

Diritto alla salute, quale garanzia del principio di umanità della pena, e tutela della sicurezza pubblica: un bilanciamento è possibile?

US [iusinitinere.it/diritto-alla-salute-quale-garanzia-del-principio-di-umanita-della-pena-e-tutela-della-sicurezza-pubblica-un-bilanciamento-e-possibile-28256](https://www.iusinitinere.it/diritto-alla-salute-quale-garanzia-del-principio-di-umanita-della-pena-e-tutela-della-sicurezza-pubblica-un-bilanciamento-e-possibile-28256)

May 23,
2020

A cura di: Eleonora Pasqui

“Caso Zagaria”: l’equivoco della scarcerazione a causa delle misure di contenimento della pandemia Covid-19 e la decretazione d’urgenza.

1. *Introduzione.*

Con la decisione del Tribunale di Sorveglianza di Sassari di differire la pena con concessione della detenzione domiciliare nei confronti di Pasquale Zagaria^[1], detenuto sottoposto al regime detentivo differenziato di cui all’art. 41-bis o.p., nonché in seguito ad altra pronuncia del Tribunale di Sorveglianza di Milano relativa a Francesco Bonura^[2], si è di nuovo aperta l’annosa questione circa il bilanciamento tra diritto alla salute e tutela dell’ordine e della sicurezza pubblica. Il caso, ben presto divenuto mediatico, anche a causa dell’equivoco di una scarcerazione giustificata sulla base delle misure di contenimento della pandemia Covid-19, ha visto, da ultimo, l’intervento del Governo, con l’emanazione del Decreto-Legge 30 aprile 2020, n. 28 e del Decreto-Legge 10 maggio 2020, n. 29. Se, da una parte, la giurisprudenza nazionale ed europea sembra orientata verso la prevalenza del diritto alla salute, quale diritto fondamentale ed inderogabile anche in caso di pena scontata in regime detentivo speciale, dall’altra, il Governo, più timidamente, sembra ancora propendere per una prevalenza delle esigenze di tutela dell’ordine pubblico. Si rinnova la sfida tra Antigone e Creonte.

2. *L’Ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Sassari: la prevalenza del diritto alla salute come garanzia del principio di umanità della pena.*

Partendo, dunque, dall’analisi del caso concreto, l’ordinanza emessa da Tribunale di Sorveglianza di Sassari dispone il differimento dell’esecuzione della pena in regime di detenzione domiciliare, in accoglimento della relativa istanza presentata dall’interessato per motivi di grave infermità fisica ai sensi dell’art. 147 n. 2 c.p., riscontrando la sussistenza dei presupposti di natura oggettiva richiesti dalla norma. Invero, il Tribunale, raccolti i dati sanitari dello Zagaria, attestanti la necessità dello svolgimento di cure oltre che di indifferibili accertamenti, ha concluso per l’impossibilità dello svolgimento dell’iter diagnostico-terapeutico all’interno del circuito penitenziario nonché in regime di art. 11 o. p., stante l’emergenza Covid-19, che ha implicato l’adattamento di tutti i reparti ospedalieri nella regione Sardegna alla cura di detto virus. Pertanto, anche in considerazione del fatto che non ha avuto nessun riscontro – neppure di carattere

interlocutorio – da parte del D.A.P., circa la possibilità di individuazione a livello nazionale di una struttura idonea a permettere le cure in costanza di detenzione, ha ritenuto il differimento della pena l'unica scelta operabile. Ciò in quanto, come si legge nell'Ordinanza, «lasciare il detenuto in tali condizioni, [...], equivarrebbe esporlo al rischio di progressione di una malattia potenzialmente letale, in totale spregio del diritto alla salute e del diritto a non subire un trattamento contrario al senso di umanità».[3] Inoltre, il Tribunale ha orientato la sua decisione anche in considerazione della sussistenza di un grave rischio di complicanze per il detenuto in caso di contrazione del virus Sars-Cov-19. Invero, trattandosi di soggetto affetto da patologie di particolare gravità, quali quelle indicate dalla Circolare D.A.P. del 21.03.2020, lo stato di detenzione, sebbene in regime differenziato, lo avrebbe esposto al rischio di contagio, a causa dei contatti con il personale che opera all'interno della struttura penitenziaria. Questi i presupposti che hanno portato il Tribunale di Sorveglianza di Sassari ad applicare l'art. 147 n. 2 c.p., disponendo il differimento della pena per lo Zagaria in regime di detenzione domiciliare sino alla data del 22.09.2020.

2.1. Il differimento facoltativo dell'esecuzione della pena ai sensi dell'art. 147 n. 2 c.p.

Quanto all'istituto disciplinato dall'art. 147 n. 2 c.p., si tratta di una delle ipotesi di differimento facoltativo della pena che può essere concessa discrezionalmente dal Tribunale di Sorveglianza, qualora ne ravvisi l'opportunità. Il caso della grave infermità fisica si sostanzia in una patologia di una gravità tale da non integrare il differimento obbligatorio di cui all'art. 146 n. 3 c.p. ma che, tuttavia, viene considerato dall'autorità giudiziaria necessario al fine di garantire un'espiazione della pena conforme al principio di dignità umana, richiesto dall'ordinamento penitenziario ai sensi dell'art. 1 nonché dall'art. 27 Cost.[4] La questione che si pone è, dunque, quella di valutare in che termini si possa integrare detta necessità di differimento, quando cioè il bilanciamento tra diritto alla salute ed esigenze di tutela della incolumità pubblica debba risolversi nella prevalenza del primo. A più riprese, la giurisprudenza nazionale e quella europea si sono espresse in merito a tale quesito.

2.1.1. La giurisprudenza sul concetto di grave infermità fisica.

La giurisprudenza di legittimità, intervenuta a chiarire la nozione di grave infermità fisica quale presupposto del rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena, ha ritenuto che «non è necessaria un'incompatibilità assoluta tra la patologia e lo stato di detenzione, ma occorre pur sempre che l'infermità o la malattia siano tali da comportare un serio pericolo di vita, o da non poter assicurare la prestazione di adeguate cure mediche in ambito carcerario, o, ancora, da causare al detenuto sofferenze aggiuntive ed eccessive, in spregio al diritto alla salute e del senso di umanità al quale deve essere improntato il trattamento penitenziario».[5]

Quanto premesso deve essere necessariamente considerato applicabile anche in materia di regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis o. p., stante la tutela del principio di umanità della pena e del divieto di trattamento disumano e degradante di cui agli artt. 27 Cost. e 3 CEDU. La questione si era già posta in precedenza nell'ambito dei

noti casi riguardanti Bernardo Provenzano e Salvatore Riina. Se relativamente alla “vicenda Provenzano”, la Suprema Corte, chiamata a pronunciarsi sulla incompatibilità del regime detentivo rispetto alle condizioni sanitarie del detenuto, aveva confermato la decisione del Tribunale di Sorveglianza di Milano, negando, quindi, la concessione di una degenza domiciliare[6], di diverso avviso si era mostrata relativamente a Riina. Invero, in quest’ultimo caso aveva annullato l’ordinanza del Tribunale di Sorveglianza individuando, tra i motivi della decisione, l’assenza di una motivazione adeguata circa l’attualità della pericolosità del detenuto in considerazione delle precarie condizioni di salute dello stesso.[7] A prescindere, poi, dall’esito della vicenda, che vede un nuovo rigetto da parte del Tribunale di Sorveglianza di Bologna dell’istanza del richiedente, ciò che rileva è l’orientamento della Suprema Corte volto a valorizzare l’effettivo stato psico-fisico del detenuto, quale indice che può incidere sulla pericolosità.

Quanto alla giurisprudenza della Corte Costituzionale, rileva una recente pronuncia che, sebbene non afferisca direttamente alla materia del regime detentivo differenziato, è tuttavia sintomatica dell’orientamento della stessa in ordine alla preminenza del diritto alla salute. Invero, la Consulta, estendendo l’applicabilità della detenzione domiciliare “in deroga” ai casi di grave infermità psichica sopravvenuta in corso di detenzione[8], dimostra di nuovo un’apertura verso il riconoscimento della prevalenza del diritto alla salute della persona nel bilanciamento con il principio di ordine e sicurezza pubblica.

Anche la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo è intervenuta sulla compatibilità con l’art. 3 CEDU del regime detentivo di cui all’art. 41-bis o.p. qualora il detenuto risulti affetto da gravi patologie. Nello specifico, con riferimento al caso Enea c. Italia, la Corte, in ordine alla legittimità del mantenimento in carcere del soggetto, che versi in condizioni sanitarie precarie, ha ritenuto che occorre valutare: “a) la condizione del detenuto; b) la qualità delle cure dispensate; c) l’opportunità di mantenere la detenzione visto lo stato di salute del ricorrente”. [9] Dunque, i Giudici di Strasburgo, sebbene non ritengano sufficiente lo stato morboso quale indice alla concessione del differimento della pena per il recluso, d’altro canto individuano un dovere di protezione nei confronti dello stesso, cui dovranno essere garantiti i trattamenti sanitari necessari. Più di recente, la Corte EDU si è, poi, espressa anche relativamente al “caso Provenzano”[10], riscontrando una violazione dell’art. 3 CEDU rispetto all’ultimo decreto di proroga del regime 41-bis, stante il deterioramento delle condizioni cognitive del recluso. Pertanto, sebbene la Corte non abbia ritenuto incompatibile di per sé il regime detentivo differenziato rispetto allo stato di salute del ricorrente, ha, comunque, considerato dirimente l’effettiva condizione psico-fisico del detenuto ai fini della determinazione della sua pericolosità.

Appare, dunque, deducibile, quale conseguenza logica di tali assunti che, in caso di impossibilità di garantire le cure all’interno del circuito penitenziario –come avvenuto nel caso dello Zagaria-, il detenuto avrà diritto ad un differimento della pena, per evitare che l’esecuzione penale si traduca in una maggiore sofferenza e che, dunque, integri la violazione dell’art. 3 CEDU.

2.2. La disciplina in materia di emergenza Covid-19: il Decreto "Cura Italia" e la Circolare D.A.P. del 21.03.2020.

L'emergenza sanitaria determinata dalla pandemia del Covid-19 ha riversato i suoi effetti anche in ambito penitenziario e, proprio in ragione delle criticità relative alla struttura stessa degli istituti di pena rispetto alla possibile diffusione del virus, con il Decreto-Legge 17 marzo 2020, n. 18, c.d. "Cura Italia", sono state determinate misure volte a limitare i contagi all'interno delle carceri. Nello specifico, si fa riferimento all'art. 123 del suddetto decreto che contiene disposizioni in materia di detenzione domiciliare, la quale può essere concessa a detenuti condannati a pena detentiva non superiore a diciotto mesi, anche se consistente in residuo di maggior pena, ma viene precluso a determinate categorie di soggetti, tra i quali i condannati per taluno dei delitti indicati dall'articolo 4-bis o.p. Pertanto, ne deriva che detta norma non risulta essere applicabile nei confronti dei soggetti ristretti per aver commesso delitti legati alla criminalità organizzata di stampo mafioso.

Inoltre, quanto alla discussa circolare emessa dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria in data 21.03.2020 riguardante anche i detenuti sottoposti al regime detentivo di cui all'art. 41-bis o.p., la stessa si limita a disporre il compimento di una valutazione circa la sussistenza all'interno del penitenziario di reclusi affetti da determinate patologie, espressamente elencate, cui è possibile connettere complicanze in caso di contrazione del virus. Ciò al fine di stilare un elenco da destinare all'autorità giudiziaria, affinché sia compiuta un'ulteriore valutazione sia di carattere sanitario sia volta a verificare la possibilità di un differimento della pena, stante la sussistenza di presupposti quali, a titolo esemplificativo, le informazioni di polizia, la sussistenza di familiari, la disponibilità di un domicilio. A ben vedere, la Circolare non legittima alcun automatismo volto al differimento della pena ma si pone in un'ottica di monitoraggio e valutazione, avendo sempre alla base il bilanciamento tra il diritto alla salute e la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica.

3 La decretazione d'urgenza nell'ottica della prevalenza della tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica.

Nonostante la chiara motivazione del Tribunale di Sorveglianza alla base della scelta operata volta alla concessione del differimento della pena per motivi di salute, a causa dell'onda mediatica che ne è derivata, il Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente Giuseppe Conte e del Ministro della giustizia Alfonso Bonafede, ha approvato il Decreto-Legge n. 28/2020, che predispose, tra le altre misure, anche quelle relative alla concessione di permessi e alla detenzione domiciliare nei confronti di detenuti in regime differenziato. Nello specifico, detto decreto stabilisce che in caso di istanze di differimento della pena presentate da detenuti condannati per reati di mafia o terrorismo, le stesse saranno preventivamente oggetto di parere del procuratore della Repubblica presso il tribunale che ha emesso la sentenza e, nel caso di detenuti sottoposti al regime previsto dall'articolo 41-bis o.p., anche quello del procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, affinché sia consentita la valutazione dell'attualità

della pericolosità del soggetto. Solo successivamente, l'autorità giudiziaria competente potrà accogliere o rigettare l'istanza e, in caso di accoglimento, potrà concedere il permesso decorse ventiquattro ore dalla richiesta dei suddetti pareri mentre, in caso di applicazione della detenzione domiciliare, il magistrato di sorveglianza ed il tribunale di sorveglianza decidono non prima, rispettivamente, di due giorni e di quindici giorni dalla richiesta, anche qualora detti pareri non siano formulati; fanno eccezione i casi di particolare urgenza purché motivata.

Ma vi è più. Sempre nell'ottica di placare la controversia sorta, il Governo, dimostrando una implacabile frenesia legislativa, è intervenuto di nuovo sulla questione, a soli dieci giorni di distanza dal predetto decreto, con l'emanazione del D.L n. 29/2020. La nuova disciplina interviene in materia di detenzione domiciliare e di differimento della pena a causa dell'emergenza sanitaria Covid-19, relativamente ai detenuti condannati per reati di mafia e sottoposti al regime ex art 41 bis o.p., prevedendo il compimento di una periodica rivalutazione dei presupposti che ne hanno determinato la scarcerazione, con il conseguente obbligo di revocare la misura adottata, qualora detti presupposti vengano meno. In buona sostanza, si esige che la magistratura di sorveglianza, la quale ha emesso il provvedimento, riesami periodicamente le decisioni adottate in tema di differimento della pena in connessione all'emergenza sanitaria, specie in riferimento ai c.d. "detenuti eccellenti".

Alla luce di tali interventi normativi, oltre ai dubbi sull'uso-abuso della decretazione d'urgenza rispetto ai parametri dell'art. 77 Cost., appare evidente come l'orientamento del Governo sia quello di placare la *querelle* sorta, virando verso la direzione di prediligere la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica. Per di più, detta posizione solleva dubbi sulla possibile lesione dell'autonomia ed indipendenza della magistratura di sorveglianza, la quale, con le pronunce in questione, si è limitata ad agire secondo le proprie prerogative, applicando le norme previste dal codice penale, nel rispetto dei dettami costituzionali e sovranazionali.

Lo scontro dialettico tra Magistratura e Governo rispecchia la complessità alla base del corretto bilanciamento tra diritti fondamentali ed esigenza di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, riflesso, a sua volta, della difficoltà di raggiungere una cultura diffusa in ordine alla effettiva valenza dei diritti inalienabili che sia riconosciuta anche in ambito penitenziario.

4. Conclusioni: Antigone sfida – di nuovo – Creonte.

In questa lotta tra Antigone e Creonte, tra dignità dell'individuo in quanto tale –e, quindi, anche se legato alla criminalità organizzata- e norme che tutelano la sicurezza pubblica, è necessario un bilanciamento, il quale deve veder prevalere Antigone, in quanto sublimata a parametro normativo, sia in ambito costituzionale (art. 27 Cost.) che nella normativa penitenziaria (art. 1 o.p.).^[11] La chiave di lettura è, dunque, da riscontrarsi nella necessità di coordinare il principio di uguaglianza di tutti gli individui di fronte alla legge, di cui all'art. 3 Cost., con quello di tutela della salute ex art. 32 Cost. e del senso di umanità dell'esecuzione penale, art. 27 Cost. e art. 3 CEDU. Ciò implica riconoscere la

dignità umana, al di là dei singoli comportamenti tenuti dalla persona, in quanto la dignità sussiste anche prescindendo da ciò che un soggetto ha commesso. Pertanto, l'unico modo per evitare la cronaca di una morte annunciata è tutelare le esigenze di sicurezza pubblica senza, tuttavia, limitare i diritti fondamentali della persona, quali quello alla salute.

[1] Trib. di Sorv. di Sassari, Ord. del 23 aprile 2020.

[2] Trib. di Sorv. di Milano, Decr. del 20 aprile 2020.

[3] Trib. Di Sorv. Di Sassari, ivi.

[4] Cfr. M. Canepa, S. Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, nona edizione, Giuffrè Editore, 2010, 227 ss.

[5] Cass. Pen., Sez. I, n. 27352 del 17. maggio 2019.

[6] Cass. Pen., Sez. I, n. 38813 del 24 settembre 2015.

[7] Cass. Pen., Sez. I, n. 27766 del 5 giugno 2017.

[8] C. Cost. sent. 19 aprile 2019, n. 99.

[9] Corte eur. dir. uomo, 17settembre 2009, Enea c. Italia.

[10] Corte eur. dir. uomo, 25 settembre 2018, Provenzano c. Italia.

[11]Cfr. Patrizio Gonnella, *Antigone. Dignità. Rieducazione*, in *Questione Giustizia*, fascicolo 2/2015.

Fonte immagine: www.pixabay.com