

**Il difficile bilanciamento fra certezza della pena, tutela del diritto
alla salute ed esecuzione penale rispettosa del senso di umanità
(una riflessione a margine di Cass. Pen., Sez. I, 18 aprile 2018-18 maggio
2018, n. 22307)***

di Franco Sicuro – Dottore in Giurisprudenza, Università degli Studi Aldo Moro di Bari

ABSTRACT: The paper deals with the recent solution elaborated by the Court of Cassation about the Marcello Dell’Utri’s request of obtaining the stay of execution, *ex art. 147, c.1, n.2* of the Italian penal code, in cause of his severe health condition. This decision shows the delicate equilibrium between the security of the pain, the protection of the right to health and a justice which takes care of the sense of humanity and the dignity of the prisoner following the latest doctrinal and jurisprudential directions not only from the own Country.

SOMMARIO: 1. La vicenda Dell’Utri e le sue implicazioni costituzionali. – 2. Uno sguardo d’insieme. – 3. I diritti dei detenuti nel sistema normativo nazionale: i valori costituzionali negli istituti penitenziari. – 3.1. (*segue*) Il principio personalistico ed il valore-guida della dignità. – 4. Gli articoli 13, comma 4 e 27, comma 3 Costituzione: il divieto di pene contrarie al senso di umanità ed il principio rieducativo. – 5. L’articolo 32 della Costituzione ed il diritto alla salute del detenuto nell’istituto penitenziario. – 6. Il diritto sovranazionale e la tutela indiretta della salute del detenuto – 7. Il delicato bilanciamento fra diritto alla salute del detenuto ed esigenza di sicurezza pubblica. – 8. La ragionevolezza della decisione della Corte di Cassazione.

1. La vicenda Dell’Utri e le sue implicazioni costituzionali

La Corte di Cassazione si è recentemente pronunciata sulla richiesta di Marcello Dell’Utri di ottenere il differimento facoltativo dell’esecuzione della pena “per grave infermità fisica”, *ex art. 147, c. 1, n. 2, c.p.*, a causa della sopravvenuta incompatibilità della propria situazione patologica

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le Linee guida della rivista.

con il perdurare dello stato detentivo. Affetto da numerose e gravi patologie ed in considerazione dell'età ormai avanzata, Dell'Utri lamenta l'inadeguatezza delle cure mediche garantite dall'istituto penitenziario in cui è recluso nonché l'assoluta incidenza peggiorativa, sulla propria complessiva integrità psico-fisica, del perdurare della situazione detentiva. Profili, questi ultimi, indubbiamente legati a questioni aventi grande rilevanza a livello costituzionale: dal rispetto della dignità della persona umana, anche del soggetto *in vinculis*, al divieto di esercitare violenza fisica e morale sulle persone sottoposte a restrizioni di libertà; dal divieto di pene contrarie al senso di umanità alla finalità rieducativa delle stesse, passando per il fondamentale bilanciamento fra tutela del diritto alla salute del detenuto e tutela delle esigenze di pubblica sicurezza. Questioni cui ora si tenterà di fornire una adeguata collocazione sistematica in vista della elaborazione di una possibile – invero, difficile – soluzione compromissoria.

2. *Uno sguardo d'insieme*

«*La prisión sólo recibe al hombre. El delito queda en la puerta*»¹: questa la frase, densa di implicazioni umanitarie, che, per volere del direttore Manuel Montesinos, fu iscritta nel 1836 sulla porta di ingresso del carcere di San Agustin a Valencia. A distanza di quasi due secoli, la Corte di Cassazione italiana pare aver realmente «preso sul serio»² il senso più profondo della medesima, testimoniando una sempre più spiccata sensibilità (costituzionale) nei confronti della situazione in cui versa gran parte della popolazione detenuta. A fronte di un contesto normativo e culturale, nazionale e sovranazionale, in cui più volte era stata evidenziata l'illegittimità di talune soluzioni applicative elaborate in sede di esecuzione della pena carceraria, la Corte di Cassazione ha optato per una soluzione “umanitaria”, in linea peraltro con il dettato costituzionale, disponendo l'annullamento dell'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Roma che aveva confermato il carcere per Marcello Dell'Utri. Si tratta di una decisione costituente un'importante tappa di quel percorso giurisprudenziale volto al recupero di un'irrinunciabile «coerenza costituzionale del diritto punitivo», ormai da tempo smarrita³, idonea ad elevare la stessa a criterio interpretativo ed orientativo di qualsivoglia decisione in materia penale.

Sebbene non possa parlarsi di una vera e propria “svolta” nella giurisprudenza della Suprema Corte, non ancora giunta ad accordare prevalenza assoluta alla tutela della salute quale

¹ Traduzione letterale: “Il carcere riceve solo l'uomo. Il delitto resta fuori dalla porta”. Ricorrente in ambito penalistico italiano è anche l'analoga affermazione secondo cui “in carcere entra la persona e non il reato che ha commesso”. Tale espressione è tratta da M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in www.rivistaaic.it, 2016, 3.

² M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, cit., 3.

³ A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in www.rivistaaic.it, 2014, 5.

fondamentale diritto dell'individuo detenuto⁴ rispetto ad altre situazioni giuridiche soggettive sottoposte a bilanciamento, si tratta, nondimeno, di una significativa testimonianza dell'avvenuto ingresso dell'afflato costituzionale anche in sede penitenziaria. Proprio in quel luogo, cioè, in cui più spesso, e con tangibile immanenza, vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona umana: di ogni persona, anche di coloro che nel corso della vita hanno tenuto condotte illegali e, per tal motivo, vedono ora limitate le proprie libertà. Un contesto, quello penitenziario, in cui, pur a fronte della dichiarazione di intenti contenuta nell'art. 1 della legge n. 354 del 1975⁵, il formale riconoscimento di situazioni giuridiche soggettive così operato «non ha risolto la questione concernente l'effettiva esplicazione dei principi costituzionali»⁶, in quanto «è stata spesso manifestata la tendenza a ridurre la portata innovatrice della riforma, ora sotto il profilo amministrativo, ora sul piano legislativo, per cui i diritti dei reclusi possono essere definiti diritti ad

⁴ Ci si riferisce, *ex multis*, alla recente sentenza della Corte Cass. n. 27766/2017 relativa al c.d. caso Riina, in relazione alla quale la Suprema Corte, pur a fronte di condizioni patologiche del detenuto idonee a compromettere e rendere estremamente difficoltosa (nonché poco dignitosa) la permanenza in carcere dello stesso, ha privilegiato esigenze di sicurezza pubblica invero lesive di quel nucleo duro della dignità umana (di ogni uomo) che non dovrebbe essere mai intaccato. La reticenza nel lasciar penetrare il dettato costituzionale – e tutte le sue potenziali implicazioni, soprattutto in tema di dignità umana – in ambito penitenziario è, da ultimo, dimostrata dalla condanna inflitta allo Stato Italiano dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per il carcere-duro (cfr. art. 41-bis Ord. Pen.) cui è stato sottoposto Bernardo Provenzano dal 2016 in poi, in quanto implicante un trattamento inumano incompatibile con la situazione multi-patologica patita dal boss mafioso (per una esaustiva ricognizione, fattuale e giuridica, della vicenda *de qua* si rinvia a *European Court of Human Rights, First Section, Case of Provenzano v. Italy, Application no. 55080/13*, 25 October 2018). Sempre in ambito sovranazionale, non si può non ricordare la decisa presa di posizione della Corte di Strasburgo nei confronti della pena dell'ergastolo per come essa applicata, nel caso di specie, nel Regno Unito, in *Vinter e altri v. Regno Unito*, 9 luglio 2013: la Corte, infatti, all'esito di un articolata ricostruzione della compatibilità convenzionale dell'istituto del "fine pena-mai" alla luce delle più importanti pronunce della Corte di Strasburgo stessa, dichiarò la contrarietà della pena dell'ergastolo – senza fissazione di un periodo di tempo dopo il quale è lecito chiederne il riesame, rimanendo al detenuto la sola possibilità di ottenere la scarcerazione anticipata per mano del Ministro – viola l'art. 3 CEDU, secondo il quale nessuno può essere sottoposto a tortura ovvero a trattamenti inumani o degradanti. Un'esaustiva ricostruzione delle motivazioni e delle implicazioni della decisione della Corte di Strasburgo nel caso *Vinter e altri c. Regno Unito* è fornita da D. GALLIANI, *Il diritto di sperare. La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte di Strasburgo*, in *www.costituzionalismo.it*, 3/2013, *passim*.

⁵ L'art. 1, c. 1 della menzionata legge n. 354 del 1975, secondo il quale "Il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona", mette in rilievo concetti, quali quelli di umanità e di dignità, che, negli anni successivi, ispireranno la giurisprudenza e la dottrina nella elaborazione di soluzioni tecniche e teoriche costituzionalmente orientate. Inoltre, la crescente attenzione verso i suddetti valori consentì di liberare la regolamentazione della vita all'interno dell'istituzione penitenziaria da ataviche incrostazioni di incostituzionalità. In tal senso, *ex multis*, M. RUOTOLO, *Salute e carcere*, in *Studi in onore di Aldo Loiodice*, II, Cacucci, Bari, 2012, 1083 s., evidenzia che prima dell'entrata in vigore della Costituzione «risultava piuttosto difficile parlare di diritti dei detenuti» e che il 1975 «costituisce l'anno zero... il vero *dies a quo* per ragionare sulle evoluzioni della normativa penitenziaria». Per una articolata disamina della portata innovatrice della dichiarazione d'intenti di cui all'art. 1 della legge n. 354 del 1975 si rinvia al § 3, *passim*.

⁶ A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale*, Cacucci, Bari, 2018, 191.

effettività emersa»⁷. Espressione significativa quest'ultima: la circostanza che, in riferimento ai diritti della popolazione detenuta, si parli di una «effettività emersa», evoca lo iato che ancora oggi si registra tra formale riconoscimento a livello legislativo e sostanziale disconoscimento a livello applicativo-esecutivo. Una discrasia che, peraltro, è destinata ad aggravarsi a causa della rigidità spesso manifestata in sede giudiziaria: la «emersione» della effettività dei diritti dei reclusi sta proprio ad indicare che essi «hanno necessitato di un lungo *iter* giurisprudenziale prima di ottenere il riconoscimento di una concreta giustiziabilità»⁸, di una concreta effettività. Per di più, neppure la recentissima riforma legislativa, inerente – soprattutto – la tutela del diritto alla salute del detenuto⁹, interviene in maniera risolutiva: in ragione delle eccessive modifiche in senso restrittivo, apportate in sede di ultima stesura e rispondenti a (presunte) esigenze securitarie oggetto di specifica menzione nel c.d. Contratto di Governo, in Italia persiste ancora «la pena *fino* alla morte (gli ergastoli, nelle loro diverse varianti: comune, con isolamento diurno, ostativo)» e «la morte *per*

⁷ S. TALINI, *Il diritto all'effettività dei diritti: quali forme di tutela per le persone private della libertà?*, in M. RUOTOLO, S. TALINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, ES, Napoli, 2017, 434.

⁸ A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale*, cit., 191.

⁹ Come è noto, il Ministero della Giustizia ha promosso un significativo percorso di approfondimento e di riflessione, denominato Stati Generali dell'esecuzione penale (maggio 2015-aprile 2016) e caratterizzato dall'istituzione di diciotto tavoli tematici che hanno visto la partecipazione di più di duecento esperti del settore, in vista della formulazione di proposte di modifica dell'attuale sistema dell'esecuzione penale al fine di dare concreta attuazione ai principi costituzionali e convenzionali. I risultati dei lavori svolti in sede di Stati Generali sono poi confluiti nella legge delega n. 103 del 2017 che, nell'ambito di un'ampia riforma del sistema processuale penale e del momento esecutivo della pena, ha tuttavia conosciuto una limitata (almeno rispetto alle dichiarazioni d'intenti) attuazione da parte del legislatore. Anzi, anche in ragione del cambiamento della compagine governativa, i decreti delegati (decreti legislativi nn. 121/2018, 123/2018, 124/2018) hanno riguardato soltanto limitate proposte risolutive elaborate in sede di Stati Generali e poi confluite nella legge delega n. 103 del 2017: rispettivamente, il d.lgs. n. 121/2018 si è occupato dell'esecuzione penale minorile, il d.lgs. 123/2018 ha introdotto modifiche, di ampio respiro, all'attuale assetto dell'ordinamento penitenziario (all'interno delle quali sono confluite le disposizioni inerenti le innovazioni in ambito medico-sanitario) ed il d.lgs. 124/2018 ha, infine, modificato alcune previsioni concernenti la vita detentiva ed il lavoro penitenziario. Per un'ampia ed esaustiva analisi dell'attuale panorama normativo vigente in ambiente penitenziario, anche a fronte della (non del tutto) attuata riforma di cui alla legge delega n. 103 del 2017, si rinvia a S. TALINI, *Gli articoli 18 e 30 dell'ordinamento penitenziario tra interpretazione conforme a Costituzione e possibili questioni di legittimità costituzionale*, in www.osservatorioaic.it, fasc. 3/2018, 18 ottobre 2018, *passim*, ed a F. BIONDI DAL MONTE, *Poteri normativi del governo e sovraffollamento carcerario*, in www.rivistaaic.it. Inoltre, un approfondimento sui lavori e le conclusioni raggiunte è fornito da M. RUOTOLO, *Gli Stati Generali sull'esecuzione penale: finalità e obiettivi*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 marzo 2016 e da F. FIORENTIN, *La conclusione degli "Stati Generali" per la riforma dell'esecuzione penale in Italia*, in www.penalecontemporaneo.it. In conclusione, non ci si può esimere dal sottolineare che il problema legato alla tutela della salute dei reclusi, per come esso garantito dall'attuale assetto ordinamentale italiano, è stato al centro anche di numerosi ricorsi proposti dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo che hanno portato alla condanna dell'Italia per violazione dell'art. 3 Cedu, proprio in ragione dei trattamenti inumani e degradanti subiti da alcuni detenuti a causa della mancanza di cure e prestazioni sanitarie adeguate alla loro condizione. Sul punto cfr. Corte Edu, 17 luglio 2012, Scoppola c. Italia (no. 4), ric. n. 65050/09; Cara-Damiani c. Italia, 7 febbraio 2012, n. 2447/05. Condanne, queste ultime, oggetto di analisi da parte della più sensibile dottrina: in tal senso, si rinvia a L. CESARIS, *Nuovi interventi della Corte europea dei diritti dell'Uomo a tutela delle salute delle persone detenute*, in *Rass. penit. crim.*, 2012, n. 3, 213 ss..

pena (il fenomeno in continua crescita dei suicidi dietro le sbarre)»¹⁰. All'interno di un siffatto contesto applicativo, tutt'altro che costituzionalmente orientato, interviene la recente pronuncia, la n. 149 del 2018¹¹, con cui la Consulta ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'ergastolo c.d. ostativo in relazione al reato di cui all'art. 630 c.p., dando seguito ad un costante indirizzo dottrinale volto a denunciare la non conformità a Costituzione del "fine pena-mai", soprattutto nella sua concezione più rigida e monolitica (come accade nel caso dell'ergastolo ostativo)¹².

La vicenda di Marcello Dell'Utri funge, del resto, da esempio più pregnante e significativo delle resistenze che un pieno riconoscimento dei diritti fondamentali di ogni persona umana, nel loro nucleo duro, ancora incontra lungo il cammino di una rizomatica e definitiva attuazione del dettato

¹⁰ A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, cit., 5.

¹¹ La sent. n. 149/2018 segna una svolta nella giurisprudenza della Corte costituzionale in quanto, per la prima volta, viene colpita dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale una forma di ergastolo (benché, data la ristretta cerchia dei soggetti destinatari, si tratti di una forma di ergastolo che, almeno a livello statistico-quantitativo, si colloca ai margini del sistema penitenziario). Per una ricognizione delle disposizioni e dei (sottesi) valori costituzionali che hanno portato la Consulta a dichiarare l'illegittimità dell'art. 58-*quater*, O. P. e della relativa forma di ergastolo c.d. ostativo, si rinvia ad A. PUGIOTTO, *Il "blocco" di costituzionalità nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in www.osservatorioaic.it, fasc. 3/2018, 19 novembre 2018, *passim*. Importanti considerazioni circa l'importanza e l'impatto sistematico della menzionata pronuncia si ritrovano anche in D. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in www.penalecontemporaneo.it ed in S. TALINI, *La valorizzazione dei termini "pena" al plurale e condannato al "singolare" anche in materia di ergastolo (a margine di Corte cost., sent. n. 149/2018)*, in www.giurcost.org. La menzionata pronuncia della Corte costituzionale si inserisce in un orizzonte ermeneutico volto ad implementare una sistematica revisione-precisazione interpretativa, in senso costituzionalmente orientato, del panorama normativo vigente in ambiente penitenziario: *ex multis*, limitatamente alle più recenti sentenze, cfr. Corte cost., n. 41/2018, n. 174/2018, n. 186/2018 e la recentissima n. 211/2018. Per un ulteriore approfondimento delle forme di ergastolo ostativo e di presunzioni legislative tuttora vigenti in ambiente penitenziario si rinvia a L. PACE, *L'art. 4-bis nell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità sociale e «governo dell'insicurezza sociale»*, in www.costituzionalismo.it, fasc. 2/2015. Infine, la Consulta ha mosso un passo deciso verso il superamento del regime di ostatività anche nel contesto del diritto penale minorile per mezzo della sentenza n. 90 del 2017, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 656, comma 9, lettera a), del codice di procedura penale, nella parte in cui non consente la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva nei confronti dei minorenni condannati per i delitti ivi elencati. Per un commento della soluzione elaborata dalla Consulta (e delle sue implicazioni sistemiche), si rinvia a F. MANFREDINI, *Verso l'esecuzione penale minorile: la Consulta dichiara illegittime le ipotesi ostative alla sospensione dell'ordine di carcerazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 luglio 2017.

¹² Per una ampia ed esaustiva ricostruzione della non conformità del "fine pena-mai" con i valori costituzionali si rinvia ad A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale*, cit., 145 ss. Un'articolata e pregnante analisi della necessità di superare il regime ostativo, in tutte le sue manifestazioni, tuttora vigente in ambiente penitenziario (soprattutto in riferimento alla concessione dei benefici ed al ricorso a pericolosi e costituzionalmente non conformi automatismi legislativi), è fornita da D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari*, in www.rivistaaic.it, 4/2017, *passim*, i quali sottolineano che l'incipiente ricorso ad una preclusione legislativa ai benefici penitenziari conduce ad una significativa restrizione della operatività giudiziaria e ad una mortificazione della funzione rieducativa della pena. Un'attenta analisi del c.d. ergastolo ostativo e, in particolare, della genesi e dell'attuale struttura del regime carcerario *ex art. 41-bis* O. P. è fornita da S. ROMICE, *Brevi note sull'art. 41 bis O. P.*, in www.giurisprudenzapenale.it, 12/2017, *passim*.

costituzionale. In altri termini, la “svolta costituzionale” di cui necessita il momento dell’esecuzione penale è imposta da una pluralità di prescrizioni (e non mere dichiarazioni programmatiche) contenute nella nostra Costituzione: il principio secondo cui le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità (art. 13, c. 4 ed art. 27, c. 3) e quello secondo il quale la salute è un diritto fondamentale dell’individuo (art. 32).

Tuttavia, le resistenze ed i ritardi riscontrati in sede di effettivo riconoscimento dei suddetti diritti costituzionalmente garantiti derivano dalla relativa costante sottoposizione ad attività di bilanciamento con l’esigenza di garantire la pubblica sicurezza, da una parte della dottrina reputata «valore superprimario»¹³. Un’operazione, quest’ultima, della quale autore primario non può che essere ritenuto il legislatore: in seguito, se il bilanciamento legislativo dovesse privilegiare in misura eccessiva un principio a scapito di altro o di altri, allora interverrà la Corte costituzionale «con un proprio bilanciamento, alla seconda potenza – metabilanciamento – che si sovrappone al primo o per annullarlo ... o per correggerlo»¹⁴. E, se da ciò è pacifico trarre la competenza della Consulta in materia di controllo del suddetto contemperamento fra diritti fondamentali del detenuto e garanzie (*in primis*, quella alla pubblica incolumità) contrapposte, «la più recente giurisprudenza costituzionale è orientata nel senso che il suddetto bilanciamento non solo non può non annullare totalmente i diritti fondamentali, ma in ogni caso può comportare la limitazione di un diritto fondamentale del recluso solo alla condizione che a ciò faccia riscontro il corrispondente incremento di tutela di un altro interesse di pari rango e più, in particolare, di quello della sicurezza dei cittadini»¹⁵.

Il contenuto essenziale dei diritti fondamentali di cui ciascun individuo è titolare, anche se recluso per aver commesso i crimini più efferati, non può quindi essere intaccato da contrapposte esigenze, anche qualora (come si argomenta in materia di sicurezza) queste ultime dovessero riposare in valori collettivi e super-individuali. Vi è, cioè, un contro-limite¹⁶ che, in ragione dello *status* detentivo, riguarda i diritti fondamentali del soggetto *in vinculis*: esso riposa nel fatto che, anche in presenza di una limitazione nel godimento dei diritti fondamentali determinato da esigenze di sicurezza penitenziaria interna ed esterna, quest’ultima non possa mai ed in ogni caso superare il confine del sacrificio dei diritti fondamentali del recluso. Andarvi oltre significherebbe negare il «volto costituzionale della pena»¹⁷, incentrato sul profilo rieducativo assolto dalla stessa, e soprattutto silenziare e neutralizzare il criterio-guida dell’intera impalcatura costituzionale ed ordinamentale: quello della dignità dell’Uomo.

¹³ G. CERRINA FERONI, G. MORBIDELLI, *La sicurezza: un valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali*, n.1/2008, 40.

¹⁴ F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, ES, Napoli, 2010, 33 s., secondo il quale «il bilanciamento della Corte consiste in un giudizio che, caso per caso, dispone i principi costituzionali in una sorta di gerarchia mobile, per cui un principio è anteposto ad un altro per la soluzione del caso di specie».

¹⁵ A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale*, cit., 375.

¹⁶ Di contro-limite al limite che, in considerazione dello stato detentivo, riguarda i diritti fondamentali del soggetto *in vinculis* parla, diffusamente, con la solita precisione e ricchezza contenutistica, A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale*, cit., 2018.

¹⁷ Il riferimento è, ovviamente, ad A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, cit., *passim*.

È il valore, questo sì realmente super-primario, della dignità umana che deve fungere da veicolo privilegiato e da criterio interpretativo primigenio affinché il dettato costituzionale garantisca la pari dignità sociale della popolazione detenuta.

In un'ottica di pieno invero dei valori costituzionali all'interno dell'ambiente penitenziario, volta al superamento di un sistema meramente carcerocentrico, è il diritto positivo il punto da cui prendere le mosse, anche ai fini di una piena e corretta attuazione dello stesso.

3. I diritti dei detenuti nel sistema normativo nazionale: i valori costituzionali negli istituti penitenziari

Contrariamente ad una situazione applicativa difficoltosa, il diritto positivo, soprattutto per quel che concerne, a livello nazionale, il formante normativo, ed a livello sovranazionale, il formante giurisprudenziale, si caratterizza per una chiara e *prima facie* incontestabile presa di posizione a favore dei diritti fondamentali ed irrinunciabili della popolazione detenuta. Plurime sono infatti le disposizioni costituzionali e legislative che, in ambito statale, delineano l'orizzonte di tutela del soggetto *in vinculis*: dal divieto di esercitare forma alcuna di violenza, fisica e morale, su persone già sottoposte a restrizione di diritti (art. 13, comma 4 Cost.), al principio secondo cui le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27, comma 3 Cost.) ed infine a quello secondo il quale la salute è un diritto fondamentale dell'individuo (art. 32 Cost.). Sebbene si tratti di un confine mobile, in quanto soggetto ad incessante bilanciamento con le altrettanto legittime esigenze di sicurezza sociale, a fare da sfondo a questa costellazione di diritti fondamentali, si pone, quale criterio-guida irrinunciabile, il valore super-primario della dignità dell'Uomo. Si tratta di un valore, quest'ultimo, implicante l'essenza più profonda della condizione umana, della sua concreta esplicazione e del suo divenire: qualsiasi crimine un uomo possa aver commesso, ciò non può giustificare un trattamento penitenziario lesivo delle più basilari, e per questo irrinunciabili, esigenze di vita. Del resto, «quale vantaggio, in termini di tutela di diritti o interessi costituzionalmente protetti, può venire a singoli individui, a gruppi o all'intera collettività dall'umiliazione, dall'oltraggio o dalla perdita di speranza di una vita degna di essere vissuta?»¹⁸.

Interrogativo fecondo di conseguenze, quest'ultimo, a cui il nostro legislatore ha cercato di fornire una risposta (costituzionalmente orientata) con la legge n. 354 del 1975 di riforma dell'ordinamento penitenziario. L'art. 1 della menzionata legge ha affermato che “Il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona”. Non passò, dunque, in secondo piano la novità legislativa che, nel tentativo di dare piena attuazione alla previsione di cui agli articoli 2, 13, c. 4 e 27, c. 3 della Costituzione, introduceva nel circuito penitenziario il concetto costituzionalmente orientato (anzi, imposto) di “dignità”, espressione peraltro non utilizzata dal Costituente negli articoli che specificamente si riferiscono al

¹⁸ G. SILVESTRI, *Prefazione*, in C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO (a cura di), *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, ES, Napoli, 2016, XI.

trattamento dei soggetti *in vinculis*. Tutto ciò portò a rilevare che la riforma penitenziaria del 1975 risultasse essere «la prima legge organica di riforma del sistema penale ispirata al principio della funzione rieducativa della pena»¹⁹, e che «abbandonata la vecchia logica della depersonalizzazione, (...) il legislatore del 1975 (...) ha costruito l'intera disciplina del trattamento in istituto facendola gravitare sulla figura del detenuto (...) quale protagonista attivo e, nel contempo, quale fine ultimo dell'esecuzione penitenziaria, nella prospettiva della rieducazione»²⁰.

Con la riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975, inoltre, riprese vigore il dibattito dottrinario²¹ legato alla formulazione ed all'effettiva portata dell'art. 27, c. 3 della Costituzione, cioè della finalità rieducativa della pena, senso più nobile e profondo della *ratio* detentiva. Tutto ciò, al contempo, determinò l'emersione di un'altra decisiva considerazione sistematica. Ci si riferisce al fondamentale dialogo infra-costituzionale tra la previsione di un trattamento penitenziario ispirato a finalità rieducative e rispettoso del senso di umanità, in cui deve tradursi l'esecuzione della pena, ed il valore della dignità della persona umana, sancito dall'art. 2 della Costituzione. Il principio personalistico, significativamente ribadito, anzi esplicitato, dalla formulazione di cui all'art. 1 della legge n. 354 del 1975²², quale endemico e decisivo collegamento fra dignità del soggetto *in vinculis* e senso di umanità in cui deve consistere l'esecuzione della pena, portò ad affermare che «quando si proclama che il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità ed inoltre assicurare il rispetto della dignità della persona, il significato della norma va oltre il richiamo al senso di umanità (art. 27, c. 3 Cost.) quale misura minima di salvaguardia dell'individuo nella fase esecutiva, in

¹⁹ V. GREVI, *Introduzione. Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in ID. (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Zanichelli, Bologna, 1981, 25.

²⁰ V. GREVI, *Introduzione. Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, cit., 25.

²¹ Come è noto, in dottrina si sono susseguite una serie di ricostruzioni circa la reale portata del dettato dell'art. 27 c. 3 della Costituzione, soprattutto in riferimento alla necessità di tenere distinte l'attività volta a *docere*, l'unica realmente consentita dal nostro ordinamento giuridico in quanto rispettosa della libertà di autodeterminazione di ciascun essere umano, e l'attività di *ducere*, impedita dal vigente assetto costituzionale poiché comportante un intervento invasivo dello Stato sulla personalità dei detenuti. Intervento, quest'ultimo, volto al sinistro scopo della creazione di cittadini-modello, timorosi del momento sanzionatorio e rispettosi della legge intesa come mero susseguirsi di una sanzione ad un comando (non rispettato). Per una visione d'insieme delle problematiche legate all'esegesi dell'art. 27 c. 3 Cost. si rinvia a M. D'AMICO, *sub art. 27*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet Giuridica, Torino, 2006.

²² Nell'ambito della dottrina penalistica si è registrato un significativo interessamento al problema inerente il rispetto del contenuto essenziale dei diritti umani, ed in particolare della dignità, anche in fase di esecuzione della sanzione penale, a partire dagli studi di Vittorio Grevi (*ex multis*, si rinvia a V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1976), con i quali (ed a partire dai quali) si è delineata una netta inversione di tendenza rispetto alle precedenti ricostruzioni ermeneutiche volta ad analizzare tutte le possibili potenzialità esplicative del principio personalista in ambiente penitenziario. Valore, quest'ultimo, su cui anche la dottrina strettamente costituzionalistica, almeno a partire dagli anni duemila, ha focalizzato la propria attenzione. Importanti sono infatti gli studi effettuati in materia, tra gli altri, da Marco Ruotolo ed Andrea Pugiotto. In particolare, il riferimento è a M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2002, e ad A. PUGIOTTO, *Ergastolo e democrazia. Relazione tenuta a Roma il 2 ottobre 2012*, reperibile in www.antonioacasella.eu.

aggiunta alla garanzia della sua dignità personale, manifestandosi invece nel proposito di porre la persona del detenuto decisamente al centro del sistema penitenziario»²³.

Tuttavia, a fronte delle considerazioni sinora svolte, si deve segnalare la persistente difficoltà, incontrata soprattutto dalla magistratura di sorveglianza, di dare piena attuazione ai valori costituzionali in ambito penitenziario. Una criticità tanto significativa da spingere una parte della dottrina ad affermare che la nostra Carta Fondamentale «è attuale per i valori che propone, ma non è attuata per il modo con cui sono tradotti nella realtà»²⁴. La vera questione rimane quella legata alla problematicità applicativa di un'operazione di piena rigenerazione del sistema dell'esecuzione penale in senso costituzionalmente orientato, principalmente dovuta alla scarsità delle risorse economiche disponibili ed allo strutturale sovraffollamento degli istituti penitenziari. Del resto, già nel 1975 si prendeva atto che, a fronte di un dettato costituzionale chiaro e ineludibile, nella realtà, nella vita quotidiana all'interno degli istituti penitenziari, i valori costituzionali stentavano ad affermarsi. E ciò contribuiva ad alimentare la concezione del carcere come «*infelix insula*, sottratta all'influenza della normativa costituzionale»²⁵ e popolata da «cittadini di secondo grado»²⁶ «condannati ad una sorte di morte civile e dunque, secondo il modello di prigioniero elaborato già da Alexis De Tocqueville, all'isolamento totale dal resto del mondo e dagli stessi altri prigionieri»²⁷. In tal senso, si registrava una situazione drammatica in cui gli istituti penitenziari continuavano ad essere «luoghi di extraterritorialità giuridica»²⁸, refrattari alla sottoposizione (costituzionalmente cogente) alle regole dello Stato di diritto.

Porre rimedio alle condizioni in cui tutt'oggi versano gran parte degli istituti di reclusione italiani (situazione denunciata e condannata anche a livello europeo, a partire dalla nota sentenza Torreggiani del 2013²⁹) risulta impresa oggettivamente difficoltosa, a causa delle ragioni *supra*

²³ V. GREVI, *Introduzione. Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, cit., 24,

²⁴ G. M. FLICK, *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale fra speranza e delusione*, in *www.rivistaaic.it*, 2018, 7.

²⁵ V. GREVI, *Introduzione. Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, cit., 24.

²⁶ F. MODUGNO, *L'ordinamento militare è in estinzione*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet, I, Amministrazione e organizzazione*, Giuffrè, Milano, 1987, 452.

²⁷ A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale*, cit., 15. L'Autore richiama l'opera di A. DE TOCQUEVILLE, G. DE BEAUMONT, *On the penitentiary System in the United States and its application in France*, Philadelphia, 1843, spec. 43 ss., 79 ss.

²⁸ E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Il Mulino, Bologna, 1980, 155.

²⁹ Corte europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. II, Torreggiani e altri c. Italia, 8 gennaio 2013. Come è noto, la Corte EDU ha condannato – all'unanimità – l'Italia per la violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, in quanto, preso atto dello stato strutturale di sovraffollamento delle carceri italiane, i giudici di Strasburgo hanno rilevato che «la carcerazione non fa perdere al detenuto il beneficio dei diritti sanciti dalla Convenzione. Al contrario, in alcuni casi, la persona incarcerata può avere bisogno di una maggiore tutela proprio per la vulnerabilità della sua situazione e per il fatto di trovarsi totalmente sotto la responsabilità dello Stato. In questo contesto, l'articolo 3 pone a carico delle autorità un obbligo positivo che consiste nell'assicurare che ogni prigioniero sia detenuto in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, che le misure di esecuzione della misura non sottopongano l'interessato ad uno stato di sconforto né ad una prova di intensità che ecceda l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione e che, tenuto conto delle esigenze pratiche della reclusione, la salute e il benessere del detenuto siano

evidenziate. Tuttavia, si registrano significative previsioni legislative (anche a livello nazionale) che, unitamente ai più recenti indirizzi ermeneutici affermatasi in ambito sovranazionale in tema di tutela dei diritti della popolazione detenuta, attestano un'attenzione sempre crescente nei confronti della vita *intra moenia*.

3.1 (segue) *Il principio personalistico ed il valore-guida della dignità*

L'art. 2 della Costituzione afferma solennemente che la Repubblica riconosce (ribadendone, implicitamente, la "naturale" origine e primazia) e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo (*uti singuli*), sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (come si suol dire, *uti cives*). Un'enunciazione di principio, quest'ultima, intimamente connessa, in quanto costituente la relativa ragione giustificatrice, con l'elevazione del principio personalista a cardine dell'intera impalcatura costituzionale, tanto che, in dottrina, non è mancato chi ha affermato che esso possa essere considerato «il principio, come ciò che sta appunto all'inizio e, ad un tempo, alla fine del percorso costituzionale che con esso si apre e in esso circolarmente si chiude, perfezionandosi e da sé medesimo giustificandosi»³⁰. Questa capacità autogiustificativa ed autolegittimante del principio personalista, idonea a qualificarlo come vera e propria colonna portante dell'intero edificio costituzionale, si pone, ad un tempo, come il decisivo parametro di riferimento di ogni operazione volta ad accertare il «volto costituzionale»³¹ di una determinata norma.

In ragione della suddetta incisività sistematica, lo stesso usuale riferimento all'art. 2 della Costituzione quale luogo espressivo del principio personalista «può tutt'al più valere a connotare la norma che più e meglio di ogni altra concorre (ma è, appunto, un concorso) a dare l'indicazione del principio ma che certo non è la sola...»³². Se dunque, come più volte ribadito dalla Corte costituzionale³³, il principio personalista contribuisce a configurare come fine ultimo dell'organizzazione sociale lo sviluppo di ogni singola persona umana, allora esso non può che

assicurati adeguatamente». Copiosa è la letteratura sulla sentenza Torreggiani: *ex multis*, si rinvia a 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 www.penalecontemporaneo.it, 9 gennaio 2013; P. ZICCHITTU, *Considerazioni a margine della sentenza Torreggiani c. Italia in materia di sovraffollamento delle carceri*, in *Quad. cost.*, 2013, 161 ss.; M. MONTAGNA, *Art. 3 Cedu e sovraffollamento carcerario. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il caso dell'Italia*, in www.federalismi.it; G. TAMBURRINO, *La sentenza Torreggiani e latrì della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, 11 ss.; R. CONTI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul sovraffollamento carcerario e i diritti dei detenuti*, in *Fine pena: mai? Diritti della persona e criticità del sistema penitenziario. Prospettive di riforma (Incontro di studi in memoria di Rosario Livatino)*, Agrigento, 20-21 settembre 2013.

³⁰ A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in www.federalismi.it, 28 agosto 2013, 3.

³¹ L'espressione richiama il titolo del contributo di A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, cit.

³² A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, cit., 2013, 3.

³³ *Ex multis*, v. sent. Corte cost. n. 167 del 1999.

richiedere una puntuale attuazione anche (se non soprattutto) in sede penitenziaria. In altri termini, a prescindere dalla riconducibilità del carcere nell'ambito delle formazioni sociali di cui parla l'art. 2 della Costituzione³⁴, il trattamento penitenziario non può prescindere dal riconoscimento e dalla effettiva garanzia di quei diritti inviolabili dell'uomo che non si pongano in rapporto di incompatibilità con le esigenze di ordine e di sicurezza imposte dalla vita carceraria. Del resto, anche recentemente³⁵, la Corte costituzionale ha rimarcato che “la tutela costituzionale dei diritti fondamentali opera anche nei confronti di chi è stato sottoposto a legittime restrizioni della libertà personale, sia pure con le limitazioni imposte dalla particolare condizione in cui versa”.

Pertanto, emerge la decisività e la pregnanza del concetto di contro-limite recentemente elaborato dalla dottrina³⁶: benché non si possa negare che alcune situazioni giuridiche soggettive subiscano, endemicamente, una (talvolta tangibile) limitazione al momento del trapasso dalla condizione di persona libera a quella di (pur sempre) persona-detenuta, vi è un limite oltre il quale siffatta restrizione non può spingersi, dato dall'altrettanto necessario ed irrinunciabile rispetto della dignità umana³⁷. In altri termini, «nei confronti dei detenuti con la libertà personale verrebbe limitata, ma mai integralmente soppressa, tutta la costellazione di libertà collaterali»³⁸, lasciando impregiudicato il nucleo duro di alcuni diritti fondamentali che non si pongono in una situazione di incompatibilità con lo *status detentionis* ma che, anzi, richiedono una più spiccata ed attenta tutela proprio in virtù dell'assoggettamento allo stesso. Tra questi, indubbiamente, rientra il diritto alla salute: la situazione denunciata, nel caso di specie, si riferisce alla necessità ed alla convenienza di trattenere in carcere un soggetto gravemente malato a fronte di un disegno costituzionale e di un impianto legislativo che, tutt'al contrario, impongono di tutelare la salute e di rispettare la dignità con cui qualsiasi persona umana affronta un percorso di malattia, di riabilitazione e di sofferenza e che, nella maggioranza dei casi, non può essere garantita in ambiente carcerario. Proprio la

³⁴ Questione, quest'ultima, dibattuta e tutt'oggi contesta in ambito dottrinale. Per la soluzione affermativa, A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, cit., 5, laddove l'Autore afferma che «anche il carcere è, a suo modo, una formazione sociale dove la personalità del detenuto non va disintegrata».

³⁵ In tal senso, Corte cost. n. 20 del 2017, la quale riprende e sviluppa un precedente indirizzo ermeneutico affermato nella sentenza Corte cost. n. 114 del 1979, in cui si diceva che “al detenuto deve essere riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive, e garantita quella parte di personalità umana che la pena non intacca”. Sulla nozione di contro-limiti, pregnante e decisiva, elaborata da A. BONOMI, in *Status del detenuto e ordinamento costituzionale, passim* (v. paragrafo precedente).

³⁶ Il riferimento è ovviamente ad A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale*, cit., 373 ss.

³⁷ Oltre, s'intende, a quei diritti che il cittadino-detenuto acquista in relazione alla sua speciale condizione di persona privata della libertà, tra cui il diritto alla salute. Per approfondimenti legati alla tematica della dignità umana e delle sue ripercussioni sul diritto alla salute del soggetto *in vinculis* si rimanda a M. LUCIANI, *Salute. I) Diritto alla salute – dir. Cost.*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Treccani, Roma, 1991; G. M. FLICK, *Elogio della dignità (se non ora, quando?)*, in *www.rivistaaic.it*, 21 novembre 2014, *passim*; G. M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 2012 e in *www.dirittopenitenenziarioecostituzione.it*, 2014.; A. RUGGERI, *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *www.giurcost.org.*, fasc. II, 2018, *passim*; V. BALDINI, *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, in *www.dirittifondamentali.it*, 1/2013, *passim*.

³⁸ A. MALINVERNI, *Esecuzione della pena detentiva e diritti dell'individuo*, in *L'Ind. Pen.*, 1973, 19 s.

previsione di cui all'articolo 2 della Costituzione pone fra i principi fondamentali dell'assetto costituzionale il riconoscimento (perché già *naturaliter* esistenti) e la garanzia dei diritti inviolabili nel loro contenuto essenziale, da cui non può essere escluso (ed anzi, come visto, ne costituisce l'acme) quello che è stato definito come «punto archidemico» dell'ordinamento, e cioè la dignità dell'uomo³⁹. Pertanto, in quanto pietra angolare dell'intera costruzione ordinamentale, la dignità non può essere negata ed anzi deve essere con vigore riaffermata nel suo nucleo duro, in relazione al diritto di potersi curare con le modalità più opportune ed in luogo consono al rispetto della sofferenza inscindibilmente legata alla condizione patologica. Se il carcere dovesse aggravare la degenza ovvero il naturale evolversi, in senso peggiorativo, della patologia, allora toccherebbe all'autorità giudiziaria valutare la possibilità di concedere il differimento facoltativo (od obbligatorio, *ex art. 146 c.p.*) della pena *ex art. 147, c. 1, n. 2, c.p.* (anche nelle forme della detenzione domiciliare, *ex art. 47, c.1-ter Ord. Pen.*) ovvero la detenzione domiciliare “umanitaria” *ex art. 47 c. 1-ter Ord. Pen.*. Nel far ciò, il Tribunale di sorveglianza dovrà utilizzare come parametro fondamentale di giudizio proprio il principio personalistico ed il criterio-guida della dignità dell'uomo, anche del più efferato criminale, optando – in vista di un'esegesi costituzionalmente e convenzionalmente conforme – per un'interpretazione estensiva del requisito della “grave infermità fisica”. Tuttavia, una parte della dottrina ha rilevato la mancanza di una criteriologia in grado di limitare la discrezionalità del Giudice di sorveglianza in materia di accertamento degli stati patologici rilevanti ai fini della concessione del differimento della pena con ulteriore, opportuno ed improcrastinabile, chiarimento circa i rapporti fra quest'ultimo istituto e quello della detenzione domiciliare umanitaria (di cui all'*art. 47-ter, c.1-ter Ord. Pen.*), la cui applicazione risulta legata ad un giudizio di pericolosità sociale e di *chances* rieducative conservate dal detenuto⁴⁰.

Nelle ricostruzioni ermeneutiche proposte da un consistente filone dottrinale, la dignità assurge ad «assoluto costituzionale»⁴¹ ovvero «a criterio di bilanciamento di valori, senza che essa stessa sia suscettibile di riduzioni per effetto di un bilanciamento. Essa infatti non è effetto di un bilanciamento, ma è la bilancia medesima»⁴². Del resto, è stato osservato che «si è troppo spesso portati a ridurre le indicazioni fornite dalla nostra Carta costituzionale con riferimento alla situazione detentiva all'ambiguo concetto della funzione rieducativa. L'indicazione più forte a me pare, invece, (...) quella proveniente dal valore del libero sviluppo della personalità, espressione prima del principio supremo di libertà-dignità»⁴³. Assunta, dunque «ad autentico valore

³⁹ A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime nozioni)*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1992, 224 s.

⁴⁰ In tal senso, con grande precisione, A. MARTUFI, *Il differimento facoltativo della pena per grave infermità fisica: tra orizzonte di scopo della pena carceraria e dignità del detenuto*, in www.giurisprudenzapenale.com, 2017, *passim*.

⁴¹ G. SILVESTRI, *Prefazione*, cit., X.

⁴² G. SILVESTRI, *La dignità umana*, cit., 1181.

⁴³ M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, ES, Napoli, 2014, 6.

supercostituzionale», idoneo a dar «senso e giustificazione all'intera Carta repubblicana»⁴⁴, la dignità «assume la funzione di sostegno esterno dell'ordinamento, di fonte di legittimazione della sua validità»⁴⁵. Intesa come «dote indisponibile»⁴⁶, in nessun caso si può imporre alla persona, anche a quella *in vinculis*, il sacrificio (seppure parziale) della sua dignità, pena il venir meno del «volto costituzionale» dell'ordinamento stesso, incapace di riconoscersi e di autolegittimarsi. Ed il rispetto del contro-limite fondamentale della dignità umana deve essere affermato non solo in presenza di una patologia implicante un pericolo per la vita della persona, ma anche con riferimento «ad ogni stato morboso o scadimento fisico capace di determinare un'esistenza al di sotto della soglia di dignità che deve essere rispettata pure nella condizione di restrizione carceraria»⁴⁷. Infatti, anche per il detenuto, «sebbene responsabile di un reato, sebbene limitato nella propria libertà personale, sebbene recluso in carcere, vale, come per tutti i cittadini, la pari dignità sociale»⁴⁸.

Tuttavia, è noto che la tesi della non bilanciabilità della dignità umana, in quanto valore supercostituzionale e fonte di legittimazione della validità dell'impalcatura ordinamentale, è stata sottoposta a critiche da un'altra parte della dottrina che, ragionando a partire dalla formulazione letterale di alcune disposizioni della Carta fondamentale, in particolare dell'art. 27 Cost., ha rilevato che sarebbe lo stesso testo costituzionale a richiedere che la dignità possa bilanciarsi con altri valori di pari rango⁴⁹. A ciò, però, è stato obiettato che, benché l'esito da ultimo evidenziato sia facilmente riscontrabile nella realtà quotidiana dell'esperienza penitenziaria, nondimeno ciò che è previsto a livello costituzionale (e cioè la non bilanciabilità del nucleo duro del valore-guida della dignità) non può essere confuso con le distorsioni applicative che esso ha conosciuto nel corso degli anni. E, in ogni caso, «anche ad ammettere che la dignità sia un bene soggetto come tutti gli altri al bilanciamento, non si può negare che ad essa debba essere riconosciuta una posizione di assoluta

⁴⁴ A. RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salenti esperienze della giustizia costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 18 maggio 2017, 5.

⁴⁵ G. SILVESTRI, *La dignità umana*, cit., 1181.

⁴⁶ M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., 6.

⁴⁷ Corte Cass., sent. 5 giugno 2017, n. 27766 relativa al cosiddetto «caso Riina». Considerazioni analoghe, sfocianti però in soluzioni opposte, sono contenute nella sentenza della Suprema Corte n. 1568/2017 relativa alla richiesta di differimento della pena avanzata dal super-detenuto Francesco Barbaro: in tal caso, l'organo di nomofilachia, all'esito di un complesso bilanciamento fra il diritto alla salute del recluso e le antagoniste esigenze di pubblica sicurezza, ha optato per l'annullamento dell'ordinanza n. 630/2016 con la quale il Tribunale di Sorveglianza di Bologna aveva rigettato la richiesta del detenuto di ottenere il differimento della pena, invitando la medesima autorità giudiziaria a rimeditare la concessione della soluzione «umanitaria» invocata dal ricorrente a causa del complicato quadro patologico dallo stesso sofferto. Tuttavia, non ci si può esimere dal sottolineare che la menzionata decisione della Corte Cass. ha avuto seguito: lo scorso 1 novembre 2018, il detenuto è deceduto in carcere.

⁴⁸ F. SORRENTINO, *Eguaglianza*, Giappichelli, Torino 2011, 30.

⁴⁹ Tesi, quest'ultima, che, come è noto, si deve a Massimo Luciani, il quale si chiede come possa al contrario ritenersi compatibile con la previsione costituzionale della istituzione carceraria con la non bilanciabilità del super-valore della dignità umana. Per la ricostruzione del pensiero dell'Autore si rinvia a M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Quest. giust.*, n. 1/2015, 91.

primazia in sede, appunto, di bilanciamento»⁵⁰. Tutto ciò deve essere riaffermato, a maggior ragione, se si accoglie la nota distinzione dottrinale fra dignità innata e dignità acquisita⁵¹: se la seconda, in quanto frutto delle azioni umane, può essere conquistata ovvero perduta, la prima spetta a ciascun individuo in quanto tale, a prescindere dai suoi meriti ovvero demeriti. Se la dignità non è dunque legata a particolari meriti personali, ma, in quanto attributo innato ed essenziale, va riconosciuto ad ogni essere umano, allora deve essere ribadita la soluzione ermeneutica accolta dalla Corte costituzionale, la quale, con la sentenza n. 349 del 1993⁵², ha rilevato che “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”⁵³. Evidenziato il legame fra libertà della persona e dignità, ne discende che «non può esservi dignità senza libertà e viceversa», fermo restando che il detenuto «conserva la propria dignità, il diritto al rispetto di essa, la propria libertà morale, anche (anzi, soprattutto) quando la sua libertà finisce o la sua capacità di autodeterminazione siano ristrette in modo illegittimo o legittimo (in quest’ultimo caso, per la parte di libertà residua e compatibile con un legittimo stato di detenzione ...)»⁵⁴.

La tutela della salute e della dignità del detenuto malato, impossibilitato, come lamentato dal ricorrente, a curarsi in modo adeguato all’interno dell’istituto penitenziario, si configura come un dovere dello Stato-apparato il cui adempimento non può (almeno in linea teorica) essere condizionato dalle difficoltà strutturali e dalla scarsità di risorse economiche con cui, tuttavia, il sistema penitenziario italiano è costretto a confrontarsi. Per di più, la tutela della salute e della dignità del recluso, quantomeno nel loro contenuto essenziale, non possono e non devono risultare subordinate rispetto a (talvolta, soltanto presunte) esigenze securitarie e processuali. Infatti, come

⁵⁰ A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale*, cit., in particolare 107 ss.

⁵¹ Espressione, utilizzata da M. RUOTOLO in *Dignità e carcere*, cit., *passim* e che l’Autore riprende da L. GORMALLY, *La dignità umana: il punto di vista del cristiano e quello del laicista*, 2002.

⁵² La sentenza n. 349 del 1993, assieme alle pronunce nn. 26/1999, 20/2017 e 122/2017) costituisce una pietra angolare nella produzione della Consulta in materia anche per un altro (rilevantissimo) motivo: per mezzo della stessa la Corte costituzionale ha definitivamente abbandonato la tesi della c.d. supremazia speciale, secondo la quale i diritti dei detenuti potevano subire un significativo arretramento in applicazione della c.d. *Innenrecht*, e cioè dalla norma interna (regolamento dell’amministrazione penitenziaria) non riconducibile all’attività dell’organo legislativo, non vincolante nei confronti degli altri cittadini ed in linea di massima non sindacabile per violazione dei diritti fondamentali. Tuttavia, come è facile immaginare, spesso la *Innenrecht* si traduceva in una situazione di sostanziale *Unrecht*, prendendo in prestito la classica definizione di Radbruch. Volgendo lo sguardo al di là dei confini nazionali, si deve evidenziare che la dottrina della supremazia speciale è stata abbandonata soltanto di recente dal Tribunale costituzionale spagnolo, con la decisione n. 57 del 2004.

⁵³ Indirizzo ermeneutico, quest’ultimo, recentemente confermato dalla Corte costituzionale con le sentenze nn. 20 e 122 del 2017. Come acutamente sottolineato da A. BONOMI in *Status del detenuto e ordinamento costituzionale*, cit., 73, nt. 160, detto principio, ripetutamente affermato dalla Consulta, sembra rifarsi – anche letteralmente – ad una frase contenuta nell’articolo del 1972 di A. MALINVERNI, *Esecuzione della pena detentiva e diritti dell’individuo*, in *Ind. Pen.*, «assolutamente identica in effetti a quella utilizzata dalla Corte».

⁵⁴ G. M. FLICK, *Elogio della dignità*, cit., 25.

recentemente ribadito dalla Consulta (v. sentenza n. 143 del 2013)⁵⁵, allorché ad essere intaccato sia il nucleo irrinunciabile della dignità umana ogni altra (ed antagonista) esigenza deve recedere, mentre, laddove si prescinda da una lesione diretta dello stesso, è necessario procedere ad un'opera di bilanciamento fra il rispetto della dignità del detenuto, *sub specie* del diritto a godere di cure mediche adeguate, e l'altrettanto costituzionalmente rilevante valore di sicurezza sociale.

4. Gli articoli 13, comma 4, e 27, comma 3, della Costituzione: il divieto di pene contrarie al senso di umanità ed il principio rieducativo

L'edificio costituzionale si compone di alcuni altri fondamentali principi inerenti la pena ed involgenti importanti conseguenze circa il momento esecutivo della stessa. Se il valore-guida della dignità della persona umana informa di sé l'intero ordinamento giuridico, vi sono, però, almeno altri due principi fondamentali riguardanti la necessità di conservare il contro-limite del senso di umanità anche in sede di restrizione di gran parte dell'impianto delle libertà riconosciute dal Titolo primo, Parte Prima della Costituzione. Il riferimento è, come è noto, all'art. 13, c. 4, secondo il quale “è punita ogni forma di violenza, fisica e morale, sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà”, e, soprattutto, all'art. 27, c. 3, a detta del quale “le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”.

Svolgimento ed esplicazione del super-principio della dignità in sede sanzionatoria, si tratta di due articoli legati da un filo rosso mai reciso, idoneo a costituire un sicuro baluardo contro qualsiasi esecuzione sanzionatoria lesiva del contenuto essenziale della dignità del detenuto. Il soggetto *in vinculis*, infatti, vede legittimamente limitate gran parte delle libertà espressamente riconosciute a livello costituzionale e godute da qualunque persona: è conseguenza necessitata ed endemica della condizione carceraria la compressione (se non la totale soppressione, come, ad esempio, nel caso della libertà di circolazione *ex art.* 16 Costituzione) di determinate situazioni giuridiche soggettive. Tuttavia, anche la limitazione di talune libertà non può tradursi in una totale soppressione delle stesse (ad eccezione, del caso particolare legato, come *supra* evidenziato, della libertà di circolazione) ed in un indebito annullamento della personalità del detenuto. Proprio la circostanza che la pena (in questo caso quella detentiva, ma si noti l'uso del plurale da parte del nostro Costituente) debba *ducere*, cioè tendere alla rieducazione del condannato per meglio garantirne un proficuo reinserimento sociale, e non *docere*, nel senso *supra* richiamato, rileva la stretta correlazione con il divieto di esercitare forma alcuna di violenza, fisica e morale, su un soggetto già di per sé sottoposto a restrizioni di libertà. Si ritiene, infatti, che l'art. 13, c. 4 della Costituzione sia

⁵⁵ V. MANES, V. NAPOLEONI, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di «carcere duro»: nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, in www.penalecontemporaneo.it, 4/2013.

stato spesso trascurato e poco valorizzato nelle sue conseguenze applicative⁵⁶: ponendo un divieto che riecheggia anche nelle principali convenzioni internazionali in materia di diritti fondamentali, non è mancato chi ne abbia messo in luce la natura di vera e propria norma di diritto internazionale consuetudinario⁵⁷. La menzionata ricostruzione ermeneutica contribuisce così a configurare l'art. 13, c. 4 Cost., nonostante la sua ampia e, per certi versi, generica formulazione, quale sostrato e premessa irrinunciabile per una corretta interpretazione dell'art. 27, c. 3 Cost. . In altri termini, l'art. 13, c. 4 Costituzione avrebbe una «natura servente» rispetto, in modo particolare, all'art. 27, c. 3 della Cost.⁵⁸, in quanto, da un lato, prescrivendo la punizione di chiunque ponga in essere atti di violenza ne garantisce, ad un tempo, la concreta attuazione e, dall'altro, impedisce che l'esegesi della funzione rieducativa della pena possa essere piegata ad una logica correzionale giustificatrice di forme di violenza e di tortura finalizzate alla redenzione morale del condannato.

Osservando più da vicino la previsione di cui all'art. 27, c. 3 della Costituzione, dopo un'iniziale incertezza ricostruttiva legata alla mancata esplicitazione della necessità di una pena rispettosa della dignità del detenuto (si noti l'uso più prudente dell'espressione “senso di umanità” in luogo del super-valore della dignità), si deve osservare che tale disposizione «non rappresenta un'autorizzazione a degradare immotivatamente la libertà del detenuto purché se ne rispetti la soglia minima di umanità, bensì mira a ribadire che una funzionalizzazione delle limitazioni delle libertà non può mai violare i fondamenti dello Stato di diritto e dell'ordinamento costituzionale»⁵⁹. Pertanto, il precetto costituzionale vieta al legislatore (e, di conseguenza, anche all'Amministrazione penitenziaria in sede esecutiva) di prevedere delle pene che offendano e vituperino la dignità delle persone nonché quelle sanzioni che compromettano o pongano in pericolo la salute del detenuto (quale diritto fondamentale dello stesso, *ex art. 27, c. 3 della Costituzione*).

Alla luce della considerazione appena svolta, l'esigenza di soddisfare la pretesa punitiva (legittimamente coltivata dalle vittime) recede, però, dinanzi al contro-limite rappresentato dalla necessità di tutelare il contenuto essenziale dei diritti fondamentali dei detenuti, tra cui spicca indubbiamente quello alla salute. Come affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 165 del 1996, il divieto di “trattamenti contrari al senso di umanità” di cui all'art. 27, c. 3 si configura quale “principio di civiltà”, ed è pertanto evidente che in un'operazione di bilanciamento fra l'interesse a soddisfare la pretesa punitiva ed il fondamentale diritto alla salute, sarà il secondo a

⁵⁶ Non a caso ne è stata messa in luce la natura “servente” rispetto ad altre statuizioni costituzionali. Tesi, quest'ultima, che, come è noto, risale a L. ELIA (cfr. ID., *Le misure di prevenzione fra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964, 938 ss.) ed è stata recentemente ripresa da GIUL. SERGES, *Il diritto a non subire tortura ovvero: il diritto di libertà dalla tortura*, in *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, S. TALINI, M. RUOTOLO (a cura di), ES, Napoli, 2017.

⁵⁷ A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, Jovene, Napoli, 2015, *passim*.

⁵⁸ In tal senso, G. SERGES, *Il diritto a non subire tortura ovvero: il diritto di libertà dalla tortura*, cit., il quale, come *supra* evidenziato, si rifà espressamente alla nota impostazione di L. ELIA (*Le misure di prevenzione fra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, cit.), sviluppandone il pensiero ed aggiungendovi il riferimento alla natura servente dell'art. 13 c. 4 non solo rispetto agli artt. 25, 30 e 32 Cost. ma anche all'articolo 27, c. 3 e 28 Cost.

⁵⁹ A. TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2012, 222.

prevalere, nelle forme della sospensione ovvero del differimento dell'esecuzione della sanzione penale. Se, cioè, «in uno Stato di diritto il dovere di dare effettività alla sanzione penale non è un'esigenza slegata da qualsiasi vincolo, ma può e deve recedere innanzi alla necessità di tutelare i diritti fondamentali del condannato»⁶⁰, risulta ragionevole la decisione della Corte di Cassazione di accogliere l'istanza del ricorrente volta ad ottenere il differimento della pena in quanto la situazione detentiva dello stesso, a causa delle plurime patologie da cui è affetto, risulta realmente incompatibile con la possibilità di curarsi adeguatamente in carcere e di conservare un livello minimo di dignità nell'affrontare la malattia e le restrizioni penitenziarie. Del resto, il rapporto tra il criterio-guida della dignità e la finalità rieducativa della pena, vero e proprio obiettivo della detenzione carceraria, può essere letto in termini di *aut simul stabunt aut simul cadent*: la tutela della salute non rientra in una fase particolare di un determinato programma rieducativo, ma «godere di buona salute è il presupposto per la risocializzazione»⁶¹. La salute, nel suo contenuto essenziale, non è un bene soggetto a restrizioni a fronte di esigenze legate all'esecuzione della pena (come l'impossibilità di garantire un adeguato trattamento sanitario in ambiente penitenziario) né può essere negoziato con altri valori, data la naturale preminenza della protezione dell'integrità psico-fisica del soggetto (anche di quello *in vinculis*) rispetto a qualunque altra esigenza (anche collettiva)⁶².

5. L'articolo 32 della Costituzione ed il diritto alla salute del detenuto nell'istituto penitenziario

Non può esservi rieducazione senza aver previamente garantito il rispetto del limite invalicabile della dignità umana, diretta espressione di quel principio personalista che involge l'intera trama costituzionale. Pertanto, se la dignità deve essere intesa anche come possibilità per il soggetto *in vinculis* di affrontare opportunamente e adeguatamente un percorso terapeutico, conviene ora soffermarsi sulle concrete possibilità di assistenza sanitaria offerte dagli istituti penitenziari. Ad imporre la congruità e l'adeguatezza delle prestazioni medico-sanitarie elargite in ambiente carcerario è proprio la necessità di assicurare il rispetto, anche in una situazione di endemica restrizione, della dignità di ogni essere umano, ossia di un valore che non tollera riduzioni e che fonda l'irrinunciabile «diritto ad un'esecuzione della pena non disumana»⁶³. Del resto, un istituto di

⁶⁰ A. TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, cit., 216 s.

⁶¹ M. CAREDDA, *La salute ed il carcere. Alcune riflessioni sulle risposte ai bisogni di salute della popolazione detenuta* in www.costituzionalismo.it, 2015., 7

⁶² In tal senso, M. CAREDDA, *La salute ed il carcere. Alcune riflessioni sulle risposte ai bisogni di salute della popolazione detenuta*, cit., 7.

⁶³ M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, cit., 6, il quale ha più volte sottolineato che suddetto diritto ad un'esecuzione della pena non disumana si configuri come «diritto ad avere diritti in ambito penitenziario», sviluppando la generale riflessione sui rapporti fra libertà, dignità e diritti offerta da S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

detenzione che privi i detenuti del minimo supporto, tra cui soprattutto un livello minimo ed indispensabile di trattamento sanitario, è incompatibile con il concetto basilare di dignità umana e, come peraltro già proclamato dalla letteratura⁶⁴, non può trovare accoglimento all'interno di uno Stato di diritto.

Proprio il “fondamentale diritto” alla salute risulta essere a rischio di neutralizzazioni esplicative in ambiente carcerario, stante anche la scarsità di risorse economiche disponibili ai fini di una sua più tangibile ed estesa realizzazione. Eppure, il diritto alla salute (sancito, come è noto dall'art. 32 della Carta fondamentale), si configura quale valore costituzionale di assoluta primazia in quanto riconducibile all'integrità psico-fisica di ogni persona, anche del soggetto ridotto in *status detentionis*. Pertanto, se lo stesso non potrebbe (almeno in linea teorica) subire i condizionamenti che il legislatore incontra nella ripartizione delle risorse finanziarie (spesso insufficienti) delle quali dispone, tuttavia si deve prendere atto di una situazione pratica in cui le esigenze della finanza pubblica finiscono per influire, in senso restrittivo, anche sulla legittima pretesa del detenuto a far valere il nucleo irriducibile del proprio diritto alla salute. Uno stato di fatto non risolto né dall'attribuzione al S.S.N. del compito di erogare prestazioni sanitarie in ambiente carcerario né dalla recentissima riforma della medicina penitenziaria⁶⁵. Anzi, reso ancor più grave dalla circostanza che quando si parla del diritto alla salute ci si riferisce ad una situazione giuridica soggettiva attiva protetta dalla Costituzione come esplicazione fondamentale (ed irrinunciabile) della dignità umana. Certo, si potrebbe obiettare che, con specifico riferimento alla posizione del detenuto, viene in rilievo un'altrettanta legittima esigenza, quella alla pubblica sicurezza, idonea a determinare in concreto un ridimensionamento della fruizione del diritto *de qua*, «anzitutto in ordine alla possibilità di scegliere il luogo della cura», scelta che è effettuata dall'amministrazione penitenziaria e dall'autorità giudiziaria «tenendo conto proprio delle esigenze di sicurezza nonché dell'adeguatezza o meno del servizio sanitario penitenziario rispetto al caso concreto»⁶⁶. Accertata la particolare estensione ed operatività (in senso restrittivo) del limite delle esigenze di sicurezza nei confronti del diritto alla salute del detenuto, si deve ribadire che, se pure quest'ultimo non può avanzare la pretesa ad ottenere la scarcerazione per poter curare patologie in riferimento alle quali

⁶⁴ Il riferimento è a F. DOSTOEVSKIJ, *Memorie di una casa morta*, Feltrinelli, opera nella quale l'illustre scrittore russo afferma che «il grado di civilizzazione di una società si misura dalle sue prigioni». Pensiero, quest'ultimo, poi ripreso e perfezionato dal medesimo Autore in *Delitto e castigo*, Feltrinelli.

⁶⁵ In particolare, il d.lgs. 123/2018 (di attuazione della legge delega n. 103/2017) conferma l'operatività del Servizio Sanitario Nazionale in ambiente penitenziario, ampliando le garanzie dei reclusi attraverso la modifica della disciplina della visita medica generale all'ingresso nell'istituto (nelle previsioni legislative, più approfondita ed accurata), l'estensione dei trattamenti medico-sanitari che il detenuto può richiedere a proprie spese (in particolare, si registra l'inclusione della possibilità di ricorrere ad interventi chirurgici all'interno dei reparti clinici presenti nel carcere, previo accordo con la ASL competente), la previsione di controlli, effettuati dal personale medico-sanitario della ASL territorialmente competente, sui detenuti che richiedono accertamenti del proprio stato di salute. Si segnala, tuttavia, la mancata equiparazione tra detenuti affetti da patologie fisiche e detenuti affetti da patologie psichiche: ciò comporta, inevitabilmente, l'impossibilità per i secondi di godere dei benefici a cui sono ammessi i primi, con grave ed inevitabile *vulnus* del loro diritto alla salute.

⁶⁶ M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 40.

l'istituto penitenziario sia in grado di provvedervi in modo congruo ed adeguato, laddove, invece, la situazione clinica del soggetto *in vinculis* dovesse, stante l'aggravamento del quadro patologico, risultare incompatibile con la situazione detentiva, tanto da svilirne la possibilità di conservare una soglia minima di dignità nell'affrontare l'incedere della malattia, la soluzione non potrebbe che essere il ricorso a quegli istituti che differiscono l'esecuzione della pena ovvero concedono la c.d. detenzione domiciliare.

Un istituto, quello del differimento (obbligatorio ovvero facoltativo) dell'esecuzione della pena, «espressivo del principio di umanità che deve ispirare l'esecuzione penitenziaria in forza dell'art. 27 c. 3 della Costituzione (e del più generale afflato personalista che informa di sé l'intero disegno costituzionale)» e che presenta «la natura di rimedio straordinario e residuale, chiamato a limitare la pretesa punitiva statuale nella fase esecutiva rinviandone nel tempo la piena realizzazione»⁶⁷. Tralasciando l'ipotesi del differimento obbligatorio dell'esecuzione della pena, subordinato alla ricorrenza di ipotesi ben tipizzate (*ex art. 146 c.p.*), conviene soffermarsi brevemente sull'istituto del differimento facoltativo (*art. 147, c.1, n.2 c.p.*), in quanto idoneo a porsi in rapporto ossimorico ad un'esecuzione della pena intra-muraria e ad una visione “carcerocentrica”. Esso, infatti, denota il chiaro ed “umanitario” intento del legislatore di inserire nell'ordinamento giuridico uno strumento in grado di bilanciare il diritto ad una pena non disumana con le esigenze di sicurezza sociale soddisfatte dalla detenzione carceraria, dando (ove occorra) la prevalenza al primo.

Come si vede, il compito, affidato al Tribunale di Sorveglianza, di bilanciare due esigenze di primaria importanza per la tenuta dell'ordinamento statale e del suo «volto costituzionale»⁶⁸, è delicato e di non facile risoluzione, anche alla luce della necessità di preservare l'orizzonte di scopo della pena carceraria⁶⁹. Tuttavia, ancora una volta, pur a fronte della impossibilità di trovare una soluzione valida in assoluto e per qualsiasi situazione, si deve riaffermare la centralità del momento interpretativo⁷⁰, con conseguente imposizione di un obbligo motivazionale, in capo all'autorità decidente, particolarmente approfondito ed esaustivo. È necessario, in altre parole, ribadire l'impellenza e la non rinunciabilità di un momento esegetico costituzionalmente orientato, attento alle esigenze di sicurezza collettiva ma non rinunciatario a dare piena attuazione al principio personalista ed al valore-guida della dignità umana. Valutate le condizioni di salute del detenuto, quali emergenti dalla relazione medico-sanitaria effettuata dal personale specializzato, l'Autorità decidente è chiamata a valutare se, nel caso concreto, l'istituzione penitenziaria sia in grado di garantire al soggetto *in vinculis* la possibilità di godere di un trattamento sanitario congruo ed

⁶⁷ A. MARTUFI, *Il differimento facoltativo della pena per grave infermità fisica: tra “orizzonte di scopo” della pena carceraria e dignità del detenuto*, in www.giurisprudenzapenale.com, 2017, 2.

⁶⁸ Nel senso in cui, come *supra* evidenziato, l'espressione è usata da A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in www.rivistaaic.it, 2014.

⁶⁹ Per una meticolosa ricostruzione del fenomeno si rinvia ad A. MARTUFI, *Il differimento facoltativo della pena per grave infermità fisica: tra “orizzonte di scopo” della pena carceraria e dignità del detenuto*, cit., *passim*.

⁷⁰ In tal senso M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., *passim* ed A. MARTUFI, *Il differimento facoltativo della pena per grave infermità fisica: tra “orizzonte di scopo” della pena carceraria e dignità del detenuto*, cit., *passim*.

adeguato, idoneo a non lederne la dignità. In caso contrario, la soluzione costituzionalmente orientata, anzi imposta, non potrà che essere quella di disporre un differimento facoltativo della pena e/o, in subordine, la concessione della detenzione domiciliare (art. 47-ter, c.1-ter, Ord. pen.). Se, infatti, la salute è «un bene non disponibile per restrizione» e, nel suo nucleo duro, «non bilanciabile con qualsivoglia motivo di sicurezza o esigenza processuale»⁷¹, laddove la permanenza in istituto penitenziario risulti non compatibile con il rispetto della dignità umana, sarà dovere, giuridico prima che morale, dell'Autorità giudiziaria quello di concedere al detenuto la possibilità di curarsi adeguatamente *extra-moenia*. Anche perché, come anticipato, la mancanza di dignità priva di contenuto la stessa finalità rieducativa della pena.

Pertanto, in tal senso, non si può che condividere la decisione della Suprema Corte di annullare l'ordinanza con cui il Tribunale di Sorveglianza di Roma aveva confermato lo stato detentivo per il ricorrente, invitando, al contempo, il medesimo Tribunale a rimeditare la possibilità di concedere al detenuto il differimento facoltativo della pena e, in subordine, la detenzione domiciliare (come, poi, in concreto, Dell'Utri ha ottenuto a partire dal Luglio 2018; soluzione, quest'ultima, confermata, con proroga di ulteriori 5 mesi, con ordinanza datata 4 ottobre 2018). Una soluzione, quella dell'organo di nomofilachia, corroborata dalla più recente esegesi dell'art. 32 della Costituzione volta a garantire la tutela non solo dell'integrità fisica del soggetto in *status detentionis* ma anche della sua stabilità e salute psichica, spesso eccessivamente controversa in presenza di un quadro (multi-)patologico di una certa gravità cui dover far fronte in ambiente carcerario (come lamentato, a più riprese, dallo stesso ricorrente).

6. Il diritto sovranazionale e la tutela indiretta della salute del detenuto

La tutela del diritto alla salute e, più in generale, della dignità del detenuto, in quanto valore irrinunciabile e non negoziabile neppure in *status detentionis*, si compone di una serie di chiare e precise prese di posizione, a livello pretorio più che legislativo, anche in ambito sovranazionale. Come anticipato in sede introduttiva, se a livello nazionale le principali fonti in materia presentano una genesi legislativa, a livello europeo ed internazionale si registra una netta predominanza del formante giurisprudenziale, tanto è vero che «la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo non contiene alcuna disposizione espressamente e specificamente dedicata al diritto alla (tutela della) salute»⁷². Tutt'altro, la previsione della necessità di proteggere la salute ricorre allorché la Convenzione ed i Protocolli addizionali individuano delle ragioni idonee ad espandere la potestà coercitiva e la facoltà di ingerenza delle pubbliche autorità.

⁷¹ M. CAREDDA, *Salute e carcere*, cit., 7.

⁷² F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017, ed ora consultabile in A. MASSARO, *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CIE*, Tre-Press, Roma, 2017.

La circostanza che, a livello sovranazionale, si faticò ad individuare una disposizione dal contenuto analogo a quello dell'art. 32 della Costituzione è giustificata dall'impostazione comune affermata al di fuori dei confini nazionali, in ragione della quale gran parte dell'elaborazione legislativa è incentrata sulla sola categoria dei c.d. diritti di prima generazione, mentre costituisce un dato acquisito l'estraneità della categoria dei c.d. diritti sociali rispetto all'impianto originario della Convenzione europea e di gran parte delle altre "Carte dei diritti" internazionali. Essi sono stati oggetto di successiva codificazione, all'interno dei Patti sui diritti civili e politici e del Patto sui diritti sociali, economici e culturali, dando vita, in tal modo, a quella che è stata definita una «marginalizzazione internazionale» dei diritti sociali⁷³.

La delineata carenza di fonti legislative disciplinanti il diritto alla salute in ambito sovranazionale non deve, tuttavia, suggerire un'approssimata tutela dello stesso, data, come si diceva, l'incipiente interpretazione estensiva che dei diritti sociali hanno fornito le Corti sovranazionali, Corte europea dei diritti dell'Uomo *in primis*. Tuttavia, stante il mancato formale riconoscimento della categoria dei diritti sociali all'interno della quale lo stesso rientra, il diritto alla tutela della salute «riceve dalla Corte di Strasburgo una tutela solo indiretta, di riflesso, o "par ricochet", per situazioni nelle quali il pregiudizio alla salute si riflette nella lesione o messa in pericolo di altri diritti garantiti dalla Convenzione»⁷⁴. All'interno di uno scenario normativo poco o per nulla soddisfacente, il diritto alla salute si radica dunque nella previsione di cui agli artt. 2, 3 ed 8 della CEDU: più in particolare, è l'art. 3, inerente il divieto di trattamenti inumani e degradanti, che ha esercitato la maggiore influenza all'interno dei confini nazionali⁷⁵, in ragione della tristemente nota vicenda dell'assoluta inadeguatezza (anche spaziale) dei nostri istituti penitenziari (vicenda che, come è noto, ha portato la Corte EDU a condannare lo Stato italiano nel 2013, con la sentenza Torreggiani ed altri contro Italia)⁷⁶. È proprio grazie a l'«ampia latitudine»⁷⁷ della

⁷³ A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2013, 13.

⁷⁴ F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, cit., 8.

⁷⁵ In tal senso, fondamentale è la pronuncia n. 83 del 2017 della Corte costituzionale, commentata a A. DELLA BELLA, *La Corte costituzionale si pronuncia nuovamente sull'art. 35 ter o. p.: anche gli internati, oltre agli ergastolani, hanno diritto ai rimedi risarcitori in caso di detenzione inumana*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2 maggio 2017.

⁷⁶ La sentenza Torreggiani e altri c. Italia della Corte EDU ha determinato conseguenze importanti e significative (come d'altronde era prevedibile ed, invero, auspicato dai giudici di Strasburgo) anche in ambito nazionale. In particolare, con la sentenza n. 279 del 2013, la Consulta ha avuto modo di chiarire quali siano le ricadute nel contesto nazionale della condanna inflitta dalla Corte EDU nonché delle relative (e plurime) implicazioni sistemiche. Per un'ampia ricostruzione delle ragioni che hanno condotto la Corte di Strasburgo a condannare l'Italia in ragione dello strutturale sovraffollamento carcerario e delle soluzioni ermeneutiche avallate dalla Corte costituzionale per far fronte, nei limiti delle proprie tecniche decisorie e della relativa funzione sistemica, si rinvia, *ex multis*, a C. NARDOCCI, *Il principio rieducativo della pena e la dignità del detenuto: prime risposte tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 279 del 2013*, in *www.rivistaaic.it*, 1/2014, 21 marzo 2014.

terminologia utilizzata dal legislatore sovranazionale nella formulazione del predetto articolo 3 che i Giudici di Strasburgo hanno potuto implementare un'esegesi evolutiva ed estensiva volta a denunciare violazioni del divieto di tortura ovvero modalità esecutive della pena inumane o degradanti.

È evidente che, così come emerso allorquando si è affrontata la questione attraverso l'analisi delle fonti normative *intra-moenia*, l'analisi dell'art. 3 della CEDU rivela il perseguimento della medesima *ratio* cui sono ispirati gli artt. 2, 13, c. 4, 27, c. 3 e 32 della Costituzione, ossia l'esigenza primigenia ed irrinunciabile di garantire protezione ed adeguata applicazione al principio-cardine della dignità umana. Pertanto, anche in sede sovranazionale sono vietate quelle condotte idonee a porsi come lesive del contro-limite rappresentato dal contenuto essenziale del valore-guida della dignità del soggetto *in vinculis*, ossia quelle azioni/omissioni che raggiungono «una soglia minima di gravità, la cui determinazione è, per natura, relativa»⁷⁸, dipendendo da tutte le circostanze del caso concreto (quali età del detenuto, durata del trattamento, le sue conseguenze fisiche ovvero mentali, lo stato di salute, etc.). Soglia minima di gravità che, oltre ad essere caratterizzata dalla descritta relativizzazione, ha conosciuto, nel corso del tempo, un progressivo abbassamento da parte della Corte EDU, idoneo ad ampliarne considerevolmente l'ambito e la portata applicativa, accompagnato dal pedissequo e corrispondente temperamento dell'obbligo, per il ricorrente, di fornire una prova del trattamento inumano patito “*beyond reasonable doubt*”.

Ricostruito in tal modo il (limitato) quadro normativo, emerge l'importanza che, nel diritto sovranazionale, assume il formante giurisprudenziale, in controtendenza rispetto a quanto accade in ambito nazionale: come rilevato da una parte della dottrina⁷⁹, il sistema EDU impone di risalire «dall'essere applicativo al dover essere normativo» per operare una corretta e completa ricostruzione del secondo. Ed allora, secondo quanto recentemente ribadito dalla Corte EDU, all'interno del compito degli Stati di assicurare *health and well-being* dei detenuti, questi devono garantire che le condizioni di detenzione siano rispettose della dignità umana e che le modalità di esecuzione della misura detentiva non siano tali da sottoporre il detenuto a sofferenze ulteriori e non necessarie. La Grande Camera aggiunge inoltre che la salute ed il benessere del soggetto *in vinculis* devono essere adeguatamente assicurati tramite la necessaria assistenza medica, oltre che attraverso il divieto di aggravare in modo alcuno la fase esecutiva e detentiva tramite il ricorso alle predette misure coercitive⁸⁰. Si tratta, come emerge da una più attenta analisi della giurisprudenza sovranazionale, di un riconoscimento che non implica che ad ogni detenuto sia garantito lo stesso livello di cure mediche garantito dai migliori istituti di cura esterni all'ambiente carcerario⁸¹, ma di

⁷⁷ F. DELLA CASA, *Suggerimenti influenze e standards europei quali fattori di evoluzione del sistema penitenziario italiano*, in *Cass. pen.*, 2004, 3490.

⁷⁸ Corte EDU, 18 gennaio 1978, *Ireland v. The United Kingdom*, ric. n. 5310/71, § 162.

⁷⁹ F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, cit., 19.

⁸⁰ In tal senso, *ex multis*, Grande Camera, 26 ottobre 2000, *Kudla v. Poland*, ric. n. 30210/96, § 94.

⁸¹ In tal senso, Corte EDU, 29 gennaio 2013, *Prestieri v. Italy*.

un trattamento sanitario attento alle esigenze pratiche della carcerazione ed in ogni caso modulabile (nel rispetto del nucleo duro della dignità del detenuto) *case by case*, tenuto anche conto delle contrapposte (ed altrettanto legittime) esigenze di pubblica sicurezza. Pertanto, anche in sede sovranazionale si afferma un indirizzo ermeneutico idoneo a tutelare la portata irrinunciabile del diritto alla tutela della salute, in quanto espressione del principio personalista: tuttavia, al di fuori delle ipotesi in cui si configuri una (anche solo) possibile lesione di tale nucleo duro, il diritto *de qua* deve essere bilanciato con esigenze (*in primis*, la pubblica sicurezza) altrettanto meritevoli di protezione.

Ed in effetti, le sentenze che hanno ricondotto la mancata fornitura di adeguate e tempestive cure mediche in favore del detenuto alla violazione dell'art. 3 della CEDU «sono relativamente recenti»⁸² ed hanno conosciuto un maggior rigore interpretativo soltanto a partire dalla nota vicenda *Moussel*, con cui la Francia è stata condannata per l'omessa adozione, da parte delle autorità penitenziarie, di misure adeguate a fronteggiare l'aggravamento delle condizioni di salute di un detenuto malato di leucemia e, peraltro, costretto a subire l'umiliazione, a fronte peraltro della mancanza di esigenze di sicurezza che potessero giustificare la misura, di restare ammanettato al letto durante la chemioterapia. Fu con la sentenza *Xiros v. Greece* risalente al 2010 che la Corte EDU esplicitò l'obbligo per gli Stati di garantire adeguata e congrua tutela alla salute del detenuto, attraverso l'elaborazione di tre *obligations particulières*⁸³: 1) verificare che il detenuto sia in condizioni di salute tali da potergli garantire di scontare la pena in ambiente carcerario; 2) somministrare al detenuto le cure mediche necessarie; 3) adattare, ove essenziale, le condizioni generali di detenzione al particolare stato di salute vantato dal soggetto *in vinculis*. Come recentemente ribadito dalla Corte EDU nell'ambito delle vicende detentive legate a Franco Scoppola ed a Bruno Contrada, al fine di evitare una inutile violazione del divieto di trattamenti inumani nei riguardi di un detenuto gravemente malato, è necessario accertare se, a fronte delle cure somministrate, sia appropriato perpetuare la condizione detentiva in presenza di un quadro patologico decisamente compromesso. Compito, quest'ultimo, che risulta essere proprio della Magistratura di sorveglianza. Pertanto, come già evidenziato in sede di analisi del quadro normativo nazionale, anche in sede sovranazionale si conviene circa la centralità e la delicatezza del ruolo affidato alla Magistratura di sorveglianza ai fini della tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto ed in vista di una piena assunzione, da parte della medesima, di un irrinunciabile e sistematicamente imposto ruolo di garanzia.

Alla luce del richiamato quadro sovranazionale, la vicenda legata alla richiesta di differimento facoltativo dell'esecuzione della pena avanzata dal ricorrente, in ragione delle gravi patologie da cui lo stesso è affetto, tali da renderne incompatibile la permanenza all'interno delle mura carcerarie, non può che portare a condividere la soluzione “umanitaria” avallata dalla Corte di Cassazione, in quanto rispettosa del valore costituzionale (e sovranazionale) supremo della dignità umana e della

⁸² F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, cit., 22.

⁸³ Il punto è trattato con la solita precisione da F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, cit., 23 ss.

necessità di preservare la tutela del contenuto essenziale del diritto alla salute anche in relazione ad un soggetto *in vinculis*.

7. Il delicato bilanciamento fra diritto alla salute del detenuto ed esigenze di sicurezza pubblica

All'esito di un siffatto percorso ricognitivo della pluralità delle situazioni giuridiche soggettive attive riconosciute in capo ad ogni essere umano, anche se ridotto in *status detentionis*, emerge con chiarezza la necessità di preservare ed implementare una tutela incondizionata al nucleo duro del diritto alla salute del detenuto, quale epifenomeno del super-principio costituzionale della dignità umana. Tuttavia, è nota, nonché socialmente avvertita (spesso, peraltro fin oltre la reale esigenza), la doverosità di bilanciare un siffatto diritto con le altrettanto legittime esigenze di sicurezza collettiva: un contemperamento che, esclusa la non negoziabilità del contenuto essenziale del diritto alla salute, ha spesso condotto a ritenere prevalenti le seconde. Peraltro, in dottrina, non è mancato chi⁸⁴ ha teorizzato che un (presunto) «diritto alla sicurezza» si ponga quale «primario e naturale diritto dell'individuo necessario al godimento delle libertà che l'ordinamento gli attribuisce», in modo tale da risultare inscindibilmente legato «alla vita, alla incolumità fisica, al benessere dell'uomo e della qualità della sua esistenza, nonché, in ultima analisi, alla dignità della persona»⁸⁵. Una siffatta natura funzionale del «diritto alla sicurezza» pare non del tutto condivisibile, soprattutto se declinato nelle forme di un diritto individuale⁸⁶. Viceversa, è innegabile il riconoscimento costituzionale di una dimensione pubblicistica della sicurezza (sociale, appunto): pertanto, ci si è posti il problema di come contemperare due interessi, quello alla salute e quello alla pubblica incolumità, entrambi di rango costituzionale. La tesi della sicurezza sociale come valore superprimario⁸⁷ e non bilanciabile, perché «il diritto alla sicurezza se entra in bilanciamento non è più tale»⁸⁸, non può essere accolta in quanto implicante un'aprioristica presa di posizione tra valori di pari rango non supportata da effettive ragioni giustificatrici in una condizione di ordinaria esistenza. Conclusione, quest'ultima, più volte accolta dalla Consulta in quanto orientata a scongiurare la configurabilità di un rapporto tirannico tra principi costituzionali foriero, in sede di

⁸⁴ In tal senso, S. RAIMONDI, *Per l'affermazione della sicurezza pubblica come diritto*, in *Dir. amm.*, 2006, 747 ss.

⁸⁵ P. TORRETTA, *Diritto alla sicurezza e (altri) diritti e libertà della persona: un complesso bilanciamento costituzionale*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Giuffrè, Milano, 2003, 463.

⁸⁶ Lo stesso P. TORRETTA, del resto, ammette che «il Costituente non sembra avere pienamente colto e dichiarato esplicitamente un legame tra il bene sicurezza ed il singolo quale possibile titolare di un diritto a non temere per la propria incolumità», in *Diritto alla sicurezza e (altri) diritti e libertà della persona: un complesso bilanciamento costituzionale*, cit., 459.

⁸⁷ G. CERRINA FERONI, G. MORBIDELLI, *La sicurezza: un valore superprimario*, cit., 40.

⁸⁸ G. CERRINA FERONI, G. MORBIDELLI, *op. cit.*, 40.

bilanciamento, di una totale neutralizzazione dei valori di volta in volta risultanti soccombenti⁸⁹. Si deve, peraltro, sottolineare la presenza di alcuni principi – superprimari – quali quello della dignità (perlomeno di quella «innata»⁹⁰), della funzione rieducativa della pena, del diritto alla salute, della certezza del diritto, i quali, ferma restando la loro sottoponibilità ad operazioni di bilanciamento, conservano, in tale sede, un «peso»⁹¹ maggiore rispetto a qualsivoglia altro valore da contemperare. Del resto, già con la decisione n. 293 del 2000 la Corte costituzionale aveva osservato che “la dignità della persona umana è ... valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo”⁹²: quindi, se anche si intendesse attribuire una posizione privilegiata in sede di bilanciamento, quest'ultima non potrebbe essere accordata alla sicurezza dei cittadini, ma ad altri valori, tra i quali, indubbiamente, spiccherebbe la dignità spettante a qualunque individuo in quanto tale.

Tuttavia, la Consulta, come già accennato, nella sentenza relativa al caso Ilva (n. 85 del 2013), onde evitare un'indebita tirannia fra situazioni giuridiche soggettive, ha affermato che “tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri”. In altre parole, «il fatto che un interesse possa avere pure un ruolo, a dir così, di primissimo piano nel bilanciamento con gli altri interessi antagonisti non può mai significare comunque prevalenza assoluta ed incondizionata»⁹³. Pertanto, la considerazione delle esigenze di pubblica sicurezza (ma, beninteso, il discorso potrebbe valere anche per il diritto alla salute) non solo non può comportare un'assoluta soppressione dei diritti fondamentali dei detenuti ma, a fronte della più recente giurisprudenza costituzionale, deve anche ed in ogni caso determinare un corrispondente incremento di tutela dell'interesse alla sicurezza dei cittadini (e, in tal senso, v. Corte costituzionale n. 143 del 2013).

In conclusione, se è pacifico che dalla giurisprudenza costituzionale si arguisce che l'interesse – costituzionalmente protetto – alla pubblica sicurezza non può essere aprioristicamente eluso ma, anzi, deve essere bilanciato con i diritti fondamentali dei detenuti, una eventuale limitazione degli stessi in vista di finalità meramente organizzative dell'istituto penitenziario, si paleserebbero come

⁸⁹ Il riferimento è, come è noto, alla sentenza della Corte cost. n. 85 del 2013 riguardante il c.d. caso Ilva, nella quale la Corte ebbe ad affermare che “tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri”.

⁹⁰ Per un'attenta ed articolata ricostruzione della distinzione intercorrente fra il concetto di dignità innata e quello di dignità acquisita si rinvia a M. RUOTOLO *Dignità e carcere*, cit., *passim*. Distinzione, quest'ultima, che l'Autore riprende da L. GORMALLY, *La dignità umana: il punto di vista del cristiano e quello del laicista*, cit. .

⁹¹ Utilizza questa appropriata terminologia N. HARTMANN, *Ethik (1926)*, Berlin, 1949, 600 e ss. Tale riferimento è tratto da A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale*, cit., 124. Circa il «peso» dei valori costituzionali si è espresso anche A. BALDASSARE, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in *www.costituzionalismo.it*, 30 maggio 2007, 15, affermando che il peso «è un presupposto necessario per la misurazione della «proporzionalità» del sacrificio relativo che, in una determinata fattispecie, si impone a un certo valore al fine di salvaguardare il «contenuto essenziale» del valore antagonista».

⁹² Per una dettagliata ricostruzione del tema del bilanciamento fra diritti di pari rango costituzionale si rinvia ad A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale*, cit., 107 ss.

⁹³ A. BONOMI, *op.cit.*, 124.

costituzionalmente illegittime in quanto non implicanti un pedissequo ed effettivo incremento della tutela della sicurezza dei cittadini. Laddove una tale finalità non dovesse essere concretamente perseguita ovvero raggiunta, non si parlerebbe più di bilanciamento bensì di arbitrio e di irragionevole soppressione di un diritto fondamentale.

8. La ragionevolezza della decisione della Corte di Cassazione

Con la decisione 19 aprile 2018 – 18 maggio 2018, n. 22307 la Corte di Cassazione ha annullato l'ordinanza del Tribunale di sorveglianza che confermava lo stato detentivo per Marcello Dell'Utri ed ha rinviato la causa allo stesso Tribunale per rivalutare la possibilità di addivenire ad una concessione del differimento facoltativo della pena “per grave infermità fisica” ex art. 147, c.1., n.2 c.p., nelle forme degli arresti domiciliari (ex art. 47-ter, c.1-ter, Ord. Pen.). Soluzione, quest'ultima, accolta dal Tribunale di sorveglianza di Roma nel Luglio 2018 e confermata, con proroga di ulteriori 5 mesi, con ordinanza datata 4 ottobre 2018.

Come recentemente ribadito dalla Suprema Corte in occasione delle sentenze Riina e Barbaro⁹⁴, ed alla luce del quadro normativo e giurisprudenziale, nazionale e sovranazionale, *supra* analizzato, viene in rilievo la necessità di bilanciare l'interesse del condannato ad essere adeguatamente curato e le esigenze di sicurezza della collettività. Un'istanza compromissoria che, secondo l'insegnamento dalla Corte costituzionale, ha il dovere di generare una situazione in cui al sacrificio di un diritto si accompagni il corrispondente incremento di analoga e contraria situazione soggettiva sottoposta a bilanciamento, pena la irragionevolezza, l'arbitrarietà e – dunque – l'illegittimità dello stesso. Nel caso di specie, a fronte di un quadro multipatologico evidentemente compromesso, la permanenza in carcere, data anche l'età avanzata del soggetto, non avrebbe potuto sortire i previsti effetti rieducativi, ponendosi, inoltre, in palese contrasto con il senso di umanità cui deve ispirarsi il momento detentivo. Pertanto, non può che condividersi la decisione della Suprema Corte di concedere il differimento facoltativo della pena “per grave infermità fisica”, essendo quest'istituto radicato in esigenze volte a scongiurare trattamenti penitenziari contrari al senso di umanità e lesivi del nucleo duro del diritto alla salute del condannato. Accertata la gravità delle patologie e la

⁹⁴ Le vicende dei super-detentuti Totò Riina e Francesco Barbaro, entrambi deceduti in carcere (il secondo lo scorso 1 novembre 2018) in regime di 41-bis, nonostante le numerose richieste di differimento della pena – ovvero di detenzione domiciliare per incompatibilità con la situazione carceraria – dagli stessi avanzate a causa del grave quadro multi-patologico sofferto, non possono che sollecitare una nuova, seria ed approfondita riflessione circa la non procrastinabilità di una riforma penitenziaria (di più ampio respiro rispetto a quella, seppur lodevole, introdotta ex lege delega n. 103 del 2017) effettivamente idonea ad inverare i valori costituzionali e convenzionali di umanità e di tutela della salute e della dignità umana (di tutti gli uomini, a prescindere dal relativo *curriculum criminis*), nel rispetto del principio della certezza della pena. Del resto, le sollecitazioni in tal senso provenienti dalla Corte EDU (da ultimo, cfr. le pronunce della Corte di Strasburgo sui casi Scoppola e Provenzano) non fanno che acuire la strutturale arretratezza in cui versa l'ambiente ed il sistema penitenziario italiano, soprattutto a causa della scarsità delle risorse economiche disponibili e del persistente stato di sovraffollamento carcerario.

difficoltà di fronteggiarle adeguatamente in ambiente carcerario, l'organo di nomofilachia ha bilanciato il diritto alla salute con le esigenze di pubblica sicurezza, optando per una soluzione non solo più rispettosa della dignità umana e della fondamentale esigenza del detenuto di usufruire di adeguate cure mediche ma anche, si noti, costituzionalmente orientata. Infatti, rispetto alla richiesta di differimento della pena, “debbono rilevare anche patologie di entità tale da far apparire l'espiazione della pena in contrasto con il senso di umanità” e tali da rendere sostanzialmente priva di contenuto qualsiasi convinzione circa la possibilità per il detenuto di darsi alla fuga o nuocere alla pubblica sicurezza.

In questo caso, il bilanciamento fra i delicati valori di certezza della pena, da un lato, e della salvaguardia del diritto alla salute e ad un'esecuzione penale rispettosa dei criteri di umanità, dall'altro, non può che risolversi a favore dei secondi, per via dall'assoluta irragionevolezza della soluzione contraria, a causa del grave quadro patologico da cui è affetto il ricorrente e dalla pedissequa assoluta mancanza di profili di pericolosità sociale di qualche rilevanza.