



Diritto dell'emergenza Covid-19 e recovery fund

Emergenza sanitaria e differimento pena nelle forme della detenzione domiciliare: il fardello della M. di sorveglianza. Note a Trib.Sorv.Milano, 31.3.20.

di [Fabio Gianfilippi](#)

11 aprile 2020

Emergenza sanitaria e differimento pena nelle forme della detenzione domiciliare: il fardello della M. di sorveglianza. Note a Trib. Sorv. Milano, 31.3.20.

di Fabio Gianfilippi

Sommario: 1. L'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Milano. 2. L'accertamento in concreto della sussistenza delle condizioni che legittimano il differimento della pena. 3. Alcuni documenti in materia di detenuti in condizioni di fragilità di fronte all'emergenza 4. Il differimento della pena per condizioni di salute che espongono a particolari rischi in caso di contagio

1. L'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Milano

Il Tribunale di sorveglianza meneghino ha concesso ad una persona condannata che espiava la sua pena presso la Casa Circondariale di Voghera di terminare una pena residua di circa otto mesi presso il suo domicilio, ritenendo che la stessa si trovasse in condizioni di grave infermità

fisica tali da giustificarlo.

Non conosciamo l'esatta età dell'interessato, ma dalle motivazioni della pronuncia si comprende che questo parametro abbia avuto un peculiare rilievo. Sappiamo però che si tratta di persona affetta da pluripatologie croniche (diabete mellito tipo II, dislipidemia, difficoltà respiratorie e diabete), che evidentemente sono state gestite nel contesto penitenziario sino all'attualità e che, però, ad avviso dell'autorità giudiziaria, oggi non possono che essere lette in relazione al sopravvenuto rischio di contagio da COVID-19.

Il provvedimento del Tribunale di sorveglianza interviene dopo un rigetto provvisorio, emesso ai sensi dell'art. 684 cod. proc. pen., da parte del magistrato di sorveglianza competente in relazione al luogo di detenzione dell'interessato, che aveva escluso la sussistenza di un grave pregiudizio derivante al detenuto dal protrarsi dello stato detentivo, poiché riteneva che l'ambiente carcerario non incrementasse il rischio di contrasse il virus. Questa affermazione viene ribaltata nell'ordinanza milanese che, invece, considera il contesto carcerario come capace di sottoporre ad un più elevato rischio chi vi sia ristretto, per l'impossibilità di disporre un isolamento preventivo e ridurre, in tal modo, la diffusione del COVID-19.

La misura concessa è dunque di differimento della pena nelle forme della detenzione domiciliare ex art. 47- *ter* comma 1-*ter* ord. penit. L'interessato è infatti condannato per gravi fattispecie di reato, seppur commesse alcuni anni or sono, e tutte rientranti nell'elenco del comma 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit., e si appalesa quindi necessario un contenimento che, in presenza di un domicilio idoneo, consente di operare un bilanciamento tra tutela della salute ed esigenze di sicurezza della collettività, favorevole all'istanza dell'interessato.

La decisione qui richiamata si segnala, oltre che per la novità e l'importanza del tema affrontato, per la peculiare celerità con cui si è potuti giungere alla trattazione del procedimento dinanzi al Tribunale di sorveglianza. In senso conforme, comunque, pur con pluralità di accenti, si muovono già varie altre decisioni di merito emesse ai sensi dell'art. 684 cod. proc. pen. (vd. ad esempio, tra le altre, ancora inedite, le ordinanze magistrato di sorveglianza Livorno 19 marzo 2020, magistrato di sorveglianza Siena 19 marzo 2020 e 27 marzo 2020, magistrato di sorveglianza Sassari 1 aprile 2020 ed ancora del magistrato di sorveglianza Salerno).

2. L'accertamento in concreto della sussistenza delle condizioni che legittimano il differimento della pena

Senza alcuna pretesa di esaustività, a fronte degli obiettivi minimi del presente contributo, sembra utile ricordare che gli strumenti offerti dagli art. 146 (rinvio obbligatorio) e 147 (rinvio facoltativo) cod. pen. rappresentano una fondamentale valvola attraverso la quale, di fronte a condizioni di salute, per quanto qui interessa, di particolare gravità, il principio generale secondo cui le pene comminate debbono essere eseguite trova un suo limite proprio nella tutela del diritto fondamentale, di valenza costituzionale, della salute.

Nell'art. 146 comma 1 n. 3 sono contemplate condizioni di salute che risultano incompatibili con lo stato di detenzione o perché la persona si trovi in uno stadio della malattia tale da non rispondere più alle cure oppure in specifiche ipotesi di grave deficienza immunitaria o di AIDS conclamato. La S.C. ha a tal proposito rilevato che l'istituto in questione è posto "a tutela dei beni primari della persona, quali il diritto alla salute, il diritto alla vita, il divieto di sottoposizione a trattamenti contrari al senso di umanità", a prescindere dal dato concernente la pericolosità sociale della persona (cfr. Cass. 28 novembre 2017, n. 990).

Si è a tal proposito affermato pure che, affinché "la pena non si risolva in un trattamento degradante e contrario al senso di umanità, lo stato di salute non compatibile con il regime carcerario, tale da giustificare il differimento dell'esecuzione della pena, non deve essere limitato alla presenza di una patologia implicante un pericolo per la vita del detenuto, dovendosi tenere in considerazione, alla luce dei principi di cui agli artt. 3 CEDU e 27 comma 3 Cost., ogni stato morbos o scadimento fisico che possa determinare un'esistenza al di sotto della soglia del necessario rispetto della dignità umana, che deve essere assicurato anche nella condizione di restrizione carceraria" (cfr. Cass. 22.03.2017, n. 27766).

Nell'art. 147 comma 1 n. 2 si parla invece più ampiamente di condizioni di grave infermità fisica e, in tale ultimo caso, occorre che il Tribunale di sorveglianza accerti l'assenza di un concreto pericolo di commissione di delitti ove si provveda al differimento.

L'ordinamento penitenziario offre, per altro, l'efficace soluzione, nell'ipotesi in cui l'autorità giudiziaria si convinca della necessità del rinvio dell'esecuzione della pena, di prevedere la possibilità che la stessa venga intanto eseguita nelle forme della detenzione domiciliare ex art. 47-ter comma 1-ter ord. penit. (in seguito alla sentenza Corte Cost. 19 aprile 2019, n. 99 anche in ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta), come ulteriore mezzo per consentire un contenimento adeguato dell'eventuale pericolosità sociale residua in capo al destinatario della misura che, comunque, è disposta a tempo e consente una rivalutazione della persistenza dei presupposti in un periodo determinato dall'autorità giudiziaria.

La giurisprudenza di legittimità ha partitamente affrontato le molte questioni complesse sottese alle valutazioni della magistratura di sorveglianza sul punto. Si è precisato, anche da ultimo, come il Tribunale di sorveglianza debba accertare adeguatamente il reale stato patologico del detenuto, per verificare se lo stato di detenzione comporti una sofferenza ed un'afflizione di tale intensità da eccedere il livello che inevitabilmente deriva dalla legittima esecuzione della pena (cfr. Cass. 13 novembre 2018 n. 1033/2019) e come ai fini dell'accoglimento di un'istanza di differimento facoltativo dell'esecuzione della pena detentiva per gravi motivi di salute, non sia necessario verificare che sussista un'incompatibilità assoluta tra la patologia e lo stato di detenzione, ma occorra che l'infermità o la malattia siano tali da comportare un serio pericolo di vita, o da non poter assicurare la prestazione di adeguate cure mediche in ambito carcerario, o, ancora, da causare al detenuto sofferenze aggiuntive ed eccessive, in spregio del diritto alla salute e del senso di umanità al quale deve essere improntato il trattamento penitenziario (cfr. Cass. 17 maggio 2019 n. 27352).

La giurisprudenza si affida dunque ad una valutazione individualizzata da parte della magistratura di sorveglianza, chiamata a verificare, mediante una istruttoria completa, da quali patologie il condannato sia affetto, di quali cure abbia bisogno, in quali condizioni concrete stia vivendo la propria carcerazione e quale sia l'offerta sanitaria e più in generale di trattamento che l'istituto penitenziario può assicurargli. E' necessario, d'altra parte, acquisire elementi utili a definire il profilo di pericolosità sociale attuale del condannato, per poter operare in concreto il bilanciamento richiesto dalla disposizione normativa tra le esigenze di tutela della salute e quelle di sicurezza della collettività.

3. Alcuni documenti in materia di detenuti in condizioni di fragilità di fronte all'emergenza

Il 15 marzo l'Organizzazione mondiale della sanità ha elaborato un documento volto a fornire elementi utili a impostare strategie di prevenzione e controllo del COVID-19 nel contesto carcerario.

Nelle premesse si legge come le persone private della propria libertà, come quelle in carcere ed altri luoghi di detenzione, siano più vulnerabili al contagio da COVID-19 rispetto alla popolazione libera, proprio a causa delle condizioni di confinamento in cui vivono insieme ad altri per lunghi periodi di tempo. L'Oms aggiunge che l'esperienza mostra che le prigioni e i contesti simili, dove

le persone sono costrette a vivere le une strette alle altre agiscono come una fonte di amplificazione del contagio, sia dentro che fuori da quei luoghi, tanto che la salute della prigione deve necessariamente considerarsi come un fatto di sanità pubblica. A questo scopo individua importanti azioni di contenimento, che passano evidentemente innanzitutto attraverso una capillare fornitura di presidi preventivi e che in tanto sono efficaci, in quanto possa garantirsi adeguata distanza tra le persone detenute.

Il 20 marzo scorso il Comitato per la prevenzione della tortura e dei trattamenti e pene inumani o degradanti del Consiglio d'Europa ha offerto all'attenzione di "tutte le autorità responsabili delle persone private della libertà nell'area del Consiglio d'Europa" un documento di "Principi relativi al trattamento delle persone private della libertà personale nell'ambito della pandemia di coronavirus COVID-19".

In questo contesto è chiaramente enunciato all'art. 1 il principio per il quale deve essere intrapresa ogni azione possibile per proteggere la salute e la sicurezza di tutte le persone private della propria libertà, anche quale strumento per preservare al meglio la salute e la sicurezza di chi lavora in carcere. Si chiede che vengano rispettate le linee guida dell'Organizzazione mondiale della sanità in tutti i luoghi di privazione della libertà personale, potenziando il personale, informandolo correttamente in ordine ai corretti comportamenti da tenere e fornendo i presidi adeguati.

Insieme ad altre importanti affermazioni, ad esempio concernenti la necessità che ogni restrizione al trattamento, pur dipesa dall'esigenza di evitare il contagio, debba avere una base legale ed essere necessaria e proporzionata allo scopo, si afferma che le autorità competenti devono porre in essere tutti gli sforzi per valorizzare le alternative al carcere, in ogni fase del processo come in fase di esecuzione penale. Deve, ancora, essere prestata speciale attenzione ai bisogni specifici delle persone detenute appartenenti a gruppi vulnerabili o maggiormente a rischio, come le persone più anziane e quelle già affette da patologie preesistenti.

Nel contesto nazionale, mentre l'Istituto Superiore di Sanità aggiorna da tempo le drammatiche statistiche sulla letalità del contagio per le persone più anziane e per quelle affette da particolari patologie (cardiopatia ischemica, fibrillazione atriale, ipertensione arteriosa, diabete mellito, insufficienza renale cronica, broncopneumopatie ostruttive), la Direzione Generale Detenuti e trattamento del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria ha diramato il 23 marzo scorso una nota con la quale dispone che le Direzioni degli istituti penitenziari segnalino alle autorità giudiziarie competenti "con solerzia", per le determinazioni che le stesse intenderanno assumere, i nominativi dei detenuti che si trovino in condizioni di salute alle quali è possibile

riconnettere “un elevato rischio di complicità” nel caso malaugurato di contagio da COVID-19.

Nell'elenco che segue, al fianco delle persone età superiore ai settanta anni, figurano appunto malattie croniche come quelle dell'apparato respiratorio quando necessitino continui contatti con le strutture sanitarie esterne, malattie dell'apparato cardio-circolatorio, diabete mellito scompensato, immunosoppressione indotta dai farmaci, malattia da HIC (con CD4 inferiori ai 200 cell/mm³), malattie degli organi emopoietici ed emoglobinopatie, neoplasie attive o in follow up, malattie congenite o acquisite che comportino carente produzione di anticorpi.

Si tratta di un elenco di patologie di peculiare gravità, di per sé già idonee nella gran parte dei casi ad integrare condizioni valutabili ai sensi dell'art. 147 cod. pen., che opportunamente vengono portate all'attenzione dell'autorità giudiziaria anche a prescindere da una istanza di parte.

Iniziative simili, per altro, erano state già intraprese da alcuni Tribunali di sorveglianza (vd. nota Tribunale di sorveglianza di Firenze in data 13 marzo 2020), con richiesta di fornire i nominativi dei detenuti più anziani o comunque affetti da patologie che, pur di per sé non incompatibili con il regime carcerario, ponessero il condannato in condizioni di particolare rischio in caso di contagio da COVID-19.

4. Il differimento della pena per condizioni di salute che espongono a particolari rischi in caso di contagio

Lo statuto costituzionale, e convenzionale, del diritto alla salute, anche delle persone detenute, con i suoi importanti riflessi sulla dignità stessa dell'esecuzione penale, impone sempre al sistema penitenziario una particolare attenzione che, tuttavia, incontra nella drammatica realtà del sovraffollamento e nella strutturale carenza di risorse, nonché nei difetti comunicativi che a volte accompagnano il riparto di competenze in materia tra l'amministrazione penitenziaria e la sanità regionale, costanti ostacoli alla piena realizzazione della sua tutela.

Gli strumenti normativi messi in campo, anche all'esito della stagione degli Stati Generali, e i protocolli varati in molte regioni, hanno in tal senso consentito di raggiungere ordinariamente migliori risultati e tuttavia è ancora lungo il percorso da compiere prima di poterci dire lontani da quelle lacune che già in passato ci hanno posto, anche per questo profilo, all'attenzione della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

L'emergenza epidemiologica introduce un elemento di drammatica novità che si cumula alle problematiche che, a macchia di leopardo, coinvolgono la speditezza, l'adeguatezza e la continuità delle cure fornite alle persone detenute. Negli istituti penitenziari si fa ancor più difficile l'accesso di specialisti, così come, per altro similmente al resto della popolazione, soltanto nei casi di assoluta gravità si può far ricorso al ricovero in luogo esterno di cura ex art. 11 ord. penit, con dilazioni di numerosi interventi chirurgici e accertamenti diagnostici già da lungo tempo calendarizzati, dopo liste di attesa significative. Gli psicologi e gli psichiatri (questi ultimi salvo, verosimilmente, situazioni di speciale acuzie) restano fuori dalle mura, per preservare, per quanto possibile, i detenuti dai contatti con l'esterno, in sé forieri di maggior rischio di contagio.

Ciò conduce a un senso di precarietà, se non di abbandono, che è normalmente raccontato dai detenuti nel corso dei colloqui con il magistrato di sorveglianza e che è, per quanto per loro possibile, attenuato soltanto dagli oberati presidi sanitari interni e dalla vicinanza umana che la Polizia Penitenziaria, ormai sola in assenza degli ingressi di volontari e altri operatori, in tante singole situazioni sta mostrando.

La valutazione ai sensi degli art. 146 e 147 cod. pen. di un eventuale differimento della pena è, per come si è visto, sempre necessariamente individualizzata e deve poggiare su una verifica in concreto delle condizioni di salute della persona e delle sue possibilità di presa in carico e di cura nel contesto penitenziario. Ai tempi del COVID-19, dunque, occorre che le aree sanitarie forniscano relazioni sanitarie il più possibili esaustive, che evidenzino il quadro patologico attuale della persona ed anche i rischi che la stessa corre in caso di contagio. Come si è accennato, esistono studi significativi in grado di individuare alcune fasce di maggior rischio, specialmente quando si sommino comorbidità e si sia in presenza di persone di età più avanzata.

Appare necessario che questi elementi siano valutati proprio quando il virus non sembra ancora essersi affacciato all'interno dell'istituto penitenziario, in un quadro preventivo auspicato dalle fonti sovranazionali, e possano essere valorizzati unitamente alle maggiori difficoltà che nella situazione attuale la persona detenuta incontra rispetto alla presa in carico delle sue patologie, nonché alle condizioni detentive che deve affrontare ed alla possibilità di rispettare le prescrizioni igieniche, prima tra tutte il distanziamento sociale, che l'OMS considera essenziali. In questa chiave si fa particolarmente critica la condizione dei ristretti in stanze multiple, nelle quali gli esigui spazi siano condivisi con più compagni di cella, con un solo bagno in comune, con locali docce frequentati dal resto della popolazione ristretta in sezione, e con spazi per mangiare angusti e tali da impedire qualunque forma di sanificazione giornaliera, invece possibile (ed

attuata da ciascun cittadino in questo eccezionale periodo) all'interno della propria abitazione.

Sussiste, infine, la necessità di tener conto di come tali condizioni patologiche incidano già in tempi ordinari sull'afflizione naturalmente connessa allo stato detentivo, e non può non rilevarsi come il timore fondato almeno a leggere le affermazioni contenute nei documenti provenienti dagli organismi sovranazionali cui si è fatto cenno, di non poter mettere in atto il distanziamento sociale necessario, possa aggravare la sofferenza psichica di chi già patisca la restrizione carceraria da persona particolarmente anziana o gravata di patologie croniche significative. Si affaccia, su questo versante, il tema di una detenzione che, in particolari condizioni, in questo momento, possa divenire contraria al senso di umanità.

Deve rilevarsi, tuttavia, che una pronuncia positiva dovrà, per come già ricordato, prevedere una congrua motivazione, nelle ipotesi di cui all'art. 147 cod. pen., circa l'insussistenza di un pericolo di recidiva nel delitto, o circa l'adeguatezza della misura della detenzione domiciliare a contenere l'eventuale pericolosità sociale residua della persona.

L'eventuale provvedimento assunto potrebbe, soprattutto se emesso in via provvisoria ex art. 684 cod. proc. pen., essere disposto per il tempo dell'emergenza sanitaria e sino ad una valutazione completa del Tribunale di sorveglianza, che potrà verificare, all'esito di questo periodo straordinario, se le condizioni dell'interessato consentano la ripresa della detenzione in carcere.

Ove la valutazione dovesse essere invece negativa, tuttavia, la magistratura di sorveglianza ben potrà impartire disposizioni (art. 69 comma 5 ord. penit.) volte a salvaguardare al meglio la salute della persona in condizioni di particolare fragilità e, al tempo del COVID-19, ciò significa anche immaginarne una collocazione in stanza singola e con la fornitura di adeguati presidi di prevenzione.

Resta il tema, che apre scenari ulteriormente drammatici, di chi, pur non presentando una peculiare pericolosità sociale, e versando in condizioni di speciale fragilità, non possa accedere ad una misura come la detenzione domiciliare ex art. 47-ter 1-ter ord. penit., per mancanza di un domicilio idoneo.

Si tratta di una peculiare difficoltà, che per altro si scontra con la rarefazione significativa nella fase emergenziale che attraversiamo di tutti i servizi istituzionali eventualmente preposti a supportare chi si trovi in condizioni di disagio sociale più acuto. Tuttavia, l'esperienza di queste settimane consente anche di affermare che una sinergia di sforzi tra tutti gli operatori penitenziari (Direzioni, aree sanitarie, aree giuridico- pedagogiche e polizia penitenziaria,

impegnata quest'ultima a far fronte all'organizzazione interna e al ritirarsi di tutti gli altri supporti dall'esterno), gli uffici di esecuzione penale esterna, la magistratura di sorveglianza, la rete costituita dal Garante nazionale e dai Garanti territoriali e gli enti locali può favorire il reperimento di soluzioni concrete e contribuire a consentire all'autorità giudiziaria decisioni prudenti e informate, ispirate ai principi costituzionali e convenzionali, e perciò anche idonee, come affermato dall'Oms, mentre si tutela la salute delle persone detenute, a tutelare la salute e la sicurezza della collettività.
