



Diritto dell'emergenza Covid-19 e recovery fund

EPIDEMIA – SALUTE – CARCERE

di [Giovanni Tamburino](#)

5 maggio 2020

EPIDEMIA – SALUTE – CARCERE

di Giovanni Tamburino

Sommario: 1. Salute come diritto- 2.Digressione sulla guerra. – 3. La salute come interesse. – 4.Salute e carcere. – 5. Epidemia e sicurezza. – 6. Le reazioni. – 7. Digressione due. La specializzazione.

1. Salute come diritto

La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (New York 10 dicembre 1948), quasi contestuale alla Costituzione italiana, e la di poco successiva (Roma 4 novembre 1950) Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, pongono entrambe quale *incipit* dell'elenco dei diritti il diritto alla vita. La nostra Costituzione fa una scelta diversa: non nomina il diritto alla vita.

Anche in questo caso la Costituzione sta un passo avanti. L'articolo 32 afferma il diritto alla salute. Tale diritto comprende il diritto alla vita, ma dà sostanza a quel diritto. Chiunque abbia l'esperienza della mancanza della salute sa che qualunque diritto è vuota declamazione finché la malattia lo sovrasta. L'articolo 32 contiene dunque un "*didiaen*", ha struttura simmetrica all'*endiadi*, perché in esso una sola parola ne indica due: salute e vita, vita/salute.

Non è casuale, allora, che la Costituzione, mentre riconosce un certo numero di diritti “*inviolabili*” (articolo 2), definisca “*fondamentale*” un unico diritto; quello, appunto, della salute/vita. Fondamentale perché fondamento dell’esistenza e effettività di qualunque altro diritto. Ne deriva che diritti pur “*inviolabili*” si collocano a un rango recessivo rispetto alla necessità di difesa della salute. Ciò talora ciò si ricava dal testo, come nel caso (art. 16) del diritto di circolazione e soggiorno limitabile “*in via generale*” per motivi di sanità (e di sicurezza). Ma anche senza un’espressa indicazione la caratteristica del diritto alla salute/vita comporta analoga limitabilità dinanzi alla necessità di tutelarla.

2. Digressione sulla guerra

Vi è chi ha paragonato l'emergenza pandemica a una guerra e chi ha contestato il paragone.

La questione a mio parere lascia il tempo che trova, mentre interessa capire se esista una correlazione tra guerra e diritto alla vita/salute.

La Costituzione prevede e in qualche modo costituzionalizzata la guerra (artt. 11 e 78).

Che cosa è la guerra? E' un insieme di operazioni che presuppongono l'esistenza di un “nemico” e finalizzate ad eliminarlo. Azioni di guerra sono generalmente definiti gli sganciamenti delle bombe atomiche su Hiroshima e Nagasaki. Oggi potrebbe esserlo la diffusione di agenti patogeni. Ciò significa che la guerra rende lecita, *recte* doverosa la soppressione della vita dei nemici e altrettanto lecita rende la messa in pericolo della vita dei cittadini, militari e no.

Come è noto, si ritiene che la Costituzione ammetta (art. 11) soltanto la guerra difensiva. Se la logica non è un’opinione, la conclusione è una sola: nella Costituzione la difesa della *salus* dei cittadini possiede un valore tale da giustificare la guerra ossia la soppressione della vita del nemico e la messa in pericolo della vita dei cittadini, militari e no.

Mi sembra che anche per questa via, riflettendo sulla “costituzionalità” della guerra, risulti che il diritto alla *salus* ([\[1\]](#)), ossia alla vita/salute, si colloca a un livello superiore rispetto ad altri diritti. Se la difesa dell’incolumità generale consente la guerra, forse possiamo ammettere che la diffusione di un virus, pur se naturale e non opera del “nemico”, consenta la temporanea chiusura di pizzerie e parrucchieri.

Fine della digressione.

3. La salute come interesse

La salute, lo sappiamo, non è soltanto un diritto. E' un interesse collettivo ovvero un interesse che non può essere realizzato altro che in modo unitario da tutta la comunità.

La Costituzione definisce tale interesse fondamentale: nessun altro interesse è definito allo stesso modo.

Troppe volte la Costituzione viene presentata come un insieme di limiti e divieti. La si riduce a un testo scritto con l'inchiostro del “no”, feticcio sputa-divieti. Nulla di peggio. Un vero tradimento. La Costituzione è altro. Vuole istituzioni corrette, attente e attive nello sviluppo del benessere generale. Si immagini per un istante un governo – teorico? – il quale adotti la scelta di disinteressarsi dell'epidemia e le lasci libero corso di falciare centinaia di migliaia o milioni di individui:

Una simile inerzia potrebbe avere conseguenze economiche favorevoli a taluno e finanche a molti, analogamente alle guerre che producono caduti a milioni, ma anche schiere di arricchiti. Si noti che una scelta di inerzia non richiederebbe nessuna limitazione dei sacri diritti. Il governo, probabilmente, risparmierebbe molte delle critiche malevole di opposizioni più o meno sincere. Ma quella scelta sarebbe conforme alla Costituzione? La risposta negativa mi sembra chiara.

La Costituzione non solo consente la compressione di altri diritti quando ciò sia necessario alla tutela della salute. La Costituzione va oltre. Impone un dovere positivo, attivo, a tutte le istituzioni. Impone la difesa di un “fondamentale” interesse collettivo. Qualunque inerzia, sottovalutazione o trascuratezza da parte delle istituzioni, *in primis* il governo centrale, sarebbe una “fondamentale” violazione della Costituzione tale da comportare responsabilità non soltanto politiche. La posizione assunta in più occasioni (e ancora ieri, 29 aprile) dal Quirinale che riconosce la piena aderenza alla Costituzione dell'operato del governo è anche in questo caso segno della grande sensibilità costituzionale del capo dello Stato.

4. Salute e carcere

La “fondamentalità” del diritto alla salute comporta che lo spazio carcerario non può essere sottratto alla tutela di tale diritto. Ed anzi, la risposta alle necessità di cura del recluso non può essere differenziata rispetto alla risposta generale. E' il motivo per cui la “sanità penitenziaria” è

scomparsa ed è stata ricondotta alla sanità generale, ovvero alla sanità regionale. Il passaggio non è stato privo di inconvenienti specialmente in taluni contesti, ma ha affermato la regola della eguaglianza del detenuto rispetto alla tutela della salute.

Nelle disposizioni sparse nel codice di procedura penale, nella legge sugli stupefacenti, nell'ordinamento penitenziario può essere rintracciato il principio secondo cui Il diritto alla salute del recluso prevale anche rispetto al dovere di esecuzione della pena detentiva e alle esigenze cautelari, tant'è che la custodia carceraria dev'essere interrotta e la pena sospesa se sussiste una situazione di incompatibilità.

Certamente fin dove possibile deve provvedersi in ambito carcerario o negli appositi reparti predisposti negli istituti ospedalieri. Ma quando ciò non risulti possibile per le condizioni del malato o oggettive carenze strutturali, le norme fanno prevalere la tutela della vita/salute. Per dirla nel linguaggio dell'uomo della strada: la doverosità della sanzione e il soddisfacimento delle esigenze cautelari non giustificano che si muoia in carcere.

Una buona programmazione, che deve comprendere anche l'edificazione di strutture dedicate e adeguate, renderebbe eccezionali i casi in cui è necessario sospendere l'esecuzione della pena o ricorrere alla detenzione domiciliare e analogamente rinunciare in tutto in parte alla tutela delle esigenze cautelari. E la massima attenzione va posta ad evitare abusi o inganni spesso in agguato. Occorre riconoscere, tuttavia, che nonostante qualunque programmazione l'evento epidemico che stiamo vivendo avrebbe provocato seri inconvenienti con ricadute sul mondo penitenziario.

5. Epidemia e sicurezza

Alcuni provvedimenti adottati dalla magistratura di sorveglianza hanno sollevato perplessità e dato la stura a polemiche che raramente aiutano a capire i problemi e quasi mai a risolverli.

Premetto che non intendo criticare uno specifico provvedimento giudiziario ben sapendo che per farlo occorre conoscere le situazioni nella loro completezza.

In particolare, quanto al magistrato sassarese che ha fatto uscire dal carcere un boss mafioso o paramafioso, dando occasione di pesanti contestazioni nei confronti dell'odierno capo del DAP, non sta a me dire se il provvedimento adottato fosse inevitabile a seguito della mancata o tardiva risposta dell'Amministrazione penitenziaria.

Avendo diretto il Dipartimento in anni estremamente complicati so quanto siano preziosi il dialogo e l'interlocuzione – nella evidente distinzione dei ruoli – tra magistratura di sorveglianza e DAP. Occorre che il dovere di leale collaborazione tra le istituzioni si eserciti realmente ad opera delle pubbliche amministrazioni, degli organi di governo, del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria e ovviamente anche ad opera della magistratura. Ciò in particolare quando si va ad incidere sulla criminalità organizzata.

Due affermazioni mi sembrano possibili in linea generale.

La prima, che le scarcerazioni (ricomprendo in questo termine la collocazione domiciliare, ospedaliera o meno) dovrebbero essere utilizzate soltanto quando qualunque altra soluzione sia stata esplorata e sia risultata inidonea.

La seconda affermazione è che appare singolare che nel nome del diritto alla salute mentre alla popolazione generale s'impone il confinamento, chi è di per sé confinato venga fatto uscire, magari per andare da un luogo preservato a luoghi a rischio.

6. Le reazioni

La non immediata comprensibilità e persuasività di taluni provvedimenti ha suscitato perplessità nell'opinione pubblica e preoccupazioni di magistrati operanti sul fronte della criminalità organizzata. Si sono ipotizzate alcune risposte finalizzate a ridurre il rischio di insufficiente valutazione della posizione delle vittime e delle esigenze della sicurezza pubblica, che è pure un valore costituzionale.

Una delle ipotesi sembra prevedere che i provvedimenti del magistrato di sorveglianza relativi a detenuti di pericolosità specificamente qualificata debbano essere preceduti da un parere (ovviamente non vincolante) degli organi giudiziari antimafia e antiterrorismo.

Ho presieduto il Tribunale di sorveglianza di Roma, titolare della competenza nazionale sulle applicazioni del regime dell'articolo 41-*bis* ordinamento penitenziario, e ricordo che per i nostri provvedimenti occorreva sentire la Direzione nazionale antimafia un cui rappresentante partecipava altresì necessariamente alle udienze. In ciò non ho mai trovato nulla di negativo, tutt'altro. La dialettica processuale è essenziale per ben decidere.

Il magistrato di sorveglianza, a causa di una contrazione della collegialità che ha sbilanciato l'impianto originario della riforma del 1975, è troppo solo. Qualunque incremento delle voci che si inseriscono nel procedimento di sorveglianza va a mio avviso salutata con favore. Sarebbe tempo, anzi, di introdurre anche in tale procedimento la voce delle vittime del reato.

7. Digressione due. La specializzazione

Sono stato a lungo nella magistratura di sorveglianza e non potrò mai cessare di riconoscerne i meriti. Ogni magistrato dovrebbe fare per un certo periodo della vita professionale il magistrato di sorveglianza. Al tempo stesso ho più volte espresso dubbi sul fatto che si possa rimanere senza limiti di tempo in quella funzione. Si tratta di una funzione ultraspecilistica.

La specializzazione ha evidenti vantaggi, ma l'ultra specializzazione, nell'ambito della magistratura, presenta alcuni rischi. Può comportare la concentrazione dell'attenzione all'universo specialistico (nel caso, quello carcerario) spostando il mondo della società complessiva a un orizzonte via via più lontano. Non certo perché l'ultraspecialista lo voglia, ma per effetto di una dinamica usurante che tutti subiamo in qualche misura. Il rimedio esiste. Anche quella funzione, come molte altre funzioni giudiziarie, andrebbe sottoposta a un limite di durata.

[1] Si traduce talora *salus* con “salvezza” piuttosto che “salute”. *Salus* era la Dea cui si ricorreva specie nelle epidemie. Queste indebolivano la *res publica*. Dunque, *salus* come “salvezza” *rei publicae* dipendente dalla “salute” dei cittadini. Nella versione cristiana il Salvatore-Sotèr risana con i miracoli e salva con la vita eterna, dove la malattia non trova posto. In definitiva sembra che la Roma pagana e la Redenzione cristiana convergano sul punto: *salus* uguale salute.
