in *Penalecontemporaneo.it*, 24 gennaio 2015, 1 parla di «profonda faglia» che divide la prima giurisprudenza in materia.

¹⁸² Per una efficace illustrazione degli argomenti addotti a sostegno dell'una e dell'altra opinione si rimanda a L. BARONE, G. FIDELBO, *op. cit.*, 5-13. Nel primo senso dell'alternativa si è espresso il CSM nel parere tecnico sul d.l. n. 92 del 2014 adottato con delibera consigliare del 30 luglio 2014, seguito da una significativa componente della magistratura di sorveglianza, nonché F. FIORENTIN, *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 CEDU: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, in *Penalecontemporaneo.it*, 6 novembre 2014, 11-13. Sostengono invece l'opinione contraria E. SANTORO, *op. cit.* e G. GIOSTRA, *op. cit.*

¹⁸³ Così F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, 718.

¹⁸⁴ M. TRAPANI, *Il sistema italiano delle sanzioni criminali tra pena "legale" e prassi applicativa*, Modena, 1996, 15 e 19-20: il riferimento è alla liberazione condizionale (artt. 176 e 177 c.p.) e alla sospensione condizionale della pena (art. 163 c.p.).

ambito penitenziario»¹⁸⁵. È opinabile, invece, che la rinuncia *tout court* all'esecuzione della pena rappresenti la risposta più adeguata e coerente. Essa, al contrario, sembra accentuare quel processo di trasformazione della pena detentiva in sanzione non legalmente predeterminata e incerta nella sua durata¹⁸⁶. Soprattutto, configura una abdicazione alla stessa finalità rieducativa, posto che la riduzione di pena di cui all'art. 35-ter ord. penit. – al contrario, ad esempio, di quanto previsto, sempre in adempimento al *dictum* della sentenza *Torreggiani*, in tema di liberazione anticipata speciale di cui all'art. 4 del d.l. n. 146 del 2013¹⁸⁷ – prescinde da ogni valutazione circa la partecipazione del condannato all'opera di rieducazione.

Indubbiamente di rieducazione in condizioni di detenzione tali da configurare trattamento inumano o degradante non può parlarsi¹⁸⁸. Pienamente comprensibile, pertanto, il monito rivolto al legislatore dalla Consulta prima dell'introduzione degli interventi qui in parola, circa la «necessità che l'ordinamento si doti di un rimedio idoneo a garantire la fuoriuscita dal circuito carcerario del detenuto che sia costretto a vivere in condizioni contrarie al senso di umanità»¹⁸⁹. È altrettanto indubbio, però, che la “fuoriuscita” di cui all'art. 35-ter ord. penit. ha più il sapore di una “resa”, che non di un “risarcimento”, con l'ulteriore rischio, ove si acceda

¹⁸⁵ Come lo definisce M. RUOTOLO, *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, in *Giur. cost.*, 6/2013, 4552-4553.

¹⁸⁶ Sulla trasformazione in parola v. ancora M. TRAPANI, *op. cit.*, 33-36.

¹⁸⁷ Con questa disposizione il legislatore ha allungato, per un periodo di due anni dalla data di entrata in vigore del decreto medesimo, la detrazione di pena concessa per la liberazione anticipata di cui all'art. 54 ord. penit., da 45 a 75 giorni per ogni semestre di pena espiata.

¹⁸⁸ Risalente l'acquisizione circa il contesto «unitario, non dissociabile» in cui si pongono i principi di cui al terzo comma dell'art. 27 Cost., l'uno in funzione dell'altro, posto che «un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato» (così Corte cost., 4 febbraio 1966, n. 12).

¹⁸⁹ Corte cost., 9 ottobre-22 novembre 2013, n. 279 (su cui v. G. LEO, *Sovraffollamento carcerario: dalla Corte costituzionale una decisione di inammissibilità con un severo monito per il legislatore*, in *Penalecontemporaneo.it*, 25 novembre 2013 e A. DELLA BELLA, *Il termine per adempiere alla sentenza Torreggiani si avvicina a scadenza: dalla Corte costituzionale alcune preziose indicazioni sulla strategia da seguire*, *ivi*, 19 dicembre 2013), che ha tuttavia dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 147 c.p. (nella parte in cui non prevede l'ipotesi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità), per la molteplicità delle soluzioni adottabili, con conseguente necessità di rispettare «la priorità di valutazione da parte del legislatore sulla congruità dei mezzi per raggiungere un fine costituzionalmente necessario». Critico M. RUOTOLO, *Quale tutela per il diritto*, *cit.*, 4553, secondo cui l'addizione richiesta dai giudici *a quibus* avrebbe contribuito al conseguimento dell'obiettivo del rispetto della dignità umana, con, probabilmente, conseguente possibilità di immediata deroga al rispetto della discrezionalità legislativa.

all'interpretazione estensiva della disposizione, di concedere lo "sconto di pena" a soggetti del tutto immeritevoli¹⁹⁰. Sarebbe forse stato preferibile intervenire sull'art. 147 c.p., il che avrebbe anche consentito di far salve le esigenze di difesa sociale, il cui rilievo costituzionale è innegabile¹⁹¹.

Sembra insomma di sentir riecheggiare le parole di una celebre canzone, che alla domanda «lo Stato che fa?», risponde «si costerna, s'indigna, s'impegna, poi getta la spugna con gran dignità».

6. (*Tentativo di*) *Conclusioni: la ricostruzione del "dover essere normativo" convenzionale*

Il tentativo di delineare un "dover essere normativo" convenzionale circa il diritto alla (tutela della) salute in carcere, va dunque incontro ad una serie di difficoltà, motivate da una pluralità di ragioni.

Alcune di carattere generale, dovute alla circostanza che, «ancorché tenda ad assumere un valore generale e di principio, la sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo [...] resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata»¹⁹², il che non sempre rende possibile

¹⁹⁰ Rischio evidenziato da F. FIORENTIN, *I nuovi rimedi risarcitori*, cit., 12-13, che argomenta prospettando il seguente caso, tutt'altro che infrequente: «due soggetti, correi, permangono per alcuni mesi in condizioni detentive contrarie all'art. 3 CEDU, successivamente risolte [...] uno di essi, per avere serbato regolare condotta ed avendo partecipato attivamente al trattamento rieducativo, viene ammesso ad espriare la pena residua in regime di affidamento in prova al servizio sociale. L'altro, invece, responsabile di numerosi episodi di natura disciplinare, [...] continua ad espriare la pena in carcere [...] il primo soggetto otterrebbe soltanto il risarcimento pecuniario [ex art. 35-ter, comma 3 ord. penit.]; il secondo potrebbe fruire della riduzione proporzionale della pena».

¹⁹¹ Cfr. ancora M. RUOTOLO, *Quale tutela per il diritto*, cit., 4553: «se pure non si dubita in ordine al fatto che le esigenze di difesa sociale, le quali hanno senz'altro rilievo costituzionale, non possono essere ragioni sufficienti per giustificare la lesione della dignità umana, occorre sottolineare che queste non sarebbero state comunque pregiudicate attraverso l'addizione richiesta, in quanto l'estensione dell'istituto del rinvio facoltativo della pena non avrebbe determinato alcun automatismo, essendo rimessa al giudice la valutazione circa la sua concessione, con conseguente, probabile, applicazione della detenzione domiciliare in surroga (art. 47-ter ord. penit.)».

¹⁹² Corte cost., 19-22 luglio 2011, n. 236. Non mancano tuttavia rilievi critici al profilo della "concretezza" del giudizio di Strasburgo: osserva infatti V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Cass. pen.*, 6/2015, 2214, nota 37 che esso è idoneo a ingenerare fraintendimenti: «la Corte EDU indubbiamente decide sul caso concreto, secondo una logica "case by case", ma le sue decisioni sono intramate di affermazioni di principio».

«cogliere con immediatezza l'effettivo principio di diritto che il giudice di Strasburgo ha inteso affermare per risolvere il caso concreto»¹⁹³.

Altre più specificamente relative al diritto alla salute, o meglio, alla sua tecnica di tutela indiretta per il tramite dell'art. 3 CEDU: un diritto assoluto che rischia però di relativizzarsi nella sua applicazione pratica, con tutti i limiti che derivano dal dover utilizzare uno strumento nato per altri scopi.

Innegabile l'importanza delle affermazioni di cui si è detto circa l'adeguatezza delle cure mediche in carcere, la valutazione di compatibilità tra condizioni di detenzione e stato di salute, l'obbligo positivo di assicurare *health and well-being* dei detenuti. Altrettanto innegabili, al tempo stesso, le contraddizioni in cui le stesse, talvolta, finiscono per cadere, sostanzialmente dovute alla mancanza di un "nucleo irriducibile" del diritto.

Per un verso, pertanto, è auspicabile che la Corte europea, evitando di «rimanere aggrovigliata nei dettagli dei singoli casi», persegua finalità di certezza e coerenza giuridica sul piano della motivazione, argomentando in modo rigoroso ed esplicito le proprie scelte¹⁹⁴. Per altro verso, non è forse del tutto peregrino domandarsi se, ormai, i tempi non siano maturi per riconoscere espressamente anche il diritto alla salute fra i diritti convenzionalmente garantiti, così come già avvenuto con l'art. 35 della Carta di Nizza.

¹⁹³ Corte cost., 14 gennaio-26 marzo 2015, n. 49.

¹⁹⁴ Così A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., 237-238: «se le sue decisioni avranno ancora frugali e parsimoniose motivazioni; se la sua ossessiva autoreferenzialità non diminuirà, gli Stati e i potenziali ricorrenti non saranno in grado di conoscere gli sviluppi e l'esatta portata del diritto convenzionale, rimanendo in uno stato di incertezza circa gli esatti confini della protezione loro accordata, con un conseguente minor grado di protezione dei diritti dell'uomo».

