

OSSERVATORIO SULLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO IN TEMA DI DIRITTO ALLA SALUTE DEL DETENUTO: CRITICA ALLA SENTENZA N° 8684/04 EROL ZAVAR - TURCHIA.

1. STATUS *DETENTIONIS* E DIRITTO ALLA SALUTE NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE

La compatibilità tra lo *status detentionis* e diritto alla salute è una problematica che tocca molto da vicino le vicende del nostro paese.

Se ci soffermiamo analiticamente sulla funzione della nostra Carta Costituzionale, in particolar modo sull'art.32 Cost., non si può fare a meno di ragionare sulla sua reale valenza di tutela e sulla sua compatibilità con le norme sopranazionali specie con la Convenzione europea dei Diritti dell'uomo.

Diritto alla salute e tutela alla salute: questi sono i pilastri su cui si deve poggiare la disamina in corso; diritto di essere curati o di scegliere di non curarsi, ma soprattutto diritto di vedere la propria salute come *res* del cittadino e della collettività: la buona salute del singolo si ripercuote sulla collettività, sul suo benessere e sul suo ordine facendo sì che la sua tutela diventi tutela collettiva. Il passaggio dall'applicazione dell'art.32 Cost. dalla sfera extramuraria a quella intramuraria è breve: se non si vuole prendere in considerazione l'aspetto di diritto personalissimo, con conseguente non affievolimento durante la detenzione, si può vederlo come un nesso logico inscindibile: la buona salute dei detenuti significa benessere civile.

Giurisprudenza costante ritiene applicabile l'art.32 Cost. a qualsiasi cittadino, anche se sottoposto a misure restrittive della libertà personale, poiché il “ *valore della dignità e della salute di ciascun essere umano è valore supremo che non conosce distinzioni e gradazioni di status personali e dunque annulla ogni separazione tra cittadini e soldati?*”; col tempo è diventato uno dei baluardi del trattamento rieducativi, in combinato disposto con gli artt. 27 comma 3 e 13 comma 4 della Costituzione, base da cui partire per un corretto e “umano” *modus operandi* dei ristretti. I principi costituzionali hanno incrementato la loro forza tutelare dopo la ratifica della C.e.d.u. che nel suo art.3 pone l'accento sul concetto di “trattamento inumano e degradante”.

Possiamo quindi affermare, anche alla luce di quanto esposto finora, che le nostre norme di tutela, in modo particolare quelle sulla salute, estensibili anche ai detenuti sia in attesa di giudizio che definitivi, sono realmente conformi al senso di umanità esposto dalla C.e.d.u o forse, anche in una Costituzione garantista come la nostra, c'è spazio per trattamenti “inumani e degradanti”?

1.1 LA TUTELA ALLA SALUTE NEI CONFRONTI DEL DETENUTO DEFINITIVO

La tutela alla salute nei confronti del detenuto definitivo si snoda attraverso varie ma unitarie norme aventi come fulcro il contemperamento delle esigenze retributivo-esplicative della pena e la salute fisica del detenuto.

Norme cardine sono gli artt. 146 e 147 del codice penale, nella cui orbita ruotano le norme dell'ordinamento penitenziario, in cui, dopo molto silenzio, il legislatore ha riservato, spronato forse da quanto stabilito a livello europeo, un ampio spazio alla tutela della salute in carcere.

Nella fattispecie nell'art.147 c.p. si pone l'accento sulla condizione di “grave infermità fisica” del condannato come motivo di rinvio esecutivo della pena; parlarne ha aperto diverse questioni giurisprudenziali e dottrinali che solo recentemente sono state risolte.

La Corte di Cassazione, pur nella difficoltà di bilanciare interessi opposti ma pur sempre fondamentali, si è espressa nel privilegiare il diritto alla salute del detenuto, memore, forse, delle definizioni di “bene fondamentale della vita e della salute” , tutelato dall'art.32 Cost., dato dalla Corte Costituzionale, rispetto a quello della totale espiazione della pena. Di certo il criterio base su cui si fonda il differimento della pena è espresso da due concetti, quanto mai oscuri nel loro significato, di “grave infermità fisica” e “malattia particolarmente grave”.

Le molte interpretazioni che ne sono state date non hanno pienamente soddisfatto l'anelante bisogno di chiarezza che è quanto mai necessario su tali argomenti, tanto più che neanche la letteratura medico- legale, a cui è stata derogata la questione, ha elaborato dei criteri in grado di individuare univocamente che cosa si intendesse con tale denominazione

Quello su cui si è universalmente d'accordo è la centralità della perizia medico-legale come *instrumentum iudicii* nelle determinazioni della sospensione o meno della pena.

L'analisi peritale dovrà dimostrare non tanto la compatibilità tra detenzione e possibilità di cura, se un eventuale trasferimento da una struttura carceraria a un'altra maggiormente attrezzata potrebbero risolvere il problema di salute; deve solo valutare la gravità della malattia, la possibilità di un reale pericolo di vita o di una compromissione tale da provocare ulteriori danni e fruire fuori di strumenti di cura essenzialmente diversi e più efficaci.

Occorre ricordare in proposito, quanto disposto dall'art. 11. o.p. nel suo comma 2 che sottolinea come in caso di necessarie cure e accertamenti, tali da non potersi svolgere all'interno dell'istituto di detenzione, i detenuti possono essere trasferiti in luoghi di cure esterni. Il trasferimento in ospedali civili e luoghi esterni di cura non è un miraggio o una ipotesi infondata anzi è una delle ipotesi che meglio si addicono ad una condizione precaria quale la cura in carcere.

Se la dotazione di personale medico, la creazione di sale diagnostiche attrezzate, nonché di strutture in grado di curare, con la somministrazione di giusti medicinali, i detenuti è un'utopia non si può fare a meno di procedere al trasferimento in una struttura esterna: la conseguenza sarebbe a quanto espresso nella C.e.d.u particolarmente nel suo art.3.

Pene e trattamenti inumani e pene e trattamenti degradanti non sono, come si potrebbe pensare, solo quelli volti a svilire e fiaccare la dignità dell'individuo, ma ogni tipo di azioni che per durata, premeditazione e intensità possano provocare intense sofferenze fisiche e mentali. Non deve pensarsi che la detenzione faccia venire meno i diritti e le libertà tutelati dalla convenzione tutt'altro: semmai è proprio nel momento detentivo che la C.e.d.u spiega la sua maggior forza protettiva.

Difatti in diverse sentenze la Corte di giustizia europea ha sottolineato come la detenzione in condizioni di grave pericolo per la salute dei detenuti possa costituire pena inumana e degradante; l'impedire, più o meno scientemente, al detenuto malato di curarsi in modo dignitoso è una maggiore afflizione che supera quella soglia minima di gravità, financo relativa, necessaria per stabilire quando una pena "giusta" si trasforma in una pena "ingiusta".

La cura esterna, specie nelle forme tumorali, o le terapie mirate alla cura di forme morbose, quali malattie ghiandolari e cardiache, dovrebbero essere la prassi per evitare di sottoporre il detenuto ad ulteriori accanimenti da parte della giustizia.

Come non si può fare a meno di menzionare la netta presa di posizione che si è avuta nei confronti di coloro che sono affetti da AIDS-HIV e da gravi malattie immunologiche. Sarebbe, ed è, inumano e degradante, nonché pericoloso, non permettere a persone, versanti in uno stadio di malattia talmente avanzata da non rispondere a cure di nessun tipo, la possibilità di curarsi esternamente. La condizione di salute, e non la malattia, deve essere presa in considerazione in fini dalla concessione della sospensione della pena, per salvaguardare da eventuali contagi interni la popolazione carceraria e coloro che vi lavorano. Posto che il vaglio del giudice deve essere *condicio sine qua non* per la concessione di tali benefici, onde evitare pericoli per i cittadini che vedrebbero rimessi in libertà soggetti pericolosi, si dovrebbe smettere di considerare i detenuti malati come una classe "speciale", e ricordare come si debba educare, sia internamente che esternamente, all'idea di una loro titolarità di diritti e al loro riconoscimento.

Passare dall'idea di non pericolosità come postulato per la concessione della tutela giuridica dei loro diritti all'idea cardine di una loro titolarità di diritti personalissimi e inalienabili tutelati dalle norme costituzionali e rafforzati da quelle sopranazionali dovrebbe essere lo scarto per una nuova concezione di tutela.

1.2 LA TUTELA GIURIDICA DELLA SALUTE NELL'IMPUTATO

In merito alla tutela della salute nell'imputato sottoposto a misure cautelari una riflessione deve essere fatta prendendo spunto da quanto riferito dall'art. 275 c.p.p.

Le numerose modifiche effettuate dal legislatore sono state il frutto di un copioso lavoro di cesello volto a ponderare e uniformare le esigenze espresse dalle varie parti.

Quello che si è cercato di tenere presente è la funzione non vessatoria della custodia cautelare in carcere da utilizzare solo quando ogni altro tipo di misure risulti non applicabile; in merito la lista di soggetti a cui risulta incompatibile la sua applicazione va dalla madre con prole alla persona che per la sua età non è compatibile con il regime carcerario e coloro che, a causa di una malattia grave o affezione da HIV non possono essere detenuti in carcere.

La gestione del detenuto in attesa di giudizio, operata in un bilanciamento tra esigenze di sicurezza esterna e sua compatibilità col carcere, è sempre stata aggravata dalla condizione di non definitivo; ma non definitivo non implica, per converso, la perdita di ogni tipo di diritto. In particolar modo, specie per coloro che versino nelle condizioni di

salute sopra descritte tali da non permettere cure adeguate in carcere, il comportamento da attuarsi deve rispecchiare la parità di trattamento tra imputato e indagato.

Vista la gravità, l'incompatibilità dello stato di salute e, soprattutto, l'inadeguatezza delle cure in carcere si dovrebbe sospendere la custodia cautelare. Di certo la compatibilità o meno non deve essere valutata in modo assoluto ma solo tenendo conto del grave pregiudizio che si creerebbe nelle praticabilità degli interventi terapeutici valutati in relazione alla possibile ipotesi di poter svolgere interventi diagnostici o terapeutici o presso centri clinici carcerari o, usufruendo di quanto esposto dall'art.11 o.p., all'esterno.

Stesso discorso deve, o almeno dovrebbe essere fatto, per coloro che sono affetti da AIDS conclamato dove la tutela della salute per i detenuti si sposa con la salvaguardi di quella di coloro che ivi lavorano.

La non compatibilità costituzionale dell'art. 286 *bis*, in cui si enucleavano i parametri per la permanenza o meno in carcere, è stata superata dalla legge 231/'99 in correlazione con il d.m. del 07-maggio-2001 dettante i parametri medici su cui dovesse basarsi la scarcerazione del detenuto AIDS conclamato.

La valutazione personale delle condizioni di salute del soggetto deve essere tale da escludere coloro che pur malati non rientrano nei parametri del decreto. La norma è volta a dare una maggiore tutela al diritto alla salute poiché, pur nella necessità di custodia cautelare, le esigenze di preservare il soggetto e gli altri detenuti la fanno venire meno. La reale alternativa sono gli arresti domiciliari.

Dalla pur breve disamina effettuata si evince che la tutela della salute del detenuto, sia esso definitivo che in attesa di giudizio, è ormai centrale all'interno della normativa sia penale che penitenziaria.

Il *fil rouge* che deve continuare a legare insieme, in maniera sempre più stretta, le varie parti del sistema tutelare è il principio esposto dalla nostra Costituzione. Tutelare la salute del detenuto deve diventare fulcro di una nuova coscienza europea di difesa di ogni diritto contro pene che potrebbero, pur non volendo, diventare inumane.

Al riguardo la Cassazione penale (6.7.1992, n.2819, Piromalli) che ha ribadito quanto già espresso in precedenti sentenze (26.10.1987, n.17126, Nuvoletta) che "*neppure la generale inderogabilità dell'esecuzione della condanna può sopravanzare allorquando la pena, per le condizioni di grave infermità del soggetto, finisca per costituire un trattamento contrario al senso di umanità, così perdendo la tendenza alla rieducazione. Nella motivazione ... il giudice deve dare ragione delle sue scelte, bilanciando il principio costituzionale di uguaglianza (art.3 Cost.) con quelli della tutela della salute (art.32 Cost.) e del senso di umanità (art.27 Cost.) che devono caratterizzare l'esecuzione della pena ...*". In tal senso anche Cassazione penale, 3.3.1992, n.358, Viola; 6.7.1992, n.2819, Piromalli; 19.5.1993, n.1121, Baroncelli e 17.5.1997, n.3046. In Giurisprudenza di legittimità (24.5.1995, n.4727) si stabilisce anche: per "avallare" le misure "*è necessario che ci si trovi in presenza di prognosi infausta quoad vitam oppure che il soggetto abbia bisogno di cure e trattamenti indispensabili tali da non poter essere praticati in regime di detenzione intramuraria neppure mediante ricovero in ospedali civili o in altri luoghi esterni di cura ai sensi dell'art.11 dell'ordinamento penitenziario*" è vero; Ma si va oltre (Cassazione 7.7.1994, n.2080) dove si legge che "*La guaribilità o reversibilità della malattia non sono requisiti richiesti dalla normativa vigente in tema di differimento dell'esecuzione della pena, per la cui concessione è sufficiente che l'infermità sia di tale rilevanza da far apparire l'espiazione della pena in contrasto con il senso di umanità.*".

Ebbene, l'esecuzione della pena dovrà essere differita quando la struttura penitenziaria, tenuto anche conto della possibilità del ricovero esterno, non si riveli in grado di provvedere alla cura ed all'assistenza sanitaria adeguate all'obiettiva gravità del caso, sì che appaia fondata la previsione che si fatte carenze abbiano a determinare effetti dannosi sullo stato del condannato. Se così non fosse l'esecuzione della pena verrebbe illegittimamente ad incidere sul diritto alla salute costituzionalmente a tutti riconosciuto (art.32 Cost.) e si risolverebbe in un trattamento contrario al senso di umanità cui la stessa deve ispirarsi.

Si impone una riflessione: essendo i diritti fondamentali canoni metagiuridici i quali, richiedono un'esegesi ed implementazione che va là del rigorismo formale e legalistico-monista, senza rinunciare al portato del costituzionalismo sostanziale, per rendere effettività ai diritti fondamentali ci si dovrebbe predisporre con mezzi adeguati, a superare la pur persistente matrice vetero-liberale dei principi europeo continentali dello Stato di diritto (si tratta del grave limite all'espansione dei diritti fondamentali costituito in ambito penalistico dalle tratizie concezioni sulle fonti e sul metodo interpretativo in materia, cioè dal formalismo giuridico, il c.d. legalismo. Persiste il connubio tra: da un lato la generale tecnica di lettura secondo gli schemi formalistici tipici del positivismo legalistico e dall'altro il peculiare ancoraggio della materia in modo tendenzialmente esclusivo alla *lex fori*. Risultato ne è che la soluzione normativa dipende immediatamente dall'arbitrio del potere, legislativo *in primis* giurisdizionale *ex post*, potere che ha il primato sul Diritto. Il tutto finisce per far prevalere, ad essere ottimisti, una concezione procedurale dello Stato democratico che però, non è in grado di fornire legittimazione sostanziale, giuridica, etica e politica, alla soluzione normativa; una tale legittimazione può aversi solo sul fondamento di una democrazia sostanziale, la quale poggia su una concezione dell'uomo che vede come imprescindibili i diritti fondamentali).

Si tratta dunque, di ricercare nel diritto vivente e in particolare nella giurisprudenza, gli elementi validi per l'affermazione dei valori di garanzia giuridica dei diritti e delle libertà degli uomini secondo le linee di sviluppo che sono più vicine agli ordinamenti di *common law*.

1.3 STATUS DETENZIONIS: DIRITTO ALLA SALUTE E GARANZIE EUROPEE

Prologo della cosiddetta fase esecutiva del processo penale, è certamente la sentenza definitiva di condanna la quale, concretizza la pretesa punitiva dello Stato nei riguardi di un soggetto la cui responsabilità penale è stata accertata irrevocabilmente, attraverso i passaggi scanditi nel processo di cognizione.

In *executivis*, la dove la pena è volta alla privazione della libertà personale, si rende necessario predisporre un apparato organico di diritti guarentigati al fine di non far divenire tale fase procedimentale una pena *sine die*, e che non rappresenti "l'abbandono del condannato nelle mani di un' Amministrazione che si vuole per sempre organizzata secondo disposizioni di legge e impegnata ad assicurare un buon andamento ed una gestione imparziale degli istituti penitenziari, ma è caratterizzata da un controllo giurisdizionale sul momento applicativo della sanzione, quale risultato

finale di un'evoluzione secolare della normativa in materia nel segno di una crescita della civiltà giuridica" (CORSO). Ne discende come naturale conseguenza data dall'impianto processuale di tipo accusatorio –quale quello a cui si ispira l'ordinamento italiano- permeato dai principi di un "giusto" ed "equo" processo, ritenere invalicabili i cardini su cui poggia ed è fortemente puntellato l'impianto costituzionale, costituiti dai quei diritti assoluti quali: il principio di legalità (art. 25 Cost.), quello del *nulla poena sine previo iudicio* e *nulla poena sine lege* (art.13 co., 2 Cost.), nonché "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato" (art. 27 co., 3 Cost.).

Per non contravvenire il canone della legalità della esecuzione della pena, i diritti umani non possono non essere garantiti e rispettati senza eccezioni di sorta; *De quo*, i diritti e le libertà fondamentali sono stati oggetto di solenne enunciazione ed attuazione, per il tramite di atti interni, ma soprattutto di accordi sovranazionali; seguendo la linea guida tracciata da un percorso di unificazione cosparsa dall'imperante susseguirsi di rapporti collaborativi fra gli Stati, massimo esempio è dato dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dei relativi Protocolli aggiuntivi, creando –come è stato sostenuto in dottrina (DE SALVIA)- un "diritto europeo dei diritti fondamentali comune agli Stati Contraenti", idoneo a garantire una serie di regole di armonizzazione e coesione del tutto malleabili all'ampio ventaglio normativo interno che spesso, anche nella *littera legis*, assume toni contraddittori.

Tutelare l'individuo dall' abuso dei poteri pubblici rappresenta lo scopo primario della C.e.d.u., esigendo –la stessa- come impegno da parte degli Stati membri, un generico obbligo di astensione di segno negativo ma soprattutto l'adozione di strumenti positivi, idonei a conformare le singole e variegate legislazioni interne alla giurisprudenza europea, la cui linea di giustizia si dirige verso una protezione effettiva e a tutto campo delle libertà fondamentali sigillate nella Convenzione.

In puncto, per verificare la legalità dell'esecuzione della pena indivisibilmente connessa alla tutela internazionale dei diritti umani e soprattutto un corretto *status detentionis*, volto alla risocializzazione –essendo la fase esecutiva della pena il momento cruciale in cui si misura *quam maxime* la quota di democraticità di ogni Paese- non si potrà non tener conto della costellazione di principi e moniti sovranazionali.

Ma, al di là delle fondamentali enunciazioni di principio relative alla persona in quanto tale, a livello internazionale sono state emanate disposizioni riferibili in maniera esclusiva alla persona detenuta, finalizzate non solamente a stabilire dei divieti operanti con riferimento alle concrete modalità detentive, ma anche a puntualizzare positivamente i contenuti di una detenzione civile¹⁾.

Basti pensare, alla Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite n. 37/194, adottata il 18 dicembre 1982, nella quale sono stati posti principi di etica medica per il personale di sanità, ed in modo particolare per il personale medico, in

¹⁾Cfr., in particolare il *Body of principles for the protection of all persons under any form of detention or imprisonment*, adottato dall' Assemblea Generale ONU, Ris. 43/173 del 9 dicembre 1988; I *Basic principles for the treatment of prisoners*, Assemblea Generale ONU, Ris. 45/111 del 14 dicembre 1990. Più in particolare, il canone cristallizzato nell'art. 5 , Dich. Univ. Dir. Uomo, ai sensi del quale: *No one shall be subjected to torture or cruel, inhuman or degradino treatment or punishment*, che ha informato di sè tutta la normazione internazionale a tutela della persona detenuta.

tema di protezione della persona detenuta dalla tortura o da altre pene o trattamenti crudeli o degradanti. E' stabilito in modo specifico, l'obbligo per il personale sanitario di assicurare la protezione della salute psicofisica dei detenuti e di fornire loro un "Traitement de la meme qualita et répondant aux memes normes que celui dont bénéficient les personnes qui ne sont pas emprisonnés ou détenues".

1.4 TUTELA DEL BENESSERE IN CARCERE (LA SALUTE VALE LA "PENA")!

Lo stato di detenzione non può prescindere da sofferenze e disagi psichici e fisici: tali sofferenze nascono dalla involontaria privazione della libertà e dalla limitazione del modo di essere del soggetto in *vinculis*, e esisterebbero anche in presenza di un sistema penitenziario in grado di tutelare la salute dell'individuo ed ogni suo fondamentale diritto.

Dal momento in cui un soggetto è privato della libertà personale il suo modello di comportamento muta sensibilmente.

Alle forme di disadattamento più o meno marcato si aggiungono forme di patologia mentale a carattere reattivo psicogeno derivanti dalle condizioni di vita in carcere, nonché oggettivi rischi di devianze di natura sessuale.

Nel contesto carcerario il giudizio di incapacità a sopportare le condizioni di detenzione costituisce una stigma "infamante" in gergo carcerario, assai riprovevole, più del motivo della stessa detenzione. L'impatto con la struttura carceraria costituisce per tutti i soggetti alla prima detenzione un momento particolarmente traumatico ed al contempo drammatico.

Anche l'apparato burocratico-organizzativo degli istituti penitenziari, con le proprie esigenze amministrative e di sicurezza, contribuisce a definire quel percorso di "spersonalizzazione" di demolizione della propria immagine, di annichilimento dell'auto-stima che sembra essere l'inevitabile tributo da pagare alla permanenza in carcere. In linea teorica il carcere non dovrebbe comportare una negazione dei diritti dell'individuo non compressi dalla sanzione penale, ma nell'ambito della detenzione la dipendenza assoluta dell'individuo lo rende incapace, di fatto, di fronteggiare personalmente qualsiasi necessità, soprattutto quando anche le condizioni fisiche risentono di acclerate patologie. A fronte di tale problematica non ci si può fermare a regole di *soft-law*, ritenendo che siano sufficienti a garantire un trattamento non inumano e degradante quale quello espressamente manifestato dalla Corte di Strasburgo per i detenuti (art. 3 C.e.d.u.); tale principio è intangibile proprio perché consacra valori fondamentali posti alla base delle società democratiche e, a salvaguardia e protezione della dignità e dell'integrità fisica dell'essere umano. La Corte europea, attraverso la tecnica c.d. *par ricochet* ha reso possibile l'applicazione diretta della C.e.d.u., anche a settori da essa non espressamente contemplati, quale appunto quello del trattamento dei detenuti.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo, è intervenuta individuando, in particolare, nella soglia minima di gravità il presupposto principale di applicabilità dell'art. 3 C.e.d.u., summenzionato. Tuttavia, al di là dell'esegesi letterale sui concetti di tortura ovvero trattamento inumano e degradante, la Corte ha più volte

ricordato che le condotte inopportune ma tali da non assumere connotati di sofferenza ed umiliazione tali da integrare i presupposti stabiliti dall'art. 3 cit., - come si evince dalla sentenza in epigrafe- non saranno per questo irrilevanti in assoluto per la Convenzione. Riguardo ad esse, si evidenzia una possibilità di degradare in altre disposizioni, qualora questa soglia minima di gravità non sia raggiunta per arrivare alla constatazione della violazione dell'art.3 cit.. Secondo la Corte infatti: *“l'apprezzamento di questo standard minimo è relativo e dipende ed è quindi, condizionato dalla durata del trattamento e dai suoi effetti fisici o mentali oltre che [...] dallo stato di salute della vittima”*, nell'ambito di un esame unitario e complessivo del caso concreto in tutte le sue componenti che si richiede al fine di poter ritenere violato l'art. 3 C.e.d.u.; visto che la Corte espressamente afferma che affinché si possa qualificare un trattamento come degradante può essere sufficiente che la vittima “avverta” l'umiliazione e sia umiliata ai propri occhi anche se non a quelli altrui e che la vittima sia umiliata non a causa della semplice condanna, ma a causa dell'esecuzione della pena. La valutazione che si impone per escludere la violazione dell'art. 3 cit., dipende inscindibilmente dallo *status* anche fisico del soggetto, dalla natura e contesto della pena oltre che, dalle modalità della sua esecuzione; il concetto di trattamento degradante rappresenta il parametro principe ai fini dell'esame delle condizioni di detenzione, alla luce dell'assenza di norme specifiche nell'ambito della Convenzione. Ora sul punto, è tollerabile un certo “tasso di disuguaglianza” vista la differenza di *status* che vede il cittadino *in vinculis* rispetto al cittadino libero che elimini le pari *chances* di libertà nella scelta delle cure soprattutto di malattie che compromettono il sistema immunitario ed il normale esplicarsi della vita, senza recare pregiudizio al principio di uguaglianza sancito in Costituzione e senza comprimere il livello essenziale dei diritti connessi al trattamento medico? Per i soggetti affetti da neoplasie maligne come nel caso che ci occupa è sufficiente garantire il trasferimento in istituti “terzi” per usufruire della garanzia di un trattamento sanitario idoneo ovvero il migliore, quello a cui ha diritto ogni uomo compresa l'assistenza di volontari e di psicologi, affinché il trattamento penitenziario non sia degradante? Senza la previsione di programmi di “riabilitazione” ad un normale stile di vita dopo un percorso terapeutico lungo e di sofferenza come si possono valutare le prestazioni sanitarie in strutture detentive appropriate alle esigenze di cura e non umilianti per l'individuo?

Molta strada ancora v'è da percorrere.

1.5 UNA CARTINA DI TORNASOLE DELLA LINEA NORMATIVA DEI PAESI EUROPEI SUI DIRITTI UMANI

La nozione di salute è polisemia e, forse per questo, è stata sempre manipolata dai vari ordinamenti nel suo percorso storico, differenziandosi al variare delle finalità politiche, tanto che il concetto di salute si è trasformato da “bene” individuale (necessità del singolo di essere curato) a bene collettivo (interesse della comunità ad avere individui ritenuti sani), ciò comportando un adeguamento in termini relativi da parte dei vari Stati europei verso la questione sanitaria. Di conseguenza anche il ruolo dello Stato istituzione è cambiato, “transitando” dal mero ruolo assistenzialistico a quello di reale gestore esclusivo della sanità, con puntuali doveri di intervento.

La Conferenza Internazionale della Sanità (New York, 1946) e l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) definiscono la salute come “uno stato di completo benessere fisico, mentale, sociale e non consiste soltanto nell'assenza di malattie o infermità. Il possesso del migliore stato di sanità che si possa raggiungere costituisce uno dei diritti fondamentali di ciascun essere umano, qualunque sia la sua razza, la sua religione, le sue opinioni politiche, la sua condizione economica e sociale. I Governi hanno la responsabilità della sanità dei loro popoli: essi per farvi parte devono prendere le misure sanitarie e sociali appropriate”.

Da tale nozione compito principe dello Stato è la prevenzione ed il restringimento delle condizioni di non-benessere che, sono di ostacolo al soggetto affinché la sua vita si espliciti con dignità. Competenza- dovere di ogni Stato sociale, è garantire l'accesso a tale diritto fondamentale tutelando i soggetti deboli e marginali.

L'OMS con l'emanazione delle direttive intitolate “Principio di equivalenza delle cure”, sancisce l'esigenza primigenia di garantire al detenuto le stesse cure mediche e psico-sociali, che sono assicurate a tutti gli altri membri della comunità; la garanzia dell'equità del diritto alla salute senza discriminazione alcuna, valevole per tutti i cittadini, è il fine e l'obiettivo perentorio che devono perseguire i servizi sanitari ad impronta solidaristica. Si rende necessario distinguere, “l'equità della salute” dalla semplice ma non per questo svalutata “equità delle cure”, poiché la prima non è la mera disponibilità dei servizi sanitari, ma è l'effettiva usufruibilità degli stessi per raggiungere un reale stato di salute da parte di ogni utente in base allo stato individuale di necessità.

L'esercizio concreto di tale diritto comporta l'elaborazione di paradigmi etici ispirati ad una concezione della giustizia personale ed al contempo sociale cioè, rispettosa delle esigenze individuali e collettive.

Il principio di giustizia, in base anche ai *dictat* della Corte europea, si traduce, nell'adozione di due canoni correlati: 1) il canone della **imparzialità**, fondato sull'uguale dignità degli uomini; implica che tutti hanno diritto ad eguale trattamento per mezzo della garanzia dei “beni” fondamentali. 2) il canone **dell'equa distribuzione delle risorse**, fondato sul riconoscimento del principio della solidarietà; esige che sia data stessa possibilità di accesso ai beni per convenire ad un'adeguata realizzazione personale, primo fra tutti i beni quello della salute.

Se si conviene come giusto che sia, come un diritto assoluto **della** persona, si nota come a cascata né discendano plurimi principi: 1) quello **dell'autonomia** che rispecchia, il rispetto del diritto del soggetto all'autodeterminazione; 2) quello di **beneficialità** il quale, impone la ricerca di ogni mezzo atto a tutelare la salute in *primis* ed il benessere poi della persona; 3) quello di non-maleficità il quale, esige di non recar danno alla persona; 4) quello di giustizia che si fonda sulla non discriminazione.

Ma, l'applicazione de summenzionati principi non è mai automatica giacché si compongono in maniera variegata, innestando tra loro situazioni apparentemente configgenti. Sebbene tra i principali diritti della persona malata sono riconosciuti come indisponibili ed irrinunciabili nonché strettamente connessi –con il diritto alla salute- il diritto alla vita, il diritto alla *privacy*, il diritto a non subire discriminazioni, il diritto ad essere adeguatamente informati, il diritto di esprimere liberamente il personale consenso informato, la tutela della salute si pone su di un piano prettamente sociale, con radici

profonde ricavabili dal principio di solidarietà, implicante la negazione della scissione fra la condizione di libertà personale e *status detentionis* fra i soggetti, e il riconoscimento della necessaria interrelazione tra i diversi progetti di vita.

Come logico corollario: l'affermazione sia dell'uguaglianza della persona nelle differenti forme della sua esistenza sia dell'ingiustizia nel trattare le persone con modalità diversificate. La giustizia, esige la risoluzione per così dire di qualunque "foggia" discriminatoria ed è necessaria per il ripristino dell'uguaglianza formale e sostanziale – così come imposta dalla Carta costituzionale- nonché di interessi nel momento in cui si è verificata una insostenibile sperequazione. In definitiva la salute, si pone in relazione alla reale e concreta capacità del soggetto di perseguire la "personale concezione di salute", di stabilizzare e mantenere la propria capacità progettuale in tutte le diverse scelte possibili esistenziali e, la pari capacità e/o possibilità di fruire dei servizi sanitari.

Dostoevsky sosteneva: "la qualità della società si misura dalla qualità delle sue prigioni", ed ancora nel 1987 le Regole minime europee raccomandano all'art. 1 che "la privazione della libertà deve eseguirsi in condizioni materiali e morali che salvaguardino il rispetto della dignità umana e in conformità con questa regola"; inoltre, all'art. 3 viene chiarito che "la finalità del trattamento dei detenuti deve essere quello di salvaguardare la salute e la dignità".

La dissomiglianza dell'universo carcerario e l'esigenza di una giusta pena non giustificano misure –per la comunità detenuta- idonee a comportare il perire della facoltà di esercitare i propri diritti ovvero il mantenimento della loro titolarità in *absentia* della tutela delle necessarie –nel perseguimento- capacità individuali.

Come in definitiva espresso dalla Corte europea -anche se non condivisibile la scelta operata- « *Si l'on ne peut déduire une obligation générale de libérer un détenu pour motifs de santé, l'article 3 de la Convention impose en tout cas à l'Etat de protéger l'intégrité physique des personnes privées de liberté notamment par l'administration des soins médicaux requis* »

A detta di chi scrive bisognerebbe osare di più ; concedere interventi della stessa Corte europea sul "merito" delle scelte operate dalla Amministrazione penitenziaria, quando queste incidono irrimediabilmente non solo sul trattamento del detenuto ma, rischiano di compromettere la salute, la personalità, la rieducazione ma più intensamente il diritto alla vita. Se dunque la giurisprudenza europea non impone la liberazione del soggetto che versi in cattive condizioni di salute; altrettanto vero che si richiede oltre che l'adozione di adeguati trattamenti terapeutici –che nel caso di specie hanno trovato vaglio positivo anche se si sarebbe potuto intraprendere un diverso percorso- la valutazione sul rispetto della dignità umana.

(a cura di)

Dott.ssa Ferrieri Catia (diritto interno)

Dott.ssa Crisci Chiara (diritto europeo)

