

**DIRITTO ALLA SALUTE E PREVENZIONE IN CARCERE:
PROBLEMI TEORICI E PRATICI DI GESTIONE
DEL CORONAVIRUS NEGLI ISTITUTI DI PENA***

di Emilio Santoro

(Professore ordinario di filosofia e sociologia del diritto presso l'Università di Firenze e presidente de «L'altro diritto centro interuniversitario di ricerca su carcere, devianza, marginalità e governo delle migrazioni»)

Il coronavirus è cominciato a entrare nelle carceri: abbiamo avuto notizia di due detenuti morti per l'infezione, uno nel carcere di Bologna e uno in quello di Voghera. Amministrazione penitenziaria e ASL, forse spaventate delle rivolte della prima metà di Marzo, hanno scelto di tenere riservati i dati sulla diffusione della pandemia nelle carceri. A dispetto del fatto che il trattamento risocializzante dovrebbe portare a responsabilizzare i detenuti, si è deciso che la comunità carceraria è composta da soggetti immaturi a cui non si deve dire come stanno le cose e quindi, di conseguenza, non lo si dice neppure agli altri cittadini. Le informazioni su detenuti e agenti positivi, persino sui detenuti morti, non sono comunicate ufficialmente dalle ASL, alle quali da circa quindici anni è stata affidata la tutela della salute dei detenuti, o dall'Amministrazione Penitenziaria, ma dai sindacati degli agenti e, in forma aggregata a livello nazionale, dai Bollettini del *Garante nazionale di diritti delle persone detenute e private della libertà*, che non hanno una grande diffusione al di fuori degli addetti ai lavori. Questa scelta, a mio parere, è incomprensibile e controproducente: è quasi un detto comune che si ha paura di ciò che non si conosce. Costringere i detenuti e i loro parenti a vivere senza sapere qual è la reale situazione in carcere e cosa viene fatto per governarla penso aumenti la tensione.

Questa scelta "nord coreana" rende soprattutto difficile capire quali sono le misure adottate per contrastare il COVID-19 in carcere, per tutelare la salute dei detenuti, del personale di polizia penitenziaria ma, direi, dell'intera collettività, e non consente di capire se tali misure siano sufficienti o se, invece, occorre migliorarle o, addirittura, pensarne di nuove.

* Ringrazio Raffaella Tucci, Gianmarco Gori, Carlo Botrugno, Katia Poneti, Chiara Bianchi, Bianca Cassai, Chiara Stoppioni, Salomé Archain, Sofia Ciuffoletti e Giuseppe Caputo, per aver letto e commentato, nel contenuto e nei dettagli stilistici, questo testo. Grazie a loro, le mie riflessioni esprimo un pensiero elaborato collettivamente nella discussione all'interno dell'Altro diritto.

In questa situazione, infatti, si generano, intorno ai singoli istituti di pena, tanti miti metropolitani e non è facile capire quali sono le notizie affidabili. Come si è accennato, l'unica fonte ufficiale che diffonde qualche dato aggregato è il Garante Nazionale: stando ai suoi ultimi Bollettini, nelle carceri ci sono circa centocinquanta detenuti risultati positivi al test sul virus, una decina di ricoverati e più di duecento agenti di polizia penitenziaria positivi, ma non vengono fornite notizie ufficiali su specifici istituti penitenziari. Le informazioni più impressionanti per dimensione del fenomeno riguardano il carcere di Verona dove i sindacati di polizia penitenziaria hanno comunicato la presenza di una trentina di detenuti e di una ventina di agenti positivi, e Torino dove, sempre in base a una comunicazione di un sindacato della polizia penitenziaria, ci sarebbero oltre 60 detenuti positivi. Sulle misure per gestire questa situazione le notizie sono ancora più incerte: sembra sia stata disposta la quarantena di chi è risultato positivo al COVID-19, sia esso detenuto o agente, ma non l'isolamento fiduciario delle persone detenute che sono venute a contatto con i casi positivi.

Per contestualizzare questa situazione dobbiamo ricordarci che, se una persona positiva non rispetta la quarantena, commette reato (un delitto contro la salute pubblica): il d.l. 9.3.2020 n. 14 (art. 14) ha addirittura previsto che le forze dell'ordine possano accedere direttamente alle banche dati delle ASL per controllare rapidamente le autocertificazioni relative alla positività (il che desta qualche perplessità dal punto di vista del diritto alla privacy). Naturalmente, la quarantena di un detenuto positivo non è una sua scelta, ma dipende dall'amministrazione penitenziaria.

Il problema della mancanza degli isolamenti fiduciari dei detenuti venuti a contatto con i loro compagni, con gli agenti o con gli appartenenti al personale sanitario risultati positivi (che paiono numerosi), sembra dipendere dalla mancanza di celle dove poter attuare la misura. Le carceri sono infatti notoriamente sovraffollate: siamo stati condannati dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo perché costringiamo, non occasionalmente, ma strutturalmente, i nostri detenuti a vivere in condizioni inumane e degradanti a causa del sovraffollamento. Quando è scoppiata la pandemia, in carcere c'erano oltre sessantamila detenuti: le ultime notizie, date sempre dal Garante nazionale, parlano di una popolazione detenuta scesa intorno a cinquantatremila detenuti, comunque di circa di un migliaio di unità superiore al livello raggiunto con le misure adottate in conseguenza della condanna della Corte EDU e che ci avevano permesso di superare la procedura di esecuzione della sentenza.

Cinquantatremila reclusi sono comunque un numero che renderà impossibile ancora per molto tempo disporre di tutte le celle che servirebbero per gli isolamenti fiduciari dei detenuti che sono stati a contatto con soggetti positivi e, quindi, per bloccare la diffusione della pandemia tra reclusi e personale che lavora all'interno degli

istituti penitenziari. Tenendo conto che le ricordate rivolte hanno reso alcune sezioni inagibili, le celle che si sono liberate sembrano a stento disponibili per effettuare le quarantene dei positivi e gli isolamenti, richiesti da alcune ASL, tra cui quelle della Toscana, dei detenuti che prima erano in libertà o che sono stati trasferiti da altre carceri. Infatti, la mancanza di spazi di alcuni istituti ha costretto l'amministrazione penitenziaria a disporre trasferimenti da una regione all'altra, col paradosso che i detenuti sono stati tra i pochi soggetti con mobilità interregionale.

Sulla diminuzione dei detenuti hanno influito in modo modesto le misure previste dagli articoli 123 e 124 del d.l. 17.3.2020 n. 18. Secondo il Bollettino del Garante Nazionale sono circa 700 i prolungamenti delle licenze dei semiliberi e 2.700 le concessioni delle detenzioni domiciliari; alcune delle quali non dovute alla semplificazione prevista dall'art. 123 del decreto (quelle con il braccialetto elettronico sono circa 650), ma molte disposte in base alla "vecchia" legge 26.11.2010 n. 199. Nelle carceri, secondo i dati del Garante nazionale, restano ancora oltre settemila persone con una pena o un residuo pena inferiore a un anno e oltre quattordicimila con una pena o un residuo pena inferiore a due anni, che è il limite previsto dalla l. 199/2010 per la concessione della detenzione domiciliare.

Quindi, pur in mancanza di dati precisi, sembra evidente che un contributo decisivo alla diminuzione del numero dei detenuti sia stato dato dai magistrati che stanno (finalmente) utilizzando la carcerazione come *extrema ratio*. Questo atteggiamento è sicuramente stato favorito dall'importante nota che il Procuratore generale presso la Corte di cassazione ha inviato a tutti i procuratori generali del Paese. La nota ha significativamente ad Oggetto: «pubblico ministero e riduzione della presenza carceraria durante l'emergenza del coronavirus»¹.

È di grandissima importanza e testimonia un elevato livello di civiltà giuridica, che il Procuratore generale si preoccupi di inviare, ai soggetti che devono promuovere l'azione penale, richiedere le misure cautelari (circa il 30% dei detenuti sono in custodia cautelare) e emettere i titoli di esecuzione delle pene, una nota incentrata sul diritto "fondamentalissimo" alla salute, ricordando che esso appartiene a tutte le persone, comprese quelle che sono sospettate o che sono state condannate in via definitiva per aver commesso un reato.

In un momento in cui il diritto alla salute dipende dal "distanziamento sociale", è di grande rilievo che il Procuratore generale ricordi che tale diritto, in carceri cronicamente sovraffollate, si può garantire solo riducendo il ricorso alla detenzione e

¹ Nella stessa direzione va il Parere del Consiglio superiore della magistratura sul d.l. 18/2020, (<https://csmapp.csm.it/documents/21768/92150/parere+dl+18+del+2020+cura+italia+26+marzo+2020/51a8d452-8a1e-b3ef-f27a-2f56408dc772>), detto "Cura Italia", che «auspica soluzioni volte a ridurre il sovraffollamento delle carceri, ivi compresi interventi volti a differire per la durata dell'emergenza, l'ingresso in carcere di condannati a pene brevi per reati non gravi».

si faccia carico di dare indicazioni per diminuirne l'uso. Credo che questa nota vada messa tra le risposte alla pandemia di cui l'Italia deve essere orgogliosa.

Proprio per l'importanza e il valore civile e giuridico di questa nota, mi permetto di discutere criticamente la sua parte conclusiva, relativa ai limiti che incontra il ricorso alla detenzione domiciliare ex art. 47-ter, co. 1 lett. c. La mia vuole essere una critica costruttiva, assolutamente in linea con la nota del Procuratore generale, che spinga a fare un altro piccolo, ma importante, passo nella direzione indicata dalla sua nota. La mia proposta non è dettata da pedanteria accademica, ma dall'esigenza, contingente, di risolvere il problema della mancanza di spazi per gli isolamenti fiduciari dei detenuti venuti a contatto con gli ormai numerosi soggetti positivi che si trovano nelle carceri. A questa si affianca un'esigenza più strutturale: prendere finalmente atto che il diritto alla salute dei detenuti non si esaurisce nel diritto alla cura ma, come per le persone libere, ricomprende anche la prevenzione.

Il Procuratore Generale osserva che «nell'ipotesi in cui in un istituto penitenziario si registri una positività al COVID-19, la disciplina dell'art. 47-ter co. 1 lett. c Op – nel limite della pena da scontare non superiore a quattro anni – non sembra applicabile a persona che sia entrata in contatto con altro detenuto risultato positivo al virus».

La nota sottolinea che la giurisprudenza della Cassazione (viene citata Cass. 30.6.2015 n. 36322, Rv. 264468-01) ha chiarito che, ai fini di valutare la concessione della detenzione domiciliare per gravi motivi di salute, vale a dire la compatibilità tra regime carcerario e condizioni del detenuto, il giudice di merito deve «tener conto delle molteplici finalità della pena, considerando comparativamente, nel caso concreto, le complessive condizioni di salute della persona e l'adeguatezza delle cure praticabili in ambiente carcerario o presso i presidi sanitari posti a disposizione del detenuto». Secondo questa linea di ragionamento, per valutare se la detenzione in carcere costituisce trattamento inumano o degradante e, quindi, se occorre disporre la cessazione, la magistratura di sorveglianza «deve verificare, non soltanto se le condizioni di salute del condannato, da determinarsi ad esito di specifico e rigoroso esame, possano essere adeguatamente assicurate all'interno dell'istituto di pena o comunque in centri clinici penitenziari, ma anche se esse siano compatibili o meno con le finalità rieducative della pena, alla stregua di un trattamento rispettoso del senso di umanità, che tenga conto della durata della pena e dell'età del condannato, comparativamente con la sua pericolosità sociale» (il rinvio è a Cass. 17.10.2018 n. 53166, Rv. 274879-01).

Queste premesse sono sintetizzate nella considerazione che l'istituto giuridico della detenzione domiciliare per motivi di salute «si caratterizza per una valutazione strettamente individuale della compatibilità con lo *status detentionis* delle condizioni di salute del soggetto, singolarmente inteso, anche in relazione alle capacità della

struttura di assicurare comunque mediante i propri presidi la necessaria assistenza e, eventualmente, cura nel rispetto della dignità e del senso di umanità (ossia, nell'attuale situazione emergenziale, in caso di contatto con persona positiva al COVID-19, *l'isolamento fiduciario e la sottoposizione a controllo sanitario*)» (corsivi miei). Sulla base di questa riduzione del diritto alla salute ai trattamenti individuali di cura, la nota arriva alla conclusione che spetta «all'Amministrazione penitenziaria, in caso di contagio all'interno di un istituto, assumere i provvedimenti che si rendono necessari alla luce dell'attuale normativa, trattandosi di problematica di carattere organizzativo non risolvibile, *de iure condito*, con l'intervento della magistratura mediante la norma in esame».

Credo valga la pena contestualizzare le premesse che conducono a questa conclusione, che mi sembra incentrata non tanto sulla situazione attuale, ma su discussioni passate sulla tutela della salute dei detenuti.

Per argomentare questa mia impressione muovo dalla normativa che costituisce la *Magna Charta* del diritto alla salute in carcere: il d.l. 22.6.1999 n. 230, recante disposizioni sul «Riordino della medicina penitenziaria a norma dell'articolo 5, della legge 30 novembre 1998, n. 419». Il Decreto, all'articolo 1, significativamente rubricato «Diritto alla salute dei detenuti e degli internati», recita: «I detenuti e gli internati hanno diritto, *al pari dei cittadini in stato di libertà*, alla erogazione delle *prestazioni di prevenzione*, diagnosi, cura e riabilitazione, efficaci ed appropriate, sulla base degli obiettivi generali e speciali di salute e dei livelli essenziali e uniformi di assistenza individuati nel Piano sanitario nazionale, nei piani sanitari regionali e in quelli locali»².

Ho enfatizzato il fatto che il diritto alla salute dei detenuti, come quello dei cittadini in stato di libertà, ricomprende anche le prestazioni di prevenzione³. Ritengo, infatti, che questa sia la considerazione fondamentale che oggi *deve portare* sia alla concessione della detenzione domiciliare ex art. 47-ter co. 1 lett. c, sia a quelle degli arresti domiciliari e della detenzione in strutture sanitarie esterne di diagnosi e cura ex art. 11 Op. Tali misure, a mio avviso, dovrebbero essere disposte in caso di contagio o di contatto con persona positiva al COVID-19 ogni volta in cui occorre effettuare la quarantena o l'isolamento fiduciario con sottoposizione a controllo sanitario e non è possibile eseguire simili misure in carcere. Mi sembra che la recente riforma dell'art. 11

² In questo, come in tutti i casi successivi, l'evidenziazione in corsivo di una parte di un testo normativo è naturalmente mia.

³ Forse non è superfluo ricordare che il d.P.C.M. 12.1.2017, «Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 20 dicembre 1992, n. 502», ha un allegato dedicato alla «Prevenzione Collettiva e Sanità Pubblica», articolato in varie aree di intervento la prima delle quali, la A, è quella della «Sorveglianza, prevenzione e controllo delle malattie infettive e parassitarie, inclusi i programmi vaccinali». Segue poi una tabella con un lungo elenco di attività e prestazioni che concretizzano i livelli essenziali di assistenza sanitaria in questa area.

Op, operata con il d.l. 2.10.2018 n. 123, abbia confermato in via definitiva che la prevenzione rientra tra le prestazioni che devono essere riconosciute come parte integrante del diritto alla salute dei detenuti. Recependo nell'Ordinamento Penitenziario l'avvenuto passaggio della sanità penitenziaria al Servizio Sanitario Nazionale (ma di fatto regionale) il nuovo articolo 11 Op, alla fine del comma 7, statuisce, infatti, che «durante la permanenza nell'istituto, l'assistenza sanitaria è prestata con periodici riscontri, effettuati con cadenza allineata ai bisogni di salute del detenuto, e si uniforma ai principi di metodo proattivo, di globalità dell'intervento sulle cause di pregiudizio della salute, di unitarietà dei servizi e delle prestazioni, d'integrazione dell'assistenza sociale e sanitaria e di garanzia della continuità terapeutica».

Alla luce di queste considerazioni, la giurisprudenza richiamata dalla nota del Procuratore generale non si concentra sul fatto che la prevenzione è parte integrante del diritto alla salute (anche di quello dei detenuti). Rivelatrice di questa amnesia della giurisprudenza è la riduzione di questo diritto ai trattamenti curativi individuali. Tale dimenticanza non è sorprendente: raramente, infatti, si sono posti problemi di prevenzione all'interno delle carceri. Come ricostruisce Laura Baccaro, nel suo ottimo saggio *Carcere e salute* in http://www.antonioacasella.eu/salute/Baccaro_Carcere_salute_2003.htm, anche a livello internazionale⁴, solo di fronte a problemi specifici, come le tossicodipendenze e l'HIV, ci si è ricordati che il diritto alla salute dei detenuti ricomprende anche la prevenzione. Il legislatore italiano, invece, anche di fronte alla diffusione del virus HIV si è concentrato, sulle esigenze diagnostiche e di cura, non preoccupandosi di quelle di prevenzione, come mostra l'art. 286-bis Cpp introdotto nel 1988 (e modificato nel 1999) per regolare la custodia cautelare in carcere dei soggetti in AIDS conclamata.

Il perno della nota del Procuratore generale sta nella affermazione che «l'emergenza coronavirus costituisce un elemento valutativo nell'applicazione di tutti gli istituti normativi vigenti e ne rappresenta un presupposto interpretativo necessario». Se si assume questa prospettiva, potremmo rileggere le disposizioni poste a tutela della salute dei detenuti, incluso l'art. 47-ter co. 1 lett. c, ricordandoci che esso comprende anche la prevenzione, quindi il distanziamento e l'isolamento che, al momento, come ci viene ripetuto continuamente, sono lo strumento più efficace per tutelare la salute di noi persone libere. Mentre gli interventi sanitari curativi, ai quali fa riferimento la giurisprudenza in materia di detenzione domiciliare, costituiscono la

⁴ L'autrice cita le «Linee europee su HIV/AIDS ed epatite in carcere», la «Carta di Oldenburg» del 1998, nota come «Raccomandazioni europee su carcere e tossicodipendenza» e le «Linee guida sulla riduzione del danno» stilate dal Ministero della Sanità prendendo atto della direttiva dell'OMS nota come «Principio di equivalenza delle cure».

concretizzazione del diritto alla salute dei soggetti che si ammalano di COVID-19, la prevenzione, il distanziamento sociale, la quarantena dei soggetti positivi, l'isolamento fiduciario di quelli venuti a contatto con loro, sono gli strumenti per garantire il diritto alla salute di tutte le persone che si trovano nelle carceri (compresi gli agenti di polizia penitenziaria). Se è vero, come ci dicono la psicologia cognitiva e la sociologia della conoscenza, che non vediamo quello che non cerchiamo, è normale che fino ad oggi abbiamo visto – anche la giurisprudenza lo ha fatto – il diritto alla prevenzione solo in casi specifici. Oggi l'emergenza coronavirus ci consente di fare un passo avanti e di vedere che dobbiamo includere in maniera definitiva la prevenzione tra i contenuti del diritto alla salute dei detenuti. È a partire da questa inclusione che, come ci invita a fare il Procuratore generale, dobbiamo leggere «tutti gli istituti normativi vigenti», incluso, ripeto per l'ennesima volta, anche il 47-ter co. 1 lett. c Op.

Alla luce di queste considerazioni va tenuto conto dell'altro principio fissato dall'art. 1 del d.l. 230/1999: quello di non discriminazione tra soggetti detenuti e cittadini liberi. Per i cittadini liberi la misura di prevenzione è stata fissata dal d.l. 23.2.2020 n. 6, «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19», convertito con modificazioni dalla l. 5.3.2020 n. 13 che, all'art. 1, rubricato «Misure urgenti per evitare la diffusione del COVID-19», che, alla lettera *h*, dispone l'«applicazione della misura della quarantena con sorveglianza attiva agli individui che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva». Per dare concretezza a tale misura e facilitarne l'applicazione, il d.l. 2.3.2020 n. 9, «Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19», all'art. 19, rubricato «Misure urgenti in materia di pubblico impiego», stabilisce che il periodo trascorso in malattia o in quarantena con sorveglianza attiva, o in permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva, dai dipendenti delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, dovuta al COVID-19, è equiparato al periodo di ricovero ospedaliero.

Quindici giorni dopo, con il d.l. 18/2020, «Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19», noto come “Cura Italia”, all'art. 26 («Misure urgenti per la tutela del periodo di sorveglianza attiva dei lavoratori del settore privato»), al fine di garantire che anche i dipendenti privati potessero adeguarsi alle misure di prevenzione senza eccessivi oneri, si è stabilito.

Il periodo trascorso in quarantena con sorveglianza attiva o in permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva di cui all'articolo 1, comma 2, lettere *h*) e *i*) del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, dai lavoratori del settore privato, è

equiparato a malattia ai fini del trattamento economico previsto dalla normativa di riferimento e non è computabile ai fini del periodo di comporta.

Il secondo comma di questo stesso articolo detta una misura di prevenzione specificamente rivolta ai soggetti particolarmente esposti al contagio:

Fino al 30 aprile ai lavoratori dipendenti pubblici e privati in possesso del riconoscimento di disabilità con connotazione di gravità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, nonché ai lavoratori in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita, ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della medesima legge n. 104 del 1992, il periodo di assenza dal servizio prescritto dalle competenti autorità sanitarie, è equiparato al ricovero ospedaliero di cui all'articolo 19, comma 1, del decreto legge 2 marzo 2020, n. 9.

Quindi, alla luce di queste disposizioni, emanate un po' convulsamente sotto la pressione della diffusione del virus e del numero di vittime da esso provocate, il diritto alla salute *sub-specie* prevenzione si sostanzia soprattutto nella quarantena dei soggetti positivi e nell'isolamento fiduciario di quelli venuti a contatto con essi. Per facilitare l'attuazione di queste misure di prevenzione, evitando che i loro costi gravino sulle persone che vi si devono sottoporre, le due situazioni sono state equiparate, per i dipendenti pubblici, al ricovero ospedaliero e, per quelli privati, a periodo di malattia. È evidente la *ratio* di favorire e incoraggiare la *compliance* alle misure di prevenzione, considerate strategiche per contenere la diffusione del virus, senza che questo costringa i cittadini a sopportarne il costo anche in termini di giorni di ferie o di giorni retribuiti di malattia.

Mal si comprende perché tali equiparazioni non debbano essere estese anche ai detenuti. Tale mancata estensione mi sembra tradursi in un trattamento inumano e degradante, al pari della privazione delle cure soggettive, accentuato dal fatto che, in questo modo, si configura un'odiosa discriminazione nella tutela del diritto alla salute tra detenuti e persone libere. Per i reclusi, infatti, l'equiparazione tra isolamento e malattia/ricovero non è, salvo i rarissimi casi in cui l'Amministrazione penitenziaria dispone di celle libere, uno strumento che semplicemente facilita l'osservanza delle misure di prevenzione sanitaria, ma *l'unico strumento con cui esse possono essere attuate*. E lo è proprio grazie al più volte ricordato art. 47-ter co. 1 lett. c che afferma:

«La pena della reclusione non superiore a quattro anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, nonché la pena dell'arresto, possono essere espiate nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura,

assistenza o accoglienza ovvero, nell'ipotesi di cui alla lettera a), in case famiglia protette, quando trattasi di (...):

c) persona in condizioni di salute particolarmente gravi, che richiedano costanti contatti con i presidi sanitari territoriali».

Se approfittiamo dell'emergenza causata dal COVID-19 per considerare, una volta per tutte, il diritto alla prevenzione parte integrante del diritto alla salute anche dei detenuti, è difficile sostenere che le misure di isolamento da eseguire «con sorveglianza attiva», equiparate dalla legge, ai fini appunto della prevenzione, al ricovero ospedaliero e a una malattia (cioè alla cura soggettiva, presupposto per la detenzione domiciliare richiesto fino ad oggi dalla giurisprudenza), non configurino una situazione che richiede «costanti contatti con i presidi sanitari».

A maggior ragione, come è stato previsto per le persone libere, devono essere equiparati ai soggetti in ricovero ospedaliero i, non pochissimi, detenuti in «condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita».

Va tenuto presente che, normalmente, i detenuti usufruiscono di alcune ore di socialità in cui si spostano l'uno nella cella dell'altro, e delle ore d'aria nelle quali, sezione per sezione, si ritrovano in cortile tutti insieme. Essi, infine, sono spesso a contatto con gli agenti di polizia penitenziaria che lavorano nella sezione del carcere in cui sono reclusi. Questo comporta che, quando risulta positivo un detenuto o un agente che ha lavorato nella sezione, tutti i detenuti della stessa sezione devono essere posti in isolamento fiduciario e il detenuto o l'agente positivi devono rispettare la quarantena. Data la situazione di sovraffollamento delle nostre carceri, i detenuti sono, nella migliore delle ipotesi, due per cella: questo comporta che, in presenza di un detenuto o un agente positivi, occorrerebbe raddoppiare gli spazi delle sezioni in cui il primo era recluso o il secondo lavorava. Spazi assolutamente inesistenti nelle carceri italiane. Per cui, il ricorso alla detenzione e agli arresti domiciliare, o a «strutture sanitarie esterne di diagnosi e cura» per gran parte dei detenuti che devono fare l'isolamento fiduciario appare l'unico modo per liberare i posti necessari a garantire il diritto alla salute, sub-specie prevenzione dei reclusi il cui profilo penale sconsiglia ogni forma di reclusione extra-carceraria.

Naturalmente, anche i luoghi per effettuare la quarantena e l'isolamento fiduciario fuori dal carcere non sono facili da trovare, sia per la condizione economico-sociale di molti detenuti, che rende loro impossibile disporre di un'abitazione con stanza con bagno dove stare da soli in isolamento; sia per l'esigenza di sorveglianza che tutte le forme di detenzione *extra moenia* richiedono per bilanciare ragioni di sicurezza e diritto alla salute.

Per questo è importante che le ASL si attivino per predisporre questi spazi (anzi, a dire il vero avrebbero già dovuto farlo dall'inizio della pandemia), dato che il d.l. 230/1999, all'art. 2, rubricato «Principi», sancisce:

«1. Lo Stato, le regioni, i comuni, le aziende unità sanitarie locali e gli istituti penitenziari uniformano le proprie azioni e concorrono responsabilmente alla realizzazione di condizioni di protezione della salute dei detenuti e degli internati, attraverso sistemi di informazione ed educazione sanitaria per l'attuazione di misure di prevenzione e lo svolgimento delle prestazioni di diagnosi, cura e riabilitazione contenute nel Piano sanitario nazionale, nei piani sanitari regionali e in quelli locali.

2. L'assistenza sanitaria ai detenuti e agli internati è organizzata secondo principi di globalità dell'intervento sulle cause di pregiudizio della salute, di unitarietà dei servizi e delle prestazioni, di integrazione della assistenza sociale e sanitaria e di garanzia della continuità terapeutica.

3. Alla erogazione delle prestazioni sanitarie provvede l'Azienda unità sanitaria locale. L'amministrazione penitenziaria provvede alla sicurezza dei detenuti e a quella degli internati ivi assistiti».

Queste previsioni trovano oggi riscontro nel nuovo art. 11 Op, rubricato «Servizio sanitario», recentemente riformato, come ricordato, dal d.l. 123/2018, che, al secondo comma, prevede che il servizio sanitario nazionale «garantisce a ogni istituto un servizio sanitario rispondente alle *esigenze profilattiche* e di cura della salute dei detenuti e degli internati». Particolarmente significativa è la riformulazione del comma 11 di questo articolo secondo il quale «*nel caso di diagnosi anche sospetta di malattia contagiosa* sono messi in atto tutti gli interventi di controllo per evitare insorgenza di casi secondari, compreso l'isolamento. Il direttore dell'istituto è immediatamente informato dell'isolamento e ne dà comunicazione al magistrato di sorveglianza». Questa previsione, che chiama in causa fin dalla sua rubrica il Servizio Sanitario, mi sembra chiara nel fissare il dovere di disporre l'isolamento anche nei casi in cui la diagnosi di malattia contagiosa sia solo “sospetta”, che poi sono i casi in cui le norme attualmente vigenti per contrastare la pandemia impongono l'isolamento fiduciario. Merita di essere aggiunto che, al comma 3, così come riformulato, la disposizione impone alle ASL anche di mettere «a disposizione dei detenuti e degli internati con idonei mezzi di pubblicità» la «carta dei servizi sanitari» per loro predisposta. Le ASL, quindi, non solo sono tenute a predisporre strutture capaci di consentire l'isolamento fiduciario ai detenuti che oggi non hanno gli spazi per farlo, in modo tale da bloccare il diffondersi della pandemia; esse sembrano tenute anche ad aggiornare la propria «carta dei servizi», prevedendo specifiche misure di prevenzione contro il COVID-19 e la possibilità di fare isolamento in luogo esterno al carcere.

Una forte sollecitazione alle ASL ad attivarsi e svolgere i loro compiti istituzionali è contenuta nella lettera y) dell'art. 1 co. 1, del d.P.C.M. 27.4.2020 quando dispone che «le articolazioni territoriali del Servizio sanitario nazionale assicurano al Ministero della giustizia idoneo supporto per il contenimento della diffusione del contagio del COVID-19». Questo invito si trova all'inizio di una disposizione che si conclude raccomandando di valutare «la possibilità di misure alternative di detenzione domiciliare».

Prima di approfondire il ruolo che potrebbero svolgere queste strutture, vorrei sgomberare il campo dall'idea, che facendo i tamponi ai detenuti venuti in contatto con persone risultate positive al COVID-19, sia possibile neutralizza il rischio di diffusione del virus nelle carceri, senza bisogno di ricorrere all'isolamento fiduciario. A smentire questa utopia c'è un caso che conosco bene, in quanto l'ONLUS Altro Diritto è garante delle persone private della libertà del comune di San Gimignano. Nel carcere di quel comune è stato trasferito un detenuto proveniente da Bologna, dove, come è noto, si è verificato uno dei due decessi di detenuti per COVID-19. Il detenuto che, prima del trasferimento, era risultato negativo al tampone, è stato sottoposto ad un nuovo tampone al suo arrivo nel carcere di San Gimignano e, all'esito della seconda analisi, è risultato positivo a COVID-19. In questo caso, il direttore del carcere, in maniera lungimirante, ha rispettato, anche in presenza di un precedente tampone negativo, le linee guida della regione che prevedono l'isolamento di tutti i detenuti che entrano in carcere: questo intervento ha evitato di creare un focolaio di epidemia.

Predisporre delle strutture di cura esterne da utilizzare per gli isolamenti fiduciari consentirebbe una grande razionalizzazione nella gestione dei detenuti venuti a contatto con soggetti positivi e permetterebbe di sviluppare una effettiva strategia di contrasto della diffusione della pandemia nelle carceri. Queste strutture, infatti, potrebbero essere utilizzate da una platea di soggetti detenuti molto più vasta di quelli che si possono giovare dell'art. 47-ter co. 1 lett. c.

Una volta riconosciuto che il diritto alla salute dei detenuti ricomprende non solo gli interventi terapeutici ma anche le misure di prevenzione, queste strutture, infatti, potrebbero essere usate, come accennato, anche per i detenuti in custodia cautelare sfruttando l'art. 284 Cpp, che prevede che gli arresti possano essere disposti presso «un luogo pubblico di cura o di assistenza», e per tutti quei detenuti ai quali si riterrà applicabile il già ricordato articolo 11 Op che al comma 4 recita:

«Ove siano necessarie cure o accertamenti sanitari che non possono essere apprestati dai servizi sanitari presso gli istituti, gli imputati sono trasferiti in strutture sanitarie esterne di diagnosi o di cura, con provvedimento del giudice che procede. Se il giudice è in composizione collegiale, il provvedimento è adottato dal presidente. Prima dell'esercizio dell'azione penale provvede il giudice per le indagini preliminari;

provvede il pubblico ministero in caso di giudizio direttissimo e fino alla presentazione dell'imputato in udienza per la contestuale convalida dell'arresto in flagranza. Se è proposto ricorso per Cassazione, provvede il giudice che ha emesso il provvedimento impugnato. Per i condannati e gli internati provvede il magistrato di sorveglianza. Il provvedimento può essere modificato per sopravvenute ragioni di sicurezza ed è revocato appena vengono meno le ragioni che lo hanno determinato».

Questa previsione, secondo cui tutti i detenuti, a prescindere dal loro *status* processuale, possono essere «trasferiti in strutture sanitarie esterne di diagnosi o di cura», non è subordinata al trasferimento al residuo pena da espiare, al contrario di quanto dispone l'art. 47-ter co. 1 lett. c che, per la detenzione domiciliare richiede un residuo pena non superiore a 4 anni. Sotto questo profilo, però, lo stesso articolo 47-ter al comma 1-ter dispone che:

Quando potrebbe essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo della esecuzione della pena ai sensi degli articoli 146 e 147 del codice penale, il tribunale di sorveglianza, anche se la pena supera il limite di cui al comma 1, può disporre la applicazione della detenzione domiciliare, stabilendo un termine di durata di tale applicazione, termine che può essere prorogato. L'esecuzione della pena prosegue durante la esecuzione della detenzione domiciliare.

Il problema nell'utilizzo di una tale disposizione è rappresentato dal fatto che, fino ad oggi, il legislatore ha ridotto (illegittimamente) il diritto alla salute dei detenuti al loro diritto di cura, per cui l'art. 147 co. 1 n. 2 prevede il differimento pena solo per «chi si trova in condizioni di grave infermità fisica». Dato che i testi normativi che delineano la riforma della medicina penitenziaria includono esplicitamente la prevenzione sanitaria nel diritto alla salute dei detenuti, considerata la necessità di non discriminare i detenuti riguardo alla protezione della salute e dato, anche, il fatto che si tratta non di deferire la pena, mandando i soggetti liberi, ma di farla svolgere in detenzione domiciliare, non è implausibile sostenere che anche questa disposizione *debba* essere usata per garantire l'effettuazione degli isolamenti sanitari e per proteggere i detenuti a rischio dalla pandemia. In questo senso va, come ricordato, l'art. 26 del d.l. 18/2020 secondo cui deve essere equiparato al ricovero ospedaliero la «condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita».

Alla luce di questo quadro i provvedimenti dei tribunali di sorveglianza di Milano e Sassari che hanno disposto la detenzione domiciliare per due detenuti in regime di art. 41-bis perché condannati per reati di mafia sembrano quindi non solo legittimi, ma assolutamente doverosi.

Queste ordinanze hanno suscitato, come scrive il Garante nazionale, una «scomposta polemica» per lo «spessore criminale» dei soggetti che ne hanno beneficiato, soggetti che sono espressamente esclusi dalla detenzione domiciliare dato che reati per cui sono stati condannati sono considerati ostativi tanto dalla l. 199/2010 che dal decreto “Cura Italia”. I due detenuti erano entrambi affetti da gravi patologie. Uno di loro era anche ultra-settantenne e aveva un fine pena di circa un anno. Per una corretta valutazione di questi provvedimenti e dei prossimi che, probabilmente scarcereranno altri condannati per reati di mafia, si deve tener conto che, come sappiamo e come è ribadito dalla lettera *b* del comma 3 del recente d.P.C.M. del 26 aprile, sono soggetti particolarmente a rischio, per i quali l’infezione di COVID potrebbe rappresentare un serio rischio di morte, «tutte le persone anziane». I dati epidemiologici ci dicono che la letalità della malattia si impenna a partire dagli infetti di sessant’anni per diventare fortissima per quelli che superano i settanta. Dato che il comma 1 dell’art. 47-ter Op prevede che i detenuti ultrasessantenni non scontino la pena in detenzione domiciliare solo se sono stati condannati per gravi reati, come quelli di stampo mafioso, è scontato che le quasi mille persone ultrasessantenni, quindi a estremo rischio, oggi presenti in carcere, stiano tutte scontando pene per reati gravissimi e che molte siano in regime 41-bis. Prima che si aprano altre «scomposte polemiche» va detto che i magistrati, anche a fronte di, auspicabilmente rari, pareri negativi del Procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto o del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, introdotti dall’art. 2 lett. *b* del recentissimo d.l. 30.4.2020 n. 28, spesso non avranno altra scelta che disporre la scarcerazione. Infatti è stato sancito, quasi venti anni fa, dalla Corte Costituzionale in una sentenza in tema di misure di sicurezza, la 253 del 2003, che «*non è in alcun caso ammissibile*» un «apprezzamento della situazione da parte del giudice» che sia «*tale da pregiudicare la salute dell’infermo*». Il carattere del diritto alla salute, che lo stesso articolo 32 Cost., definisce, unico tra i diritti sanciti dalla Costituzione, «fondamentale», fa anzi ritenere molto dubbia la costituzionalità della previsione, introdotta dalla stessa disposizione del d.l. 28/2020, di un periodo di due giorni per la comunicazione del parere del Procuratore della Repubblica presso il tribunale e, soprattutto, quello di quindici giorni per quella del parere del Procuratore nazionale antimafia. Prevedere una dilazione di quindici giorni per proteggere la salute di «chi si trova in condizioni di grave infermità fisica» (art. 147 Cp) non sembra una previsione in linea con la prevalenza del diritto individuale alla salute su quello collettivo alla sicurezza.

L’unico modo legittimo per evitare la scarcerazione di un detenuto è garantire il suo diritto alla salute in carcere. In questo momento di pandemia le scarcerazioni dipendono dunque, in primo luogo, da quanto le ASL si attivano nel farsi carico della

salute dei detenuti. La detenzione domiciliare, anche per i detenuti in regime di *41-bis*, è l'unica soluzione percorribile, se le ASL, dopo, vale la pena ripeterlo, quindici anni che è stata affidata loro la tutela della salute in carcere, continuano a considerare i reclusi come soggetti al di fuori della loro competenza: nel provvedimento il Tribunale di sorveglianza di Sassari si legge che una struttura dell'ASL di Cagliari interpellata sulla possibilità di prendersi carico del detenuto ha risposto che poteva «garantire l'assistenza esclusivamente *ai loro pazienti*».

Al di là di questa vicenda, solo se le ASL si fanno carico in modo organico di dar vita a delle strutture che permettono l'isolamento sanitario in strutture extracarcerarie si può creare lo spazio in carcere per consentire di tutelare la salute delle persone condannate per i reati più gravi.

In mancanza di disposizioni contenute negli altri testi normativi citati, nelle strutture che le Regioni e, in particolare, le ASL, dovrebbero allestire, si dovrebbero osservare le regole stabilite dall'art. 47-ter co. 5 Op per la detenzione domiciliare, secondo cui chiunque sia collocato in esse «non è sottoposto al regime penitenziario» e secondo cui «nessun onere grava sull'amministrazione penitenziaria per il mantenimento, la cura e l'assistenza medica» dei detenuti che esse ospitano. Per soddisfare le esigenze di controllo previste dalle diverse misure di concessione della detenzione in struttura non carceraria si potrebbero dotare queste strutture come i luoghi di cura predisposti alla sorveglianza esterna per impedire l'evasione dei detenuti che vi scontano la pena⁵, come è attualmente previsto per le Residenze per l'Esecuzione delle Misure di Sicurezza, ove pure si possono trovare persone materialmente responsabili di gravi reati. Gli artt. 11 e 47-ter, 58-quinquies Op, prevedono che i magistrati, nel concedere tali misure, godano di ampi margini di discrezionalità nello stabilire adeguate misure di controllo che possono andare dal piantonamento del singolo detenuto (art. 11 Op) al saltuario controllo da parte delle forze di pubblica sicurezza (art. 284 Cpp) o al ricorso a mezzi di controllo elettronici (art. 58-quinquies): la sorveglianza perimetrale dovrebbe poter essere considerata sufficiente dai magistrati per un gran numero di detenuti.

Concludo dicendo che, se non si coglie la tremenda occasione della pandemia per inglobare definitivamente la prevenzione nel diritto alla salute dei detenuti, se qualcuno di loro risultasse contagiato, in una sezione in cui si trovava un agente o un detenuto positivo, questi potrebbe chiamare lo Stato italiano a rispondere del proprio contagio in base alla responsabilità da contatto sociale.

⁵ Il co. 6 dell'art. 11 Op prevede espressamente che «Il detenuto o l'internato che si allontana dal luogo di diagnosi o di cura senza giustificato motivo è punibile a norma del primo comma dell'articolo 385 del codice penale».