



OPINIONI 01 Maggio 2020

EMERGENZA COVID E 41 BIS: TRA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI, ESIGENZE DI PREVENZIONE E RESPONSABILITÀ POLITICHE

Angela Della Bella

A proposito delle polemiche in corso e dell'art. 2 d.l. 30 aprile 2020, n. 28

1. Molto clamore hanno suscitato nei giorni scorsi **alcuni provvedimenti della magistratura di sorveglianza** che, in ragione dell'**emergenza sanitaria in corso**, hanno concesso la **detenzione domiciliare a detenuti per reati di mafia che si trovavano in carcere in regime di 41 bis**. Il clamore è stato tale da comportare l'intervento del Governo, con il **decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28**, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale di ieri, e da mettere **in tensione i rapporti tra potere esecutivo e magistratura di sorveglianza**.

Nel tentativo di apportare un contributo al dibattito in corso, pubblichiamo in allegato due provvedimenti con i quali è stata applicata la **detenzione domiciliare ex art. 47 ter co. 1 ter** a due detenuti **condannati per 'reati di mafia' e sottoposti al regime di detenzione speciale** di cui all'art. 41 bis o.p.

La questione è complessa e le parole che si spendono per parlarne dovrebbero essere misurate, poiché si tratta di confrontarsi con un **tema delicatissimo**, quale è quello dei **limiti dell'intervento statale a tutela della sicurezza collettiva all'interno di uno Stato di diritto**. Invece, quando si parla di 41 *bis* la discussione assume immancabilmente toni aspri: ciò perchè gli interessi in gioco - da un lato, l'esigenza di tutelare la collettività dalla pericolosità di soggetti inseriti in organizzazioni dall'elevatissimo potenziale criminogeno; dall'altro la tutela dei diritti fondamentali della persona - sono entrambi vitali per lo Stato e la loro composizione può essere in alcuni casi estremamente difficile.

2. Proviamo a sviluppare qualche riflessione partendo dall'**analisi dei fatti e della normativa** che la magistratura di sorveglianza era tenuta ad applicare.

I fatti, in realtà, sono probabilmente noti a tutti: la polemica ha investito ordinanze con le quali la magistratura di sorveglianza ha consentito la **scarcerazione** di detenuti che ricoprivano posizioni apicali all'interno di associazioni di stampo mafioso ed erano pertanto sottoposti al regime detentivo speciale del 41 *bis*, applicando la misura domiciliare prevista nell'art. 47 *ter* co. 1 *ter* o.p., ossia la misura che si può utilizzare negli stessi casi in cui il codice penale, agli artt. 146 e 147, consente il differimento obbligatorio o facoltativo della pena detentiva. L'ipotesi in considerazione nei casi in esame è quella del differimento facoltativo della pena detentiva per "**condizioni di gravi infermità fisica**", contemplata dall'art. 147 co. 1 n. 2 c.p.

Vale forse la pena ricordare, 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[1]**.

Ancora deve ricordarsi che la misura domiciliare applicabile in queste ipotesi, essendo finalizzata a tutelare **il diritto inderogabile alla salute e l'umanità del trattamento** (non a caso questa misura è comunemente designata come 'detenzione domiciliare umanitaria'), può essere disposta a favore di **qualsiasi detenuto**, a prescindere dunque dalla tipologia del reato commesso e dall'entità della pena residua, e dunque anche di detenuti sottoposti al **regime detentivo speciale**.

Quest'ultimo regime, disciplinato nei co. 2 ss dell'art. 41 *bis* o.p., è applicato con provvedimento del Ministro della Giustizia e comporta – come a tutti noto – un **sostanziale isolamento del detenuto all'interno del carcere**, a cui sono concesse limitate occasioni di contatto con i familiari all'esterno e con gli altri detenuti, sul presupposto della **persistenza del vincolo associativo** e dunque del rischio di commissione di nuovi reati anche dallo stato di detenzione[2].

3. Tornando ai casi in esame, nell'ordinanza emessa in via **provvisoria ed urgente** dal **Magistrato di sorveglianza di Milano**, il detenuto – condannato a 18 anni e 8 mesi di reclusione per i reati di partecipazione ad associazione mafiosa ed estorsione – si trovava per l'**età avanzata** (78 anni) e il **quadro patologico** (gravi patologie di tipo cardiaco ed oncologico) in una situazione tale per cui l'**esposizione al contagio da Covid** avrebbe esposto la salute dello stesso a “conseguenze particolarmente gravi”. E' evidente, del resto, che l'isolamento che caratterizza il regime del 41 *bis* non mette al riparo i soggetti che vi sono sottoposti dal rischio di contagio e ciò a causa del contatto quotidiano con il personale, in *primis* con gli agenti di polizia penitenziaria, che entrano ed escono quotidianamente dall'istituto penitenziario. Ed è proprio il rischio del contagio derivante dalla prosecuzione della detenzione che ha indotto il Magistrato di sorveglianza a ritenere integrato il presupposto del “grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione” e dunque ad emanare il provvedimento, in via provvisoria ed urgente, sulla base dell'art. 47 *ter* co.1 *quater* o.p., che prevede poi la successiva trasmissione degli atti al tribunale di sorveglianza per la decisione definitiva.

Il giudice dunque, nell'ambito della valutazione discrezionale che l'art. 47 *ter* o.p. gli attribuisce, ha ritenuto che la misura domiciliare realizzasse un **equilibrio ragionevole** tra la **tutela della salute del condannato**, esposta al pericolo di un grave pregiudizio in caso di prosecuzione della detenzione, e l'**esigenza di prevenire il pericolo della commissione di futuri reati** da parte del condannato. Un pericolo, quest'ultimo, che il giudice ha ritenuto ragionevolmente escluso in considerazione del "compromesso quadro di salute del condannato". Nel bilanciamento dei beni in gioco ha poi certamente influito "il **non lontano fine pena**", "a fronte di una lunga carcerazione", e dunque la considerazione che **a breve, nel prossimo settembre, il soggetto sarebbe comunque ritornato in libertà**, fruendo di una libertà piena, senza nemmeno il 'contenimento' ora garantito della misura domiciliare.

4. Più articolata la motivazione dell'ordinanza del **Tribunale di sorveglianza di Sassari**, che ha assunto la decisione **in via definitiva**. In particolare, con tale provvedimento, il Tribunale ha applicato la detenzione domiciliare ad un soggetto condannato a 20 anni di reclusione, anche in questo caso per reati 'di mafia'.

Come nel provvedimento del magistrato milanese, anche in relazione a questo caso non è in discussione la **gravità del quadro patologico** dell'istante: emerge infatti dalla documentazione sanitaria che il condannato è affetto da una forma tumorale aggressiva, che necessita di un programma diagnostico-terapeutico considerato "indifferibile" dai medici che lo hanno in cura.

D'altro canto, il condannato è soggetto dal **rilevante spessore criminale**: un noto boss di camorra, condannato come si è anticipato a 20 anni di reclusione, con un fine pena collocato – secondo i calcoli di rideterminazione della pena illustrati nell'ordinanza – nel 2024.

Nella situazione contingente, **il problema si è posto poiché il centro ospedaliero nel quale il condannato avrebbe dovuto svolgere l'attività di "follow-up" non era più accessibile, essendo stato individuato come "Centro Covid-19"**. Da qui l'opportunità, come si legge nel documento

trasmesso al Tribunale dal Direttore del Presidio ospedaliero, di “un trasferimento del paziente presso altro Istituto che possa garantire il prosieguo dell’iter diagnostico-terapeutico”.

In questa situazione, il Tribunale ha affrontato il problema cercando di adottare quella che, evidentemente, risultava la **soluzione più ragionevole**, ossia la **collocazione del detenuto in una struttura carceraria attrezzata** o comunque **vicina ad un luogo di cura** ove il detenuto potesse proseguire la terapia. E, a questo fine, ha da un lato verificato – attraverso la direzione sanitaria dell’istituto penitenziario di Sassari – la praticabilità di un trasferimento presso l’istituto penitenziario di Cagliari o direttamente presso l’azienda ospedaliera di quella città, ricevendo però risposta negativa; dall’altro **si è rivolto al Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria**, chiedendo di “**verificare l’eventuale possibilità di trasferimento** in altro Istituto penitenziario attrezzato per quel trattamento o prossimo a struttura di cura nella quale poter svolgere i richiesti esami diagnostici e le successive cure”.

In **assenza di una risposta da parte del Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria** e con lo scorrere del tempo (la prima udienza è datata 26 marzo, la richiesta al Dap è del 4 aprile, e la decisione è resa il 23 aprile), il Tribunale si è trovato a dover prendere una decisione, considerate anche che le precarie condizioni di salute del condannato risultavano ulteriormente aggravate dal **rischio del contagio** derivante dal protrarsi della detenzione: la situazione in cui si trovava il detenuto (“neoplasia in follow-up”) era infatti tra quelle alle quali “è possibile riconnettere un **elevato rischio di complicanze**”, secondo quanto espressamente affermato nella circolare del Dap del 21 marzo 2020[3]. Sotto questo profilo, i giudici sassaresi hanno osservato che il detenuto “benché sia sottoposto a regime differenziato e dunque allocato in cella singola, ben potrebbe essere esposto a contagio in tutti i casi di contatto con personale della polizia penitenziaria e degli staff civili che ogni giorno entrano ed escono dal carcere”.

5. A questo punto, nell’impossibilità di percorrere la soluzione che meglio avrebbe contemperato le contrapposte esigenze in gioco, il **Tribunale ha dovuto operare una scelta: rigettare l’istanza, lasciando il detenuto senza cure all’interno del carcere**, ma mettendone a repentaglio la salute e

sottoponendolo ad un trattamento inumano (cosa che inevitabilmente si realizza quando ad un malato oncologico, consapevole della propria situazione, viene interrotta la terapia da cui dipende l'unica possibilità di guarigione) oppure **accoglierla, applicando una misura domiciliare**, che certamente però non assicura quel grado di neutralizzazione della pericolosità del condannato che è invece garantita dall'applicazione del regime detentivo speciale del 41 *bis*.

Deve peraltro osservarsi, che il Tribunale, nel valutare il grado di pericolosità del condannato ha preso in considerazione anche un provvedimento di revoca delle misure di prevenzione adottato nei suoi confronti dalla Corte di appello di Napoli nel 2011, nel quale si legge che "...il prolungato periodo di detenzione, posto in correlazione con la circostanza che il detenuto si costituì spontaneamente in carcere e, nel corso del processo penale, rese confessione in ordine a gran parte dei reati contestati, condotta che rappresenta un inequivocabile sintomo di iniziale ravvedimento, inducono ad **escludere la concreta operatività della presunzione** di pericolosità perdurante al momento della formulazione del giudizio".

La decisione del Tribunale – che certo non è stata presa con leggerezza, come dimostra l'istruttoria articolata e l'approfondita motivazione – è stata infine quella di accogliere l'istanza e di concedere la misura della detenzione domiciliare al condannato, per un periodo di cinque mesi.

6. Le considerazioni che mi sembra di poter fare sul punto sono due.

La prima è che, quando parliamo di **diritti inderogabili**, ci riferiamo a diritti che hanno un nucleo incompressibile, mai sacrificabile, qualunque siano le circostanze del caso concreto: diritti cioè che – oltre un certo limite – non tollerano bilanciamenti, non potendo essere compressi per la salvaguardia di altri, pur relevantissimi, interessi. Tra questi è certamente da collocare il diritto alla **salute**, tutelato dall'art. 32 Cost., ed il diritto ad un **trattamento umano**, sancito dagli artt. 2 e 27, co. 3. Cost. Alle **previsioni della nostra Costituzione** devono aggiungersi poi quelle contenute nella **Convenzione europea dei diritti dell'uomo** – al cui rispetto il nostro ordinamento è tenuto in forza dell'art. 117 Cost. – che parimenti qualificano come inderogabili il divieto di trattamenti inumani (art. 3) e la protezione della vita e dell'integrità fisica, che lo Stato deve perseguire anche attraverso l'adozione

di misure ‘positive’ nei confronti dei soggetti affidati alla sua custodia (art. 2). Sono queste previsioni alle quali la Convenzione europea accorda una tutela assoluta, poiché — secondo quanto previsto dall’art. 15 della stessa Cedu — ad esse non si può derogare nemmeno “in caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione”.

I giudici italiani quindi, piaccia o non piaccia, **a tali principi sono tenuti a dare applicazione**, anche quando ciò implichi un arretramento dello Stato rispetto ad esigenze di prevenzione. Ed è questa l’**essenza** e la vera **forza di uno Stato di diritto**, la cui caratteristica essenziale è quella di agire sempre, anche nei confronti dei peggiori criminali, nei binari della legalità e dunque nel rispetto dei principi inderogabili dell’ordinamento.

La seconda considerazione è che, nel caso di specie, un **diverso contemperamento delle esigenze contrapposte sarebbe stato possibile**, consentendo la prosecuzione delle cure del detenuto, e garantendo dunque la tutela della sua salute, in un luogo che realizzasse una maggiore soddisfazione delle istanze di prevenzione.

Tale soluzione tuttavia non è risultata praticabile, ma non certo ‘per colpa’ dei **giudici di sorveglianza**, i quali però sono divenuti ugualmente il **bersaglio degli strali dell’opinione pubblica**, manovrata – per ignoranza o malafede – da mezzi di comunicazione non sempre attenti a far prevalere la riflessione sull’emozione.

La diversa soluzione era invece nelle mani del Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria, che avrebbe avuto la possibilità di **pianificare il trasferimento dei detenuti in 41 bis**, che lo necessitassero per ragioni di salute, in strutture penitenziarie o in istituti ospedalieri attrezzati, così da garantirne la salute ed insieme assicurare la prevenzione delle esigenze di difesa sociale. Un’**operazione non impraticabile**, se consideriamo l’esiguità del numero di detenuti sottoposti al regime detentivo speciale in situazione di “gravi infermità fisica” di cui all’art. 147 c.p. (si consideri infatti che, complessivamente, la popolazione dei detenuti in 41 *bis* ammonta a circa 700 soggetti[4]).

Di fronte a tale **macroscopica mancata gestione preventiva del problema da parte degli organi governativi** deputati a gestire l’emergenza sanitaria all’interno delle carceri, stupisce il veemente **attacco sferrato ai giudici di**

sorveglianza, accusati di comportarsi come premurose badanti che avrebbero dispensato “benefici insensati” ai boss mafiosi “con garrula superficialità”**[5]**.

Un'**accusa ingenerosa**, che spiana la strada a soluzioni del problema forse politicamente appaganti ma probabilmente non risolutive del problema, se l'obiettivo è quello di realizzare un più ragionevole equilibrio tra le istanze contrapposte della prevenzione e della tutela dei diritti fondamentali della persona. Ci riferiamo, da un lato, all'ispezione immediatamente disposta nei confronti dei giudici ‘colpevoli’ delle scarcerazioni e, dall'altro, alle disposizioni contenute nel recentissimo decreto legge n. 28/2020, c.d. “*antiboss*”**[6]**, appena approvato (un commento di M. Gialuz è in corso di pubblicazione oggi stesso nella nostra *Rivista*).

7. L'art. 2 del d.l. n. 28/2020 è rubricato “Disposizioni urgenti in materia di detenzione domiciliare e permessi”. Tale disposizione modifica la disciplina degli art. 30 *bis* e 47 *ter* o.p., in relazione ai **permessi c.d. di necessità** e alla **detenzione domiciliare c.d. umanitaria o ‘in surroga’** (ossia quella *ex art. 47 ter* co. 1 *ter*, di cui abbiamo trattato in questo contributo, che si applica negli stessi casi in cui si potrebbe fare luogo al differimento obbligatorio o facoltativo della pena). Non sfuggirà che tali misure sono le **uniche che, proprio per la finalità ‘umanitaria’ che le caratterizza, possono essere applicate anche ai detenuti sottoposti al regime detentivo speciale del 41 bis**, per il resto esclusi – come d'altra parte tutti i detenuti non collaboranti condannati per i reati di cui all'art. 4 *bis***[7]** – dall'accesso a qualsiasi beneficio che consenta l'esecuzione extra-muraria della pena detentiva.

Per entrambe le misure, la modifica consiste nella previsione di un **parere obbligatorio sull'istanza che i giudici di sorveglianza devono richiedere al procuratore antimafia** in ordine all'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata ed alla pericolosità del soggetto: quello *distrettuale*, se la decisione riguarda l'autore di uno dei gravi reati elencati nell'art. 51 co. 3 *bis* e co 3 *quater* c.p.p., *anche* quello *nazionale*, se riguarda un detenuto sottoposto al regime detentivo speciale del 41 *bis*.

La differenza tra le due ipotesi riguarda i **tempi di attesa da parte dei giudici**. Nel caso dei **permessi di necessità**, la legge non prevede un termine entro il quale il procuratore debba rendere un parere, ma si stabilisce tuttavia

che la misura non possa essere concessa dal magistrato di sorveglianza prima di **24 ore dalla richiesta**, “salvo ricorrano esigenze di motivata eccezionale urgenza”, lasciando così intendere che, dopo le 24 ore, il magistrato può emettere la sua decisione senza attendere il parere della procura, anche in assenza di urgenza.

Anche nel caso della **detenzione domiciliare ‘umanitaria’** non è previsto un termine entro il quale la procura debba pronunciarsi, ma si quantifica il tempo di attesa da parte dei giudici di sorveglianza, stabilendo in questo caso che la decisione non possa essere assunta prima di **due giorni** se il destinatario è **autore di uno dei reati di cui all’art. 51 c.p.p.** e prima di **quindici giorni**, nel caso di **detenuti sottoposti al regime del 41 bis**. Come nell’ipotesi dei permessi di necessità, anche per la detenzione domiciliare, la norma – nonostante una formulazione non proprio lineare del testo[8] – prevede la possibilità di procedere prima dei tempi indicati in caso di “motivata eccezionale urgenza”.

Quanto alla natura dei **pareri**, sembrerebbe che essi **non siano vincolanti**: lo si desume dal fatto che il magistrato, decorsi i termini previsti, possono pronunciarsi anche in assenza del parere, e lo impone comunque il principio costituzionale di autonomia ed indipendenza della magistratura[9].

In attesa di riflessioni più meditate, ci limitiamo ad esprimere qualche perplessità su una disposizione così congegnata. Sostanzialmente **inutile**, ci pare, laddove siano previsti termini brevi e non vincolanti e con qualche **profilo di irragionevolezza**, in relazione alla disciplina della detenzione domiciliare: stando infatti ad una interpretazione letterale del testo, le limitazioni contenute nell’art. 2, a proposito della ‘scarcerazione’ dei boss, parrebbero riguardare solamente la misura domiciliare sostitutiva del differimento della pena, ma non invece l’istituto del **differimento** che, in quegli stessi casi, il giudice rimarrebbe libero di disporre: paradossalmente, quindi, un giudice – che non intendesse attendere un parere che tardi ad arrivare, magari a fronte dell’aggravarsi del quadro clinico del condannato – potrebbe decidere di differire la pena *ex art. 147 c.p.*, restituendo al condannato una libertà piena, seppur provvisoria, in una condizione che garantisce certamente di meno quelle esigenze di prevenzione che invece si volevano rinforzare. Un’irragionevolezza destinata ad appianarsi solo sulla

base di un'interpretazione sistematica della norma, che dovrebbe indurre a ritenere necessaria la richiesta del parere *anche* per la misura del differimento.

Rimane comunque la sensazione di una **risposta affrettata** in una materia che merita invece riflessioni ponderate: una risposta che **non ha contribuito a realizzare un più ragionevole equilibrio tra le istanze contrapposte della prevenzione e della tutela dei diritti fondamentali della persona**, ma che rivela il suo vero **significato, tutto politico**, di mostrare all'opinione pubblica la capacità dell'esecutivo di frenare giudici, sul cui operato – questo il messaggio e la sostanza – è bene sorvegliare[10].

[1] Cfr, anche per i necessari riferimenti giurisprudenziali G. Marinucci, E. Dolcini, G. L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Giuffrè, p.760 ss.

[2] Sia consentito rinviare, sul tema, a A. Della Bella, *Il 'carcere duro' tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Giuffrè, 2016.

[3] Il testo della circolare può essere letto in ristretti.it.

[4] In assenza di statistiche aggiornate sul sito del Ministero della Giustizia, il dato a cui facciamo riferimento, relativo al 2018, è quello contenuto nel *Rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex articolo 41 bis dell'ordinamento penitenziario* a cura del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà.

[5] Cfr. N. Dalla Chiesa, **I boss tornano a casa: fermiamo l'impunità e i "giudici di badanza"**, in *Il fatto quotidiano*, 27 aprile 2020.

[6] Così L. Milella,, **Cdm: via libera al decreto di Bonafede contro le scarcerazioni facili dei boss**, in *La Repubblica*, edizione on-line, 29 aprile 2020.

[7] Con l'unica eccezione rappresentata dalla possibilità, anche per i condannati 'non collaboranti', di accedere ai permessi premio *ex art. 30 ter*, allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti, secondo quanto ora stabilito dalla Corte costituzionale, nella **sentenza 22 ottobre 2019, n. 253**.

[8] “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.».

[9] Nel senso di negare la natura vincolante della comunicazione del Procuratore nazionale antimafia si è del resto orientata la giurisprudenza nell'interpretazione dell'art. 4 *bis* co. 3 *bis* o.p., che prevede una disciplina non dissimile da quella contenuta nel nuovo decreto legge, per il caso di applicazione delle misure alternative ai condannati per reati di cui all'art. 4 *bis* o.p. Cfr. sul punto, anche per i necessari riferimenti giurisprudenziali, L. Caraceni, *Art. 4 bis*, in F. Della Casa, G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, Cedam, VI ed., p. 85 ss.

[10] Nel senso che l'enfaticizzazione del ruolo delle procure antimafia induca a porre in primo piano la tutela della sicurezza pubblica, a discapito di un equilibrato bilanciamento tra i valori in gioco si è espresso Giovanni Fiandaca, il quale - commentando le dichiarazioni del Ministro Bonafede circa l'intenzione di introdurre nuove norme per frenare le scarcerazioni dei boss - osserva poi che “prima ancora di comprendere le cause reali dei problemi sul tappeto, e di riflettere sui più efficaci strumenti di intervento, si ricorre in fretta all'espedito di creare nuove disposizioni normative (sempre più spesso di natura penale) come comodo e temporaneo tappabuchi, o come mero “ansiolitico” per rasserenare una opinione pubblica allarmata”. Cfr. **G. Fiandaca, La trovata di Bonafede, giudici sottoposti all'accusa, in *Il Riformista*, 28 Aprile 2020.**