

QUESTIONI APERTE

Carceri e sistema penitenziario

La decisione

Carceri e regime detentivo - Regime carcerario differenziato - Grave infermità fisica - Rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena - Emergenza Covid-19 (Cost., artt. 2, 3, 27, co. 3, 32; C.p., art. 147, co. 1, n. 2; L. 26 luglio 1975, n. 354, artt. 41-*bis*, 47-*ter*, co. 1-*ter*).

*La tutela del diritto alla salute prevale sull'esigenza punitiva dello Stato. Il limite dei «trattamenti contrari al senso di umanità» non è, invero, derogabile neppure in caso di assoggettamento del detenuto al regime differenziato di cui all'art. 41-*bis* ord. penit.*

TRIBUNALE DI SORVEGLIANZA DI SASSARI, 23 aprile 2020, SORO, *Presidente*, DeVito, *Relatore*, Zagaria, *istante*.

Diritto alla salute e pericolosità sociale: un binomio inscindibile?

“Carcere duro” e diritto alla salute non sono entità incompatibili. La recente ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Sassari, che ha disposto la scarcerazione di detenuti a regime carcerario differenziato, ha sancito la prevalenza del diritto fondamentale alla salute sulle esigenze di ordine e sicurezza pubblica, alimentando una polemica mediatica, spesso strumentale e non rispettosa delle gerarchie costituzionali.

Right to health and social danger: an inseparable combination?

*“Hard prison” and the right to health are not incompatible entities. The recent decision of the Sassari Surveillance Court, which ordered the release of prisoners “41-*bis*”, declared the prevalence of the fundamental right to health over the needs of public order and safety, fueling a media controversy, often instrumental and not respectful of constitutional hierarchies.*

1. La decisione in commento ha generato un improvviso, seppur prevedibile, corto circuito istituzionale. Prima di esaminare i “rimedi” predisposti dal Governo, anche - e soprattutto - a seguito del “bombardamento mediatico” suscitato dalla pronuncia¹, è necessario ripercorrere i tratti della vicenda in esame. I fatti prendono le mosse dalla richiesta di differimento della pena, per motivi di grave infermità fisica, avanzata da un detenuto che ricopriva una posizione apicale all'interno di associazioni di stampo mafioso e sottoposto pertanto al regime speciale di cui all'art. 41-*bis* ord. penit.

Il Tribunale di sorveglianza, investito della relativa istanza, ha fondato il suo percorso logico-argomentativo sul necessario bilanciamento tra la tutela del diritto alla salute del condannato, esposta al pericolo del grave pregiudizio in

¹ V., per tutti, ALIPRANDI, *Domiciliari ai boss: lo Stato di diritto vittima degli attacchi mediatici*, ne *Il Dubbio*, 28 aprile 2020.

caso di prosecuzione della detenzione, e l'esigenza di tutela della pubblica sicurezza².

Con riferimento al primo profilo, il Tribunale, nell'ordinanza in epigrafe, ripercorre minuziosamente la storia clinica del detenuto dalla quale emerge indiscutibilmente sia la gravità del quadro patologico, sia l'inattuabilità, all'interno dell'istituto penitenziario, degli interventi terapeutici essenziali, a causa della c.d. emergenza covid-19.

La necessità di salvaguardia della sicurezza collettiva, invece, ha imposto ai giudici accertamenti più specifici sulla pericolosità sociale del condannato.

Sul punto, il Tribunale di sorveglianza ha preso in considerazione diversi elementi tra i quali: il provvedimento di revoca della misura di prevenzione della sorveglianza speciale, la condotta processuale tenuta dall'istante nel procedimento camerale partecipato di sorveglianza e il «non lontano fine pena».

Alla luce di tali considerazioni, ritenendo l'esigenza di tutela del diritto alla salute prevalente su quella dell'ordine e della sicurezza pubblica, il Tribunale di sorveglianza ha disposto il differimento dell'esecuzione della pena per il termine di tre mesi, in regime di detenzione domiciliare (art. 47-ter, comma 1-ter, ord. penit.).

Peraltro, la temporanea uscita del detenuto dal perimetro carcerario ha trovato giustificazione anche nell'assenza di tempestive ed inequivocabili indicazioni da parte del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria sulla possibilità di ricovero e cura del detenuto presso altra struttura penitenziaria opportunamente attrezzata³.

2. Come si evince dalla essenziale ricostruzione della vicenda, cuore dell'ordinanza in commento è senza dubbio la tutela del diritto alla salute del detenuto, oggi connotata da un intenso rilievo mediatico ed istituzionale (⁴), ancor più quando si tratta di condannati sottoposti al regime del c.d. "carcere duro".

² Si tratta di un bilanciamento che, come evidenzia il Tribunale sardo, deve essere compiuto con particolare attenzione nei casi, come questo, caratterizzati da una «caratura criminale del detenuto soggetto a regime differenziato».

³ Sul punto, MILELLA, *Boss scarcerati, in arrivo il decreto. Oggi attesa la decisione su Cutolo*, ne *La Repubblica*, 27 aprile 2020, parla di «giallo di Zagaria» perché «nel provvedimento dei giudici è scritto, che nonostante fosse stato sollecitato a trovare una collocazione alternativa, il DAP non avrebbe risposto. Via Arenula, all'opposto, nega questa versione e assicura che sarebbero state ipotizzate più soluzioni [...] ignorate da chi ha deciso alla fine di autorizzare la scarcerazione [...]».

⁴ AMERIO, *La salute nel (e nonostante il) 41-bis: quando la tutela della collettività incontra il primario diritto del singolo*, in *Giur. pen. Web*, 2020, 1-bis, 105, la quale parla di «fibrillazione» dottrinale, giurisprudenziale ed istituzionale degli ultimi tre anni.

In tale prospettiva, ci si pone il quesito se, alla presenza di beni fondamentali (il diritto alla salute e la protezione pubblica), potenzialmente in contrasto, sia possibile individuare un bilanciamento tale da non compromettere necessariamente l'uno in nome dell'altro.

Tale *querelle* viene affrontata dal Tribunale di sorveglianza in un particolare momento di pandemia, la quale accentua i gravi rischi per la salute connessi all'esposizione al virus.

Invero, il diritto alla salute, seppur «fondamentale» e di contenuti particolarmente ampi⁵, presenta volti differenti con il mutare delle esigenze sanitarie e delle categorie di soggetti interessati⁶.

Rilevante, in tale ottica, è individuare la linea di confine oltre la quale ogni compressione del diritto alla salute diventi sproporzionata ed ingiustificata nei confronti dei detenuti che si trovano in regime di *41-bis* ord. penit.

È bene premettere che la Corte costituzionale ha sempre negato l'esistenza di un ontologico contrasto tra il suddetto regime differenziato e i principi fondamentali del nostro ordinamento e, quindi, anche con il diritto alla salute⁷.

Va da sé, però, che la tutela dei diritti costituzionalmente garantiti si scontra inevitabilmente con le limitazioni che lo stato di detenzione comporta. A tal proposito, la tendenza della Corte di legittimità è quella di addurre, quali giustificazioni della prevalenza delle restrizioni tipiche del carcere duro sui diritti del singolo «*ragioni di sicurezza e di tutela dell'ordine pubblico*»⁸.

⁵ Cfr. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, 2002, 40.

⁶ MASSARO, *Salute e Sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in ID. (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione*, Roma, 2017, 28, in cui l'A. sottolinea come una versione basilare del principio personalista impone di considerare la salute, almeno nella sua dimensione individuale e dunque di aspettativa di non lesione, come parte integrante del nucleo essenziale della persona umana, anche se «detenuta». Il rischio, tuttavia, è che le esigenze di sicurezza, anche a causa di una «fuga dalla legalità» che lascia ampi spazi alla discrezionalità amministrativa, riescano a veicolare surrettiziamente una modulazione di tutela della salute per soggetti particolarmente pericolosi, a partire da quelli inseriti in circuiti differenziati.

⁷ V. in tal senso, Corte cost. 23 luglio 2002, n. 390, con nota di CESARIS, *Tutela della salute ed esigenze cautelari per gli imputati detenuti in regime ex art. 41-bis comma 2 ord. pen.: un equilibrio difficile, forse impossibile*, in *Cass. pen.*, 2003, 2277. L'A. evidenzia come «alle argomentazioni suggestive del giudice remittente la Corte costituzionale risponde con una motivazione scarna e poco convincente. Infatti, facendo leva sulla circostanza della “non assoluta incompatibilità” con la carcerazione delle condizioni di salute dell'imputato, che altrimenti comporterebbe la libertà o la sostituzione della custodia in carcere con altra misura, la Corte scioglie i dubbi prospettati dal giudice *a quo*, affermando che questi, nell'ambito dei procedimenti di sua competenza, ha gli strumenti per intervenire a salvaguardia della salute delle persone detenute anche quando queste siano sottoposte al regime *ex art. 41-bis* comma 2 ord. pen. La tutela della salute, infatti, “risulta assicurata” da un lato proprio dai poteri in materia di libertà a disposizione del giudice, dall'altro dal controllo esercitato dal tribunale di sorveglianza previo reclamo presentato dal soggetto interessato».

⁸ Cfr. Cass., Sez. I, 22 febbraio 2017, n. 8766, in *Dir. & Giust.*, 22 febbraio 2017. Sul punto, in riferi-

Il tema della compatibilità del regime differenziato con la tutela della salute è stato vagliato anche in ambito sovranazionale, laddove si è registrato un “timore reverenziale”⁹ nei confronti di un istituto necessario per la difesa dell’ordine pubblico e per la prevenzione di gravi reati¹⁰.

Dalla lettura delle numerose sentenze della Corte alsaziana emerge, in effetti, una scarsa disponibilità della stessa a dare rilevanza alle condizioni soggettive dei detenuti in regime di 41-*bis* ord. penit.¹¹, nonostante in qualche caso si possano legittimamente riscontrare ipotesi di trattamenti inumani e degradanti ai sensi dell’art. 3 C.e.d.u.¹².

Appare opportuno, in tale contesto, sottolineare che il diritto alla salute non è contenuto nel catalogo dei diritti garantiti dalla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, tuttavia riceve una tutela *par ricochet*¹³ nel momento in cui venga lesa un altro diritto convenzionalmente riconosciuto, quale l’art. 3.

Sotto questo profilo, con la nota sentenza Salvatore Riina c. Italia¹⁴, la Corte di

mento al “caso Provenzano”, v. anche Cass., Sez. I, 9 giugno 2015, n. 38813, *inedita*, in cui la Corte, pur affermando la necessità di garantire in modo adeguato il diritto alla salute del detenuto, evocava comunque la centralità della tutela della sicurezza e dell’ordine pubblico.

⁹ Così si esprime AMERIO, *La salute nel (e nonostante il) 41-bis: quando la tutela della collettività incontra il primario diritto del singolo*, cit., 119.

¹⁰ Cfr. Corte eur. dir. uomo, 28 settembre 2000, Messina c. Italia, ric. n. 25498/98.

¹¹ Così Corte eur. dir. uomo, 17 settembre 2009, Enea c. Italia, ric. n. 74912/01: il ricorrente contestava, quale violazione dell’art. 3 C.e.d.u., la sua collocazione in una sezione di elevato indice di vigilanza, nonostante l’età avanzata e le diverse patologie che lo costringevano su una sedia a rotelle. La Corte non ha ritenuto sussistente alcuna violazione dell’art. 3 C.e.d.u., poiché le autorità nazionali avevano dimostrato di aver adottato tutte le misure idonee a tutelare l’integrità fisica del detenuto affetto da particolari patologie. Nella medesima prospettiva v. anche Corte Edu, 3 dicembre 2009, Stolder c. Italia, ric. n. 24418/03, laddove il ricorrente adiva la Corte Europea per denunciare le conseguenze che la detenzione in regime di 41-*bis* ord. penit. aveva prodotto sulle sue condizioni di salute. La Corte rigettava il ricorso in quanto il ricorrente non era riuscito a dimostrare che le limitazioni cui è stato soggetto avessero avuto come conseguenza un peggioramento del suo stato di salute, non avendo neanche fornito sufficienti elementi a sostegno del fatto che l’essere stato soggetto al regime del 41-*bis* ord. penit. lo avesse privato di un adeguato controllo medico. Più di recente, tuttavia, la Corte eur. dir. uomo ha pronunciato alcune sentenze di condanna nei confronti dell’Italia incentrate proprio sul parametro della necessaria proporzionalità tra le limitazioni imposte dall’art. 41-*bis* ord. penit. e le esigenze di tutela della salute individuale (da ultimo, v. Corte eur. dir. uomo, 25 ottobre 2018, Provenzano c. Italia, ric. n. 55080/13).

¹² V. TIBULLO, *Salute e Carcere*, in *Arch. Pen.*, 2017, 9.

¹³ In tal senso, ESPOSITO, *Il diritto penale “flessibile”. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, 222.

¹⁴ Corte eur. dir. uomo, 19 marzo 2013, ric. n. 43575/09 in cui il ricorrente, ergastolano sottoposto al regime dell’art. 41-*bis* ord. penit., lamentava la violazione dell’articolo 3 C.e.d.u. sostenendo che il suo mantenimento in stato detentivo sotto il regime 41-*bis* costituiva un trattamento inumano e degradante, con ripercussioni sul suo stato di salute. La Corte ha ritenuto il motivo di ricorso manifestamente infondato, ritenendo che le autorità nazionali avessero adempiuto all’obbligo di tutelare l’integrità fisica del ricorrente, seguendo attentamente l’evoluzione del suo stato di salute e dispensando cure adeguate nell’ambito del servizio medico interno del carcere o all’occorrenza in ambiente ospedaliero.

Strasburgo ha elaborato i criteri che presiedono all'applicazione di suddetta disposizione in materia di esecuzione della pena nei confronti di detenuti affetti da patologie. In particolare, per quanto interessa in questa sede, la Corte ha affermato che «tenuto conto delle esigenze pratiche della carcerazione, la salute e il benessere del detenuto devono essere garantiti in modo adeguato, in particolare attraverso la somministrazione delle cure mediche necessarie, sicché la mancanza di cure mediche appropriate e, più in generale, la detenzione di una persona malata in condizioni inadeguate possono in linea di principio costituire un trattamento contrario all'articolo 3».

Nonostante l'apprezzabile sforzo della Corte europea nel determinare le «linee guida» del tanto ambito livello di assistenza sanitaria valido universalmente, le decisioni in questione risentono di una primitiva lacuna, costituita, come sopra anticipato, dalla mancanza di un'effettiva ed originaria tutela convenzionale del diritto alla salute¹⁵.

La ricerca di un punto di equilibrio tra prevenzione e difesa sociale, da un lato, e umanità della pena, dall'altro, è stata intrapresa dalla Circolare del 2 ottobre 2017 n. 3676/6126 del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria¹⁶, intervenuta a disciplinare l'organizzazione del circuito detentivo speciale di cui all'art. 41-bis ord. penit. mediante prescrizioni inerenti anche il diritto alla salute¹⁷.

¹⁵ Così si esprime AMERIO, *La salute nel (e nonostante il) 41-bis: quando la tutela della collettività incontra il primario diritto del singolo*, cit., 125.

¹⁶ V. MANCA, *Il DAP riorganizza il 41-bis ord. penit.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena. Brevi note a margine della circolare DAP n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017*, in *Dir. Pen. Cont.*, 6 novembre 2017, che rileva come «[l]l'esigenza di ripristinare delle modalità esecutive uniformi e sensibilmente più orientate ad un'esecuzione della pena conforme ai principi costituzionali (i.e.: principio di proporzionalità, umanità della pena) viene espressamente dichiarata quale obiettivo dell'azione amministrativa, nelle lunghe premesse poste a fondamento della circolare».

¹⁷ V. FIORIO, «*Fermo restando: l'art. 41-bis ord. penit. tra il gerundio della legislazione e l'imperativo dell'amministrazione*», in *Proc. Pen. e Giust.*, 2018, 396, il quale sintetizza l'art. 23 della Circolare in questi termini: «sulla falsariga dell'art. 11 ord. penit., afferma il diritto del ristretto ad ottenere copia - integrale o parziale - della cartella clinica o di singole documentazioni agli atti, previa istanza motivata indirizzata all'A.S.L. attraverso la Direzione dell'istituto che comunicherà la richiesta all'A.G. competente allorché si tratti di imputati in attesa di primo giudizio. In ogni caso, su richiesta del ristretto, sarà sempre garantita la visita medica giornaliera a cura del sanitario di sezione. Le visite con i medici della A.S.L. avverranno presso l'ambulatorio del sezione o nell'infermeria centrale: la vigilanza dovrà essere attuata dal personale di polizia penitenziaria, garantendo assoluta discrezione e riservatezza. Sempre ricalcato sull'art. 11 ord. penit., è riconosciuto al ristretto un diritto ad essere visitato da un medico di fiducia a proprie spese, purché quest'ultimo non abbia a proprio carico significativi precedenti o segnalazioni di polizia (art. 23.1). Nell'eventualità in cui il professionista provenga dalle zone del ristretto, il controllo visivo dovrà essere assicurati in modo costante e rigoroso garantendo la riservatezza e la presenza del sanitario di sezione, qualora disponibile».

L'assistenza sanitaria, ivi delineata in favore del detenuto sottoposto al regime differenziato, non risulta tuttavia ancora pienamente compatibile con gli *standard* costituzionali, né in linea con gli assunti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁸ e con le osservazioni espresse, a più riprese, dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura¹⁹.

In tale contesto, si colloca l'ordinanza in commento, la quale tenta di procedere ad un rigoroso bilanciamento tra interessi contrapposti di rilevanza costituzionale, con la consapevolezza dell'inderogabilità del diritto alla salute, "senza se e senza ma".

3. Il differimento dell'esecuzione della pena è il "rimedio" disposto dal Tribunale di Sassari per il pieno riconoscimento del diritto alla salute nei confronti di un detenuto sottoposto alla forma più invasiva di restrizione della libertà personale, in piena emergenza covid²⁰.

In particolare, l'ordinanza in commento è corredata da una ricca istruttoria sulle condizioni di salute del detenuto, tesa a valutare la sussistenza del requisito della «grave infermità fisica» legittimante il rinvio facoltativo della pena ai sensi dell'art. 147, comma 1, n. 2, c.p.²¹.

Una consolidata giurisprudenza in materia ha specificato che i gravi motivi di salute non richiedono un'incompatibilità assoluta tra la patologia e lo stato di detenzione. Occorre però 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 del diritto alla salute e del senso

¹⁸ V., ancora, MANCA, *Il DAP riorganizza il 41-bis ord. penit.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena. Brevi note a margine della circolare DAP n. 3676/616 del 2 ottobre 2017*, cit.

¹⁹ Il Comitato ONU contro la Tortura ha pubblicato il 18 dicembre 2017 le sue Osservazioni conclusive dopo avere valutato il quinto ed il sesto rapporto periodico dell'Italia (CAT/C/ITA/5-6) nell'ambito dei meeting tenutisi il 14 e 15 novembre 2017 a Ginevra (CAT/C/SR.1582 e 1585). Il Comitato ha chiesto all'Italia di rivedere il regime speciale di cui all'art. 41-bis ord. penit. per allinearlo agli standard internazionali di protezione dei diritti umani (§§ 34-35). Già nel Rapporto del 19 novembre 2013, dopo aver svolto alcune visite nelle carceri italiane fra il 2003 e il 2013, il CTP ha affermato che il 41-bis è «*fortemente dannoso per i diritti fondamentali dei detenuti e non privo di effetti sullo studio delle condizioni somatiche e mentali di alcuni prigionieri*».

²⁰ Per una ricognizione della produzione giurisprudenziale in materia covid-19, v. DELLA BELLA, *La magistratura di sorveglianza di fronte al COVID: una rassegna dei provvedimenti adottati per la gestione dell'emergenza sanitaria*, in *Sist. Pen.*, 24 aprile 2020.

²¹ Nell'eventualità in cui le strutture carcerarie od extracarcerarie non risultino idonee a far fronte ad esigenze di tipo diagnostico o terapeutico (artt. 11 ord. penit. e 17 reg. es.), i condannati e gli internati possono avvalersi strumenti attraverso i quali congelare temporaneamente il rapporto esecutivo. Si veda sul punto FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, cit., 134.

di umanità al quale deve essere improntato il trattamento penitenziario»²². I requisiti per accedere al differimento della pena risultano quindi due: l'oggettiva gravità della patologia e la possibilità di fruire all'esterno, di cure diverse e più efficaci rispetto a quelle che vengono prestate in esecuzione²³.

In tale ottica, si inquadrano le prime decisioni assunte dai diversi Tribunali di sorveglianza per far fronte alla pandemia in corso²⁴ e assicurare, al contempo, il rispetto dei principi costituzionali di tutela della salute ed umanità del trattamento. Principi che si affermano chiare lettere nell'ordinanza in commento, nella quale i giudici, uniformandosi alla giurisprudenza sopracitata, affermano come gli stessi «si coagulano in norme ordinarie - art. 1 ord. penit. - e nelle norme di c.d. soft law che governano la penalità penitenziaria, a partire dalle Regole minime sulla detenzione delle Nazioni Unite (c.d. *Nelson Mandela Rules*) la cui regola 24 stabilisce che «i detenuti dovranno godere degli stessi standard di assistenza sanitaria di cui si avvale la comunità».

Inoltre, il Tribunale sardo ha ricordato come la preminenza di questi capisaldi non è derogabile nei casi di assoggettamento del detenuto al regime differenziato di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. Infatti, il differimento della pena ex art. 147 c.p. non soffre di preclusioni soggettive, potendosi applicare a favore di qualsiasi detenuto, indipendentemente dalla tipologia del reato commesso²⁵.

Indubbiamente, è compito della magistratura verificare, anche in termini più stringenti, la pericolosità sociale del condannato, in particolar modo quando si tratta di soggetti ad alta «potenzialità criminosa»²⁶. Sul punto, il giudice di

²² Così, da ultimo e per tutte, Cass., Sez. I, 17 maggio 2019 n. 27352, in CED. Cass., n. 276413.

²³ Cfr. Cass., Sez. I, 2 marzo 2016, n. 37836, in *Dir. & Giust.*, 13 settembre 2016, con nota di DE FRANCESCO, *Non basta la malattia ma è anche necessario che fuori dal carcere siano fruibili cure "migliori"*; in senso analogo: Cass., Sez. I, 9 gennaio 2017, n. 39525, in *De Jure*, 29 agosto 2017; Cass., Sez. I, 5 aprile 2016, n. 38680, in *De Jure*, 16 settembre 2016; Cass., Sez. I, 18 settembre 2015, n. 41192, in CED. Cass., n. 264894.

²⁴ V. Tribunale di Sorveglianza di Milano, ordinanza 31 marzo 2020, n. 2206/2020; Tribunale di Sorveglianza di Bologna, ordinanza 26 marzo 2020, n. 1387/2020; Tribunale di Sorveglianza di Milano, ordinanza 19 marzo 2020, n. 2114/2020, tutte pubblicate in *Sist. Pen.*, 24 aprile 2020, con commento di DELLA BELLA, *La magistratura di sorveglianza di fronte al COVID: una rassegna dei provvedimenti adottati per la gestione dell'emergenza sanitaria*, cit. In tali casi si tratta di detenuti condannati anche per reati ostativi di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. relativamente ai quali, anche alla luce di una valutazione sul caso concreto, di una lunga carcerazione e dell'assenza di controindicazioni dalle informative degli organi di polizia, si è ritenuto prevalente il diritto alla salute.

²⁵ Cfr. Cass., Sez. I, 27 gennaio 1992, *Viola*, in *Cass. Pen.*, 1993, 833, secondo cui «la durata della pena da espiare è ininfluente ai fini della valutazione dei presupposti della sospensione».

²⁶ Così MANCA, *Umanità della pena, diritto alla salute ed esigenze di sicurezza sociale: l'ordinamento penitenziario a prova di (contro) riforma*, in *Giuris. Pen. Web*, 2020, n. 5, 5, la quale sottolinea come la pericolosità sociale deve essere valutata in concreto, alla luce delle patologie in atto e all'età avanzata, nell'ambito

legittimità, relativamente a detenuti in regime di 41-*bis* ord. penit., ha ricordato che, nel giudizio di pericolosità sociale, devono essere esplicitate tutte le circostanze di fatto, correlate all'attuale capacità del soggetto di compiere, nonostante uno stato di salute irrimediabilmente compromesso, azioni idonee in concreto ad integrare il pericolo di recidiva²⁷.

Nel caso di specie, risulta puntualmente effettuata la valutazione della pericolosità del detenuto, nell'ambito della quale vengono valorizzati elementi "rassicuranti" evincibili dalla pronuncia della Corte di appello di Napoli e dal comportamento processuale tenuto dall'interessato.

Per quanto concerne, invece, le condizioni di salute del condannato, il Tribunale ha accertato la presenza di una grave e qualificata infermità fisica tale da esigere cure inattuabili nel circuito penitenziario, anche in regime di ricovero *ex art. 11* ord. penit.²⁸, a causa dell'emergenza pandemica legata al covid-19.

Alla luce di tali risultanze, i giudici sassaresi hanno disposto, in favore del detenuto, il differimento dell'esecuzione della pena per il termine di tre mesi, in regime di detenzione domiciliare, ritenendo tale misura idonea a realizzare un equilibrio ragionevole tra la tutela della salute del condannato, esposta al pericolo di grave pregiudizio in caso di prosecuzione della detenzione, e l'esigenza di prevenire il pericolo della commissione di futuri reati da parte dello stesso²⁹.

Tale statuizione, come anticipato in premessa, benché sorretta da una solida base normativa ha provocato una serie di reazioni negative da parte degli organi di stampa³⁰ e plurime preoccupazioni da parte di taluni magistrati impegnati nell'azione di contrasto ai fenomeni mafiosi³¹. Di fronte a simili polemiche

di un giudizio complessivo.

²⁷ Cfr. Cass., Sez. I, 19 aprile 2018, n. 22307, in *Giuris. Pen. Web*, 21 agosto 2018; Cass., Sez. I, 4 maggio 2017, n. 39160, *inedita*.

²⁸ L'art. 11, comma 4, ord. penit., prevede, nel caso in cui siano necessarie cure o accertamenti sanitari che non possono essere apprestati dai servizi sanitari degli istituti, il trasferimento dei condannati in strutture sanitarie esterne di diagnosi o di cura.

²⁹ V. in questi termini DELLA BELLA, *Emergenza covid e 41 bis: tra tutela fondamentali dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche*, cit., 4.

³⁰ V. tra i tanti articoli di intonazione allarmistica DALLA CHIESA, *I boss tornano a casa: fermiamo l'impunità e i "giudici di badanza"*, ne *Il Fatto Quotidiano*, del 27 aprile 2020.

³¹ Ad esempio, intervistato da *Il Fatto Quotidiano*, 27 aprile 2020, Sebastiano Ardita, membro togato del CSM, così commenta «[C]orriamo il rischio di una bancarotta dell'effettività del sistema penale». V. anche STELLA, *Chi è molto malato deve uscire dal carcere. Anche se è molto malato, ne Il Dubbio*, 28 aprile 2020, in cui riporta come «[i]n questi giorni Di Matteo, Ardita, Maresca, De Raho hanno rilasciato numerose interviste dicendo che lo Stato è debole, cede al ricatto dei mafiosi. Ne esce una magistratura debole e irrispettosa delle vittime di mafia». V. anche Nello Musumeci, Presidente della Regione

che, il Governo è intervenuto emanando disposizioni significativamente incidenti sull'ordinamento penitenziario.

4. Prima di illustrare le “reazioni” al furore politico-mediatico, occorre fare un passo indietro e analizzare le strategie governative poste in essere all'affacciarsi dell'emergenza covid-19. Il legislatore d'urgenza è innanzitutto intervenuto disponendo la chiusura degli istituti penitenziari da accessi dall'esterno, al fine di evitare che il virus potesse varcare la soglia del carcere³². Infatti, il d.l. 8 marzo 2020 n. 11 aveva previsto la modalità cosiddetta “da remoto” per i colloqui con i detenuti³³ e la sospensione dei permessi-premio e della semilibertà fino al 31 maggio 2020³⁴.

Il parziale isolamento dei soggetti ristretti, oltre a non aver impedito l'ingresso del coronavirus in carcere³⁵, ha altresì causato violente proteste in diverse istituti³⁶.

Il fallimento di questa prima strategia ha costretto il Governo a cambiare rotta.

Da qui il nuovo intervento operato con il d.l. 17 marzo 2020 n. 18³⁷, che ha cercato in qualche modo di aprire le porte del carcere dall'interno, chiudendo quelle dall'esterno³⁸. Lo strumento principale è stato individuato

Sicilia, intervistato da *Giornale di Sicilia*, 26 aprile 2020, il quale, rivolgendosi al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro della Giustizia afferma «*la Sicilia è una terra che [...] non può assolutamente correre il rischio che il ritorno a casa di alcuni boss, sia pure con tutte le restrizioni e i controlli del caso, riaccenda chissà quali dinamiche di potere all'interno delle organizzazioni criminali*».

³² V., in questi termini, MINNELLA, *Coronavirus ed emergenza carceri: la via del ricorso alla Corte di Strasburgo*, in *Sist. Pen.*, 15 maggio 2020, 1.

³³ Tale disposizione non si applica ai detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. La circolare DAP n. 80474.2 del 12 marzo 2020 prevede infatti che gli stessi continueranno a fruire dei colloqui visivi tenuto conto dell'uso del vetro divisorio, che garantisce la separazione tra i soggetti. Considerate però le restrizioni alla circolazione dovute all'emergenza sanitaria che, di fatto, impediscono ai familiari di muoversi dal loro luogo di residenza, con circolare DAP n. 101903 del 8 aprile 2020 è stata disposta la concessione straordinaria di un colloquio telefonico ulteriore rispetto a quello spettante nel mese ai detenuti 41-*bis* ord. penit. Appare inspiegabile come tale possibilità sia esclusa nei confronti dei familiari minorenni.

³⁴ La legge 24 aprile 2020, n. 27 ha disposto l'abrogazione del decreto-legge 8 marzo 2020, n. 11.

³⁵ Come si legge nel *Corriere della sera* dell' 8 aprile 2020 «*[n]elle carceri italiane - dove sono morti un detenuto, due agenti e due medici penitenziari - secondo la contabilità ministeriale i detenuti contagiati sono 58 in gran parte asintomatici e posti in isolamento in cella singola, mentre 11 di loro sono ricoverati in ospedale*».

³⁶ Si rinvia ai dati forniti dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, in *Bollettino* 11 marzo 2020, n. 1, da cui emerge che sono 49 gli Istituti coinvolti, in maniera diversa, dalle proteste.

³⁷ C.d. decreto “cura Italia”, convertito dalla legge 24 aprile 2020 n. 27.

³⁸ Cfr. DOLCINI - GATTA, *Carcere, coronavirus, decreto ‘cura Italia’: a mali estremi, timidi rimedi*, in *Sist.*

nell'esecuzione domiciliare disciplinata dall'art. 1 della legge n. 199 del 2010, oggetto di una semplificazione procedurale³⁹, che avrebbe dovuto accelerare i tempi di risposta per l'accesso alla misura. Condizionale quanto mai doveroso, considerata la scelta di conservare il limite edittale di diciotto mesi previsto nella disciplina generale e la previsione del controllo mediante braccialetto elettronico, obbligatorio tutte le volte in cui la pena da eseguire sia superiore a sei mesi⁴⁰.

Poco aggiunge, sotto questo profilo, il Decreto del Presidente del Consiglio che segna la cosiddetta "Fase 2". Invero, con alcune raccomandazioni, chiede (probabilmente ai giudici) di valutare, per i nuovi ingressi sintomatici, la possibilità di misure alternative di detenzione domiciliare e, con riguardo ai detenuti potenzialmente destinatari di permessi e della semilibertà «di modificare i relativi regimi in modo da evitare l'uscita e il rientro dalle carceri, valutando la possibilità di misure alternative di detenzione domiciliare»⁴¹.

Un capitolo a parte, meritano i condannati affetti da particolari patologie. Sotto questo profilo, occorre far riferimento alla nota del 23 marzo 2020, con la quale la Direzione generale detenuti e trattamento del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria ha invitato le Direzioni degli istituti penitenziari a comunicare, con solerzia, all'Autorità giudiziaria, il nominativo dei ristretti che si trovino in condizioni di salute già gravi a causa di malattie croniche specificamente indicate, alle quali è possibile riconnettere un elevato rischio di complicanze nel caso di contagio da covid-19⁴².

La nota ha avuto l'indubbio pregio di consentire una valutazione, in tempi più rapidi, di un certo numero di detenuti in condizioni di particolare vulnerabilità davanti al covid-19⁴³. Ciò ha permesso la fuoriuscita dal carcere di tali sog-

Pen., 20 marzo 2020, 3.

³⁹ La direzione dell'istituto penitenziario, può infatti, omettere la relazione della condotta tenuta dal condannato durante la detenzione, limitandosi ad attestare che la pena da eseguire non sia superiore a diciotto mesi.

⁴⁰ V. ancora DOLCINI - GATTA, *Carcere, coronavirus, decreto 'cura Italia': a mali estremi, timidi rimedi*, cit., 5, in cui si afferma come la scelta del legislatore sia incomprensibile e irragionevole, soprattutto in un momento in cui la misura va adattata ad una situazione di assoluta emergenza, nella quale la salute collettiva corre gravi pericoli, mai conosciuti prima.

⁴¹ V. art. 1, lett. y, D.P.C.M. 26 aprile 2020, in G.U., *Serie Generale*, 27 aprile 2020 n. 108.

⁴² Si tratta di patologie particolarmente gravi, di per sé già idonee in gran parte dei casi ad integrare condizioni autonomamente valutabili per un eventuale differimento della pena ex art. 147 c.p., le quali vengono opportunamente portate all'attenzione dell'autorità giudiziaria, anche in assenza di una istanza di parte, in questi termini v. GIANFILIPPI, *Emergenza sanitaria in carcere, provvedimenti a tutela di diritti fondamentali delle persone detenute e pareri sui collegamenti con la criminalità organizzata nell'art. 2 del dl 30 aprile 2020 n. 28*, in *Giuris. Pen. Web*, 2020, n. 5, 3.

⁴³ La circolare è stata un «ulteriore argomento» che il Tribunale di Sassari, nell'ordinanza in commento,

getti, nella prima fase emergenziale, attraverso il differimento facoltativo della pena (art. 147, comma 1, n. 2, c.p.).

Le scarcerazioni hanno riguardato, come nel caso di specie, anche detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit.⁴⁴ e per tale motivo, sono state oggetto di un incontenibile clamore mediatico e di un «inutile furore normativo»⁴⁵.

In questo contesto si collocano le nuove norme che disciplinano il procedimento di adozione, da parte della magistratura di sorveglianza, di provvedimenti di concessione della detenzione domiciliare o del differimento della pena per motivi di salute, a soggetti appartenenti all'area della criminalità organizzata.

Il primo provvedimento d'urgenza (d.l. 30 aprile 2020 n. 28), ha inteso diffondere il messaggio che i magistrati di sorveglianza vanno sottoposti alla vigilanza delle procure⁴⁶. Difatti è stata introdotta la previsione di un parere obbligatorio, della procura nazionale e delle procure distrettuali antimafia, sulle istanze di permessi c.d. di necessità e di rinvio dell'esecuzione della pena con applicazione della detenzione domiciliare⁴⁷.

Si tratta dunque di una disciplina, che seppur “di urgenza”, non appare minimamente collegata all'emergenza sanitaria, né tantomeno introdotta per realizzare un più ragionevole equilibrio tra istanze contrapposte della prevenzio-

si è trovata a «*dover mettere in rilievo*». Si legge infatti che il detenuto «*si trova anche esposto al rischio di contrarre la patologia Sars-Covid-2 in forme gravi*».

⁴⁴ Dai dati forniti dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, in *Bollettino* 15 maggio 2020, n. 32, emerge che solo quattro detenuti soggetti al regime speciale ex art. 41-*bis* ord. penit. hanno beneficiato di misure domiciliari.

⁴⁵ Così si esprime CESARIS, *Il d.l. n. 29 del 2020: un inutile e farraginoso meccanismo di controllo*, in *Giuris. Pen. Web*, 2020, n. 5, 1.

⁴⁶ Cfr. FIANDACA, *Scarcerazioni per motivi di salute, lotta alla mafia e opinione pubblica*, in *Sist. Pen.*, 19 maggio 2020, 5.

⁴⁷ L'art. 2, comma 1, lett. *b* del decreto n. 28/2020 così recita: “all'articolo 47 *ter*, dopo il comma 1-*quater*, è aggiunto il seguente: «1-*quinquies*. Nei confronti dei detenuti per uno dei delitti previsti dall'articolo 51, comma 3-bis e 3-*quater* del codice di procedura penale o sottoposti al regime previsto dall'articolo 41-*bis*, il tribunale o il magistrato di sorveglianza, prima di provvedere in ordine al rinvio dell'esecuzione della pena ai sensi degli articoli 146 o 147 del codice penale con applicazione della detenzione domiciliare, ai sensi del comma 1-*ter*, o alla sua proroga, chiede il parere del procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove ha sede il tribunale che ha emesso la sentenza e, nel caso di detenuti sottoposti al regime previsto dall'articolo 41-*bis*, anche quello del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo in ordine all'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata ed alla pericolosità del soggetto. I pareri sono resi al magistrato di sorveglianza e al tribunale di sorveglianza nel termine, rispettivamente, di due giorni e di quindici giorni dalla richiesta. Salvo che ricorrano esigenze di motivata eccezionale urgenza, decorsi detti termini, il magistrato o il tribunale di sorveglianza procedono comunque anche in assenza dei pareri».

ne e della tutela dei diritti fondamentali della persona⁴⁸.

Il secondo decreto legge⁴⁹ è stato, invece, concepito con l'intento di ripristinare l'esecuzione carceraria nei confronti di soggetti ritenuti pericolosi, attraverso un meccanismo di rivalutazione delle ordinanze concessive di detenzione domiciliare o di differimento della pena incentrato sulla verifica della "permanenza dei motivi legati all'emergenza sanitaria entro il termine di quindici giorni dall'adozione del provvedimento e successivamente con cadenza mensile"⁵⁰.

Inoltre, si prevede che, prima di emettere nuovi provvedimenti, la magistratura di sorveglianza dovrà chiedere alle autorità competenti se vi siano posti disponibili nelle strutture sanitarie o nei reparti protetti degli ospedali dove il condannato possa proseguire lo stato detentivo senza pregiudizio per le sue condizioni di salute.

Da un rapido esame delle nuove disposizioni si evince come le stesse celino un messaggio politico: «far rientrare il più presto possibile in cella i detenuti mafiosi già scarcerati»⁵¹.

Ci si dimentica così che, al cuore dei provvedimenti adottati dalla magistratura di sorveglianza, come quello in commento, vi è l'impossibilità di apprestare cure adeguate nel contesto penitenziario, nei confronti di detenuti, la cui pericolosità sociale non risulta né ignorata, né sottovalutata, ma semplicemente posta in doveroso bilanciamento con altri interessi meritevoli di tutela.

ALESSIA NATALONI

⁴⁸ V. DELLA BELLA, *Emergenza covid e 41 bis: tra tutela fondamentali dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche*, in *Sist. Pen.*, 1° maggio 2020, 10 in cui sottolinea il significato, tutto politico, di questo intervento normativo, «di mostrare all'opinione pubblica la capacità dell'esecutivo di frenare i giudici, sul cui operato - questo il messaggio e la sostanza - è bene sorvegliare».

⁴⁹ Del 10 maggio 2020, n.29.

⁵⁰ Sottolinea L. CESARIS, *Il d.l. n. 29 del 2020: un inutile e farraginoso meccanismo di controllo*, cit., 3, come «[...] la brevità del lasso temporale entro cui operare il controllo circa il permanere della situazione, che conferma come il d.l. in esame sia reazione a provvedimenti di "scarcerazione" e soprattutto miri ad un nuovo immediato vaglio». Di recente, Mag. Sorv. Spoleto, ord. 26 maggio 2020, n. 1380, ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 del d.l. n. 29 del 2020, per asserita violazione degli artt. 3, 24 comma 2 e 111 comma 2 Cost., a margine della quale v. AMATO - PASSIONE, *Vuoti a perdere*, in *Diritto di difesa*, 1° giugno 2020. In pari sensi, v. anche Mag. Sorv. Avelliord. no, 3 giugno 2020, *inedita*.

⁵¹ Testualmente FIANDACA, *Scarcerazioni per motivi di salute, lotta alla mafia e opinione pubblica*, cit., 7.