

Chiara Congestri

L'emergenza Covid-19 negli istituti penitenziari

ABSTRACT: L'emergenza epidemiologica causata dalla diffusione del virus Covid-19 mette a dura prova la tenuta del sistema carcerario nazionale, già gravato da una pesante situazione di sovraffollamento. Nel tentativo di neutralizzare la minaccia che il 'Coronavirus' rappresenta, nello specifico, per la corretta gestione degli istituti penitenziari, il legislatore, da un lato, e la magistratura di sorveglianza, dall'altro, hanno scelto la via della deflazione carceraria. Il primo, infatti, ha introdotto una nuova forma di detenzione domiciliare, che, tuttavia, rischia di non essere adeguata a fronteggiare l'attuale emergenza, mentre i tribunali e gli uffici di sorveglianza, con una serie di pronunce, hanno esteso l'applicabilità della detenzione domiciliare 'umanitaria' per motivi di salute anche nei confronti di detenuti di "elevata caratura criminale". Nonostante gli sforzi tesi alla deflazione carceraria, il diritto penitenziario dell'emergenza appare ancora inefficace di fronte alla gestione della crisi sanitaria in atto, tanto da non rendere del tutto improbabile un intervento della Corte di Strasburgo.

The epidemiological emergency caused by the spread of Covid-19 is challenging the national penitentiary system, already burdened by the heavy plague of overcrowding. With the aim to neutralize the threat represented by 'coronavirus' towards prisons, the legislator, on one hand, and the supervisory judges, on the other hand, have chosen the way of prison deflating. In fact, the former has introduced a new type of house detention, which anyway do not seem to be appropriate to face the current emergency, while the latter have given effect to multiples decisions. These ones have granted the home detention for humanitarian reasons even to those inmates who serve their sentences for major crimes. Despite the efforts, the emergency Penitentiary Law still looks inefficient in handling the present crisis, enough to risk a negative judgment of the European Court of Human Rights

PAROLE CHIAVE: Covid-19 – Sovraffollamento – Magistratura di Sorveglianza – Deflazione Carceraria – Detenzione Domiciliare – Diritto Penitenziario - Corte di Strasburgo

KEYWORDS: Covid-19 – Overcrowding – Supervisory Magistrates – Prison Deflating – Home Detention – Penitentiary Law – European Court of Human Rights

SOMMARIO: 1. Molto rumore per nulla: la dubbia capacità deflattiva della detenzione

domiciliare introdotta per motivi connessi all'emergenza sanitaria da Covid-19 – 2. La magistratura di sorveglianza dinnanzi alla nuova fisionomia del concetto di 'incompatibilità con il regime carcerario' – 3. La doppia sfida della legislazione penitenziaria di emergenza: la gestione dei detenuti in custodia cautelare e la risposta ai moniti della Corte di Strasburgo.

1. Molto rumore per nulla: la dubbia capacità deflattiva della detenzione domiciliare introdotta per motivi connessi all'emergenza sanitaria da Covid-19

Che il sovraffollamento carcerario fosse il nodo gordiano del nostro sistema penitenziario era chiaro da prima che il pericolo da contagio del *virus* Covid-19 si insinuasse all'interno degli istituti di pena, con la minaccia di esplodere all'esterno¹.

¹ Per una panoramica completa del fenomeno del sovraffollamento carcerario in Italia v. R. DEL COCO, *Il sovraffollamento carcerario e l'ultimatum di Strasburgo*, in R. DEL COCO-L. MARAFIOTTI-N. PISANI (a cura di), *Emergenza carceri. Radici remote e recenti soluzioni normative. Atti del Convegno (Teramo, 6 marzo 2014)*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 15; E. M. MANCUSO, *Sovraffollamento carcerario e misure d'urgenza: un intervento su più fronti per avviare un nuovo corso*, in C. CONTI - A. MARANDOLA - G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale. Liberazione anticipata, stupefacenti, traduzione degli atti, irreperibili, messa alla prova, deleghe in tema di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, Cedam, Padova, 2014, pp. 49 e ss.; G. MANTOVANI, *La detenzione domiciliare e la semilibertà*, in F. CAPRIOLI - L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti, le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 103 e ss.; G. LATTANZI, *Una situazione carceraria intollerabile*, in «Cass. pen.», 2011, p. 3290; A. PULVIRENTI, *La quarta edizione dell'ordinamento penitenziario commentato: un "buon viatico" per una (auspicata) riforma del sistema sanzionatorio penale*, *ivi*, 2012, p. 3145, il quale descrive le cause della «ormai cronica disfunzione rappresentata dal sovraffollamento penitenziario, che nel nostro Paese è cagionata dall'eccesso di penalità e dal massivo ricorso alla misura detentiva (sia in sede cautelare che in sede esecutiva), e al conseguente dovere del legislatore di introdurre soluzioni strutturali e non di mero "contenimento", la possibilità di disporre di un testo rigorosamente ricostruttivo di tutto il formante dottrinale e giurisprudenziale sull'ordinamento penitenziario costituisce una "base di partenza" davvero irrinunciabile»; G. GIOSTRA, *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2013, p. 55; P. CORVI, *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, *ivi*, 2013, p. 1796; E. AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in «Cass. pen.», 2014, p. 12 ss., che, con particolare riferimento alla risonanza della Sentenza Torreggiani sul versante dei detenuti cautelari, definisce il sovraffollamento «come una manifestazione patologica estesa e congenita» del nostro sistema penitenziario; E. DOLCINI, *La "questione penitenziaria", nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 2015, p. 1655; P. SECHI, *Contrasto al sovraffollamento carcerario e misure alternative alla detenzione: un primo bilancio*, *ivi*, 2015, p. 199; A.

A partire già dalla pronuncia della Corte di Strasburgo, *Sulejmanovic c. Italia*², per trovare, poi, conferma nella più nota sentenza *Torreggiani c. Italia*³, il fenomeno del sovraffollamento penitenziario ha rappresentato, invero, un fattore strutturale ed endemico del nostro sistema, in contrasto con il divieto di trattamenti inumani e degradanti sancito dall'art. 3 CEDU.

Siffatto articolo, secondo la lettura offerta dalla giurisprudenza europea, impone allo Stato l'obbligo positivo di assicurare che «ogni prigioniero sia detenuto in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della misura non sottopongano l'interessato ad uno stato di sconforto né ad una prova d'intensità che ecceda l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione e che, tenuto conto delle esigenze pratiche della reclusione, la salute e il benessere del detenuto siano assicurati adeguatamente»⁴.

Tra i primi interventi legislativi, promossi al fine di allentare la pressione derivante dal soprannumero di detenuti sul corretto funzionamento degli istituti penitenziari e garantire, così, condizioni detentive rispettose della dignità della persona, giova richiamare la Legge 26 novembre 2010, n. 199⁵,

PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, *ivi*, 2016, p. 1204; E. DOLCINI, *Superare il primato del carcere: il possibile contributo della pena pecuniaria*, *ivi*, 2018, p. 397 e ss; M. TRAPANI, *La rieducazione del condannato tra "ideologia correzionalistica" del trattamento e "garanzie" costituzionali di legalità e sicurezza*, *ivi*, 2018, p. 1693, che, con riferimento alle misure alternative alla detenzione, parla di una vera e propria «fuga dalla pena detentiva», portata avanti negli ultimi decenni dal legislatore italiano altresì come mezzo di «deflazione penitenziaria» destinato a fronteggiare quel fenomeno di rilevanza politica primaria costituito dall'endemico problema, ormai strutturale, del «sovraffollamento carcerario». Da ultimo, E. DOLCINI – G. L. GATTA, *Carcere, coronavirus, decreto 'Cura Italia': a mali estremi, timidi rimedi*, in «*Sistema penale*», 20 marzo 2020, riportano che le attuali statistiche indicano un tasso di sovraffollamento del 120%, con circa 10.299 detenuti in esubero rispetto alla capienza delle carceri italiane.

² C. edu, sent. 16 luglio 2009, *Sulemajnovic c. Italia*, in «Cass. pen.», 2009, p. 4927, con nota di N. PLASTINA, *L'Italia condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per l'insufficienza temporanea dello spazio individuale nella cella assegnata a un detenuto nel carcere di Rebibbia nel 2003, ma assolta per la gestione, in quel contesto, della sovrappopolazione carceraria*, e di L. EUSEBI, *Ripensare le modalità della risposta ai reati traendo spunto da c. eur. dir. uomo 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italia*.

³ C. edu, sent. 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, in «Dir. pen. cont.», 9 gennaio 2013, con nota di F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*. Nonché, sul tema, cfr. M. PELISSERO, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, in «Dir. pen. proc.», 2013, p. 261 ss.; G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani ed altri della Corte di Strasburgo*, in «Cass. pen.», 2013, p. 11 ss

⁴ Così, letteralmente, C. edu, sent. 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, cit.

⁵ Per un primo commento alla legge 26 novembre 2010, n. 199, pubblicata in *Gazzetta*

meglio conosciuta come legge ‘svuota carceri’⁶, con cui è stata introdotta una forma di esecuzione domiciliare della pena, ulteriore rispetto a quella disciplinata dall’art. 47-ter o.p.

Nello specifico, l’art. 1 della Legge appena richiamata prevede che la pena detentiva non superiore a diciotto mesi⁷, anche se costituente parte residua di maggior pena, sia eseguita presso l’abitazione del condannato o altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza.

E ciò, a meno che ricorrano le circostanze ostative previste dal comma 2 dell’art. 1, L. 199/2010.

Ai sensi del citato articolo, non possono accedere al beneficio *de quo* i condannati per i reati indicati dall’art. 4-bis o.p., i soggetti dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza a norma degli artt. 102, 105 e 108 c.p., i detenuti sottoposti al regime di sorveglianza particolare disciplinato dall’art. 14-bis o.p. e, infine, gli interessati rispetto ai quali sia configurabile una concreta possibilità di fuga o per i quali sia formulabile una prognosi di recidiva.

Alle «esclusioni di carattere soggettivo»⁸ appena elencate, il legislatore ha affiancato, altresì, l’ipotesi in cui la misura alternativa disciplinata dalla L. 199/2010 non possa essere concessa per inidoneità del domicilio, «anche in funzione delle esigenze di tutela delle persone offese dal reato»⁹.

Siffatta misura, nonostante la diffusa applicazione¹⁰, non ha raggiunto,

Ufficiale n. 281 del 1° dicembre 2010, cfr. F. FIORENTIN, *Commento alla l. 26 novembre 2010 n. 199*, in «Guida dir.», 2011, p. 52 e ss.; nonché, F. DELLA CASA, *Approvata la legge c.d. svuota-carceri: un altro “pannicello caldo” per l’ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario*, in «Dir. pen. proc.», 2011, p. 5; cfr. altresì L. DEGL’INNOCENTI-F. FALDI, *Le nuove disposizioni in materia di detenzione presso il domicilio*, in «Cass. pen.», 2011, p. 2816; C. FIORIO, *Detenzione domiciliare obbligatoria e sovraffollamento carcerario*, in «Giur. merito», 2011, p. 1204; ID., *Sovraffollamento carcerario e tensione detentiva*, in «Dir. pen. proc.», 2012, p. 413.

⁶ L’appellativo viene utilizzato, *ex plurimis*, da F. DELLA CASA, *Approvata la legge c.d. svuota-carceri: un altro “pannicello caldo” per l’ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario*, cit., p. 5

⁷ È opportuno segnalare che, originariamente, la L. 199/2010 disponeva l’esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a dodici mesi e che, solo successivamente, con la L. 17 febbraio 2012, n. 9, pubblicata in Gazzetta Ufficiale, n. 42 del 20 febbraio 2012, il limite edittale di pena per l’accesso al beneficio è stato elevato a diciotto mesi.

⁸ La distinzione tra preclusioni oggettive e preclusioni soggettive nell’analisi della normativa introdotta dalla L. 199/2010 si deve a C. FIORIO, *Detenzione domiciliare obbligatoria e sovraffollamento carcerario*, cit., p. 1031.

⁹ Così, l’art. 1, comma 2, lett. d, della L. 199/2010.

¹⁰ E. DOLCINI – G. L. GATTA, *Carcere, coronavirus, decreto ‘Cura Italia’: a mali estremi, timidi rimedi*, cit., riportano che «dall’entrata in vigore della legge n. 199 del 2010 al 31 dicembre 2019 sono usciti dalle carceri per effetto di questa misura 26.849 detenuti».

tuttavia, l'obiettivo imposto dai giudici europei di contrastare, riducendolo, il fenomeno della sovrappopolazione all'interno degli istituti di pena¹¹.

Anche a seguito degli interventi normativi adottati successivamente alla sentenza Torreggiani, nel periodo intercorrente tra il 2013 ed il 2014¹², il tasso di densità della popolazione detenuta ha continuato a destare non poca preoccupazione. Preoccupazione che, alla luce dell'odierna emergenza sanitaria, si è manifestata – come era prevedibile – con toni sempre più accesi.

Invero, nel contesto eccezionale dell'emergenza pandemica che ha colpito il nostro Paese, il fenomeno del sovraffollamento rischia di aumentare esponenzialmente il pericolo di contagi da Covid-19, in quanto la cronica insufficienza degli spazi rispetto al numero dei soggetti ristretti e le condizioni igieniche spesso precarie degli istituti penitenziari rendono pressoché impraticabile la via del 'distanziamento sociale' e della 'sanificazione degli ambienti', quali cautele minime per evitare la diffusione del *virus*.

In questo scenario, il legislatore ha mosso i primi passi verso la neutralizzazione dell'emergenza sanitaria da Covid-19 negli istituti penitenziari, prevedendo, all'art. 123 del Decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, una nuova *species* di detenzione domiciliare, disciplinata sulla falsariga

¹¹ Sottolinea i profili di inefficienza della detenzione domiciliare di cui alla L. 199/2010, F. FIORENTIN, *Commento alla l. 26 novembre 2010 n. 199*, cit., 2011, p. 55, il quale sostiene la finalità deflattiva perseguita dal legislatore con la legge 199/2010, è destinata ad essere limitata dal fatto che la detenzione presso il domicilio non si applica ai detenuti ristretti in custodia cautelare «che attualmente rappresentano una consistente aliquota delle presenze negli istituti di pena» e dalla circostanza che ben difficilmente il nuovo istituto potrà trovare applicazione rispetto a quei soggetti che appartengono all'area della «marginalità sociale» (si pensi, ad esempio, ai cittadini extracomunitari) che di regola non hanno la disponibilità di un domicilio idoneo. Ancora con riguardo ai risultati mancati della L. 199/2010, cfr. E. DOLCINI, *Superare il primato del carcere: il possibile contributo della pena pecuniaria*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2018, p. 397 ss.; secondo l'A., il tasso di sovraffollamento, che si era ridotto al 105,18% a fine 2015, è nuovamente risalito al 114%: «e la crescita continua».

¹² Tra i diversi interventi legislativi finalizzati al contrasto del sovraffollamento carcerario si ricordano il Decreto-legge 1 Luglio 2013, n. 78, convertito, con modificazioni, in Legge 9 agosto 2013, n. 94 e rubricato «Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena», in «Dirittopenaleuomo», nonché il Decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 146, rubricato «Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria», *ivi*, il quale si muove su due piani: su di un primo piano, si collocano gli interventi funzionali a ridurre il numero delle presenze in carcere, attraverso la riduzione del flusso dei detenuti in ingresso e l'ampliamento di quello dei detenuti in uscita; su di un secondo piano, invece, si collocano gli interventi funzionali a rafforzare la tutela dei diritti dei detenuti e, in particolare, a garantire la 'giustiziabilità' dei diritti violati dal sovraffollamento, così come richiesto dalla sentenza Torreggiani; per un approfondimento sul tema cfr. A. DELLA BELLA, *Un nuovo Decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per scongiurare il sovraffollamento*, *ivi*.

della misura di deflazione carceraria di cui all'art. 1, L. 199/2010¹³.

Sono molteplici, invero, gli elementi comuni ad entrambe le misure.

Anzitutto, resta invariato a diciotto mesi il limite edittale di pena, anche residua, da espriare per poter beneficiare della detenzione domiciliare in esame.

Risulta pressoché analoga alle prescrizioni della L. 199/2010, anche la disciplina dell'art. 123, comma 1, D.L. 18/2020 relativa alle preclusioni di accesso alla detenzione presso il domicilio, con l'aggiunta, nel caso della misura alternativa introdotta dal Decreto 'Cura Italia', di ulteriori condizioni ostative alla concessione del beneficio *de quo*¹⁴.

Infatti, oltre ad inserire la condanna per i reati di cui agli artt. 572 e 612-*bis* c.p. nell'elenco delle fattispecie che precludono l'ammissione alla misura alternativa qui in esame, l'art. 123, comma 1, D.L. 18/2020 introduce due nuove cause impeditive alla concessione della detenzione domiciliare dell'emergenza.

Ci si riferisce, in particolare, alle lettere *d* ed *e* dell'art. 123, comma 1, del Decreto sopra citato, le quali prevedono l'esclusione, dal novero dei beneficiari della detenzione domiciliare, di tutti i detenuti nei cui confronti siano stati redatti rapporti disciplinari per i disordini e le sommosse a far data dal 7 marzo 2020, e che, nell'ultimo anno, siano stati sanzionati per talune infrazioni disciplinari, quali – ad esempio - la partecipazione a disordini e sommosse o la promozione degli stessi, l'evasione, i fatti previsti dalla legge come reato, commessi in danno di compagni, operatori penitenziari o visitatori¹⁵.

¹³ L'esistenza di un rapporto di specialità tra le due discipline viene immediatamente confermata dall'esordio dell'art. 123 del suddetto decreto, il quale si pone «in deroga al disposto dei commi 1, 2 e 4 dell'articolo 1 della legge 26 novembre 2010, n. 199», come dispone l'art. 123, D.L. 18/2020, in <https://www.gazzettaufficiale.it>, nonché dal comma 8 della medesima disposizione il quale mantiene «ferme le ulteriori disposizioni dell'articolo 1 della legge 26 novembre 2010, n. 199, ove compatibili».

¹⁴ Di seguito, le cause ostative all'accoglimento della domanda, presenti nell'art. 123 del decreto 'Cura Italia' e rimaste inalterate rispetto alla L. 199/2010: a) soggetti condannati per taluno dei delitti indicati dall'articolo 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni e dagli articoli 572 e 612-*bis* del codice penale; b) delinquenti abituali, professionali o per tendenza, ai sensi degli articoli 102, 105 e 108 del codice penale; c) detenuti che sono sottoposti al regime di sorveglianza particolare, ai sensi dell'articolo 14-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, salvo che sia stato accolto il reclamo previsto dall'articolo 14-*ter* della medesima legge; f) detenuti privi di un domicilio effettivo e idoneo anche in funzione delle esigenze di tutela delle persone offese dal reato. Si segnala, come unico elemento di discontinuità tra le due discipline, nell'ambito delle preclusioni di cui alle lettere *a*, *b*, *c* ed *f* dell'art. 123, comma 1, D.L. 18/2020, l'annessione, alla lett. *a* dei reati di cui agli artt. 572 e 612-*bis* c.p.

¹⁵ Queste le disposizioni di cui all'art. 77, comma 1, numeri 18, 19, 20 e 21 del decreto

Dall'ampliamento della categoria dei reati ritenuti ostativi e dei soggetti esclusi dall'ambito di applicazione del beneficio *de quo*, è possibile cogliere – con tutta evidenza – che l'intervento legislativo, anziché favorire la deflazione carceraria resa necessaria dall'emergenza sanitaria da Covid-19, appare più incline a valorizzare la meritevolezza del condannato, quale condizione di accesso alla misura¹⁶, in linea con la politica carcerocentrica degli ultimi anni¹⁷.

A confermare l'approccio più 'rigorista' assunto dal legislatore si pone l'elemento ostativo di cui alla lett. *e* dell'art. 123, comma 1, D.L. 18/2020, vale a dire la circostanza che l'interessato sia stato attinto da un rapporto disciplinare perché coinvolto nei disordini e nelle sommosse verificatesi negli istituti penitenziari dal 7 marzo 2020¹⁸. È chiaro, infatti, che tale disposizione, sottraendo alla discrezionalità del giudicante la valutazione circa la gravità di tale coinvolgimento, finisce per integrare un automatismo preclusivo che depotenzia la capacità deflattiva della detenzione domiciliare in parola¹⁹.

Con riferimento alle categorie di persone espressamente individuate non meritevoli del beneficio *de quo*, giova osservare, poi, che l'art. 123, comma 2, D.L. 18/2020 rimette, mediante una sorta di clausola di salvaguardia, al Magistrato di sorveglianza la valutazione relativa all'adozione della 'detenzione domiciliare dell'emergenza', qualora ravvisi «gravi motivi ostativi alla concessione della misura».

A ben vedere, la disposizione in esame sostituisce il giudizio circa la pericolosità sociale dell'interessato e l'eventuale pericolo di fuga (previsto alla lett. *d*, comma 2, L. 199/2010), e «si estende a ogni altro profilo

del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230, richiamato dalla lett. *d*, comma 1, art. 123 D.L. 18/2020.

¹⁶ Critico nei confronti delle nuove aggiunte condizioni ostative alla detenzione domiciliare di nuovo conio appare M. PASSIONE, *'Cura Italia' e carcere: prime osservazioni sulle (poche) risposte all'emergenza*, in «Quest. giust.», 19 marzo 2020, secondo il quale «la decretazione di urgenza del caso di specie dovrebbe misurarsi con un problema oggettivo (il Covid-19) e non rispondere a criteri di meritevolezza».

¹⁷ G. GIOSTRA, *L'emergenza carceraria non è un incendio al di là del fiume*, in «Dirittodidifesa», 28 marzo 2020, p. 3, parla di una vera e propria «ossessione carcerocentrica».

¹⁸ Il rapporto disciplinare rilevante ai fini della lett. *e* dell'art. 123, comma 1, D.L. 18/2020, deve essere redatto ai sensi dell'art. 81 D.P.R. 230 del 2000, ovvero sia «allorché un operatore penitenziario constata direttamente o viene a conoscenza che una infrazione è stata commessa, redige rapporto, indicando in esso tutte le circostanze del fatto. Il rapporto viene trasmesso al direttore per via gerarchica».

¹⁹ Volendo, poi, approfondire la riflessione circa l'interpretazione della norma in esame, sarebbe il caso di osservare che, diversamente da quanto avviene con la sanzione disciplinare, emessa a seguito di uno pseudo-contraddittorio, il rapporto disciplinare esclude la possibilità del detenuto di difendersi dall'addebito mossogli.

che il magistrato ritenga discrezionalmente rilevante ai fini del diniego di applicazione della misura»²⁰.

A completamento del quadro descrittivo della neo-introdotta misura alternativa si aggiunge la circostanza che la disciplina, dettata dal Decreto 'Cura Italia', subordina ad istanza di parte l'attivazione della procedura, volta all'ammissione alla detenzione domiciliare. Ne consegue l'automatica esclusione, dal novero dei beneficiari della misura alternativa *de qua*, di tutti gli interessati che non si siano personalmente (o mediante difensore) attivati in tal senso²¹.

In considerazione di tali rilievi, è lecito manifestare più d'una riserva sulla capacità di deflazione carceraria effettivamente espressa dalla detenzione domiciliare di recente introduzione.

Ad alimentare suddette perplessità contribuisce, poi, la peculiare procedura di controllo della misura qui in esame, che avviene – a norma dell'art. 123, comma 3, D.L. 18/2020 - mediante «mezzi elettronici o altri strumenti tecnici resi disponibili per i singoli istituti penitenziari»²².

Da tale disposizione si evince chiaramente che il 'braccialetto elettronico' (*rectius* la disponibilità dello stesso) costituisce un ausilio obbligatorio all'esecuzione di tutte le misure concesse, ogni qualvolta la pena, anche residua, da eseguire sia superiore a sei mesi. Sicché, la notoria carenza dei predetti strumenti nella realtà giudiziaria rischia di depotenziare ulteriormente l'obiettivo di 'deflazione penitenziaria' che intende perseguire il beneficio in parola²³.

²⁰ Così, F. FIORENTIN, *Decreto legge "Cura Italia": le misure adottate dal Governo per affrontare l'emergenza COVID-19 in materia penitenziaria*, in «ilPenalista», 20 marzo 2020.

²¹ Tuttavia, la condizione che il procedimento *ex art.* 123 D.L. 18/2020 venga azionato su istanza di parte non esclude la possibilità che il pubblico ministero sia titolare di tale facoltà. Anche questi, del resto, ben potrebbe avere interesse all'accoglimento della domanda finalizzata alla tutela della salute collettiva. Questo l'orientamento espresso nel *Documento della Procura Generale della Cassazione (1° aprile 2020)*, in «Sistema penale», 3 aprile 2020, con oggetto «pubblico ministero e riduzione della presenza carceraria durante l'emergenza coronavirus», il quale, tra le altre cose, reca dettagliati suggerimenti circa l'attuazione concreta della promozione di istanze *ex art.* 123 da parte del pubblico ministero: «ogni istituto penitenziario potrebbe inviare al p.m. l'elenco dei detenuti che posseggono i requisiti indicati dalla norma e che non hanno ancora presentato istanza di ammissione alla misura emergenziale, onde consentirgli di investire il magistrato di sorveglianza».

²² Così dispone il comma 3, art. 123 D.L. 18/2020.

²³ Un breve cenno meritano anche le norme procedurali introdotte, per velocizzare i tempi della fase istruttoria, dal comma 6 dell'art. 123 del decreto 'Cura Italia', ai sensi del quale la direzione dell'istituto penitenziario può omettere la relazione comportamentale del detenuto, prevista dall'art. 1, comma 4, L. 199/2010, ma è «in ogni caso tenuta ad attestare che la pena da eseguire non sia superiore a diciotto mesi, anche se costituente parte residua

Alla luce del panorama normativo appena illustrato, non pare azzardato, allora, interrogarsi circa l'effettiva utilità della misura adottata dal Governo per fronteggiare l'emergenza da Covid-19 negli istituti penitenziari²⁴. Come evidenziato, infatti, la detenzione domiciliare disciplinata dall'art. 123 D.L. 18/2020, oltre a risultare sovrapponibile – e, pertanto, ultronea – rispetto alla misura già predisposta dalla L. 199/2010 per contrastare il fenomeno del sovraffollamento carcerario, presenta una disciplina persino più rigorosa di quest'ultima.

Nel tentativo, così, di temperare simile rigidità²⁵ e, in particolare, di

di maggior pena, che non sussistono le preclusioni di cui al comma 1 e che il condannato abbia fornito l'espresso consenso alla attivazione delle procedure di controllo». In sostanza, da un lato, si chiede all'Amministrazione penitenziaria di sostituirsi al Magistrato di Sorveglianza per la valutazione di indici squisitamente giuridici, quali la insussistenza di una condanna per reati di cui all'art. 4-bis o.p., con relativo (ed eventuale) scioglimento del cumulo, senza che chi opera tale giudizio sia in possesso delle adeguate conoscenze tecniche; dall'altro, si affida all'organo giudicante il ruolo di mero burocrate che si limita ad apporre un sigillo di incontrovertibilità a quanto accertato e dichiarato dalla direzione dell'istituto. Ancora, il medesimo comma 6, art. 123, D.L. 18/2020 dispone che sia la polizia penitenziaria a redigere il verbale circa l'idoneità del domicilio dell'interessato, con la conseguenza di onerare il suddetto corpo di polizia di un compito che risulta incompatibile con la snellezza auspicata dei tempi del procedimento. A tal proposito, F. FIORENTIN, *Decreto legge "Cura Italia": le misure adottate dal Governo per affrontare l'emergenza COVID-19 in materia penitenziaria*, cit., suggerisce di sostituire l'incombenza rimessa alla polizia penitenziaria con un'autocertificazione da parte del detenuto, cui seguirebbe un controllo postumo da parte delle forze dell'ordine sull'effettiva idoneità del domicilio.

²⁴ Sottolinea efficacemente C. MINNELLA, *Coronavirus ed emergenza carceri*, in «Dirittopenaleuomo», 29 aprile 2020, p. 34, che manca, nell'intervento del Governo, «la "chiarezza della direzione"».

²⁵ Nello specifico, alcuni autori suggeriscono di innalzare almeno a due anni il limite di pena minimo per accedere alla detenzione domiciliare, sì da ampliare il bacino dei destinatari del provvedimento, e di rendere facoltativo l'adempimento relativo al 'braccialetto elettronico', alla stregua di quanto avviene nell'ipotesi di cui all'art. 58-quinques o.p. Queste, alcune delle richieste avanzate da E. DOLCINI – G. L. GATTA, *Carcere, coronavirus, decreto "Cura Italia": a mali estremi, timidi rimedi*, cit., ai quali si aggiunge G. L. MALAVASI, *Detenzione domiciliare ex art. 123 del d.l. 17/2020*, in «Dirittodidifesa», 26 marzo 2020, p. 6, con l'audace suggerimento al legislatore di «provvedere ad eliminare, o quantomeno contenere soltanto ad alcuni gravi reati compresi all'interno dell'art. 4 bis ord. pen., automatismi di preclusioni all'accesso della misura della detenzione domiciliare, lasciando alla magistratura di sorveglianza la verifica, caso per caso, della meritevolezza del beneficio da parte del condannato», e A. GIORDANO, *L'emergenza nelle carceri e la strada creativa indicata da Papa Francesco*, in «IlMessaggero», 15 aprile 2020, il quale propone di introdurre una nuova misura, la «Libertà Riparativa», pensata per i detenuti con pena, anche residua, non superiore ai due anni, e che non si trovino nelle situazioni di ostatività già previste dalla normativa penitenziaria, al fine di convertire ogni giorno di pena detentiva in un giorno di lavoro eseguito al servizio della collettività. Nonostante gli interventi e i suggerimenti

ovviare all'obbligatorietà degli strumenti di controllo, non è mancato chi ha prospettato la possibilità di estendere alla disciplina della detenzione domiciliare *ex art. 123 D.L. 18/2020* le norme in tema di custodia cautelare, così come interpretate dalla giurisprudenza di legittimità²⁶. La Corte di Cassazione, difatti, chiamata a pronunciarsi sulla corretta esegesi dell'art. 275-*bis* c.p.p., ha escluso qualsivoglia automatismo tra l'indisponibilità di strumenti di controllo e il rigetto dell'istanza di arresti domiciliari, con il risultato di rimettere alla discrezionalità dell'organo giudicante, una volta accertata la mancata reperibilità del dispositivo elettronico, «una rivalutazione della fattispecie concreta, alla luce dei principi di adeguatezza e proporzionalità di ciascuna delle misure, in relazione alle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto»²⁷.

2. *La magistratura di sorveglianza dinnanzi alla nuova fisionomia del concetto di 'incompatibilità con il regime carcerario'*

A fronte, quindi, dell'inadeguatezza manifestata, nella lotta al pericolo di contagio da Covid-19, dall'istituto della detenzione domiciliare, di cui all'art. 123 D.L. 18/2020, la giurisprudenza di sorveglianza ha ritenuto opportuno ricorrere ad ulteriori strumenti già preposti dal legislatore per la salvaguardia del diritto alla salute del detenuto²⁸.

Ci si riferisce, in particolare, alla normativa destinata a gestire le

plurimi della dottrina, «di carattere minimale», come le ha definite A. MANNA, *Coronavirus, emergenza carceraria ed il ruolo della magistratura di sorveglianza*, in «Dirittodifesa», 29 aprile 2020, p. 7, sono risultate le modifiche apportate, dal Parlamento, in sede conversione, al decreto 'Cura Italia', oggi L. 24 aprile 2020, n. 27, il cui testo è reperibile in «Giurisprudenzapenaleweb», ove si riscontrano solo due aggiunte all'art. 123 D.L. 18/2020. La prima concerne l'ultimo capoverso del comma 5, il quale prevede che «nel caso in cui la pena residua non superi di trenta giorni la pena per la quale è imposta l'applicazione delle procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici, questi non sono attivati». La seconda modifica riguarda l'introduzione del comma 8-*bis*, il quale sancisce definitivamente la 'temporaneità' della nuova forma di detenzione domiciliare, da applicarsi ai soli detenuti che «maturano i presupposti per l'applicazione della misura entro il 30 giugno 2020».

²⁶ Cfr., per tale posizione, *Documento della Procura Generale della Cassazione (1° aprile 2020)*, cit.

²⁷ Così, Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 20769, in *CED Cass.*, rv. 266651.

²⁸ V. A. DELLA BELLA, *La magistratura di sorveglianza di fronte al COVID: una rassegna dei provvedimenti adottati per la gestione dell'emergenza sanitaria*, in «Sistemapenale», 29 aprile 2020.

situazioni di incompatibilità tra lo stato di salute del detenuto ed il regime carcerario, ogni qualvolta il soggetto *in vinculis* sia in condizioni di grave infermità fisica tali da implicare un serio pericolo per la propria vita o la probabilità di altre rilevanti conseguenze pregiudizievoli causate dalla protrazione dello *status detentionis*²⁹.

Per fronteggiare tali evenienze, il legislatore ha predisposto, anzitutto, il rinvio obbligatorio e facoltativo dell'esecuzione della pena, rispettivamente disciplinati dagli artt. 146 e 147 c.p., anche nella forma della detenzione domiciliare «surrogatoria»³⁰ di cui all'art. 47-ter, comma 1-ter, o.p., a norma del quale «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».

Proprio tale ultima fattispecie, anche detta detenzione domiciliare «umanitaria»³¹, rappresenta per la giurisprudenza di sorveglianza una soluzione efficace ai fini della gestione dell'emergenza Covid-19 negli istituti

²⁹ Il dibattito si è aperto in dottrina e in giurisprudenza circa la possibilità di estendere la tutela predisposta per il detenuto affetto da patologia fisica, anche ai condannati in stato di infermità psichica sopravvenuta, non destinati, quindi, al trattamento offerto dalle REMS. In tal senso, si è espressa A. MASSARO, *L'assistenza sanitaria in ambito penitenziario*, in P. BRONZO-F. SIRACUSANO-D. VICOLI (a cura di), *La riforma penitenziaria: novità e omissioni del nuovo "garantismo carcerario". Commento ai d.lgs. n. 123 e 124 del 2018*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 96 ss., secondo la quale il diritto alla salute «presenta un volto necessariamente e inderogabilmente unitario», sicché non avrebbe ragione di porsi la questione circa l'applicabilità degli istituti preposti alla salvaguardia della salute del detenuto solo con specifico riferimento alla malattia fisica e non anche psichica, ancorché sopravvenuta. La stessa tendenza ad individuare una 'anima unitaria' del diritto alla salute del detenuto è rinvenibile nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, che si è recentemente pronunciata nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 47-ter, comma 1-ter, o.p., nei seguenti termini: «pur consapevole che incombe sul legislatore il dovere di portare a termine nel modo migliore la già avviata riforma dell'ordinamento penitenziario nell'ambito della salute mentale, con la previsione di apposite strutture interne ed esterne al carcere, questa Corte non può esimersi dall'intervenire per rimediare alla violazione dei principi costituzionali denunciata dal giudice rimettente, di modo che sia da subito ripristinato un adeguato bilanciamento tra le esigenze della sicurezza della collettività e la necessità di garantire il diritto alla salute dei detenuti (art. 32 Cost.) e di assicurare che nessun condannato sia mai costretto a scontare la pena in condizioni contrarie al senso di umanità (art. 27 comma 3 Cost.), meno che mai un detenuto malato». Cfr., Corte cost., sent. 20 febbraio 2019, n. 99, in <https://www.cortecostituzionale.it>.

³⁰ Così, L. CESARIS, *Sub art. 47-ter*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, VI Ed., Cedam, Padova, 2019, p. 670.

³¹ Così la definisce F. PERRONE CAPANO, *Codice dell'esecuzione penale e dell'ordinamento penitenziario*, Neldiritto, Roma, 2011, p. 332.

di pena, sotto diversi profili³².

Anzitutto, il beneficio penitenziario sopra citato ha il pregio di costituire una perfetta sintesi dell'altrimenti alternativa secca tra differimento della pena - e, quindi, libertà, seppur temporanea - ed esecuzione della stessa in carcere, giacché, come noto, l'art. 47-ter, comma 1-ter, o.p. conferisce al tribunale di sorveglianza, una volta accertate le condizioni di cui agli artt. 146 e 147 c.p., la possibilità di valutare concretamente sia le esigenze di tutela della salute del condannato, sia quelle volte a contenere la pericolosità del soggetto³³.

Il ricorso alla misura di cui al comma 1-ter dell'art. 47-ter o.p., nell'ottica della gestione dell'attuale fase emergenziale, evita ai magistrati di sorveglianza di incorrere nella preclusione derivante dai limiti di pena fissati dalle altre forme di detenzione domiciliare, con l'effetto di estendere, così, il beneficio a tutti i detenuti la cui salute appare 'incompatibile' con il regime detentivo, a prescindere dal titolo di reato in esecuzione.

Ed è proprio sul concetto di 'incompatibilità' tra lo stato di salute del condannato e l'esecuzione intramuraria della pena che l'emergenza sanitaria provoca importanti ripercussioni.

In particolare, l'infezione da Covid-19 costituisce, per i detenuti affetti da patologie pregresse, un pericolo *quoad vitam* tale da integrare lo status di incompatibilità richiesto per l'accoglimento dell'istanza proposta ai sensi dell'art. 47-ter, comma 1-ter, o.p.

Ne consegue una inedita 'dilatazione' dell'ambito operativo della misura alternativa *de qua* e una maggiore 'apertura' nella concessione della

³² Per una panoramica sull'evoluzione giurisprudenziale del concetto di incompatibilità dello stato di salute del detenuto con il carcere, alla luce dell'emergenza coronavirus, cfr., in particolare, Uff. Sorv. Milano, 26 marzo 2020, in A. DELLA BELLA, *La magistratura di sorveglianza di fronte al COVID: una rassegna dei provvedimenti adottati per la gestione dell'emergenza sanitaria*, cit., Trib. Sorv. Milano, 16 marzo 2020, *ivi*, nonché, infine, Uff. Sorv. Livorno, 19 marzo 2020, *ivi*, tutte orientate nel senso di considerare che «in ragione del persistente grave quadro epidemiologico e della situazione di emergenza sanitaria che si è creata nel territorio a seguito della rapida evoluzione del coronavirus (COVID-19), non può escludersi, in caso di eventuale contagio, il verificarsi di un serio peggioramento delle condizioni di salute del soggetto, difficilmente fronteggiabile all'interno del carcere».

³³ Secondo i giudizi di legittimità, qualora, nonostante le precarie condizioni di salute del detenuto, «residui un margine di pericolosità sociale che, nel bilanciamento tra le esigenze del condannato e quelle della difesa sociale, faccia ritenere necessario un minimo controllo da parte dello Stato, può essere disposta, in luogo del differimento facoltativo della pena per tutte le ipotesi previste dall'art. 147 cod. pen., e per il termine di durata stabilito e prorogabile, la detenzione domiciliare ai sensi dell'art. 47-ter, comma 1-ter, Ord. Pen., che espressamente prescinde dalla durata della pena da espriare e non ne sospende l'esecuzione», v. Cass., Sez. I, 1 ottobre 2015, n. 39788, in «Dir. pen. proc.», 5/2016, p. 665.

detenzione domiciliare surrogatoria, coerentemente con la logica deflattiva che anima i recenti interventi della magistratura di sorveglianza.

Infatti, patologie pur non espressamente ritenute incompatibili con il regime detentivo (si pensi al diabete) comportano, oggi, una esposizione a maggior rischio per la salute del detenuto, in considerazione della contingente situazione di emergenza connessa alla diffusione del *virus* Covid-19³⁴.

Si assiste, quindi, ad una relativizzazione del 'giudizio di incompatibilità', tale per cui una situazione di infermità, di per sé non incompatibile con il carcere, lo diventa in quanto potenzialmente aggravata dal pericolo di contrarre il *virus*, maggiormente elevato in ragione delle condizioni di vita assicurate all'interno degli istituti penitenziari.

Da ciò deriva un abbassamento dello *standard* di incompatibilità dello stato di salute del detenuto con il regime carcerario, a cui fa da *pendant* un accrescimento del numero di soggetti aventi diritto alla detenzione domiciliare 'umanitaria'.

Alla luce degli argomenti sin qui esposti, la detenzione domiciliare concessa per motivi di salute potrebbe concretamente rappresentare una via per la gestione della attuale crisi degli istituti di pena, in conformità anche alla tempistica dettata dall'emergenza, posto che il beneficio può essere

³⁴ Posto che il giudizio circa l'incompatibilità dello stato di salute del detenuto con il carcere è parametrato sul rischio *quoad vitam*, è opportuno sostenere che tale criterio assuma oggi un significato diverso, tanto da mutare l'esito della valutazione di incompatibilità. Sul punto, v. A. DELLA BELLA, *Emergenza covid e 41 bis: tra tutela dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche*, in «Sistemapenale», 1 maggio 2020, la quale ricorda, a questo proposito, «che il giudizio di gravità dell'infermità, secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza, ha carattere relativo, fondandosi sul rapporto, di volta in volta mutevole, fra condizioni individuali e condizioni dell'ambiente carcerario. Muovendo da tale premessa, la Corte di cassazione ha ancorato il provvedimento a due autonomi requisiti: la gravità oggettiva della malattia, implicante un serio pericolo per la vita del condannato o la probabilità di altre rilevanti conseguenze dannose e la possibilità di fruire, in stato di libertà, di cure e trattamenti più efficaci di quelli che possono essere prestati in regime di detenzione». Nei medesimi termini anche A. PRESUTTI, *Grave infermità fisica del condannato e differimento dell'esecuzione della pena*, in «Ind. pen.», 1986, p. 436. Per un riferimento giurisprudenziale, sul punto, cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. I, 18 giugno 2008, n. 28555, in *CED Cass.*, rv. 240600, nonché Cass., Sez. I, 17 maggio 2019, n. 27352, *ivi*, rv. 276413, ove si afferma che «ai fini dell'accoglimento di un'istanza di differimento facoltativo dell'esecuzione della pena detentiva per gravi motivi di salute, ai sensi dell'art. 147, comma primo, n. 2, cod. pen., non è necessaria un'incompatibilità assoluta tra la patologia e lo stato di detenzione, ma occorre pur sempre che l'infermità o la malattia siano tali da comportare un serio pericolo di vita, o da non poter assicurare la prestazione di adeguate cure mediche in ambito carcerario, o, ancora, da causare al detenuto sofferenze aggiuntive ed eccessive, in spregio del diritto alla salute e del senso di umanità al quale deve essere improntato il trattamento penitenziario».

chiesto, in via provvisoria, al Magistrato di Sorveglianza, qualora l'attesa dell'udienza innanzi al Tribunale rechi un pregiudizio alla situazione del detenuto³⁵.

Eppure, nonostante la supposta idoneità a fronteggiare l'emergenza sanitaria, l'istituto qui in esame ha sollevato alcune incertezze con specifico riguardo ai detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis* o.p., potendo anche questi ultimi beneficiare della detenzione domiciliare 'umanitaria'³⁶.

Particolare menzione merita, al riguardo, quanto accaduto nel caso delle recenti pronunce emesse dal Magistrato di Sorveglianza di Milano e dal Tribunale di Sorveglianza di Sassari, con le quali è stato concesso il differimento facoltativo della esecuzione della pena a norma dell'art. 147 c.p., nella forma della misura domiciliare 'umanitaria', a soggetti condannati per i delitti di cui all'art. 416-*bis* c.p. e sottoposti al regime *ex art.* 41-*bis* o.p.³⁷.

Ciò che emerge dall'*iter* motivazionale di entrambi i provvedimenti è la convinzione, senz'altro condivisibile, che il diritto alla salute del singolo sia 'incomprimibile' e, come tale, «non tollera bilanciamenti»³⁸, neppure dinnanzi all'esigenza di tutelare altri interessi di natura oggettiva quale la pubblica sicurezza³⁹.

³⁵ La disciplina è dettata dal comma 1-*quater* dell'art. 47-*ter* o.p., che, a sua volta, rimanda al comma 4 dell'art. 47 o.p. a norma del quale il magistrato decide sulla domanda di affidamento in prova provvisorio «quando sussiste un grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione».

³⁶ Come noto, invero, questa misura, essendo finalizzata a tutelare il diritto inderogabile del detenuto alla salute e all'umanità del trattamento, difetta di qualsivoglia preclusione di accesso. L. CESARIS, *Sub art. 47-ter, cit.*, p. 671, sottolinea che «la disposizione è caratterizzata da intenti assistenziali, essendo diretta a soggetti deboli ritenuti meritevoli di un trattamento più favorevole».

³⁷ Cfr., rispettivamente, Uff. Sorv. Milano, 20 aprile 2020, in «Dirittopenaleuomo», 29 aprile 2020, con nota di S. RAFFAELE, *Dal 41-bis ai domiciliari: l'ordinanza Bonura*, nonché Trib. Sorv. Sassari, 23 aprile 2020, in «Giurisprudenzapenaleweb», 25 aprile 2020, con nota di G. STAMPANONI BASSI, *Il differimento dell'esecuzione della pena nei confronti di Pasquale Zagaria: spunti in tema di bilanciamento tra diritto alla salute del detenuto (anche se dotato di "caratura criminale") e interesse pubblico alla sicurezza sociale*.

³⁸ Così, efficacemente, A. DELLA BELLA, *Emergenza covid e 41 bis: tra tutela dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche*, cit.

³⁹ Tale approccio ermeneutico si evince chiaramente dal provvedimento del Magistrato di Sorveglianza di Milano, ove si legge che il quadro clinico dell'istante integri i presupposti per il differimento facoltativo dell'esecuzione della pena, «anche tenuto conto dell'attuale emergenza sanitaria e del correlato rischio di contagio – indubbiamente più elevato in un ambiente ad alta densità di popolazione come il carcere – che espone a conseguenze particolarmente gravi i soggetti anziani ed affetti da serie patologie pregresse». Contraria alla posizione assunta dall'organo giudicante nella ordinanza *de qua*, A. DOLCI, *Covid-19 e art. 41-bis Ord. Pen.*, in «Giurisprudenzapenaleweb», 4 Maggio 2020, secondo la quale

Tale indirizzo ermeneutico non è stato, tuttavia, pienamente accolto dal legislatore, che - maggiormente preoccupato di attenuare il clamore mediatico sollevato dalle predette ordinanze - ha introdotto, ricorrendo nuovamente alla decretazione d'urgenza, «disposizioni urgenti in materia di detenzione domiciliare e permessi»⁴⁰.

Invero, l'art. 2 del D.L. 30 aprile 2020, n. 28⁴¹ aggiunge il comma

«non appare controverso che non sia stata ritenuta dal Magistrato di Sorveglianza la cessata appartenenza del Bonura all'organizzazione denominata "cosa nostra", dal momento che, pur affermando che sarebbe stato possibile il differimento facoltativo della pena, ha disposto la detenzione domiciliare in ragione della "caratura criminale". I parametri sui quali si fonda la decisione appaiono in contrasto con la giurisprudenza consolidata della Corte Suprema di Cassazione e altresì fondati su una motivazione non del tutto convincente». Più articolata, sul punto, la motivazione dell'«Ordinanza Zagaria», ove il Tribunale di Sorveglianza di Sassari effettua una 'scissione' dei presupposti della fattispecie di cui all'art. 147 c.p., scomponendo la valutazione circa la sussistenza degli stessi sul piano oggettivo e su quello soggettivo. Quanto al primo, il vaglio dell'organo giudicante si è soffermato sul profilo medico-patologico dell'istante, ovvero l'esistenza di una malattia grave e necessitante cure che non possono essere effettuate nel circuito penitenziario, nonché la sussistenza di rischio di gravi complicanze in caso di contrazione del virus Sars-Cov-19, «presupposti, necessari per la concessione del differimento, ma da soli non sufficienti», cfr. Trib. Sorv. Sassari, 23 aprile 2020, cit. Con riguardo al secondo profilo di valutazione per l'applicazione dell'art. 147, comma 1, n. 2, c.p., il Tribunale di Sorveglianza ricorda che ciò che contraddistingue il differimento facoltativo da quello obbligatorio di cui all'art. 146, comma 1, n. 3, c.p. è «la componente di discrezionalità residua in capo al giudice, che deve effettuare un bilanciamento tra il diritto alla salute del detenuto e l'interesse pubblico alla sicurezza sociale», v., ancora, Trib. Sorv. Sassari, 23 aprile 2020, cit. In altri termini, l'art. 147 c.p. richiede, oltre all'accertamento sulla incompatibilità dello stato di salute del detenuto con il regime carcerario, una verifica sulla pericolosità sociale del condannato 'da differire', che, nel caso di specie, secondo i magistrati di sorveglianza di Sassari, va effettuata con particolare attenzione, data la 'caratura criminale' del detenuto soggetto al regime detentivo differenziato.

⁴⁰ Il testo del provvedimento è reperibile in <https://www.gazzettaufficiale.it>.

⁴¹ Le modifiche, di carattere squisitamente procedurale, investono anche l'art. 30-bis o.p., primo comma, al quale si aggiungono i seguenti periodi «nel caso di detenuti per uno dei delitti previsti dall'articolo 51, commi 3 -bis e 3 -quater, del codice di procedura penale, l'autorità competente, prima di pronunciarsi, chiede altresì 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. Salvo ricorrano esigenze di motivata eccezionale urgenza, il permesso non può essere concesso prima di ventiquattro ore dalla richiesta dei predetti pareri». E, ancora, il nono comma è sostituito dal seguente: «Il procuratore generale presso la corte d'appello è informato dei permessi concessi e del relativo esito con relazione trimestrale degli organi che li hanno rilasciati e, nel caso, di permessi concessi a detenuti per delitti previsti dall'articolo 51, commi 3 -bis e 3 -quater, del codice di procedura penale o a detenuti sottoposti al regime previsto

1-*quinques* all'art. 47-*ter* o.p., che richiede, ai fini dell'applicazione della detenzione domiciliare 'umanitaria', alcuni approfondimenti sotto il profilo istruttorio, in ragione della 'caratura criminale' dell'istante. Nello specifico, il Magistrato o il Tribunale di sorveglianza ha l'obbligo di richiedere, in via preventiva, un parere circa la pericolosità dell'interessato e l'attualità dei collegamenti di questo con la criminalità organizzata, al Procuratore Distrettuale, laddove si tratti di detenuti per uno dei delitti previsti dall'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p. e, altresì, al Procuratore Nazionale Antimafia e antiterrorismo, nel caso di detenuti sottoposti al regime previsto dall'articolo 41-*bis* o.p.⁴².

Il meccanismo, posto in essere dal novello comma 1-*quinques* dell'art. 47-*ter* o.p., impone, così, all'autorità procedente l'interlocuzione con gli organi della pubblica accusa - secondo quanto si ricava dalla lettura della norma in cui viene usato l'indicativo «chiede» - senza, tuttavia, vincolare il Magistrato di sorveglianza, nella decisione finale, alle risultanze ottenute nel parere.

Infatti, qualora «ricorrono esigenze di motivata eccezionale urgenza», il giudice può procedere anche in assenza del parere della magistratura inquirente circa la pericolosità del condannato, interessato alla detenzione domiciliare 'umanitaria'⁴³. Basterebbe, allora, interpretare l'emergenza

dall'articolo 41 -bis , ne dà comunicazione, rispettivamente, al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove ha sede il tribunale che ha emesso la sentenza e al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo».

⁴² Così, l'art. 2 D.L. 28/2020, il quale è stato oggetto di diverse critiche, tra cui, anche la denuncia di una possibile incostituzionalità da parte di P. GENTILUCCI, *L'art. 2 del Decreto Legge 30 aprile 2020, n. 28. Un'argine forse incostituzionale*, in «Giurisprudenzapenaleweb», 10 Maggio 2020. Salva, invece, l'opportunità dell'intervento normativo *de quo*, F. 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, ivi*, 4 maggio 2020.

⁴³ L'art. 2 D.L. 28/2020, lett. b) dispone: «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».

sanitaria attuale come una circostanza connotata da un elevato livello di 'motivata eccezionale urgenza', per poter considerare costantemente integrata, per i Tribunali di sorveglianza, la condizione di procedibilità, senza dover attendere il parere delle procure⁴⁴.

Sicché l'intervento legislativo in questione non sembra aver prodotto alcuna modifica apprezzabile rispetto al quadro normativo precedente, in quanto il bilanciamento tra esigenze di sicurezza e tutela della salute del detenuto continua ad essere rimesso alla pressoché esclusiva discrezionalità del Magistrato di sorveglianza⁴⁵.

Insomma, la disciplina di cui all'art. 47-ter, comma 1-ter, o.p. si rivela strumento tanto duttile e, quindi, capace di adattarsi alla situazione di emergenza attuale, quanto controverso, poiché, alla luce delle considerazioni sin qui svolte, può apparire quale soluzione solo parziale alla crisi sanitaria in atto negli istituti di pena.

La detenzione domiciliare 'umanitaria' è, infatti, destinata unicamente ad essere concessa ai detenuti affetti da patologie e, quindi, non sufficiente, da sola, a fronteggiare la piaga del sovraffollamento carcerario e della pericolosa promiscuità che da esso deriva. Soprattutto in considerazione del fatto che, resta estranea, a tutti gli interventi di deflazione della misura detentiva *intramoenia*, una buona parte di popolazione detentiva, vale a dire i detenuti in custodia cautelare.

3. La doppia sfida della legislazione penitenziaria di emergenza: la gestione dei detenuti in custodia cautelare e la risposta ai moniti della Corte di Strasburgo

Un ultimo profilo della attuale crisi del sistema penitenziario, infine, merita una riflessione⁴⁶.

⁴⁴ M. GIALUZ, *L'emergenza nell'emergenza: il decreto-legge n. 28 del 2020, tra ennesima proroga delle intercettazioni, norme manifesto e "terzo tempo" parlamentare*, in «Sistemapenale», 1 maggio 2020, individua un ulteriore profilo critico della nuova normativa 'anti-boss' con riferimento al parere richiesto alle procure, in quanto questo, non dovendo essere motivato, rischia di tradursi in un esercizio di pura discrezionalità da parte dei pubblici ministeri aditi.

⁴⁵ Secondo G. FIANDACA, *La trovata di Bonafede, giudici sottoposti all'accusa*, in «IIRiformista», 28 Aprile 2020, il risultato ultimo della introduzione della nuova normativa in materia di detenzione domiciliare e 'detenuti 41-bis' è quello «di trasferire sulla magistratura lo scioglimento di un nodo problematico che la politica non riesce – da sola – a risolvere».

⁴⁶ La stesura del presente contributo è avvenuta prima dell'emanazione del D.L. 10 maggio 2020, n. 29, rubricato «Misure urgenti in materia di detenzione domiciliare o differimento dell'esecuzione della pena, nonché in materia di sostituzione della custodia cautelare in

All'interno del testo del D.L. 18/2020, non vi è menzione alcuna della gestione 'sanitaria' dei detenuti in custodia cautelare⁴⁷.

Una simile lacuna non poteva non sollevare più d'una perplessità in dottrina⁴⁸ e nella magistratura inquirente⁴⁹, prodigate in una serie di suggerimenti al legislatore sull'opportunità di ridurre la pressione delle presenze non necessarie negli istituti penitenziari⁵⁰.

Da un lato, infatti, parte della dottrina sottolinea la contraddittorietà della scelta legislativa di iniziare a 'svuotare le carceri' a partire dai detenuti condannati, per i quali la colpevolezza è stata già accertata con sentenza passata in giudicato, anziché dai soggetti ristretti in forza di una misura cautelare custodiale, la cui posizione giuridica processuale risulta ancora protetta dalla presunzione di innocenza⁵¹.

Dall'altro lato, il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione⁵²,

carcere con la misura degli arresti domiciliari, per motivi connessi all'emergenza sanitaria da COVID-19, di persone detenute o internate per delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso, terroristico e mafioso, o per delitti di associazione a delinquere legati al traffico di sostanze stupefacenti o per delitti commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione mafiosa, nonché di detenuti e internati sottoposti al regime previsto dall'articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, nonché, infine, in materia di colloqui con i congiunti o con altre persone cui hanno diritto i condannati, gli internati e gli imputati», da consultare in <https://www.gazzettaufficiale.it>.

⁴⁷ Secondo A. MANNA, *Coronavirus, emergenza carceraria ed il ruolo della magistratura di sorveglianza*, cit., p. 8, tale circostanza «porrà un problema di legittimità costituzionale della legge in oggetto, per un'evidente disparità di trattamento tra detenuti definitivi ed in custodia cautelare, del tutto irragionevole e quindi rilevante già *ex art. 3 Cost.*», dello stesso avviso, A. SCALFATI, *La custodia cautelare durante l'emergenza sanitaria: leggi confuse e illiberali*, in «Arch. pen.», 2020, n. 2, p. 3, secondo il quale «la manovra legislativa è sorda alle tutele fondamentali: diritto alla salute e libertà personale, quest'ultima, anche in rapporto alla presunzione di non colpevolezza».

⁴⁸ Si esprimono sul punto: G. SPANGHER, *Pochi braccialetti e innocenti in cella. La beffa di Bonafede aizzerà la rivolta*, in «IlRiformista», p. 4; *Documento dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale: "emergenza covid-19 e custodia in carcere: perplessità e proposte, anche in vista della conversione del d.l. n. 18/2020"*, in «Sistemapenale», 02 Aprile 2020.

⁴⁹ Emblematico, in tal senso, il *Documento della Procura Generale della Cassazione (1° aprile 2020)*, cit.

⁵⁰ Stando a quanto riportato da *Le proposte dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale sull'emergenza carceraria in rapporto al coronavirus*, in «Sistemapenale», 23 marzo 2020, i detenuti in custodia cautelare «al 29 febbraio scorso, rappresentavano poco più del 30% della popolazione penitenziaria».

⁵¹ Secondo G. SPANGHER, *Pochi braccialetti e innocenti in cella. La beffa di Bonafede aizzerà la rivolta*, cit., p. 4, «si tratta di soggetti non solo presunti innocenti ma per i quali non è escluso il proscioglimento, come i dati statistici evidenziano, con oneri di riparazione a carico dello Stato».

⁵² Il documento, frutto delle riflessioni scaturite da una recente riunione telematica

muovendo dal presupposto che «l'emergenza coronavirus costituisce un elemento valutativo nell'applicazione di tutti gli istituti normativi vigenti»⁵³, suggerisce di includere il rischio epidemico tra i criteri di scelta della custodia cautelare in carcere, come un elemento presunto di fattispecie; al ricorrere del quale si presume l'inadeguatezza della misura custodiale, salvo sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza⁵⁴. Si tratta, in buona sostanza, di convertire - da eccezione a regola - la disciplina di cui al comma 4 dell'art. 275 c.p.p., in modo da onerare il pubblico ministero della prova della eccezionale rilevanza delle esigenze cautelari del caso concreto e, di conseguenza, aggravare l'onere motivazionale del giudice in ordine alla sussistenza delle stesse. Il che sembra porsi in linea con il ruolo di *extrema ratio* che la custodia cautelare in carcere riveste - o, meglio, dovrebbe rivestire - alla luce della lettura combinata dei commi 3 e 3-bis dell'art. 275 c.p.p.⁵⁵.

La via intrapresa dalle procure, nella apprezzabile ottica di deflazione carceraria, mira, dunque, a perseguire auspicabili miglioramenti della situazione negli istituti di pena, ove il binomio 'rischio epidemico-sovrappollamento' sta raggiungendo livelli di criticità difficilmente gestibili.

A ben vedere, tuttavia, gli sforzi compiuti dalla magistratura - sia inquirente sia di sorveglianza - fin qui ricordati, ed accomunati dall'intento di favorire un decremento della popolazione detenuta, non possono ritenersi sufficienti ad escludere l'eventualità che il mantenimento dello stato detentivo

dei Procuratori Generali, tocca anche altri aspetti della deflazione carceraria, quali la sospensione dell'ordine di esecuzione, ai sensi dell'art. 656 c.p.p., e la nuova misura alternativa alla detenzione introdotta dal D.L. 18/2020, cfr. *Documento della Procura Generale della Cassazione (1° aprile 2020)*, cit.

⁵³ Così, di nuovo, il *Documento della Procura Generale della Cassazione (1° aprile 2020)*, cit.

⁵⁴ Questa prospettiva è suggerita anche dal *Documento dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale: "emergenza covid-19 e custodia in carcere: perplessità e proposte, anche in vista della conversione del d.l. n. 18/2020"*, cit., che sottolinea l'inopportunità di una verifica della concreta sussistenza del pericolo da contagio, operata dal giudice *de libertate*, per gli evidenti inconvenienti in termini di tempo che tale approccio comporterebbe.

⁵⁵ Detti commi, rispettivamente, dispongono che «la custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate» e che «nel disporre la custodia cautelare in carcere il giudice deve indicare le specifiche ragioni per cui ritiene inadeguata, nel caso concreto, la misura degli arresti domiciliari con le procedure di controllo di cui all'articolo 275-bis, comma 1». Sul punto, già nel 2011, L. MARAFIOTI, *Sovrappollamento delle carceri e custodia cautelare: una proposta di riforma*, in «Dir. pen. cont.», 13 settembre 2011, denunciava «quelle "prassi devianti" inclini ad un (ab)uso dello strumento della custodia cautelare in carcere» nell'ottica di suggerire un rimedio per «contenere la drammatica, quanto ormai conclamata, situazione di sovrappollamento degli istituti penitenziari italiani, anche "rinforzando", sul piano della capacità dimostrativa, le esigenze cautelari che ne presuppongono l'applicazione».

integri, nella attuale emergenza dovuta alla diffusione del *virus* Covid-19, un trattamento disumano e degradante, in contrasto con l'art. 3 CEDU.

Non a caso, infatti, particolare attenzione alla gestione dell'emergenza sanitaria negli istituti di pena italiani è stata rivolta dai giudici di Strasburgo.

Nello specifico, la Corte edu è stata di recente adita con un ricorso proposto ai sensi dell'art. 39 Reg. CEDU⁵⁶, a norma del quale, anche su istanza di parte possono essere richieste misure cautelari, provvisorie ed urgenti, laddove sussista il pericolo di una violazione dei diritti fondamentali, prevalentemente, in materia di diritto alla vita, tortura e trattamenti inumani e degradanti (artt. 2 e 3 CEDU).

La vicenda processuale vede coinvolto un detenuto della Casa Circondariale di Vicenza che, a seguito del rigetto della istanza di accesso alla detenzione domiciliare dal Magistrato di Sorveglianza di Verona, nelle more di fissazione dell'udienza per l'impugnazione del provvedimento dinanzi al Tribunale di Sorveglianza di Venezia, ha promosso ricorso alla Corte di Strasburgo in cui rappresentava il rischio di contagio da Covid-19 (non fronteggiato attraverso l'accesso a una misura alternativa alla detenzione) quale elemento di configurazione della pena contraria al senso di umanità, in violazione dell'art. 3 CEDU⁵⁷.

I giudici europei hanno inizialmente accolto il ricorso cautelare proposto dalla difesa dell'interessato, ma ne hanno sospeso la trattazione, ponendo diversi quesiti al Governo italiano⁵⁸. Al termine dell'interlocuzione - avvenuta in data 22 aprile 2020 - la Corte di Strasburgo ha escluso che vi siano i presupposti per una decisione in via d'urgenza, concedendo, tuttavia, ai difensori del detenuto un termine fino al 2 giugno 2020 per presentare ordinario ricorso alla stessa Corte edu.

La questione, dunque, resta in sospeso e apre la strada alla possibile violazione dell'art. 3 CEDU – residuando spazi per integrare nel caso *de quo* un trattamento inumano e degradante – «laddove l'emergenza sanitaria si

⁵⁶ Per un approfondimento v. Regolamento della Corte europea dei diritti dell'Uomo, in <https://www.echr.coe.int>.

⁵⁷ Per ulteriori informazioni circa la questione fattuale a fondamento del ricorso nella sua genesi e nel suo temporaneo epilogo, cfr. D. ALIPRANDI, *Coronavirus in carcere, ora interviene la Cedu*, in «IlDubbio», 10 aprile 2020, nonché Id., *Covid in carcere, la Cedu non " sanziona" l'Italia nonostante le incongruenze del governo*, *ivi*, 23 aprile 2020.

⁵⁸ Di seguito i quesiti sottoposti dalla Corte di Strasburgo alle Autorità nazionali: 1) qual è la situazione sanitaria nel carcere di Vicenza; 2) quali misure sono state adottate per prevenire il contagio e ridurre gli effetti negativi; 3) qual è la motivazione del magistrato di sorveglianza di Verona che ha negato la misura della detenzione domiciliare; 4) quali sono le tempistiche di attesa per l'udienza davanti al tribunale di sorveglianza; 5) qual è la situazione attuale del detenuto, ricorrente.

saldi con il sovraffollamento carcerario»⁵⁹. E ciò in quanto la combinazione dei due fattori - sovraffollamento ed emergenza sanitaria - ben potrebbe arrecare una potenziale violazione all'art. 3 CEDU, «a prescindere anche da una accertata incompatibilità soggettiva con lo stato di detenzione»⁶⁰.

Analogamente a quanto avvenuto sulla scia della sentenza *Torreggiani c. Italia*, sembra schiudersi, così, all'orizzonte, uno scenario denso di incertezze sul piano della compatibilità del sistema penitenziario nazionale con gli *standard* comunitari.

⁵⁹ Come scrive C. MINNELLA, *Il Tribunale di sorveglianza di Venezia concede la detenzione domiciliare. Ma non chiude le porte della Corte EDU*, in «Giurisprudenzapenaleweb», 9 maggio 2020, p. 6.

⁶⁰ In tal senso si esprime V. MANCA, *Umanità della pena, diritto alla salute ed esigenze di sicurezza sociale: l'ordinamento penitenziario a prova di (contro)riforma*, *ivi*, 2 maggio 2020, p. 9.