

“Covid-19 chiama e le carceri rispondono”: un’emergenza attuale e concreta

di Domenico Gaspare Carbonari, tirocinante giudiziario presso l'ufficio GIP/GUP presso il tribunale di Palermo

1. Le cronache dei giorni scorsi portano alla nostra attenzione un clima di tensione generato dalla diffusione dell’infezione e dalla dichiarata pandemia¹ in corso, che hanno spinto il Governo ad adottare misure restrittive e limitative dei movimenti. Si è assistito alla predisposizione di posti di controllo di polizia lungo le strade e alle porte dei grandi snodi, nei centri storici, nei porti e negli aeroporti, al fine di impedire la circolazione indiscriminata delle persone, siano esse a piedi o a bordo di autoveicoli.

Una vera e propria, ma giusta e ragionevole, limitazione dei diritti e delle libertà fondamentali, prime fra tutte la libera circolazione delle persone e l’iniziativa economica, che ha portato ad interrogarsi sulla capacità, o sarebbe meglio scrivere idoneità, del nostro sistema-paese e sistema-ordinamento giuridico a fronteggiare un’emergenza sempre crescente e i cui numeri variano in aumento di giorno in giorno.

In questo clima, l’organizzazione Mondiale della Sanità ha chiesto a tutti i Paesi del mondo di seguire le quattro regole-chiave per rallentare il corso della pandemia, ossia *“first, prepare and be ready; second, detect, protect and treat; third, reduce transmission and fourth, innovate and learn”*, confidando, pertanto, nella capacità di tutti gli Stati di rilevare, proteggere e trattare, ma specialmente di ridurre l’alta diffusività del contagio.

Eppure, sino a qualche giorno fa, nessun esponente politico, eccetto qualche commentatore e qualche rappresentante della magistratura e dell’avvocatura, si sono interrogati sulla condizione, anche solo astratta, di quei soggetti che, in forza di una condanna da espiare o di una sottoposizione a misura custodiale, sono impossibilitati dall’adottare personalmente le misure di contenimento e di quarantena predisposte con il decreto legge n. 6/2020².

Non ci si è interrogati sulla situazione di coloro che prestano attività lavorativa entro le mura carcerarie, in primo luogo gli agenti di Polizia Penitenziaria e il personale amministrativo, ai quali i presidi atti al contenimento sono stati forniti in tempi differiti rispetto alle altre forze di polizia.

La “questione carceraria”, come era ragionevolmente da aspettarsi, è passata in secondo piano rispetto ad altri provvedimenti ritenuti più urgenti o indispensabili, quali la sospensione delle udienze penali o la sospensione dei colloqui con i familiari, dei permessi premio e del regime di semilibertà e altre misure di pari natura³, approntando misure solo volte ad evitare l’affollamento nei tribunali o l’ingresso di soggetti esterni alle carceri, come i familiari dei detenuti.

Il contesto qui riportato, cui si aggiunge il timore dei detenuti per possibili contagi inframurari, è stato messo in crisi quando nei giorni scorsi si sono verificate le rivolte all’interno di oltre venti strutture

¹ Giova rilevare che, con provvedimento adottato in data 11.03.2020, il Direttore Generale dell’Organizzazione Mondiale della Sanità dichiarava che *“has been assessing this outbreak around the clock and we are deeply concerned both by the alarming levels of spread and severity, and by the alarming levels of inaction. We have therefore made the assessment that COVID-19 can be characterized as a pandemic. Pandemic is not a word to use lightly or carelessly. It is a word that, if misused, can cause unreasonable fear, or unjustified acceptance that the fight is over, leading to unnecessary suffering and death”*. Per un’ulteriore approfondimento, v. www.who.int.

² Cui seguiva il Dpcm del 11.03.2020.

³ In particolare, il Decreto Legge n. 11/2020 ha disposto il rinvio delle udienze nei procedimenti civili, penali, tributari e militari, ad eccezione di quelle udienze connotate da esigenze specifiche che rendono urgente la trattazione; la sospensione dei termini processuali dal 9 al 22 marzo 2020; l’adozione di misure organizzative, che possono comprendere anche l’ulteriore rinvio delle udienze, volte a evitare gli assembramenti di persone negli uffici giudiziari dal 23 marzo al 31 maggio 2020; sospensione di alcuni termini processuali. Quanto all’ordinamento penitenziario, ha disposto la sospensione, fino al 31 maggio, dei permessi premio e semilibertà nonché, fino al 22 marzo, dei colloqui in carcere, i quali quest’ultimi dovranno svolgersi a distanza, ove possibile, mediante apparecchiature e collegamenti di cui dispone l’amministrazione penitenziaria e minorile, o mediante corrispondenza telefonica, che potrà essere autorizzata oltre i limiti attualmente previsti. Inoltre, il decreto-legge consente al magistrato di sorveglianza - tenuto conto delle evidenze rappresentate dall’autorità sanitaria - di sospendere, tra l’8 marzo e il 31 maggio 2020, la concessione dei permessi premio e del regime di semilibertà.

carcerarie e che hanno portato alla morte di tredici detenuti e all'evasione di alcuni di essi, oltre che al ferimento di alcuni agenti di polizia penitenziaria⁴.

Questo epilogo ha sicuramente prodotto degli effetti dirompenti sulla gestione carceraria e sul piano di emergenza attivato, perché ha indotto le autorità a rilevare le antinomie sistemiche: le giustificazioni di questo ritardo potrebbero rinvenirsi, da un lato, nella cieca speranza nutrita affinché non si verificasse alcun contagio entro le mura, dall'altro, nell'irrisolta (se non mai affrontata) "questione carceraria" fondata sul sovraffollamento e sull'inadeguatezza delle strutture detentive⁵.

Malgrado non vi siano indicazioni circa il trattamento dei detenuti ammessi e non all'attività lavorativa, il rispetto delle distanze di sicurezza di almeno un metro tra i soggetti e, ancora, le misure di prevenzione sanitaria relative al necessario contatto fisico che, per evidenti motivazioni di sicurezza, gli agenti di polizia o altri lavoratori sono tenuti a mantenere con i detenuti⁶, il Ministero della Giustizia ha stanziato fondi e predisposto la fornitura di materiale di protezione a favore di tutti i soggetti che, a vario titolo, fanno ingresso presso le case circondariali⁷.

Invero, rappresentano misure che pongono un argine momentaneo al vero problema, ossia quello della prevenzione e della circoscrivibilità di un eventuale contagio entro le mura carcerarie, che potrebbe essere facilitato dai contatti ravvicinati tra soggetti e dalla difficoltà, se non dall'impossibilità, di procedere all'eventuale quarantena di uno o più detenuti (per lo più se alcuni di essi risultano positivi).

A fronte di questa situazione critica e costantemente in evoluzione, il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale ha più volte ribadito che *"è chiaro che, al di là del ripristino della normalità, occorre intervenire per ridurre la pressione che gli attuali numeri provocano sulle strutture detentive e sul senso di ansia e terrore delle persone che, nel frattempo, sentono ripetere che occorre stare a distanza di sicurezza gli uni dagli altri e che bisogna essere muniti di presidi sanitari adeguati. Sentono la concreta impossibilità dell'attuazione di tali misure in carcere"*.

2. La crisi acuta del sistema carcerario emersa negli ultimi giorni ha portato alla ribalta il tema della tutela della salute nelle carceri e la compatibilità delle misure adottate (e non) con il principio del corretto sviluppo della personalità del singolo detenuto.

⁴ Secondo i dati forniti dal Garante Nazionale dei diritti dei detenuti, ammontano a 49 gli istituti di pena che sono stati coinvolti, in maniera diversa, nelle rivolte. Evidenziava, inoltre, che *in talune situazioni la protesta ha assunto la connotazione di una drammaticità che non si vedeva nel nostro Paese da decenni: risultano 14 morti tra le persone detenute e alcune tuttora in ospedale in condizioni precarie, 59 feriti, per fortuna nessuno grave, tra i poliziotti penitenziari. Inoltre, cinque operatori sanitari e due poliziotti sono stati trattenuti in ostaggio per otto ore a Melfi. A ciò si aggiunge la situazione, documentata anche in un video, del facile allontanarsi di ben 72 persone dall'Istituto di Foggia: 16 sono tuttora latitanti*". Secondo i dati del Ministero della Giustizia, invece, risulterebbero aver partecipato alle rivolte 6.000 detenuti circa, ossia il 10% della popolazione carceraria. Per gli approfondimenti, www.giustizia.it.

⁵ In tal senso, G.L. Gatta, in *carcere e coronavirus: che fare?*, in www.sistemapenale.it, del 12 marzo 2020, il quale sottolinea che al problema del sovraffollamento delle carceri debba aggiungersi anche la presenza di detenuti tossicodipendenti che, nel corso delle rivolte, hanno abusato del farmaco metadone presente nelle infermerie. Si tratta, infatti, di una problematica non nuova per il nostro ordinamento giuridico, il quale ancora sconta gli effetti della sentenza pilota della Corte EDU, 8 gennaio 2013, Torreggiani e Altri c. Italia, ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10; nello stesso senso, pronunce conformi Corte EDU, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, ricorso n. 22635/03; Corte EDU, 15 ottobre 2009, Buzhinayev c. Russia, ricorso n. 17679/03. Da ultime più recenti, Corte EDU, 19 luglio 2011, Kondratishkoe Altri c. Russia, ricorso n. 3937/03; Corte EDU, 8 febbraio 2011, Micu c. Romania, ricorso n. 28883/06.

⁶ Si è lasciato al Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria la discrezionalità sulle misure da adottare.

⁷ Ci si riferisce alla fornitura di mascherine da parte delle Asl e dalla Protezione Civile, cui si aggiungono anche i numeri provenienti dalla produzione delle dotazioni all'interno dei laboratori del carcere, Per gli approfondimenti, www.giustizia.it.

Non può, dunque, prescindersi da un riferimento sistematico alle disposizioni costituzionali: ben sappiamo che l'art. 27, comma 3, Cost. è espressione del principio personalistico della pena, per il quale la sanzione penale, di qualunque tipologia essa sia, deve tendere alla rieducazione del soggetto⁸.

I detenuti devono essere posti al centro di un trattamento rieducativo che viene avviato con l'ingresso nelle strutture penitenziarie e continua, a seconda della fattispecie di reato contestata, al di fuori del circuito, a testimonianza della portata positiva del principio costituzionale in applicazione di misure alternative a quella carceraria.

Tuttavia, non possono che rilevarsi momenti di frizione tra il fondamento rieducativo e altri principi immanenti nel nostro ordinamento giuridico, come ad esempio l'ordine e la sicurezza pubblica, che hanno imposto talvolta l'adozione di misure estremamente limitative della sfera fisica e morale del detenuto, come avvenuto con l'art. 41 bis della legge n. 354/1975 (legge sull'ordinamento penitenziario).

In altri casi, invece, la frizione potrebbe verificarsi in relazione a principi di tutela che hanno una pervasività maggiore, poiché posti a tutela di beni dei detenuti stessi: infatti, l'art. 32 Cost. riconosce e tutela il diritto alla salute che impone all'ordinamento giuridico⁹ di salvaguardare e garantire ai singoli cure mediche adeguate.

Pur essendo diversi i corollari che possono discendere dalla disposizione costituzionale, va rilevato che il diritto alla salute assume una portata ampia e diversificata a seconda della posizione ricoperta dal singolo; infatti, secondo autorevoli commentatori, esso assumere una duplice veste¹⁰ a seconda che lo si voglia intendere come diritto fondamentale, la cui garanzia consiste nel non interferire con la sfera decisionale del soggetto, o come diritto sociale, tipico del *Welfare State*, la cui tutela passa necessariamente dalle misure adottate dal legislatore.

Potrebbe, invero, pervenirsi anche ad un'altra lettura, per la quale la tutela della salute come diritto sociale configurerebbe un "*obbligo positivo particolare*" in capo alle autorità¹¹, ossia un intervento rivolto o al singolo individuo o ad un gruppo particolareggiato di individui, così rilevando una forma di relazione genere – specie tra l'enunciazione costituzionale di cui all'art. 32 Cost. e la sua concreta applicazione nella veste di effettiva tutela dei singoli.

Questa considerazione può ben essere riferita al rapporto tra il diritto alla salute e lo stato detentivo, che si esplica nella predisposizione di misure idonee a preservare la salubrità e la sicurezza delle strutture detentive.

A maggior ragione che da questa esigenza ne discende il corollario per il quale, una volta sottoposto il soggetto *in vinculis*, lo Stato ne diviene responsabile della vita e dell'incolumità psico-fisica, talché ogni lesione ad esso imputabile integra gli estremi di una violazione grave dei diritti e delle libertà fondamentali.

⁸ In particolare, la disposizione costituzionale recita che "*Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*". Ricordiamo, inoltre, che l'uso del termine "*tendere*" mira a rappresentare che il percorso rieducativo viene proposto e accettato dal singolo, il quale può comunque ritenere di non aderirvi, e quindi trascorrere l'esecuzione della pena in totale assenza di partecipazione al trattamento.

⁹ La Corte EDU lo definisce come obbligo positivo gravante sullo Stato Membro.

¹⁰ Si tratta di connotazione messa in evidenza da diversi autori, tra i quali A. Vignudelli, *il rapporto di consumo*, Rimini, 1984, facendo spesso riferimento alla figura del "Giano bifronte" nell'intento di descrivere la dicotomia che caratterizza il diritto alla salute, come se un aspetto fosse complementare all'altro.

¹¹ In termini analoghi, C. Fiorio, *Salute del condannato e strumenti di tutela*, in Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti, a cura di A. Scalfati, Padova, CEDAM, 2004.

Questa interpretazione costituzionalmente orientata della legge sull'ordinamento penitenziario è stata avallata a più riprese dalla nostra giurisprudenza costituzionale¹² e di legittimità¹³, oltre che riaffermato in sede legislativa¹⁴.

Anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha aderito a questa impostazione, ritenendo imprescindibile il rapporto tra l'esecuzione della pena e il diritto alla salute, configurandolo con l'espressione *"health and well-being"*, affermando che *"nevertheless, under this provision the State must ensure that a person is detained in conditions which are compatible with respect for his human dignity, that the manner and method of the execution of the measure do not subject him to distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention and that, given the practical demands of imprisonment, his health and well-being are adequately secured"*.¹⁵

Invero, alla suddetta espressione viene ricondotto il complesso¹⁶ delle misure adottate nell'ambito del trattamento carcerario, a partire dalla salubrità degli ambienti fino al numero dei detenuti posti all'interno di una cella, passando dall'assistenza sanitaria inframuraria.

Ed è proprio sulla base di questi canoni che la Corte EDU ribadisce la portata effettiva delle norme convenzionali come perfettamente compatibili con il nostro sistema costituzionale, dalle quali discendono obblighi positivi di natura sostanziale in relazione alla cura dei soggetti già affetti da patologia al momento dell'ingresso in carcere o di coloro che si ammalano in corso di esecuzione pena, di impedire la creazione di ambienti saturi e non poco salubri che possano dar luogo a degli assembramenti di detenuti oltre la capacità massima delle celle o, ancora, di favorire le elementari e basilari regole igienico-sanitarie.

Imprescindibile corollario di queste affermazioni di principio è l'ineluttabile obbligo di salvaguardia di natura preventiva gravante sullo Stato, che discende dalla lettura combinata delle disposizioni costituzionali e di quelle della legge sull'ordinamento penitenziario, in particolare dall'art. 1, comma 3¹⁷

¹² Da ultimo con la sentenza n. 99/2019, seguendo la strada tracciata da precedenti pronunce in materia, quali Corte cost., del 6 agosto 1979, n.114, nella si sostenne che *"è principio di civiltà giuridica che al condannato sia riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive, e garantita quella parte di personalità umana, che la pena non intacca. Tale principio è accolto nel nostro ordinamento: nell'art. 27, comma terzo, Cost."*, e Corte cost., del 19 novembre 1991 n. 414.

¹³ Cass., sez. I, 24 ottobre 1994 in cui si afferma *"in termini del tutto incidentali, che il diritto alla salute, così come garantito dalla Costituzione (art. 32), è anche il diritto alla salute della persona detenuta"*

¹⁴ In tal senso, il D.M. 21/4/2000 concernente il Progetto per la tutela della salute in ambito penitenziario previsto dal D.Lgs.230/1999; è rilevante, altresì, un risalente documento redatto dal Comitato Nazionale per la Bioetica, *La salute dentro le mura*, parere del 27 settembre 2013, nel quale si sancisce l'affermazione di principio per la quale il diritto alla salute viene elevato *"per i detenuti il primo dei diritti, che condiziona il soddisfacimento di altri"*.

¹⁵ V. Corte EDU, sentenza 26 ottobre 2000, Kudla c. Polonia, ricorso n. 30210/96; Corte EDU, sentenza 15 luglio 2002, Kalashnicov c. Russia, ricorso n. 47095/99, che hanno trovato risalente fondamento in altre pronunce della Corte o raccomandazioni degli organi della CEDU, quali Corte EDU, 28 gennaio 1995, Hurtado c. Svizzera, ricorso n. 17549/90 oppure Commissione EDU, 2 marzo 1998, Venetucci c. Italia, ricorso n. 33830/96.

¹⁶ Con il termine "complesso" si fa riferimento ad un contesto convenzionale che, nel catalogo dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciute e tutelate, non prevede espressamente il diritto alla salute; infatti, come sostenuto da F. Cecchini, *la tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2017, il diritto alla salute viene ricavato da *«una interpretazione evolutiva ed estensiva di altre disposizioni della Convenzione, soprattutto l'art. 3»*, apprestando dunque una *«forma di tutela indiretta, di riflesso, che sconta la mancata individuazione di un nucleo irriducibile del diritto (che) [...] non viene tutelato in sé e per sé, ma solo se, ed in quanto, la sua lesione si traduca nella violazione di diritti espressamente riconosciuti dalla Convenzione»*.

¹⁷ L'art. 1 L. 354/1975 recita al comma 1 che *"il trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona. Esso è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a sesso, identità di genere, orientamento sessuale, razza, nazionalità, condizioni economiche e sociali, opinioni politiche e credenze religiose, e si conforma a modelli che favoriscono l'autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l'integrazione"*. Il comma 2 recita che *"il trattamento tende, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale ed è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni degli interessati"*.

che recita che “ad ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali”, potendo pacificamente annoverarvi la tutela della salute dell’internato¹⁸.

Questo orientamento giurisprudenziale trova maggiore conferma allorché i giudici sono chiamati ad occuparsi di situazioni, nelle quali rileva il binomio delle (talvolta precarie) condizioni igienico-sanitarie e malattie infettive; in particolare, il sistema penitenziario ha sempre dovuto fare i conti con le classiche patologie infettive, quali HIV, epatiti B e C e tubercolosi, fronteggiate con i mezzi ordinari quali cure e terapie mediche svolte entro mura carcerarie, eccetto i casi in cui si è proceduto a ricoveri esterni.

Di questa situazione è stata depositaria, in modo specifico, la Corte EDU che, nell’interrogarsi sulla tutela dei detenuti che avevano contratto malattie infettive¹⁹, ha riscontrato la contrarietà all’art. 3 CEDU delle condizioni in cui versano alcuni penitenziari, sostenendo che il livello igienico-sanitario deve essere equiparabile a quello di cui godono i cittadini comuni e sempre nell’ottica della preventiva tutela della salute degli internati²⁰.

Se questo è il campo applicativo generale del principio, devi tenersi conto anche della rilevanza funzionale che la protezione del singolo produce in relazione alla popolazione carceraria: le eventuali misure di contenimento delle patologie infettive, tra le quali si rintracciano l’isolamento o l’applicazione di una misura alternativa alla detenzione, arrecano giovamento a coloro che stavano o che sarebbero potuti entrare in contatto con il detenuto infetto, tra i quali altri carcerati e gli agenti di polizia²¹.

Potrebbe concludersi nel senso che lo Stato adempie alla tutela di obblighi positivi di prevenzione generali e particolari sempre entro l’ottica di prevenire, oltre che fronteggiare, situazioni di contagio epidemiologico sempre crescente e in situazioni in cui il sovraffollamento e le precarie condizioni igieniche potrebbero favorire il diffondersi di malattie infettive con alto tasso di trasmissibilità, come appunto la tubercolosi o il COVID-19²².

Al comma 3 è statuito che “ad ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali; è vietata ogni violenza fisica e morale in suo danno”.

Inoltre, ai sensi dei commi 4 e 5, è previsto che “negli istituti l’ordine e la disciplina sono mantenuti nel rispetto dei diritti delle persone private della libertà” e che “non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con l’esigenza di mantenimento dell’ordine e della disciplina e, nei confronti degli imputati, non indispensabili a fini giudiziari”.

¹⁸ In tal senso, giova anche precisare che la legge sull’ordinamento penitenziario disciplina tutta una serie di attività mediche – di controllo a favore detenuti previste all’art. 11, del quale rilevano i commi 11 e 12, per i quali “Nel caso di diagnosi anche sospetta di malattia contagiosa sono messi in atto tutti gli interventi di controllo per evitare insorgenza di casi secondari, compreso l’isolamento. Il direttore dell’istituto è immediatamente informato dell’isolamento e ne dà comunicazione al magistrato di sorveglianza” e “i detenuti e gli internati, possono richiedere di essere visitati a proprie spese da un esercente di una professione sanitaria di loro fiducia. L’autorizzazione per gli imputati è data dal giudice che procede, e per gli imputati dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, per i condannati e gli internati è data dal direttore dell’istituto. Con le medesime forme possono essere autorizzati trattamenti medici, chirurgici e terapeutici da effettuarsi a spese degli interessati da parte di sanitari e tecnici di fiducia nelle infermerie o nei reparti clinici e chirurgici all’interno degli istituti, previ accordi con l’azienda sanitaria competente e nel rispetto delle indicazioni organizzative fornite dalla stessa”.

¹⁹ In tal senso, F. Cecchini, *la tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo*, si occupa del momento in cui la lesione del diritto alla salute in questione, e quindi il contagio di una malattia infettiva, può costituire la violazione dell’obbligo positivo di tutele da parte dello Stato membro.

²⁰ Corte EDU, 7 dicembre 2010, Porumb c. Romania, ricorso n. 19832/04; Corte EDU, 16 dicembre 2010, Kozhoar c. Russia, ricorso n. 33099/08; Corte EDU, 30 settembre 2010, Pakhomov c. Russia, ricorso n. 44917/08; Corte EDU, 30 luglio 2009, Pitalev c. Russia, ricorso n. 34393/03; Corte EDU, 18 ottobre 2007, Babushkin c. Russia, ricorso n. 67253/01; Corte EDU, 8 novembre 2005, Alver c. Estonia, ricorso n. 64812/01;

²¹ Per approfondimento, A. Pennisi, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Giappichelli, 2002.

²² L’attenzione si pone specialmente su queste due situazioni patologiche, atteso che il proliferarsi del batterio o del virus avviene sulla base di contatti sempre più ravvicinati tra i soggetti o per la contestuale presenza di più soggetti all’interno dello stesso luogo o, ancora, per l’assenza di idonei strumenti di areazione, atteso che sono le goccioline o i liquidi a favorire il passaggio dell’agente patogeno. In particolare, in tal contesto si innestano anche le raccomandazioni del Consiglio d’Europa del 20.03.2020.

Non bisogna, infatti, trascurare la pericolosità della situazione attuale anche per tutti coloro che, a vario titolo, prestano servizio all'interno delle carceri, predisponendo anche per queste misure idonee a prevenire il contagio; infatti, anche le fonti ministeriali sono pacifiche nel ritenere che *"il carcere, per molti aspetti è causa di rischi aggiuntivi per la salute fisica e psichica dei detenuti, degli internati e dello stesso personale addetto alla sorveglianza e all'assistenza"*, talché non può prescindersi da un intervento generale che assicuri a tutti gli individui, senza distinzioni di ruoli o *status giuridico*, salvaguardia o strumenti più idonei per fronteggiare le emergenze.

Un momento storico, dunque, che porta con sé un innalzamento della tensione all'interno delle strutture penitenziarie se si considera, da un lato, il timore della diffusione del virus al suo interno, dall'altro, l'impossibilità di poter prendere coscienza e di confrontarsi con la vita all'esterno delle mura, con la conseguenza che ne risultano alterati i delicati equilibri che stanno alla base di un sistema da anni martoriato e messo in crisi dall'inidoneità a fronteggiare le nuove esigenze²³.

Al di là di quella che potrà essere la condizione in cui verseranno le nostre carceri nei giorni a seguire, si può trarre il *"principio di massima"* in relazione alla tutela della salute: nella fase attuale, l'esecuzione della pena potrà essere maggiormente rieducativa quanto più possibile il detenuto si sentirà sicuro entro le mura carcerarie, atteso che potrebbe non esser accettata una detenzione vissuta con l'angoscia di contrarre un'infezione che, in termini di sintomi, non dà sicurezze sui possibili esiti nei confronti di chi l'ha contratto²⁴.

In definitiva, se è vero che le strutture carcerarie risultano essere contesti facilmente esposti al rischio di infezioni o diffusione di agenti patogeni, a maggior ragione lo Stato è tenuto ad adottare l'insieme di *best practices* atte a salvaguardare il bene giuridico "salute" inteso globalmente, ma declinato anche in relazione alle particolarità dell'individuo e della comunità carceraria (ricomprendendovi, oltre ai detenuti, anche gli agenti di polizia penitenziaria e gli operatori sociale e amministrativi ivi operanti).

3. Rispetto al monito lanciato dal Garante Nazionale dei detenuti (v. *supra*), cui si aggiunge quello della magistratura di sorveglianza, del mondo dell'avvocatura, del sindacato autonomo della polizia penitenziaria e di alcune associazioni di rappresentanza dei detenuti, è stata data finalmente una risposta, atteso che nei giorni scorsi tra le fila parlamentari si discuteva di quale misura o provvedimento deflattivo adottare per fronteggiare il possibile avvento di una situazione di contagio c.d. *"a catena"*, come anche di non permettere la scarcerazione di soggetti ritenuti pericolosi a vario titolo.

A fronte di questo clima di incertezza, mentre alcuni hanno ostentato il richiamo agli istituti giuridici dell'indulto e dell'amnistia, e altri invece il ricorso alle misure alternative alla detenzione o all'eventuale estensione materiale e cronologica dei permessi di uscita dal carcere o, ancora, ad una forma di liberazione anticipata speciale da applicare a buona parte dei detenuti, l'autorità giudiziaria di sorveglianza si era già attivata con gli strumenti giuridici in proprio possesso.

Giova preliminarmente rilevare che l'ingresso nelle strutture detentive di soggetti affetti da patologie particolari (AIDS, HIV e deficienza immunitaria o anche tossicodipendenti), cui si associa la condizione

²³ Si fa riferimento alla misura del c.d. distanziamento sociale, non praticabile al suo interno, la necessità di lavare spesso le mani e di usufruire di presidi sanitari, quali mascherine e guanti, che attualmente scarseggiano sul mercato.

²⁴ Anche se i dati pubblicati dal Ministero della Giustizia mostrano dei contesti carcerari nei quali alcuni detenuti, a differenza dei rivoltosi, si sono resi disponibili ad avviare programmi di trattamento alternativi o ad aderire ad attività di volontariato, quale la donazione del sangue o la raccolta fondi.

del sovraffollamento carcerario, hanno reso particolarmente gravosa la reazione sanitaria e finanziaria dell'Amministrazione penitenziaria.

Infatti, su indicazione legislativa, da un lato, il DAP si è dovuto attrezzare con la predisposizione di programmi particolareggiati per i detenuti affetti da AIDS o da grave deficienza immunitaria, dall'altro la magistratura di sorveglianza ha applicato gli istituti di cui agli artt. 90 e 94 D.P.R. n. 309/1990, che disciplinano rispettivamente la sospensione dell'esecuzione della pena e l'affidamento in prova in casi particolari per i soggetti tossicodipendenti o alcolodipendenti, e l'art. 47 *quater* L. 354/1975, che prevede forme particolari di affidamento in prova o detenzione domiciliare per gli individui affetti da AIDS.

Si caratterizzano queste per essere misure alternative alla detenzione, che pertanto non escludono la pena, bensì ammettono un'alternativa modalità di esecuzione in considerazione del quadro clinico dei detenuti, dei condannati (che non ancora hanno fatto ingresso nel circuito carcerario) o di coloro che sono sottoposti alla detenzione per fini cautelari *ex art. 275 c.p.p.*

E' evidente, però, che si tratta di istituti che trovano applicazione solo ove lo stato patologico sia già conosciuto dall'autorità giudiziaria e dalle competenti autorità sanitarie, dovendone escludere l'applicazione nei casi in cui l'ordinamento penitenziario persegue l'intento di proteggere gli individui da un possibile contagio epidemiologico.

L'attenzione che la legge sull'ordinamento penitenziario pone a queste categorie di soggetti porta a rivedere la tesi di chi, in questi giorni, ha invocato gli istituti dell'indulto e dell'amnistia, per un triplice ordine di ragioni: una di matrice politica e costituzionale, la quale ogni proposta di indulto e amnistia²⁵ richiede l'approvazione a maggioranza qualificata dei $\frac{2}{3}$ dei componenti di ciascuna Camera, che attualmente sono in fase di definizione delle modalità lavorative più idonee per evitare il propagarsi dei contagi; l'altra di matrice socio-criminale, perché potrebbe passare il messaggio che le situazioni di emergenza si affrontano con l'estinzione della pena o addirittura del reato.

Quanto alla ragione di ordine giuridico, giova evidenziare come ne possa risultare svilita la funzione ontologica della pena, perché ricorrere a due istituti eccezionali, oggi riconvertiti in strumenti deflattivi del sovraffollamento carcerario, significa non garantire la certezza della pena e restituire al circuito criminoso alcuni soggetti che potrebbero avere serie difficoltà a reinserirsi nel sociale a causa delle limitazioni lavorative poste dall'emergenza, magari tornando a delinquere in assenza di alternative.

A ciò si aggiunge che si tratta di scelte discrezionali del Parlamento, la cui esecuzione non richiede la valutazione di requisiti di meritevolezza come normalmente avviene nell'ambito delle misure alternative alla detenzione.

3.1 E' opportuno, quindi, soffermarsi sugli effettivi strumenti deflattivi che possono rappresentare "*un ampio respiro*" per il polmone penitenziario quasi al collasso, ossia le misure alternative alla detenzione.

Giova, anzitutto, premettere che nella scelta del miglior strumento è necessario bilanciare i due punti di un intervento essenziale: adottare soluzioni che non gravino eccessivamente sui Tribunali di Sorveglianza e garantire l'esecuzione della pena per coloro che hanno commesso reati meno gravi²⁶.

²⁵ Ricordiamo che l'amnistia comporta l'estinzione del reato e la cessazione dell'esecuzione della pena principale e delle pene accessorie, mentre l'indulto solo la pena principale o la commuta in un'altra specie, lasciando immutati le pene accessorie e gli altri effetti penali della condanna.

²⁶ La trattazione che segue non verterà sull'istituto dei permessi premio di cui all'art. 30 o.p., atteso che proprio che l'esecuzione di questa misura è stata sospesa dal Governo con il D.L. 6/2020, nell'ottica di impedire che soggetti detenuti, usciti dalle mura carcerarie per svolgere attività lavorativa o di formazione per la durata di quindici giorni, possano rientrare e favorire il contagio degli internati.

Una prima misura che potrebbe soddisfare il secondo punto ma svilire il primo è l'istituto della semilibertà²⁷ disciplinato all'art. 48 o.p.²⁸, per mezzo del quale si concede al singolo, pur restando in stato di detenzione, di svolgere attività lavorativa al di fuori dal circuito carcerario nelle ore stabilite dal provvedimento giudiziario; infatti, viene ritenuta dai commentatori come misura alternativa c.d. impropria, perché l'immissione del detenuto nella società avviene con gradualità.

Ebbene, pur perseguendo le esigenze di rieducazione e di esecuzione della pena, si verrebbe a creare un problema più attuale che mai, ossia quello per il quale il soggetto, ai fini della misura, deve potersi recare fuori dall'istituto penitenziario per svolgere l'attività lavorativa e di formazione indicata per tornare presso lo stesso a conclusione, ponendosi in contrasto con le prescrizioni governative e aumentando le probabilità di contagio degli altri detenuti.

Allo stesso conclusione potrebbe giungersi in relazione all'affidamento in prova al servizio sociale di cui all'art. 47 o.p., per il quale *“se la pena detentiva inflitta non supera tre anni, il condannato può essere affidato al servizio sociale fuori dell'istituto per un periodo uguale a quello della pena da scontare”*²⁹, identificandosi come misura alternativa alla detenzione per eccellenza assieme alla detenzione domiciliare.

Le prescrizioni che discendono necessariamente dall'applicazione dell'istituto sarebbero di difficile conciliazione con le esigenze attuali di contenimento, atteso che il soggetto non potrebbe intrattenere rapporti con stabili con il Servizio Sociale o non potrebbe attivamente adoperarsi in favore della vittima del suo reato.

Pertanto, ne risulterebbero incise negativamente sia le esigenze sanitarie in vigore sia quelle rieducative e di esecuzione della pena, eccetto il caso in cui si dovesse decidere di concedere la c.d. licenza ai semiliberi per la quale, ai sensi dell'art. 52 o.p., al detenuto viene concessa a titolo di premio una o più licenze di durata non superiore nel complesso a giorni quarantacinque all'anno³⁰.

Altra misura che potrebbe soddisfare il primo punto ma svilire il secondo è quella del c.d. *indultino*, introdotto con la legge n. 207/2003³¹, per mezzo del quale il soggetto ammesso al beneficio gode della

²⁷ Anche l'applicazione di questo istituto è stata sospesa dal Governo con il D.L. 6/2020, nell'ottica di impedire che soggetti detenuti, usciti dalle mura carcerarie per svolgere attività lavorativa o di formazione per la durata di quindici giorni, possano rientrare e favorire il contagio degli internati.

²⁸ L'art. 48 o.p. statuisce che *“il regime di semilibertà consiste nella concessione al condannato e all'internato di trascorrere parte del giorno fuori dell'istituto per partecipare ad attività lavorative, istruttive o comunque utili al reinserimento sociale”*.

²⁹ In particolare, ai sensi del comma 2, *“il provvedimento è adottato sulla base dei risultati della osservazione della personalità, condotta collegialmente per almeno un mese in istituto, se il soggetto è recluso, e mediante l'intervento dell'ufficio di esecuzione penale esterna, se l'istanza è proposta da soggetto in libertà, nei casi in cui si può ritenere che il provvedimento stesso, anche attraverso le prescrizioni di cui al comma 5, contribuisca alla rieducazione del reo e assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati”*.

³⁰ Misura anche questa sollecitata dal Garante Nazionale per i detenuti e che potrebbe decongestionare, a tempo determinato, la questione del sovraffollamento, attese le incertezze legate alla durata dell'emergenza sanitaria.

³¹ Ai sensi dell'art. 1 della suddetta legge, l'istituto si applica *“nei confronti del condannato che ha scontato almeno la metà della pena detentiva è sospesa per la parte residua la pena nel limite di due anni, salvo quanto previsto dai commi 2 e 3”*. Secondo il comma 2, *“la sospensione dell'esecuzione della pena può essere disposta una sola volta, tenendo conto della pena determinata ai sensi dell'articolo 663 del codice di procedura penale, decurtata della parte di pena per la quale è stato concesso il beneficio della liberazione anticipata ai sensi dell'articolo 54 della legge 26 luglio 1975, n° 354, e successive modificazioni”*; inoltre, il comma 3 prevede che *“la sospensione non si applica: 1) quando la pena è conseguente alla condanna per i reati indicati dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, e dagli articoli 609-bis, 609-quater e 609-octies del Codice penale nonché dall'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni; 2) nei confronti di chi sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza, ai sensi degli articoli 102, 105 e 108 del codice penale; 3) nei confronti di chi sia stato sottoposto 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; 4) quando la persona condannata è stata ammessa alle misure alternative alla detenzione; 5) quando vi sia stata rinuncia dell'interessato.*

sospensione condizionata della pena subordinata al rispetto delle prescrizioni disposte dal Magistrato di Sorveglianza.

La particolarità di questo strumento è comune all'istituto dell'affidamento in prova al servizio sociale; però, l'effetto deflattivo viene perseguito senza che ricorrano quegli elementi valutativi classici dell'affidamento, ossia la buona condotta durante l'espiazione della pena, i progressi nel percorso rieducativo, condividendone però gli effetti con l'indulto classico³².

Sotto il profilo dell'applicabilità, si richiede al detenuto di attenersi alle prescrizioni indicate dalla legge, ossia l'obbligo di presentarsi all'ufficio di polizia giudiziaria, nei giorni e nell'orario che saranno fissati tenendo conto delle condizioni di salute, lo svolgimento di attività lavorativa e del luogo di dimora del condannato, cui si affianca l'obbligo di non allontanarsi dal territorio del Comune di dimora abituale del condannato, o dove egli svolge la propria attività lavorativa.

Invero, si tratta anche questa di misura che, in un modo o nell'altro, richiede al beneficiario di spostarsi o di uscire da casa per recarsi presso il presidio di pubblica sicurezza o per lo svolgimento di attività lavorativa, ponendosi in concreto contrasto con le prescrizioni imposte dall'autorità governativa che prescrivono di uscire solo quando opportuno.

La liberazione anticipata è disciplinata dall'art. 54 o.p. e consente di ottenere quarantacinque giorni di detrazione per ogni semestre di pena scontata, sempreché il condannato abbia dato prova di partecipare all'opera di rieducazione; in particolare, è tra gli strumenti migliori per raggiungere l'obiettivo di deflazione del numero delle persone detenute, atteso che riduce in modo esponenziale il soggiorno dei singoli entro le mura carcerarie, ma sempre entro un'ottica di rieducazione e di esecuzione della pena.

In termini di rafforzamento dell'istituto è stata introdotta anche la figura della liberazione anticipata c.d. speciale, in forza della quale viene statuito che la detrazione di pena concessa con la liberazione anticipata prevista dall'articolo 54 o.p. diviene pari a 75 giorni per ogni singolo semestre di pena scontata interamente in carcere.

L'effetto benefico di questo istituto è quello di decongestionare la permanenza nelle carceri basato sulla previsione dell'applicazione retroattiva del provvedimento legislativo, anche se la relativa applicazione non è automatica e non si determina una liberazione immediata di massa, atteso che l'efficacia è soggetta alla rivalutazione del Magistrato di Sorveglianza chiamato a verificare il corretto comportamento dei richiedenti³³; infatti, i tempi di attesa potrebbero essere ridotti da un intervento legislativo che ne regolasse la nuova applicazione e l'efficacia, rendendo più agevole l'attività valutativa del Giudice.

L'istituto, invero, potrebbe trovare ampia applicazione specialmente in relazione a tutti quei soggetti ai quali non è stata mai concessa la liberazione anticipata ordinaria, atteso il principio da ultimo sancito dalla giurisprudenza di legittimità che, nel fornire l'interpretazione della *ratio* dell'istituto, ha chiarito, per un verso, che la legge non prevede un divieto di applicazione della liberazione anticipata c.d. speciale a coloro che non hanno in precedenza usufruito di una precedente liberazione, per altro verso, che questi soggetti né devono essere sottoposti alla valutazione della meritevolezza che la legge richiede per l'integrazione degli ulteriori trenta giorni né possono isolatamente usufruire dei quarantacinque giorni previsti dalla liberazione anticipata c.d. ordinaria³⁴.

³² Questa duplice anima, infatti, la rende ibrida e quindi a sua volta "misura alternativa" a quelle alternative classiche.

³³ Comportamento valutabile secondo le indicazioni fornite dall'art. 103 D.P.R. n. 230/2000.

³⁴ In tal senso, Cass., Sez. I, del 09.01.2018, n. 356.

Infine, l'ordinamento appresta la misura alternativa alla detenzione per eccellenza, ossia la detenzione domiciliare disciplinata dall'art. 47 *ter* o.p., ai sensi del quale *“la pena della reclusione non superiore a quattro anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, nonché la pena dell'arresto, possono essere espiate nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza”*, individuando all'uopo i soggetti che possono usufruirne³⁵ e ammettendone l'estensione del campo soggettivo di applicazione anche *“quando non ricorrono i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale e sempre che tale misura sia idonea ad evitare il pericolo che il condannato commetta altri reati”*.

Il beneficiario della misura è obbligato, ai sensi dell'art. 284, commi 2 e 3, *c.p.p.*, a non allontanarsi dal luogo indicato nell'ordinanza applicativa, potendo il giudice competente imporre limiti o divieti alla facoltà di comunicare con persone diverse da quelle che con lui coabitano.

E' evidente, dunque, che alla situazione attuale, insieme alla liberazione anticipata speciale, la detenzione domiciliare si pone come la più idonea a far fronte all'esigenza sanitaria in corso perché impedisce al beneficiario di uscire dalla propria abitazione senza una valida motivazione e senza che ne venga autorizzato, limitando in maniera forte gli spostamenti del soggetto verso altri luoghi; allo stesso tempo, le prescrizioni imposte dal Giudice potrebbero essere idonee a limitare i contatti con soggetti esterni al nucleo familiare inteso in senso stretto, impedendo a quest'ultimi di avere accesso presso l'abitazione del detenuto³⁶.

Inoltre, una simile impostazione non onera l'autorità giudiziaria di sorveglianza all'accertamento dei requisiti stringenti valenti per altre tipologie di misure alternative, dovendo la stessa procedere all'individuazione del *quantum* di pena irrogato e/o da espiaire o alla ricognizione dei soggetti che ne possono usufruire.

E' opportuno, tuttavia, dare rilievo alla circostanza che la concessione di questa misura alternativa ben si concilia con l'intento rieducativo della pena, atteso che la detenzione domiciliare non fa cessare l'esecuzione della pena ma configura *«una modalità di esecuzione della pena [...] (e che) differisce dalla semplice scarcerazione del detenuto che consegue al rinvio dell'esecuzione della pena disposto sulla base degli artt. 146 e 147 c.p.»*, come è stato ribadito di recente dalla Corte Costituzionale³⁷ in una pronuncia avente ad oggetto l'istituto della detenzione domiciliare umanitaria o in deroga.

Sempre in funzione deflattiva del sovraffollamento carcerario, l'ordinamento giuridico ha disposto l'estensione dei criteri applicativi della detenzione domiciliare con l'introduzione della detenzione c.d. degli “ultimi 18 mesi”, disciplinata dalla legge n. 199/2010 e che viene di norma concessa ai condannati

³⁵ Nella specie, donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente; padre, esercente la potestà, di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente, quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole; persona in condizioni di salute particolarmente gravi, che richiedano costanti contatti con i presidi sanitari territoriali; persona di età superiore a sessanta anni, se inabile anche parzialmente; persona minore di anni ventuno per comprovate esigenze di salute, di studio, di lavoro e di famiglia.

³⁶ La natura c.d. “elastica” della detenzione domiciliare è stata anche messa in evidenza da Corte Cost., del 19.04.2019, n. 99, nella quale i Giudici hanno avuto cura di sottolineare, per un verso, che si tratta di *«una misura che può essere modellata dal giudice in modo da salvaguardare il fondamentale diritto alla salute del detenuto, qualora esso sia incompatibile con la permanenza in carcere»*, per altro verso, che *«compporta l'uscita dal carcere, ma è pur sempre accompagnata da severe limitazioni della libertà personale, dato che il giudice, nel disporla, stabilisce le condizioni e le modalità di svolgimento e individua il luogo di detenzione»*, all'uopo richiamando l'art. 284 del codice di rito.

³⁷ *Ibidem*. Risalente nel tempo anche Corte Cost., ordinanza n. 327/1989.

con pena detentiva non superiore a diciotto mesi al fine di scontarla presso la propria abitazione o un altro luogo³⁸, nell'ottica della «logica unitaria e indivisibile»³⁹ dell'istituto domiciliare.

5. Passando alle misure in concreto adottate dal Governo, giova premettere che la legge sull'ordinamento penitenziario, all'art. 47 *ter*, comma 1 *quater*, statuisce che “nei casi in cui vi sia un grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione, l'istanza di detenzione domiciliare [...] è rivolta al magistrato di sorveglianza che può disporre l'applicazione provvisoria della misura”.

Questa disposizione, in un lettura combinata con quelle costituzionali sin qui richiamate, viene interpretata nel senso di concedere al magistrato di sorveglianza uno strumento idoneo a far tempestivamente fronte alle paventate o imminenti situazioni di emergenza sanitaria, quale che stiamo vivendo, anticipando un eventuale intervento legislativo in materia.

Trattasi, infatti, di un potere che l'autorità giudiziaria di sorveglianza ha di recente esercitato su istanza dei detenuti stessi e nei rispettivi circondari di competenza, provvedendo ad esitare le richieste di concessione di misure alternative alla detenzione presentate sia prima che nel frangente delle rivolte carcerarie dei giorni scorsi.

Quanto al Decreto Legge del 17 marzo 2020, entrato in vigore il 18 marzo, prevede una serie di disposizioni relative al sistema penitenziario, prima fra tutte di ordine finanziario di cui all'art. 74, comma 7, relativo alla ricomposizione dell'ordine e della sicurezza in ambito carcerario e all'adempimento di attività relative all'adozione delle misure straordinarie poste in essere per il contenimento epidemiologico, predisponendo a tal fine somme tese alla “sanificazione e disinfezione degli ambienti nella disponibilità del medesimo personale nonché a tutela della popolazione detenuta”⁴⁰.

Per quanto più ci interessa, ossia la soluzione alternativa più idonea alla detenzione carceraria, il testo interviene con gli artt. 123 e 124, rispettivamente rubricati “Disposizioni in materia di detenzione domiciliare” e “Licenze premio straordinarie per i detenuti in regime di semilibertà”, optando per la concessione dell'ultima delle misure sin qui analizzate, ossia la detenzione domiciliare “ultimi 18 mesi” di cui alla legge n. 199/2010.

In particolare, all'art. 123 prevede la deroga all'art. 1 della legge n. 199/2010 in relazione al *quantum* di pena detentiva da espiare, statuendo che questa “non sia superiore a diciotto mesi” e “anche se costituente parte residua di maggior pena”; rispetto al testo normativo del 2010⁴¹, infatti, è evidente che l'intento del legislatore è quello di sfozzire il numero di soggetti presenti nelle strutture detentive innalzando la soglia

³⁸ Istituto la cui applicazione era stata introdotta nell'intento di attuare il “piano penitenziario” e la riforma delle misure alternative alla detenzione e limitata sino al 31 dicembre 2013; diversamente, l'estensione è entrata a far parte del sistema con l'approvazione del Decreto Legge n. 146/2013, convertito nella Legge n. 10/2014.

³⁹ Anche qui può richiamarsi la Corte Costituzionale che nelle sentenze nn. 177/2009 e 211/2018 ha sostenuto che, pur se «la detenzione domiciliare è stata nel corso del tempo ampliata quanto all'ambito di applicazione e parzialmente ridisegnata nelle sue finalità [...] essa risponde sempre, secondo la giurisprudenza costituzionale, a una logica unitaria e indivisibile».

⁴⁰ Art. 74, rubricato “Misure per la funzionalità delle Forze di polizia, delle Forze armate, del Corpo nazionale dei Vigili del Fuoco, della carriera prefettizia e del personale dei ruoli dell'Amministrazione civile dell'interno”, prevede al comma 7 che “Al fine di garantire il rispetto dell'ordine e della sicurezza in ambito carcerario e far fronte alla situazione emergenziale connessa alla diffusione del COVID-19, per lo svolgimento da parte del personale del Corpo di polizia penitenziaria, dei dirigenti della carriera dirigenziale penitenziaria nonché dei direttori degli istituti penali per minorenni, di più gravosi compiti derivanti dalle misure straordinarie poste in essere per il contenimento epidemiologico, è autorizzata la spesa complessiva di euro 6.219.625,00 per l'anno 2020 di cui euro 3.434.500,00 per il pagamento, anche in deroga ai limiti vigenti, delle prestazioni di lavoro straordinario, di cui euro 1.585.125,00 per gli altri oneri connessi all'impiego temporaneo fuori sede del personale necessario, nonché di cui euro 1.200.000,00 per le spese di sanificazione e disinfezione degli ambienti nella disponibilità del medesimo personale nonché a tutela della popolazione detenuta”.

⁴¹ La soglia dei mesi di pena da espiare pari a 12 mesi era stato innalzato a 18 mesi con un successivo decreto legge n. 211/2011, in materia di “Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri”.

del beneficio a coloro che devono o che residuano da espriare una pena detentiva non superiore a diciotto mesi, pur se questa costituisce parte residua di maggior pena.

Quanto alla categoria dei soggetti esclusi, il testo del decreto legge, nel rimarcare le indicazioni previgenti, estende l'ambito soggettivo anche ai condannati per i delitti di maltrattamenti in famiglia e di stalking, a coloro che all'interno delle strutture carcerarie hanno posto in essere infrazioni, ricomprendendo tra questi i rivoltosi degli ultimi giorni, e ai detenuti privi di un domicilio effettivo e idoneo anche in funzione delle esigenze di tutela delle persone offese dal reato.

E' singolare che il decreto non menzioni la lettera d) della legge del 2010, per la quale *"quando vi è la concreta possibilità che il condannato possa darsi alla fuga ovvero sussistono specifiche e motivate ragioni per ritenere che il condannato possa commettere altri delitti ovvero quando non sussista l'idoneità e l'effettività del domicilio anche in funzione delle esigenze di tutela delle persone offese dal reato"*, giustificandosi con la circostanza che il testo prevede il ricorso alla procedura di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici per coloro che potrebbero commettere altri reati, escludendo in radice i soggetti che non hanno un domicilio stabile o che possono arrecare danni alle persone offese.

In riferimento a quest'ultima previsione, viene statuito che il controllo elettronico o a distanza possa essere applicato solo previo consenso del beneficiario; e in particolare, il suddetto controllo viene meno non appena la pena residua da espriare scende sotto la soglia di sei mesi, ponendo evidentemente gravanti oneri di controllo in capo alle forze di polizia e alla magistratura di sorveglianza⁴².

Non è agevole comprendere, d'altra parte, cosa possa accadere nella remota possibilità in cui il detenuto decida di non sottoporsi all'applicazione del braccialetto elettronico: non è da comprendere, dunque, se implicitamente si possa esercitare un intervento coattivo sul soggetto o se di debba procedere alla revoca del beneficio. Giova, inoltre, precisare che con riferimento a quest'ultima possibilità risulterebbe essere svilita la contingibilità che sta alla base del provvedimento di urgenza, atteso che il detenuto non verrebbe messo nelle condizioni di beneficiarne.

A questa incertezza si aggiunge quella legata al criterio progressivo adottato per l'applicazione del braccialetto elettronico: la concessione della detenzione domiciliare, e quindi il controllo elettronico da remoto, dovrà avvenire partendo dai condannati con pena residua da eseguire superiore ai sei mesi avviene progressivamente a partire dai detenuti che devono scontare la pena residua inferiore.

Ancora, a dimostrazione delle contingibilità dei provvedimenti in questione, si rileva che, a differenza del testo del 2010, il magistrato di sorveglianza adotta il provvedimento di concessione della misura alternativa nei confronti di soggetto già detenuto senza la relazione prevista dall'art. 1, comma 4 del suddetto testo, con la quale l'Amministrazione penitenziaria fornisce elementi relativi alla condotta tenuta durante la detenzione; pertanto, venendo meno questa forma di attestazione relativa alla personalità del condannato, la direzione penitenziaria è tenuta solo *"ad attestare che la pena da eseguire non sia superiore a diciotto mesi, anche se costituente parte residua 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, nonché a trasmettere il verbale di accertamento dell'idoneità del domicilio"*.

L'esigenza di celerità caratterizza anche il procedimento concessorio della misura; infatti, il Decreto Legge, nel richiamare l'art. 1, comma 4, della L. 199/2010, opera un rinvio anche al comma 5 della

⁴² Pur se può destare stupore la previsione di procedure di controllo mediante strumenti informatici, in realtà questa è stata la strada seguita dal legislatore nel decreto legge n. 146/2013 che, con l'art. 3, comma 1, lettere f) ed h), ha introdotto l'art. 58 quinquies o.p. che assegna alla magistratura di sorveglianza il potere di *"prescrivere procedure di controllo anche mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici, conformi alle caratteristiche funzionali e operative degli apparati di cui le Forze di polizia abbiano l'effettiva disponibilità"*.

medesima disposizione e che recita che *“il magistrato di sorveglianza provvede ai sensi dell'articolo 69-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, ma il termine di cui al comma 2 del predetto articolo è ridotto a cinque giorni”*⁴³, prevedendo che il magistrato di sorveglianza provvede con ordinanza, adottata in camera di consiglio senza la presenza delle parti, riducendo all'uopo il termine di adozione del provvedimento nel termine di cinque giorni e non più di quindici⁴⁴.

E' evidente, dunque, che la situazione emergenziale può comportare l'estensione materiale di un istituto introdotto in origine per far fronte ad altra crisi (ossia il sovraffollamento carcerario), condividendone la medesima *ratio*: far fronte alla *“straordinaria necessità ed urgenza di adottare misure per ridurre con effetti immediati il sovraffollamento carcerario”* e nell'ottica della *tutela dei diritti delle persone detenute*⁴⁵.

Altra misura individuata e posta ad argine è quella delle licenze premio per i detenuti in regime di semilibertà di cui all'art. 124 del decreto legge, che il testo medesimo definisce *“straordinarie”* nella previsione per cui *“ferme le ulteriori disposizioni di cui all'art. 52 della legge 26 luglio 1975, n. 354, anche in deroga al complessivo limite temporale massimo di cui al comma 1 del medesimo articolo, le licenze concesse al condannato ammesso al regime di semilibertà possono avere durata sino al 30 giugno 2020”*.

L'obiettivo è quello di prolungare la condizione da esterni di coloro che hanno avuto accesso alla semilibertà in fase precedente all'inizio delle restrizioni e che, nella veste ordinaria di cui all'art. 52 o.p., avrebbero potuto godere di una o più licenze di durata non superiore nel complesso a giorni quarantacinque all'anno; nell'intento di evitare rientri *“pericolosi”*, dunque, si concede il potere di estendere il limite delle licenze sia sotto il profilo quantitativo, e quindi ammettendo anche licenze di durata superiori a quarantacinque giorni, sia sotto il profilo temporale, prorogandole sino al 30 giugno 2020.

5. La situazione di emergenza sanitaria COVID-19 ha gravato su un sistema carcerario al collasso da decenni, spingendo le autorità a fare buon governo delle indicazioni e dei suggerimenti, oltre che dei moniti, della Corte EDU e della giurisprudenza costituzionale⁴⁶, traslando nel Decreto Legge del 17.03.2020 gli interventi mirati a sfoltire il numero delle persone all'interno delle strutture penitenziarie.

E' stato, altresì, fatto ricorso al corretto binomio situazione emergenziale – legge emergenziale, normalmente alterato dall'impiego dello strumento legislativo per far fronte a situazioni che, nella realtà, dovrebbero essere gestite secondo procedure ordinarie, e quindi senza l'intervento della decretazione d'urgenza; infatti, mai come adesso, la *“questione carceraria”* si è mostrata più profonda e radicata nonostante i precedenti interventi volti a deflazionare la popolazione carceraria.

Non è necessario l'abuso degli strumenti dell'indulto e dell'amnistia, perché producono un effetto rilevante solo temporaneo e, in certi casi, anche apparente, atteso che si sacrifica l'esigenza

⁴³ Va rilevato che l'esigenza di celerità è soddisfatta per il tramite del richiamo all'art. 69 bis o.p. che disciplina il Procedimento in materia di liberazione anticipata.

⁴⁴ In relazione a questo aspetto G. Murone, Osservazioni a prima lettura in tema di decreto *“cura Italia”* e nuova detenzione domiciliare, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 3, per il quale *“l'espresso richiamo contenuto al comma 5 dell'art. 1 l. n. 199 del 2010, il procedimento applicativo è a contraddittorio differito e segue le forme previste dall'art. 69 bis l. n. 354 del 1975: il magistrato provvede con ordinanza adottata nel termine di cinque giorni in camera di consiglio senza la presenza delle parti, avverso la quale può essere proposto reclamo entro dieci giorni al tribunale di sorveglianza”*.

⁴⁵ In tal senso, Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di cassazione (n. III/01/14) sul d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, rubricato *«Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria»*.

⁴⁶ Corte EDU, 8 gennaio 2013, Torreggiani e Altri c. Italia, ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10; Corte Cost., sentenza del 09 ottobre 2013, n. 279

dell'esecuzione della pena e della relativa funzione rieducativa sull'altare della falsa clemenza, quando in realtà l'unico scopo è solo quello di non incorrere in nuove sanzioni irrogate dalla Corte EDU⁴⁷.

Di ciò ne è da sempre convinta la Corte Costituzionale che, nel sostenere la portata del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, non solo ha ribadito l'esigenza affinché l'ordinamento giuridico si doti di "rimedi di tipo "preventivo" a tutela del detenuto", ma che questi non debbano necessariamente comportare la sospensione dell'esecuzione carceraria; e allo stesso modo, applicando il principio al caso concreto, far estinguere l'esecuzione della pena totale o solo quella principale non risulterebbe essere uno strumento di tipo preventivo del sovraffollamento, bensì un incentivo a non ricorrere alle misure alternative alla detenzione carceraria e un'elusione delle istanze di sicurezza sociale che la comunità reclama.

Questa volta, però, le autorità governative e il legislatore sono stati messi a dura prova da un "nemico invisibile" del quale si conoscono solo alcune misure di prevenzione per fronteggiare gli effetti negativi sulla salute e, talvolta, anche sulla vita dei contagiati; una situazione che sin dall'inizio doveva interrogare sulle possibili conseguenze che si sarebbero potute ripercuotere sul sistema penitenziario, e quindi sui detenuti, sugli agenti di polizia penitenziaria e su tutti coloro che, a vario titolo, vi svolgono attività lavorativa.

Il Governo si è sicuramente mosso nell'ottica di bilanciare due interessi contrapposti, quali la tutela della salute dei detenuti (a fronte di un agente patogeno ad altissima diffusione) e la sicurezza sociale della comunità, scegliendo di estendere la concessione di due opportune misure, e in particolare la detenzione domiciliare "degli ultimi 18", trascurando l'opportunità e l'occasione per un intervento più incisivo teso magari ad ampliare sia il *quantum* di pena richiesto per accedere alla misura sia il novero dei soggetti ammissibili al beneficio.

In quest'ultimo senso, infatti, la dottrina ha rilevato, da un lato, l'irragionevolezza della scelta di mantenere inalterato il termine dei diciotto mesi, quando sarebbe stato opportuno consentire l'abbassamento della soglia di accesso alla misura alternativa, anche alla luce del termine ultimo stabilito per la relativa concessione (il 30 giugno 2020); dall'altro, si è rilevato che, malgrado la preclusione al beneficio posta dal Decreto Legge nei confronti dei detenuti condannati per maltrattamenti in famiglia o per atti persecutori⁴⁸, questa appare comunque irragionevole in assenza di una previsione alternativa che possa mettere il detenuto nella condizione di fornire un domicilio diverso, come se si affermasse una sorta di equiparazione con l'ipotesi di coloro che sono privi di un domicilio effettivo e idoneo.⁴⁹

Inoltre, non appare chiaro se il rinvio generale effettuato dall'art. 123 alla Legge n. 199/2010 riguardi anche la causa ostativa prevista dall'art. 1, comma 8 della stessa legge⁵⁰, ai sensi del quale la misura non

⁴⁷ Il valore di queste indicazioni è stato rafforzato dalla raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa che, come la Corte EDU, ha sollecitato lo Stato italiano a «a ricorrere il più possibile alle misure alternative alla detenzione e a orientare la [...] politica penale verso il minimo ricorso alla carcerazione».

⁴⁸ Giustificata dall'esigenza di impedire che il detenuto per tali fattispecie di reati possa scontare la pena nell'abitazione familiare ove si sono verificati gli abusi.

⁴⁹ E. Dolcini, G.L. Gatta, "carcere, coronavirus, decreto "cura Italia": a mali estremi, timidi rimedi", in www.sitemapenale.it, 20.03.2020. In tal senso anche il Consiglio Superiore della Magistratura, Parere sul Disegno di Legge n. 1766 Atto Senato di conversione in legge del Decreto legge 17 marzo 2020 n. 18 recante "Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19", pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 70 del 17 marzo 2020. (delibera 26 marzo 2020)

⁵⁰ "Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni previste dagli articoli 47-ter, commi 4, 4-bis, 5, 6, 8, 9 e 9-bis, 51-bis, 58 e 58-quater, ad eccezione del comma 7-bis, della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, nonché le relative norme di esecuzione contenute nel regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230. Nei casi previsti dagli articoli 47-ter, commi 4 e 4-bis, e 51-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, tuttavia, il provvedimento è adottato dal magistrato di sorveglianza".

può essere concessa ai soggetti per i quali sia intervenuta la revoca di una misura alternativa o siano evasi, stabilendo all'uopo la durata del diniego⁵¹.

Ciò rischia di generare dei dubbi applicativi, che non finirebbero per gravare sopra la magistratura di sorveglianza; essa, infatti, non solo non potrebbe svolgere una compiuta valutazione richiesta dalla norme in commento, ma si troverebbe a dover giungere ad un risultato che frustri le finalità deflative cui pure la sua azione tende.

Ancora, sgravando l'Amministrazione penitenziaria dall'onere di redigere la relazione sulla personalità del detenuto di norma necessaria per la concessione dell'istituto di cui sopra, avrebbe potuto anche estendere l'ambito di applicazione soggettivo della detenzione domiciliare c.d. ordinaria *ex art. 47 ter o.p.*, magari derogando provvisoriamente alle rigide previsioni per le quali si richiede che il detenuto, *“al momento dell'inizio dell'esecuzione della pena, o dopo l'inizio della stessa, abbia compiuto i settanta anni di età”* o che residui una pena da espiare non superiore a quattro anni in riferimento a determinate categorie di soggetti⁵².

Avrebbe, così, riconosciuto, per un verso, il beneficio anche a detenuti non rientranti nelle categorie escluse ma con una pena detentiva da espiare non superiore a quattro anni⁵³, per altro verso, avrebbe potuto rivedere provvisoriamente anche il comma 1 *bis* dell'art. 47 *ter o.p.*, ammettendo la concessione della detenzione domiciliare ai soggetti con pena detentiva inflitta in misura non superiore a due anni (anche se in parte residua) e a prescindere dal limite dell'età o dalla condizione soggettiva e dando seguito anche alla concessione del beneficio nei confronti dei detenuti pericolosi ma cagionevoli di salute.

E infatti, avrebbe potuto aderire all'orientamento della giurisprudenza di legittimità per il quale *«il giudizio di compatibilità dello stato di salute del detenuto con il regime detentivo deve essere formulato attraverso un bilanciamento delle esigenze terapeutiche con la pericolosità sociale del condannato, che può essere eseguito solo mediante una verifica in concreto delle condizioni applicative della carcerazione patita»*.⁵⁴

Va rilevato, altresì, che la detenzione domiciliare classica non collida né con l'istituto della detenzione domiciliare c.d. “degli ultimi 18 mesi” né con la *ratio* dell'affidamento in prova ai servizi sociali, atteso che la legge sull'ordinamento penitenziario ne ammette il ricorso solo *“quando non ricorrono i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale e sempre che tale misura sia idonea ad evitare il pericolo che il condannato commetta altri reati”*.

In quest'ottica, ossia quella di rendere effettivi gli strumenti già concessi dall'ordinamento giuridico, è stato evidenziato come anche l'istituto dell'affidamento in prova *ex art. 47 o.p.* potrebbe rappresentare altra valvola di sfogo in soccorso alla magistratura di sorveglianza, da un lato, imponendo al detenuto di

⁵¹ Consiglio Superiore della Magistratura, Parere sul Disegno di Legge n. 1766 Atto Senato di conversione in legge del Decreto legge 17 marzo 2020 n. 18 recante “Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19”, cit.

⁵² Art. 47 *ter o.p.*, comma 1: a) donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente; b) padre, esercente la potestà, di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente, quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole; c) persona in condizioni di salute particolarmente gravi, che richiedano costanti contatti con i presidi sanitari territoriali; d) persona di età superiore a sessanta anni, se inabile anche parzialmente; e) persona minore di anni ventuno per comprovate esigenze di salute, di studio, di lavoro e di famiglia.

⁵³ Ma anche con riferimento ai soggetti che affetti da patologie che potrebbero aggravarsi a causa del virus.

⁵⁴ Cass., Sez. I, del 05.02.2020, n. 10057;

fornire il domicilio di riferimento e il rispetto delle prescrizioni impartite, dall'altro, derogando alla predisposizione del programma di trattamento redatto dai servizi sociali⁵⁵.

Infatti, alla luce dell'emergenza sanitaria, torna attuale più che mai il principio di diritto affermato dalla giurisprudenza di legittimità con la pronuncia n. 16541/2018, confermata anche da successive sentenze, nella quale la Corte ha sostenuto che *“lo svolgimento di attività lavorativa, pur rappresentando un mezzo di reinserimento sociale valutabile nel più generale giudizio sulla richiesta di affidamento in prova, non costituisca da solo, qualora mancante, condizione ostativa all'applicabilità di detta misura, trattandosi di parametro apprezzabile unitamente agli altri elementi sottoposti alla valutazione del giudice di merito - inclusi i risultati del trattamento individualizzato - nell'ottica di un conclusivo giudizio prognostico favorevole al reinserimento del condannato nella società”*.

Si potrebbero, a tal fine, considerare e valutare i risultati conseguiti dal detenuto durante tutta la permanenza presso la Casa Circondariale, valorizzando eventuali encomi, premi, giudizi positivi sul comportamento e buona condotta complessiva, adesione al trattamento rieducativo, aderendo se del caso al giudizio prognostico circa la capacità dello stesso di adattarsi al contesto sociale esterno.

6. Altra criticità attiene alla disciplina dello strumento del braccialetto elettronico, per il quale viene indicato il limite di pena edittale per la relativa applicazione (pena non inferiore a sei mesi) senza, però, far fronte alla (accertata) carenza materiale dei dispositivi; problema questo rilevato, in primo luogo, da autorevole dottrina⁵⁶ che ritiene opportuno, al fine di rendere concreto ed effettivo il controllo in questione, di riconoscerne la natura facoltativa in conformità ai canoni già disciplinati dalla legge sull'ordinamento penitenziario.

Infatti, l'obbligatorietà dello strumento elettronico renderebbe evidente la disparità di trattamento tra i detenuti aventi i medesimi requisiti di accesso alla misura alternativa, stante che il braccialetto elettronico potrà essere applicato, secondo una logica progressiva, solo a coloro che rientrano nel numero dei dispositivi acquisiti dall'Amministrazione penitenziaria, escludendo quindi gli altri eventuali beneficiari (classica situazione del *“prior in tempore, potior in iure”*, e quindi avrà il braccialetto elettronico chi ne avrà fatta tempestivamente richiesta).

Ciò appare ancor più in distonia con l'impostazione celere del procedimento di concessione della misura *“a monte”* perché, se da un lato il magistrato di sorveglianza concede la misura senza seguire ulteriori formalità, dall'altro al beneficiario non potrà essere applicato il controllo elettronico per carenza dei dispositivi, e quindi non potrà essere collocato presso il domicilio designato⁵⁷.

Di diverso avviso, invece, l'Ufficio del Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione, per il quale, pur essendo concrete le criticità legate all'impiego del braccialetto elettronico stante il numero esiguo di strumenti a disposizione dell'amministrazione della giustizia e l'imponente numero di detenuti

⁵⁵ Nota del Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione del 01.04.2020, avente ad oggetto il *“pubblico ministero e riduzione della presenza carceraria durante l'emergenza coronavirus”*.

⁵⁶ E. Dolcini, G.L. Gatta, *“carcere, coronavirus, decreto “cura Italia”: a mali estremi, timidi rimedi”*, cit., nel quale gli autori non hanno mancato di rilevare come la previsione del *quantum* di pena per l'applicazione del braccialetto elettronico comporti *“una disparità di trattamento tra soggetti che devono scontare una pena superiore o inferiore a sei mesi: quest'ultimi, per i quali non è previsto il controllo elettronico, potrebbero infatti trovarsi nella fase finale di esecuzione di una pena maggiore entità e verosimilmente porre esigenze di controllo più forti rispetto a chi deve eseguire un residuo superiore a sei mesi”*. A questi si aggiunge anche il CSM con il parere richiamato, nel quale non ha mancato di rilevare l'inidoneità di questa previsione per far fronte alla questione carceraria atteso che *“una parte numericamente non esigua della popolazione detenuta non potrà, infatti, avere accesso alla misura per l'indisponibilità di un effettivo domicilio; per i detenuti che potranno fruirne, l'incisività dell'intervento risulterà invece fortemente depotenziata dalla indisponibilità degli strumenti di controllo elettronici, la cui carenza, non da oggi, costituisce una delle maggiori criticità del nostro sistema”*; si aggiungono anche le criticità legate all'impossibilità di effettuare ulteriori spese, rendendo prevedibile *“che la dotazione degli strumenti elettronici di controllo non potrà, nell'immediato, essere incrementata, il che renderà la misura della ‘detenzione domiciliare in deroga’ del tutto inadeguata a far fronte alle esigenze di contenimento del contagio nelle carceri sovraffollate, esigenze che lo stesso legislatore ha di fatto ritenuto indifferibili”*.

⁵⁷ In tal senso, G. Murone, Osservazioni a prima lettura in tema di decreto *“cura Italia”* e nuova detenzione domiciliare, cit.

che dovrebbero usufruirne, è da ritenere auspicabile concedere ugualmente la misura alternativa, sempre previo consenso del detenuto, eseguendo i controlli ordinari almeno fino a quando “non dovesse essere possibile applicare il dispositivo di controllo”⁵⁸.

Ancora, emerge come non siano state fornite indicazioni circa la procedura da seguire nell'ipotesi in cui il detenuto non presti il consenso al controllo elettronico o da remoto, lasciando aperta la porta di un intervento discrezionale dell'autorità giudiziaria di sorveglianza.

7. In tale contesto, giova rilevare il fondamentale il ruolo svolto dall'ufficio del pubblico ministero nell'ambito della crisi che, con nota recente del Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione, è stato individuato come uno dei protagonisti che, in collaborazione con la magistratura di sorveglianza, può «ridurre la presenza in carcere a causa della sottoposizione a misure cautelari o a pene detentive, allo scopo di contribuire alla miglior prevenzione del rischio di contagio da coronavirus durante la fase emergenziale»⁵⁹.

Infatti, nel medesimo atto si sottolinea l'affermazione, a fronte dell'incompletezza degli strumenti emergenziali forniti agli organi giudiziari, della necessità di dare massima espansione applicativa agli istituti che il codice di rito consegna al pubblico ministero per far fronte alle condizioni di sovraffollamento carcerario, fornendo le direttive da seguire nell'applicazione della misura cautelare, e quindi anche in materia di misure precautelari (con particolare riferimento al fermo di indiziato di delitto e all'arresto in flagranza) e in relazione alla fase della richiesta, revoca o attenuazione di misure cautelari; anche con riferimento alla fase dell'esecuzione delle misure cautelari vengono fornite ulteriori linee guida tese a rendere effettiva la sospensione dell'ordine di esecuzione.

D'altra parte, viene indicata una figura di pubblico ministero parallela a quella che la fase dell'esecuzione è abituata a contemplare⁶⁰; invero, l'articolo 123, nella parte in cui recita che “*su istanza [...] presso l'abitazione del condannato o in altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza*”, non indica il soggetto legittimato a richiedere la nuova misura alternativa, riconoscendo pertanto implicitamente tale potere d'impulso del pubblico ministero⁶¹.

8. Dall'esposizione è evidente, pertanto, che la formulazione delle disposizioni contenute nel Decreto Legge risultano incomplete o comunque sganciate dalla lettura complessiva del sistema e non adatte al contesto reale dell'emergenza, atteso che avrebbe potuto seriamente incidere sulla situazione carceraria con provvedimenti, oltre che immediati, ma che tenessero conto dell'esigenze di tutti coloro che stanno e che accedono alle strutture penitenziarie⁶².

⁵⁸ In particolare, a monte di tale conclusione vi sta la considerazione per la quale dovrebbe riconoscersi pacifico l'accesso all'articolo 58 *quinquies* della legge sull'ordinamento penitenziario per il quale, pur riguardando detenuti che devono scontare una pena superiore a diciotto mesi, presuppone “una valutazione di idoneità del beneficio della detenzione domiciliare ex art. 47 ter, comma 1 bis legge ordinamento penitenziario, in relazione al rischio di reiterazione di analoghe condotte criminose”.

⁵⁹ Nota del Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione del 01.04.2020, cit.

⁶⁰ Si allude alla figura del pubblico ministero che, in fase di esecuzione della pena, non è ammessa a chiedere la concessione di misure alternative alla detenzione in ambito penitenziario, stante la richiesta personale del detenuto interessato.

⁶¹ Nota del Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione del 01.04.2020 cit., p. 13, nella quale l'Ufficio non ha mancato di rilevare che, data l'eccezionalità della norma, il legislatore abbia voluto concedere al pubblico ministero tale potere in forza dello “scopo di tutelare la salute del singolo e della comunità carceraria”, così come sembrerebbe essere avvenuto in relazione anche alla figura del direttore dell'istituto penitenziario.

⁶² Una fra tutte quella rilevata con il Parere sul Disegno di Legge n. 1766 Atto Senato di conversione in legge del Decreto legge 17 marzo 2020 n. 18 recante “Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19”, cit., nel quale si sottolinea che “*fronte delle diverse connotazioni che presentano l'istituto della detenzione domiciliare 'in deroga' di cui all'art. 123 e quello 'tradizionale' di cui alla L. n. 199/2010, si è già posta la questione della coesistenza o meno, nel periodo compreso tra l'entrata in vigore del D.L. n. 18/20 e il 30 giugno*

E infatti, non può trascurarsi che sarebbe stato importante anche gettare uno sguardo alla procedura degli ordini di esecuzione, atteso che l'attività di concessione delle misure alternative, e quindi l'uscita dalle carceri, potrebbe essere rallentata e intralciata dalla contestuale attività di carcerazione.

Si sarebbe potuto, dunque, fare ricorso in via provvisoria alle c.d. *liste d'attesa*, con le quali l'ordine di esecuzione della pena carceraria, emanato dal pubblico ministero, viene convertito *“in obbligo di permanenza presso il domicilio (o altro luogo indicato dal condannato) con relative eventuali prescrizioni stabilite dal giudice dell'esecuzione”*, *“allorché sia prevedibile che nello specifico istituto la pena si svolgerà in condizioni contrarie al senso di umanità”*⁶³, escludendo all'uopo l'impiego di dispositivi elettronici di controllo non a disposizione dell'Amministrazione penitenziaria⁶⁴.

Sarebbe stato opportuno prevedere strumenti d'azione successivi nell'ipotesi in cui, all'interno di una struttura penitenziaria, si fossero già verificati dei casi di contagio; in particolare, il legislatore avrebbe potuto approntare a tal fine l'istituto della detenzione domiciliare classica a favore dei detenuti che siano entrati in contatto con il compagno ammalato e che siano risultati positivi o che si presume che lo siano⁶⁵.

E' vero che spetta all'Amministrazione Penitenziaria fornire gli strumenti idonei per mantenere basso il numero degli eventuali contagi e favorire la sottoposizione a quarantena ed isolamento degli ammalati, ma d'altra parte è anche vero che le strutture talvolta non lo permettono, esponendo così a rischio la loro salute, quella degli altri detenuti non ancora contagiati e quella degli operatori penitenziari⁶⁶.

Ancora, secondo alcuni autori, il legislatore dovrebbe rivisitare la propria scelta per optare per l'istituto della liberazione anticipata speciale che, con l'innalzamento dei giorni di detrazione per ogni semestre, (avrebbe permesso e) permetterebbe di mantenere il più possibile fuori dalle mura carcerarie coloro che già ne usufruiscono o che ne potrebbero usufruire⁶⁷.

2020, delle due diverse misure. Anche in questo caso sarebbe opportuno che il legislatore fornisse, sul punto, indicazioni più puntuali perché le opposte soluzioni interpretative potrebbero determinare disomogeneità di trattamento nella delicata materia dell'esecuzione penale”.

⁶³ In tal senso, M. Ruotolo, *“Non solo amnistia e indulto”*, in www.dirittopenitenziarioecostituzione.it, che mette in evidenza come questo sistema troverebbe applicazione solo in via residuale, e quindi in situazioni di emergenza, e in ipotesi delittuose non gravi, ritenendo pertanto non applicabile ai delitti contro la persona o ai reati ostativi. Inoltre, questa soluzione viene anche valorizzata dall'Associazione Antigone che, nell'ambito delle proprie proposte, ritiene che la magistratura di sorveglianza debba poter trasformare, *“salvo motivati casi eccezionali, i provvedimenti di esecuzione delle sentenze emesse nei confronti di persone che si trovano a piede libero in provvedimenti di detenzione domiciliare”*. Anche se deve rilevarsi la circostanza che nella nota del Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione del 01.04.2020, avente ad oggetto il *“pubblico ministero e riduzione della presenza carceraria durante l'emergenza coronavirus”* si fa riferimento alla possibilità di sospendere o postergare l'esecuzione delle misure cautelari già predisposte.

⁶⁴ Risolvendo a monte le disparità di trattamento tra i beneficiari, così come rilevato da G. Murone, Osservazioni a prima lettura in tema di decreto *“cura Italia”* e nuova detenzione domiciliare, cit., per il quale sarebbe opportuno snellire il procedimento partire *“dall'obbligatorio riferimento a procedure di controllo pressoché introvabili sul mercato e a priori controllabili nel numero mediante lo strumento del richiamato provvedimento periodico ex art. 1, comma 5, d.l. n. 18 del 2020, con inevitabili conseguenze in punto di possibili, irragionevoli, discriminazioni”*.

⁶⁵ E' evidente che questa conclusione potrebbe essere smentita allorché gli istituti penitenziari fossero nelle condizioni di adottare misure idonee di distanziamento sociale ed isolamento, cui sottoporre il detenuto infetto o entrato in contatto con il compagno di cella ammalato.

⁶⁶ Avrebbe potuto farsi riferimento alla massima giurisprudenziale per la quale, *“in ossequio ai principi affermati dagli artt. 27 e 32 Cost., la valutazione sull'incompatibilità tra il regime carcerario e lo stato di salute del recluso ovvero sulla possibilità che il mantenimento della detenzione di una persona ammalata costituisca un trattamento inumano o degradante deve essere effettuata comparativamente, tenendo conto delle condizioni nosografiche e di detenzione del condannato; verifica clinica, questa, che comporta un giudizio non soltanto di astratta idoneità dei presidi sanitari posti a disposizione del detenuto all'interno del circuito penitenziario, ma anche di adeguatezza del trattamento terapeutico, che, nella situazione concreta, è possibile assicurare al carcerato, tenuto conto delle patologie, fisiche o psichiche, che lo affliggono”*.

⁶⁷ E. Dolcini, G.L. Gatta, *“carcere, coronavirus, decreto “cura Italia”: a mali estremi, timidi rimedi”*, cit.

E' evidente, dunque, che la magistratura di sorveglianza è e sarà gravata dell'arduo compito di approntare le soluzioni adeguate per bilanciare la sicurezza collettiva con il diritto alla salute dei detenuti e di tutti gli operatori penitenziari, valorizzando gli strumenti che l'ordinamento ad essa consegna.

Il COVID-19 ha colto impreparato il nostro ordinamento giuridico sotto diversi punti di vista e ha messo in crisi per l'ennesima volta la concezione c.d. "carcerocentrica"⁶⁸, tale da scuotere le autorità ad affrontare la questione solo dopo le proteste e le rivolte, in alcuni casi violente, avviate dai detenuti nelle quarantanove carceri italiane, intervenendo sotto la spinta emotiva della morte dei tredici detenuti e sol quando vengono riscontrati il primo detenuto morto a causa del virus, trentasette altri soggetti positivi all'infezione in diverse carceri e centosessantatre unità ammalate, di cui solo centocinquantotto agenti della Polizia Penitenziaria (dati in continua evoluzione)⁶⁹.

⁶⁸ Per un approfondimento della tematica, C. Perini, *Prospettive attuali dell'alternativa al carcere tra emergenza e rieducazione*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2017.

⁶⁹ Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, comunicazione del 07.04.2020.