

## Umanità della pena, diritto alla salute ed esigenze di sicurezza sociale: l'ordinamento penitenziario a prova di (contro)riforma.

di **Veronica Manca**

*“La dignità umana,  
in quanto premessa dei diritti fondamentali,  
non è un diritto fondamentale a sé stante,  
ma sintesi di tutti i principi  
e diritti fondamentali costituzionalmente tutelati.  
Essa non è bilanciabile,  
in quanto è essa stessa la bilancia  
sulla quale disporre i beni costituzionalmente tutelati,  
che subiscono compressioni, e corrispondenti aumenti,  
entro i limiti di tutela della dignità,  
che nasce piena in ogni individuo  
e non si acquista per meriti  
e non si perde per demeriti”<sup>1</sup>.*

**Sommario.** 1. Premessa e nota di metodo. – 2. Analisi della casistica. – 3. Il differimento pena: il concetto di “grave infermità fisica”. – 3.1. Dalla Costrizione agli *standard* europei dei diritti fondamentali dei detenuti. – 3.2. (Segue) I recenti orientamenti della Cassazione e la giurisprudenza di merito. – 3.3. La detenzione c.d. in “deroga”. – 3.4. L'applicazione provvisoria: “il grave pregiudizio”. – 3.5. Le altre misure extramurarie. – 4. Rimedi ex art. 39 Reg. Corte EDU, *class actions* e qlc su art. 147 c.p.? – 5. Suggestioni in chiave di (contro)riforma.

### 1. Premessa e nota di metodo.

I recenti provvedimenti della magistratura di sorveglianza a favore di alcuni detenuti c.d. “ostativi” hanno generato un clamore mediatico eccessivo, dato che si tratta pur sempre di decisioni giurisdizionali su casi concreti, che non possono trovare generalizzazioni né strumentalizzazioni politiche<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> V. SILVESTRI, *L'individuazione dei diritti della persona*, in *Dir. pen. cont.*, 27.10.2018.

<sup>2</sup> Il riferimento va al decreto legge del 30 aprile 2020, n. 28, dal titolo “[Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19](#)”, pubblicata in questa *Rivista*.

Ad ogni modo, tenuto conto della complessità delle questioni sottese, risulta quanto mai opportuno continuare ad occuparsi del tema, perché si è comunque in piena emergenza sanitaria da *Covid-19*, anche in carcere. In questa *Rivista*, si sono già forniti numerosi precedenti di merito, che hanno evidenziato alcuni orientamenti della magistratura di sorveglianza degni di nota<sup>3</sup>. L'obiettivo è quello di disvelare il maggior numero di informazioni possibili, a servizio della conoscenza, partendo direttamente dalla fonte, resa accessibile e pubblica. Solo con un coordinamento di tutti i professionisti e con la massima condivisione della casistica (e dei principi di diritto in essa espressi) è possibile infatti sviluppare un ragionamento d'insieme, ad ampio raggio, sulle criticità del sistema penitenziario. Allo stesso tempo, inoltre, l'analisi delle argomentazioni contenute nelle ordinanze consente di verificare le potenzialità applicative dei singoli istituti normativi, già esistenti.

## 2. Analisi della casistica.

Già in precedenza, si è tentato di offrire un primo quadro ricognitivo sulla giurisprudenza di merito in materia di misure alternative per motivi di salute<sup>4</sup>. Si è individuata da subito una prima grande suddivisione tra pronunce applicative di disposizioni esistenti, interpretate, anche in chiave evolutiva rispetto all'emergenza sanitaria<sup>5</sup>, e decisioni sulla nuova versione dell'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive brevi di cui all'art. 1 della legge n. 199/2010, ex art. 123 del decreto legge del 17 aprile 2020, n. 18<sup>6</sup>.

Di rilievo sono ancor di più le pronunce collocate all'interno della prima macro-area, perché, in tali circostanze, la giurisprudenza di merito ha saputo

---

<sup>3</sup> V. MANCA, [Ostatività, emergenza sanitaria e Covid-19: le prime applicazioni pratiche](#), in questa *Rivista*; STAMPANONI BASSI, [Il differimento dell'esecuzione della pena nei confronti di Pasquale Zagaria: spunti in tema di bilanciamento tra diritto alla salute del detenuto \(anche se dotato di "caratura criminale"\) e interesse pubblico alla sicurezza sociale](#), in questa *Rivista*.

<sup>4</sup> V. MANCA, [Ostatività, emergenza sanitaria e Covid-19: le prime applicazioni pratiche](#), cit.; ID., *Esecuzione della pena ed emergenza Covid-19: le prime ordinanze dei Tribunali di sorveglianza*, in *Quotidiano Giuridico*, 09.04.2020.

<sup>5</sup> V, sul punto, MANCA, [Ostatività, emergenza sanitaria e Covid-19: le prime applicazioni pratiche](#), cit.; in senso analogo, anche, DELLA BELLA *La magistratura di sorveglianza di fronte al COVID: una rassegna dei provvedimenti adottati per la gestione dell'emergenza sanitaria*, in *Sistema penale*, 29.04.2020; MINNELLA, *Coronavirus ed emergenza carceri*, in *Diritto penale e Uomo*, 4, 2020.

<sup>6</sup> V, sul punto, i provvedimenti allegati a: [Svuotare il carcere in fretta, prevenire è necessario. Il comunicato della Commissione Carcere della Camera Penale Veneziana](#), in questa *Rivista*. All'interno di queste due macro-aree non sono mancate, tuttavia, come è fisiologico che sia, ordinanze di rigetto: interessanti sono state le argomentazioni sviluppate dalla magistratura, che, a fronte del caso concreto, hanno ritenuto praticabili, in via primaria, altre soluzioni intramurarie (come, ad es. l'isolamento sanitario), non essendo, in particolar modo, ancora attuale il "grave pregiudizio" di contagio per il singolo detenuto: v., quelle in questa *Rivista*: Uff. Sorv. Verona, 22.04.2020; Uff. Sorv. Palermo, 08.04.2020; Uff. Sorv. Milano, 10.03.2020.

declinare i presupposti applicativi delle misure alternative in funzione dell'emergenza sanitaria da *Covid-19*:

(i) un primo gruppo di pronunce ha adottato un'interpretazione estensiva del concetto di "*grave infermità fisica*" di cui all'art. 147, co. 1 n. 2 c.p., pur sempre in linea con la più recente giurisprudenza di legittimità in materia di differimento della pena per motivi di salute<sup>7</sup>. Il passaggio argomentativo ulteriore è stato quello di ancorare il quadro clinico del detenuto, già affetto da una seria precisa di patologie, al *Covi-19* e alle più che probabili ricadute letali sullo stesso, secondo le linee guida dell'Istituto Superiore della Sanità del 7 marzo 2020 e dell'OMS-WHO del 15 marzo 2020;

(ii) un secondo gruppo di pronunce ha avuto il merito di riempire di contenuto la diversa locuzione di "*gravi motivi*" che giustificassero, nel caso concreto, un'applicazione provvisoria della misura alternativa richiesta: l'attesa della fissazione della camera di consiglio dinanzi al tribunale di sorveglianza rappresenta di per sé motivo di potenziale aggravamento della situazione sanitaria, atteso che la permanenza in carcere aumenta l'esposizione al rischio da contagio *Covid-19*;

(iii) un terzo gruppo di pronunce ha avuto ad oggetto istanze iscritte d'ufficio, su segnalazione dell'area sanitaria del carcere, sempre in armonia con quanto sollecitato dal DAP, con nota del 21 marzo 2020<sup>8</sup>: nonostante le polemiche diffuse dalla stampa, le segnalazioni inviate alla magistratura di sorveglianza sono state formulate sulla base delle linee guida ricevute, atteso che le misure per motivi di salute (nella specie, il differimento della pena ex art. 147, co. 1 n. 2) c.p.) hanno una applicazione universale, a prescindere, quindi, dal titolo di reato. Preminente è infatti la tutela del diritto alla salute, che lo Stato è tenuto a garantire, in ogni caso, anche alla persona reclusa<sup>9</sup>;

(iv) un quarto gruppo di pronunce ha, invece, interessato situazioni di detenuti che intendevano accedere alle misure alternative tradizionali, non necessariamente ancorate ai motivi di salute: in alcuni casi, la magistratura di sorveglianza ha accolto le istanze, concedendo, in via provvisoria, misure extramurarie. Oggetto della motivazione non è più il quadro clinico del detenuto, e, quindi, la sua soggettiva predisposizione a contrarre il *Covid-19*, ma l'impossibilità di garantire misure preventive e di contenimento, tenuto conto della situazione oggettiva in cui versa quel singolo istituto penitenziario (in termini, ad es., di sovraffollamento carcerario e di profilassi sanitarie).

---

<sup>7</sup> Per tutte, v. Cass. pen., Sez. I, 17.05.2019, n. 27352. Più nel dettaglio, *infra*, § 3.2.

<sup>8</sup> Consultabile al seguente *link*:

[http://www.ristretti.it/commenti/2020/aprile/pdf9/circolare\\_dap\\_21\\_marzo.pdf](http://www.ristretti.it/commenti/2020/aprile/pdf9/circolare_dap_21_marzo.pdf)

<sup>9</sup> Per un commento, v., anche: BIANCHETTI, *Il coraggio di osare. Alla ricerca di soluzioni sensate per detenuti a rischio di contagio da Coronavirus*, in *Diritto Penale e Uomo*, 3, 2020.

L'insieme delle pronunce, sin qui brevemente menzionate, impongono una riflessione più articolata degli istituti penitenziari applicati, anche in una prospettiva critica per meglio comprendere effettivamente la *ratio* di tali disposizioni e il ricorso che ne è stato fatto, di recente, nella prassi.

### **3. Il differimento pena: il concetto di “grave infermità fisica”.**

L'istituto dell'art. 147, co. 1 n. 2 c.p., sul rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena<sup>10</sup>, è un procedimento che viene incardinato, o su impulso di parte – anche prima dell'emissione dell'ordine di carcerazione, o iscritto d'ufficio, con apposita informativa della direzione del carcere, ai sensi dell'art. 108 reg. esec. (cioè, d.p.r. del 30 giugno 2000, n. 230). L'ipotesi particolare di cui al co. 1 n. 2), si riferisce alla presenza del requisito della infermità fisica<sup>11</sup>.

L'infermità deve manifestarsi in forma “grave”, perché la prognosi *quoad vitam* si palesa come infausta, imminente o ravvicinata, o, dal pericolo di altre rilevanti conseguenze dannose sullo stato di salute del condannato. La gravità della patologia rende indispensabile l'accesso del detenuto a forme extramurarie di espiazione pena, perché non è possibile garantire al condannato un trattamento sanitario né in carcere, né in ospedale, in altro luogo esterno di cura, di cui all'art. 11 ord. penit.<sup>12</sup>. In tal senso, i requisiti per accedere al differimento dell'esecuzione sono due, nel senso che la gravità oggettiva della patologia deve essere affiancata alla possibilità di fruire allo stato di libertà di cure diverse e più efficaci di quelle che vengono prestate in esecuzione<sup>13</sup>.

Devono essere prese in considerazione anche le conseguenze dannose sulla salute derivante dalla permanenza in carcere, laddove la detenzione finisca per aggravare lo stato di infermità: bisogna, quindi, valutare se, in relazione al caso concreto, il carcere possa aggravare ulteriormente le condizioni di salute del detenuto, pur non con effetti nefasti, da potersi tradurre in una esecuzione contraria al senso di umanità, di cui all'art. 27, co. 3 Cost.<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Per un'analisi istituzionale dell'art. 147, co. 1 n. 2) c.p., v., per tutti, TIGANO, *Art. 147, in L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, 2019, 905-922.

<sup>11</sup> Differenti, invece, le ipotesi di cui al co. 1 n. 1) e n. 3), per il rinvio facoltativo della pena in caso di presentazione di domanda di grazia e per l'esecuzione della pena per condannata madre di prole di età inferiore ai tre anni. Per un commento, v., DOVA, sub *art. 147*, in Dolcini, Gatta, *Codice penale commentato*, I, *Artt. 1-313*, Milano, 2015, 2063.

<sup>12</sup> V. DEGL'INNOCENTI, FALDI, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, Milano, 2014, 131.

<sup>13</sup> Così: Cass. pen., Sez. I, 02.03.2016, n.37836; in senso analogo: Cass. pen., Sez. I, 09.01.2017, n. 39525; Cass. pen., Sez. I, 05.04.2016, n. 38680; Cass. pen., Sez. I, 18.09.2015, n. 41192.

<sup>14</sup> Così: Cass., Sez. I, 13.11.2018, n. 103; Cass. pen., Sez. I, 09.04.2018, n. 37062; Cass. pen., Sez. I, 17.10.2018, n. 53166; Cass. pen., Sez. I, 2017, n. 43586; Cass. pen., Sez. I, 29.11.2016, n. 54446; Cass. pen., Sez. I, 03.03.2015, n. 12565; Cass. pen., Sez. I, 24.01.2011, n. 16681; Cass. pen., Sez. I, 01.10.2010, n. 41542.

La sofferenza aggiuntiva, che, di per sé è inevitabile per la privazione della libertà personale, rileva laddove essa superi la soglia dell'umana tollerabilità (in altri termini: lo stato di salute incompatibile con la detenzione "*non è limitato alla patologia implicante un pericolo di vita, dovendosi aver riguardo ad ogni stato morboso o scadimento fisico capace di determinare una situazione di esistenza al di sotto di una soglia di dignità*")<sup>15</sup>.

Ad ogni modo, l'incompatibilità con lo stato di detenzione è oggetto di esame, sulla base del caso concreto: ciò che rileva, infatti, non è "*solo la disponibilità delle attrezzature sanitarie e le terapie praticabili in carcere, ma altresì l'ambiente nella sua accezione più lata, le condizioni igienico-sanitarie, la qualità del vitto e la possibilità di rispettare una dieta appropriata alla patologia, ad es., per i diabetici*"<sup>16</sup>.

Trattasi quindi di un giudizio relativo, che deve pur sempre basarsi sul rapporto tra condizione individuale del soggetto e condizione dell'ambiente carcerario<sup>17</sup>.

Alla base del differimento della pena è insito perciò un rigoroso bilanciamento tra interessi contrapposti, a rilevanza costituzionale: esigenze di sicurezza della collettività, da una parte, e istanze di tutela dei diritti fondamentali della persona (*rectius*: diritto alla salute e umanità della pena), dall'altra.

Tale giudizio complesso è anche alla base della valutazione di autori per reati di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. e di persone ristrette in regime di 41-*bis* ord. penit.: il differimento della pena di cui all'art. 147 c.p. non soffre, infatti, di preclusioni soggettive, proprio perché si riferisce a soggetti le cui condizioni di salute non consentono più efficacemente la soggezione del detenuto al comando punitivo dello Stato (anche se proteso verso il fine rieducativo), se non nei limiti di un'esecuzione della condanna in termini disumani e degradanti, al di sotto della soglia di dignità della persona (e, quindi, in violazione degli artt. 2 e 3 Cost.).

Va da sé che è compito della magistratura verificare, anche in termini più stringenti, la pericolosità sociale del condannato, specie se rispetto ad autori ad alta "potenzialità criminosa": la pericolosità sociale va valutata in concreto alla luce delle patologie in atto e all'età avanzata (soprattutto, se si tratta di

---

<sup>15</sup> V. Cass. pen., Sez. I, 08.05.2009, n. 22373; in senso conforme, più recente: Cass. pen., Sez. I, 22.03.2017, n. 27766.

<sup>16</sup> Così: CESARIS, *Procedimento di revisione e vicende esecutive della sentenza di condanna*, in *Cass. pen.*, 2000, 3148.

<sup>17</sup> Così: CENTONZE, *L'esecuzione della pena detentiva e la ricostruzione sistematica della nozione di gravità delle condizioni di salute del condannato*, in *Rass. pen. e crimin.*, 2006, 3, 31. V., anche: PRESUTTI, *Grave infermità fisica del condannato e differimento dell'esecuzione della pena*, in *Ind. pen.*, 1986, 436; CRESTANI-BORDIGNON, *Incompatibilità tra condizioni di salute e stato di detenzione. Aspetti giuridici e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1986, 406.

un ultrasettantenne)<sup>18</sup>, all'interno di un giudizio complessivo<sup>19</sup>. Tanto che, ai sensi del co. 4 dell'art. 147 c.p., inserito ad opera della legge n. 40/2011, si fa divieto di disporre il differimento della pena, e, se concesso, va revocato, qualora sussista il pericolo concreto della commissione di nuovi delitti, potendosi dar luogo, semmai, solo alla diversa forma di detenzione domiciliare di cui all'art. 47-ter, co. 1-ter ord. penit.<sup>20</sup>

Tenendo sempre a mente che il magistrato di sorveglianza effettua una valutazione stringente sul caso concreto, anche alla luce dell'attualità della pericolosità sociale del detenuto, il differimento della pena può essere disposto, solo laddove non sia stato possibile preventivamente disporre il ricovero in un ospedale civile o in altro luogo di cura, o, mediante altresì il trasferimento in altra struttura penitenziaria più adeguata per la presenza di presidi sanitari specializzati: è il caso di Salvatore Riina, affrontato dalla Cassazione, con sent. n. 27766/17, con cui è stato annullato il provvedimento di rigetto dell'istanza di differimento della pena, perché *"carente di motivazione sotto il profilo della attualizzazione della valutazione di pericolosità del soggetto, tale da configurare quelle eccezionali esigenze che impongono l'inderogabilità dell'esecuzione della pena"*<sup>21</sup>.

### **3.1. Dalla Costituzione agli *standard* europei dei diritti fondamentali dei detenuti.**

A differenza della Costituzione, che tutela espressamente il diritto alla salute, peraltro, a portata universale, ai sensi degli artt. 32, 2, 3 Cost., la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non prevede disposizioni analoghe: tuttavia, la giurisprudenza evolutiva della Corte EDU ha saputo, nel tempo, configurare uno statuto garantista anche per il diritto alla salute, sia per le persone libere, sia per quelle detenute<sup>22</sup>.

Da ultimo, infatti, la Corte EDU ha condannato l'Italia, nel caso *Provenzano c. Italia*, per la violazione dell'art. 3 CEDU, a causa della reiterazione del regime

---

<sup>18</sup> V. Cass. pen., Sez. I, 24.11.2010, n. 43488. In senso conforme: Cass. pen., Sez. I, 13.11.2018, n. 1033; Cass. pen., Sez. I, 29.03.2017, n. 19677; Cass. pen., Sez. I, 22.03.2017, n. 27766; Cass. pen., Sez. I, 01.12.2015, n. 3262.

<sup>19</sup> V., tra le molte: Cass. pen., Sez. I, 22.03.2017, n. 27766; Cass. pen., Sez. I, 30.06.2015, n. 3622; Cass. pen., Sez. I, 18.09.2015, n. 41192; Cass. pen., Sez. I, 01.12.2015, n. 3262; Cass. pen., Sez. I, 24.06.2014, n. 32882; Cass. pen., Sez. I, 17.12.2014, n. 5934.

<sup>20</sup> V. Cass. pen., Sez. I, 29.11.2016, n. 54446; Cass. pen., Sez. I, 01.12.2015, n. 3262.

<sup>21</sup> V. Cass. pen., Sez. I, 22.03.2017, n. 27766. Per un commento: TIGANO, *Differimento dell'esecuzione della pena e diritto a una morte dignitosa per condannati di "indiscusso spessore criminale"*, in *Ind. pen.*, 2018, 209; FILIPPI, *Anche Totò Riina ha diritto ad una "morte dignitosa"*, in *Il Penalista*, 14.06.2017.

<sup>22</sup> Per un commento ricognitivo della giurisprudenza della Corte EDU, v., per tutti, CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. pen. cont.*, 23.01.2017.

del 41-bis ord. penit., senza una rivalutazione attuale delle sue condizioni di salute<sup>23</sup>.

Del resto, il tema dell'incompatibilità con lo stato di detenzione è stato affrontato dalla Corte EDU, già in passato, proprio in relazione ad un altro noto caso italiano, quello di *Contrada* (v. Corte EDU, *Contrada* (n. 2) c. *Italia*, 11 febbraio 2014, ric. n. 7509/08)<sup>24</sup>. Con tale pronuncia, infatti, la Corte EDU ha cristallizzato la propria precedente giurisprudenza in materia di umanità della pena, ai sensi dell'art. 3 CEDU, per la permanenza in carcere di detenuti malati<sup>25</sup>.

Al fine della violazione del parametro convenzionale è necessario, in breve, che sussista: (i) uno stato di salute fortemente compromesso da patologie gravi; (ii) la certificazione sanitaria del quadro clinico che indichi come incompatibile il carcere; (iii) l'assenza di motivi ostativi all'accesso a misure extramurarie di espiazione della pena, come, ad es., la pericolosità sociale del soggetto<sup>26</sup>.

Il *leading case* in materia risale comunque all'ulteriore caso di *Scoppola* (n. 1) c. *Italia* in cui il ricorrente, di età avanzata (67 anni) non era più in grado di deambulare autonomamente: secondo la Corte EDU, la permanenza in carcere, a fronte del quadro clinico dell'interessato, ha rappresentato una violazione dell'art. 3 CEDU (tra cui: problemi cardiovascolari, diabete, difficoltà motorie dovute ad atrofia muscolare e alla frattura di un femore, ipertrofia prostatica e depressione); così nel caso successivo, sempre a favore del medesimo ricorrente *Scoppola* (n. 4) c. *Italia*<sup>27</sup>. Caso analogo è quello di *Cara-Damiani* c. *Italia*, rispetto al quale non era stata giudicata come idonea la soluzione di trasferire il detenuto in una struttura penitenziaria più attrezzata, dato che: "*mantenere in detenzione una persona tetraplegica o in ogni caso gravemente handicappata in condizioni inadatte al suo stato di salute costituisce trattamento degradante*"<sup>28</sup>. Medesimo ragionamento anche in *Cirillo* c. *Italia*, in cui nuovamente si valuta l'incompatibilità con lo stato di detenzione per l'inadeguatezza di programmi specifici di cura per la

<sup>23</sup> V. Corte EDU, 25.10.2018, *Provenzano* c. *Italia*, ric. n. 55080/13, con commento di MORI, [A Strasburgo c'è un Giudice anche per i capimafia: con Provenzano non cade ma scricchiola il 41-bis](#), in Stampanoni Bassi, Manca Amerio (a cura di), [Dentro il 41-bis: riflessioni costituzionalmente orientate sul regime differenziato](#), in questa Rivista.

<sup>24</sup> V. Corte EDU, 11.02.2014, *Contrada* (n. 2) c. *Italia*, ric. n. 7508/09, con commento di MANCA, *La Corte EDU torna a pronunciarsi sul divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti: l'inadeguatezza degli standard di tutela delle condizioni di salute del detenuto integrano una violazione dell'art 3 CEDU*, in *Dir. pen. cont.*, 07.11.2014.

<sup>25</sup> V., per tutti: ESPOSITO, *Le pene vietate nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rass. pen. e crimin.*, 2012, 3, 157.

<sup>26</sup> Per uno spunto di riflessione: v., per tutti: RANALLI, *Nuovi interventi della Corte Europea dei diritti dell'uomo in materia di trattamento carcerario*, in *Rass. pen. e crimin.*, 2013, 2, 158-172.

<sup>27</sup> V. Corte EDU, 17.07.2012, *Scoppola* (n. 4) c. *Italia*, ric. n. 65050/09.

<sup>28</sup> V. Corte EDU, 27.02.2012, *Cara-Damiani* c. *Italia*, ric. n. 2447/05.

patologia di cui era affetto il detenuto (in questo caso, si trattava di programmi di fisioterapia ed elettrostimolazione)<sup>29</sup>.

Ricondurre l'incompatibilità con lo stato di detenzione per condizioni di salute nell'alveo di tutela dell'art. 3 CEDU ha permesso alla Corte EDU di sancire la natura assoluta del diritto alla salute del detenuto, atteso che tale parametro convenzionale non può essere soggetto a deroghe o limitazioni: si ricava, infatti, dall'art. 15 CEDU<sup>30</sup>, dai lavori preparatori alla Convenzione<sup>31</sup>, nonché dalla giurisprudenza della Corte EDU<sup>32</sup> che l'art. 3 CEDU esclude la possibilità di un bilanciamento con altri principi, valori o obiettivi, anch'essi meritevoli di protezione, e "nega rilevanza, quali possibili ipotesi di riduzione del livello di tutela assicurato dalla disposizione, alle specifiche motivazioni addotte dalle autorità nazionali per sottoporre un individuo a violazioni dell'art. 3 CEDU"<sup>33</sup>.

Oltre alle sentenze, sin qui citate, non può non correre alla mente l'ulteriore giurisprudenza della Corte EDU, sempre in relazione all'art. 3 CEDU, in materia di sovraffollamento carcerario: con la sentenza pilota *Torreggiani e altri c. Italia*, infatti, la Corte EDU ha qualificato la permanenza in carcere, in condizioni igienico-sanitarie precarie, con uno spazio personale inferiore ai 3 mq, come un trattamento inumano, integrante la soglia minima di gravità di cui all'art. 3 CEDU (così, per tutte le altre sentenze pilota, *Varga e altri c. Ungheria, Neshkov e altri c. Bulgaria, Vasilescu c. Belgio*)<sup>34</sup>.

I due fattori, se combinati assieme, rispetto alla medesima situazione, rappresentano indubbiamente una potenziale violazione dell'art. 3 CEDU (anche in relazione alla più "relativista" giurisprudenza, incardinata con il

<sup>29</sup> V. Corte EDU, 29.01.2013, *Cirillo c. Italia*, ric. n. 36274/2010.

<sup>30</sup> V., per un approfondimento: MANNOZZI, *Diritti dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale al cospetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in Manes, Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 346; NICOSIA, *Trattamento penitenziario e diritti fondamentali alla luce del diritto sovranazionale*, in Gaboardi, Gargani, Morgante, Presotto, Serraino, *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013, 13.

<sup>31</sup> V., per tutti: ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, 126.

<sup>32</sup> Sul punto: CESARIS, *Nuovi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo a tutela della salute delle persone detenute*, in *Rass. penit. e crimin.*, 2012, 215.

<sup>33</sup> V. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 13; nonché COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Dir. pen. cont./Riv. trim.*, 2011, 222; COLELLA, CASSIBA, *Art. 3*, in Ubertis, Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, 65.

<sup>34</sup> V. Corte EDU, *Varga e altri c. Ungheria*, ric. nn. 1409/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13, 64586/13, con nota di MANCA, *L'Italia post-Torreggiani come modello nella sentenza pilota della Corte EDU Varga c. Ungheria*, in *Dir. pen. cont.*, 01.04.2015. Per un commento complessivo alle altre sentenze pilota, v., per tutti: DOLCINI, *L'Europa in cammino verso carceri meno affollate e meno lontane da accettabili standard di umanità* in *Dir. pen. cont.*, 16.03.2016.



*leading case Muršić c. Croazia*<sup>35</sup>): in ragione, infatti, di una valutazione complessiva, il sovraffollamento carcerario, da una parte, e l'emergenza sanitaria, dall'altra, potrebbero costituire due elementi rilevanti, a prescindere anche da una accertata incompatibilità soggettiva con lo stato di detenzione.

### **3.2. (Segue) I recenti orientamenti della Cassazione e la giurisprudenza di merito.**

Sulla base di questa grammatica concettuale comune, si può parlare anche di un parziale mutamento di sensibilità anche all'interno della giurisprudenza di legittimità, che, nel complesso, rimane comunque molto rigorosa.

Ai fini della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, infatti, *"non è necessaria un'incompatibilità assoluta tra la patologia e lo stato di detenzione"*<sup>36</sup>, occorre, invece, che l'infermità sia tale 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.

La Cassazione è inoltre intervenuta, a più riprese, a evidenziare la centralità del giudizio di valutazione dell'incompatibilità con il carcere: il magistrato, infatti, è chiamato a *"verificare, non soltanto se le condizioni di salute del condannato, da determinarsi ad esito di specifico e rigoroso esame, possano essere adeguatamente assicurate all'interno dell'istituto di pena o comunque in centri clinici penitenziari, ma anche se esse siano compatibili o meno con le finalità rieducative della pena, alla stregua di un trattamento rispettoso del senso di umanità, che tenga conto della durata della pena e dell'età del condannato comparativamente con la sua pericolosità sociale"*<sup>37</sup>.

Trattasi, peraltro, di un giudizio complesso, tra le condizioni di salute del detenuto ed il regime carcerario, la cui valutazione *"deve essere effettuata sia in astratto, con riferimento ai parametri stabiliti dalla legge, sia in concreto, con riferimento alla possibilità di effettiva somministrazione nel circuito penitenziario delle terapie di cui egli necessita"*<sup>38</sup>.

La Suprema Corte prescrive altresì un ordine gerarchico di considerazioni preliminari, che devono essere effettuate dal magistrato: il differimento della pena rappresenta, infatti, un rimedio residuale, solo laddove tutte le altre soluzioni intramurarie non siano, allo stato, percorribili<sup>39</sup>. Sul punto, si è

<sup>35</sup> V. Corte EDU, GC, 20.10.2016, *Muršić c. Croazia*, ric. n. 7334/13. Per un commento, per tutti: PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. it. pen. e proc. pen.*, 2016, 3, 1204.

<sup>36</sup> V. Cass. pen., Sez. I, 17.05.2019, n. 27352.

<sup>37</sup> V. Cass. pen., Sez. I, 17.10.2018, n. 53166.

<sup>38</sup> V. Cass. pen., Sez. I, 02 luglio 2019, n. 46603.

<sup>39</sup> V. Cass. pen., Sez. I, 02 luglio 2019, n. 46603: *"Ne consegue che, da un lato, la permanenza nel sistema penitenziario può essere deliberata se il giudice accerta che esistano istituti in*

chiarito come «*la permanenza in carcere può essere deliberata se il giudice accerta che esistano istituti in relazione ai quali possa formularsi un giudizio di compatibilità (tra le condizioni di salute del soggetto e il regime carcerario) e tale accertamento deve rappresentare un "momento primario" rispetto alla decisione e non una modalità esecutiva della stessa, rimessa all'autorità amministrativa*»<sup>40</sup>.

Lo scrutinio preliminare imposto alla magistratura è così rigoroso che si richiede, in caso di rigetto del differimento della pena, di indicare espressamente la struttura penitenziaria specializzata a fornire le cure mediche al detenuto: così, infatti, laddove il tribunale di sorveglianza «*ritenga che l'invocato rinvio dell'esecuzione non possa essere concesso, sul presupposto che è possibile praticare utilmente le cure necessarie in ambiente carcerario fornito di centro clinico specializzato, deve indicare, nel provvedimento di rigetto, con precisione e non genericamente, la struttura penitenziaria in cui la pena deve essere espiata*»<sup>41</sup>.

Superata tale fase preliminare, il magistrato è chiamato a effettuare un concreto bilanciamento degli interessi in gioco, tra l'umanità della pena e la dignità della persona reclusa, da un lato, e la sicurezza della collettività, dall'altra (si esclude che possa far parte del bilanciamento l'intangibilità del giudicato e la certezza dell'esecuzione penale). Laddove, infatti, il diritto alla salute non può essere tutelato integralmente, per l'assenza di strutture penitenziarie specializzate, o per l'impossibilità di ricovero in luogo esterno di cura, incombe un'ulteriore stringente valutazione sulla situazione personale del condannato: la pericolosità sociale deve essere valutata in stretta relazione alle patologie in atto e all'età dell'interessato (così: «*Assume, in vero, i contorni di una detenzione non ammissibile mantenere in carcere una persona che non è in grado di percepire il senso stesso della detenzione e, comunque, di percepirla in modo non pieno né compiuto nei suoi aspetti rieducativi, preminenti per la nostra civiltà costituzionale*»)<sup>42</sup>.

Con riguardo a detenuti in regime di 41-bis ord. penit., di recente, la Cassazione ha rammentato che, nel giudizio di pericolosità sociale, devono

---

*relazione ai quali possa formularsi un giudizio di compatibilità, dall'altro, che tale accertamento deve rappresentare un prius rispetto alla decisione e non una mera modalità esecutiva della stessa, rimessa all'autorità amministrativa".*

<sup>40</sup> V. Cass. pen., Sez. I, 19 giugno 2019, n. 41410.

<sup>41</sup> V. Cass. pen., Sez. I, 18 settembre 2015, n. 41192. Non solo: «*Il provvedimento di rigetto della richiesta di differimento dell'esecuzione della pena per grave infermità fisica è affetto da vizio di motivazione solo se l'omesso riferimento alle necessità di tutela del diritto alla salute e al divieto di trattamenti contrari al senso di umanità si combina con l'accertata sussistenza di un quadro patologico particolarmente grave, capace "ictu oculi" di essere causa di una sofferenza aggiuntiva proprio per effetto della privazione dello stato di libertà, nonostante il regime di detenzione possa assicurare la prestazione di adeguate cure mediche*». Così: Cass. pen., Sez. I, 24 giugno 2014, n. 32882.

<sup>42</sup> V. Cass. pen., Sez. I, 29 novembre 2016, n. 54446.

essere indicate espressamente tutte le argomentazioni di fatto, rapportate all'attuale capacità del soggetto di compiere, nonostante lo stato irreversibile di salute, azioni idonee in concreto ad integrare il pericolo di recidiva. In altri termini: gli esiti del bilanciamento tra gli interessi antagonisti *"devono essere necessariamente rinnovati ed attualizzati in parallelo all'evolversi della situazione sanitaria"*<sup>43</sup>.

Con riguardo inoltre a soggetti ultrasessantenni, anche c.d. "ostativi", la Cassazione ha precisato che, se è vero che il raggiungimento della soglia di settant'anni non comporta alcun automatismo, in caso di rigetto, il magistrato deve motivare specificamente sulla compatibilità del mantenimento del condannato in carcere, con la tutela della salute, nonché con la funzione rieducativa della pena e con il senso di umanità della stessa<sup>44</sup>.

Su tale linea, si può dire, che si sono collocate le recenti pronunce di merito: (i) il TDS Sassari, dd. 23.04.2020 ha deciso in merito al differimento della pena, nelle forme della detenzione domiciliare di cui all'art. 47-ter, co. 1-ter ord. penit., per un detenuto al regime del 41-bis ord. penit., seguendo il seguente iter argomentativo: il Collegio ha, *in primis*, vagliato tutte le opzioni preliminari possibili, dal trasferimento in altra struttura penitenziaria alla possibilità di cura in altri luoghi esterni; in secondo luogo, ha operato il bilanciamento di interessi, tra il diritto alla salute del condannato e l'esigenza di sicurezza della collettività, argomentando in modo specifico anche sull'attualizzazione della pericolosità sociale dell'interessato, tenuto conto della patologia in corso e dell'età dello stesso<sup>45</sup>;

(ii) l'Uff. Sorv. Milano, con provvedimento dd. 20.04.2020, ha disposto il differimento della pena, nelle forme della detenzione domiciliare di cui sopra, per un detenuto recluso in regime di 41-bis ord. penit, di età avanzata, con un fine pena prossimo e un quadro clinico compromesso ed irreversibile: in linea, quindi, con le valutazioni della Corte di Cassazione, per autori di reati ultrasessantenni, il magistrato ha concluso che: *"considerato il non lontano fine pena a fronte di una lunga carcerazione, l'esistenza di riferimenti familiari, l'età e il compromesso quadro clinico del condannato, deve ragionevolmente escludersi il pericolo di fuga o di reiterazione dei reati"*<sup>46</sup>.

Non sono mancati, anche, provvedimenti di rigetti:

(i) Uff. Sorv. Milano, dd. 10.03.2020 ha rigettato l'istanza di differimento della pena a carico di un autore condannato alla pena dell'ergastolo c.d. "ostativo", perché, nel giudizio complessivo, il magistrato ha ritenuto prevalenti le

<sup>43</sup> V. Cass. pen., Sez. I, 19.04.2018, n. 22307; Cass. I, Sez. I, 04.05.2017, n. 39160.

<sup>44</sup> V., tra le molte, Cass. pen., Sez. I, 13.07.2016, n. 52979.

<sup>45</sup> V. TDS Sassari, 23.04.2020, con nota di STAMPANONI BASSI, [Il differimento dell'esecuzione della pena nei confronti di Pasquale Zagaria: spunti in tema di bilanciamento tra diritto alla salute del detenuto \(anche se dotato di "caratura criminale"\) e interesse pubblico alla sicurezza sociale](#), cit. Per un commento più approfondito, v. MINNELLA, *Coronavirus ed emergenza carceri*, cit., 41.

<sup>46</sup> V. Uff. Sorv. Milano, 20.04.2020, in questa Rivista.

esigenze di sicurezza sociale, considerando il detenuto attualmente pericoloso; decisione confermata anche dal TDS Milano, con ordinanza dd. 23.03.2020, per cui, oltre al quadro della soggettiva pericolosità sociale, si è valutata “non grave” la situazione sanitaria del condannato, ancora curabile dallo stato di detenzione<sup>47</sup>.

### 3.3. La detenzione c.d. in “deroga”.

Come si è anticipato, la maggior parte delle ordinanze commentate<sup>48</sup> hanno avuto ad oggetto, sì, la misura del differimento della pena, ma nelle forme della detenzione domiciliare (e, nella specie quella di cui al co. 1-ter dell’art. 47-ter ord. penit.): soluzione che, da una parte, soddisfa, in ogni caso, le esigenze di sicurezza pubblica, e consente, anche se in forma extramuraria, la prosecuzione dell’espiazione della pena per il condannato, dall’altra<sup>49</sup>.

La misura della detenzione c.d. in deroga o umanitaria, introdotta con la legge n. 663/1986, e modificata con successiva legge n. 165/1998, ha una funzione sussidiaria rispetto al differimento della pena: può essere concessa in luogo del differimento della pena, laddove residui un margine di pericolosità sociale, che faccia ritenere ancora necessario un controllo da parte dello Stato<sup>50</sup>; si ritiene che, in questo caso, la detenzione domiciliare configuri lo strumento più idoneo a garantire un corretto bilanciamento tra le esigenze del condannato e quelle di difesa sociale<sup>51</sup>. Può essere concessa, anche in via autonoma, e d’ufficio, quando, nonostante la presenza di condizioni di salute gravi, il condannato non sia in pericolo di vita e possa partecipare consapevolmente al processo rieducativo, anche attraverso gli interventi del servizio sociale<sup>52</sup>.

<sup>47</sup> V. Uff. Sorv. Milano, 10.03.2020; TDS Milano, (ord.) 23.03.2020, n. 2161/2020: entrambe in questa *Rivista*.

<sup>48</sup> V. Uff. Sorv. Milano, 20.04.2020. Con un primo commento: DELLA BELLA, *Emergenza COVID e 41 bis: tra tutela dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche*, in *Sistema penale*, 01.05.2020.

<sup>49</sup> Per un commento istituzionale alla disciplina dell’art. 47-ter, co. 1-ter ord. penit., v., per tutti: CESARIS, sub art. 47-ter, in Della Casa, Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2019, 671.

<sup>50</sup> V. Cass. pen., Sez. I, 26.02.2013, n. 18938, per cui: “La misura in questione è dunque alternativa al differimento della pena, ma implicitamente ha presupposti suoi propri e sono quelli necessariamente della detenzione domiciliare, tra i quali in primis la sua idoneità a evitare il pericolo che il condannato commetta altri reati”.

<sup>51</sup> V. Cass., pen., Sez. I, 05.04.2013, n. 18439.

<sup>52</sup> Sul punto, TIGANO, *Art. 147*, cit., 921. Con la sentenza n. 99 del 2019, la Corte costituzionale ha esteso l’applicazione della detenzione domiciliare anche alla grave infermità psichica sopravvenuta nel corso dell’esecuzione: la prima applicazione pratica è della Prima Sezione della Cassazione, con sent. n. 39797/2019, proprio in relazione ad un detenuto in regime di 41-bis ord. penit.: “Assodato ciò, deve, alla luce della novità ordinamentale emersa, inquadrata nell’alveo della sedimentata elaborazione ermeneutica, ritenersi che lo stato di salute – ora anche psichica – incompatibile con il regime carcerario, idoneo a giustificare l’applicazione della

Rispetto al tema *Covid-19*, la magistratura di sorveglianza, in linea con la giurisprudenza di legittimità – che postula necessariamente una correlazione tra incompatibilità con lo stato di detenzione e l’aggravarsi dello stato di salute – ha soppesato nel giudizio complessivo, ai fini del differimento della pena, l’impatto del contagio da *Covid-19* sulla patologia del detenuto, già sufficientemente grave da essere idonea a giustificare un accesso del soggetto all’esterno: l’Istituto Superiore della Sanità e l’Organizzazione Mondiale della Sanità hanno attestato scientificamente un più elevato rischio da contagio per le persone recluse, dato che, allo stato, non è possibile praticare misure di distanziamento, né di prevenzione e contenimento del *virus*<sup>53</sup>. Tali considerazioni – a carattere scientifico – hanno contribuito a qualificare come “soggetti a rischio” anche le persone recluse, specie se già aggravate da un quadro clinico, irreversibile e difficilmente curabile all’interno delle strutture penitenziarie, anche tra quelle più specializzate. Così, tra le ordinanze più esemplificative: (i) TDS Milano, dd. 19 marzo 2020; (ii) TDS Milano, dd. 31.03.2020; (iii) TDS Bologna, dd. 26.03.2020<sup>54</sup>.

#### **3.4. L’applicazione provvisoria: “il grave pregiudizio”.**

Nella maggior parte dei casi, tuttavia, si è proceduto in via provvisoria. Ai sensi del co. 2 dell’art. 684 c.p.p., si riconosce, in capo al magistrato di sorveglianza, il potere di decidere su istanze di differimento pena, laddove abbia il fondato motivo di ritenere che sussistano i presupposti per cui il tribunale di sorveglianza procederà in tal senso. E ciò sia che il condannato sia libero, qualora l’ingresso in carcere possa nuocere alle condizioni di salute;

---

*detenzione domiciliare di cui all’art. 47-ter, co. 1-ter, ord. pen., non è limitato alla patologia implicante un pericolo per la vita, dovendosi avere riguardo ad ogni stato morboso o scadimento psicofisico capace di determinare una situazione di esistenza al di sotto di una soglia di dignità da rispettarsi pure nella condizione di restrizione carceraria, dovendo contemplarsi, nella valutazione conclusiva, l’esigenza di non ledere il fondamentale diritto alla salute e il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, ex artt. 32 e 27 Cost.”. Così anche: Cass. pen., Sez. I, 07.05.2019, n. 29448.*

<sup>53</sup> Così, infatti, l’OMS ha dichiarato che: “*Le persone in prigione sono probabilmente più vulnerabili poiché vivono in stretta vicinanza l’una all’altra il che potrebbe comportare il rischio di trasmissione da persona a persona*” e che: “*Le persone nelle carceri hanno in genere un maggiore carico di malattie e condizioni di salute peggiori rispetto alla popolazione generale e, spesso, affrontano una maggiore esposizione a rischi come fumo, scarsa igiene e debole difesa immunitaria a causa di stress, cattiva alimentazione o prevalenza di malattie coesistenti, come virus trasmessi dal sangue, tubercolosi e disturbi da uso di sostanze stupefacenti*”. E ancora: “*Le carceri sono ambienti chiusi in cui le persone, incluso il personale, vivono molto vicine tra loro*”, ed è, quindi, fortemente raccomandabile “*adottare procedure di assegnazione che consentano di separare i detenuti a rischio più elevato dagli altri, nel modo più efficace e meno disgregativo possibile e che consentirebbero alloggi singoli limitati da rimanere disponibili per i più vulnerabili*”.

<sup>54</sup> Tutte ordinanze già visibili in questa Rivista: v., per tutti, MANCA, [Ostatività, emergenza sanitaria e Covid-19: le prime applicazioni pratiche](#), cit.

sia che sia già in corso la detenzione. In quest'ultimo caso, grava sulla direzione dell'istituto penitenziario informare il magistrato di sorveglianza che il detenuto versa in una delle situazioni previste dagli artt. 146 e 147 c.p. (ai sensi dell'art. 108 reg. esec.): in tal senso, deve leggersi anche la recente nota del DAP del 21 marzo 2020<sup>55</sup>.

Trattasi, quindi, di un provvedimento "cautelare" e come tale deve fondarsi sui presupposti del *fumus boni iuris*, dato dal fondato timore che sussistano i requisiti legittimanti il rinvio, e il *periculum in mora*, inteso come effettiva possibilità che la detenzione o il perpetuarsi della stessa rechino grave detrimento del condannato<sup>56</sup>.

Anche la detenzione domiciliare c.d. "in deroga" (perché applicabile, anche per un residuo di pena maggiore) può essere concessa in via provvisoria: questa facoltà, in origine, non era prevista; lo è, però, a partire dal decreto legge n. 78/2013, con la modifica del co. 1-*quater* dell'art. 47-*ter* ord. penit., per cui è consentito al magistrato di sorveglianza applicare d'urgenza la detenzione domiciliare, anche nelle forme di cui al co. 1-*ter* della stessa disposizione, laddove "vi sia un grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione"<sup>57</sup>.

Il magistrato decide *de plano*, con decreto motivato; una decisione interinale, che comunque conserva efficacia fino alla decisione del tribunale di sorveglianza; nel caso di rigetto vengono trasmessi immediatamente gli atti al tribunale di sorveglianza competente a provvedere e a pronunciarsi definitivamente sull'istanza<sup>58</sup>.

In tal senso, si devono leggere, quindi, i decreti applicativi, tra cui:

(i) Uff. Sorv. Verona, dd. 27.03.2020, in cui il magistrato di sorveglianza, sulla base della segnalazione della direzione del carcere, ha concesso il differimento della pena, nelle forme della detenzione domiciliare a un detenuto affetto da diabete mellito insulinodipendente e da insufficienza

---

<sup>55</sup> V. TIGANO, Art. 684, in *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, cit., 1239; così DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza. Organizzazione competenze procedure*, Torino, 1994, 69.

<sup>56</sup> Sul punto: *La detenzione domiciliare applicata in luogo del rinvio dell'esecuzione della pena, escludendo la sottoposizione del condannato al regime penitenziario e consentendogli di vivere dignitosamente nell'ambito familiare e provvedere nel modo più ampio alla cura della sua salute, non può considerarsi, in astratto, contraria al senso di umanità. Ne consegue che il giudice può disporla in tutti i casi in cui, malgrado la presenza di gravi condizioni di salute, il condannato sia in grado di partecipare consapevolmente a un processo rieducativo che si attua attraverso i previsti interventi obbligatori del servizio sociale e residui un margine di pericolosità sociale che, nel bilanciamento tra le esigenze del condannato e quelle di difesa sociale, faccia ritenere ancora necessario un minimo controllo da parte dello Stato".* Così: Cass. pen., Sez. I, 12.06.2000, n. 4328.

<sup>57</sup> V. CAPRIOLI, *Gli altri modelli decisionali*, in Caprioli, Vicoli (a cura di), *Procedura dell'esecuzione*, Torino, 2 ed., 2011, 40.

<sup>58</sup> V. DEGLI'INNOCENTI, FALDI, *I benefici penitenziari*, Milano, 2014, 239.

renale cronica. In questo caso, il magistrato ha indicato anche un termine finale, fissato al 31 luglio 2020<sup>59</sup>. Tale circostanza non è usuale, dato che, di norma, coincide o con il fine pena, o non viene indicata alcuna data di scadenza; tuttavia, si ritiene che la durata del rinvio non sia vincolante, poiché allo scadere del termine previsto occorre verificare la persistenza della situazione di fatto che ne costituisce il presupposto<sup>60</sup>;

(ii) Uff. Sorv. Trento, dd. 20.04.2020, secondo le medesime modalità operative di cui sopra, ha concesso la detenzione domiciliare *ex art. 47-ter*, co. 1-*ter* ord. penit., in via provvisoria, ad un detenuto aggravato da diabete mellito scompensato, da cardiopatia ischemica ed ipertensione<sup>61</sup>;

(iii) Uff. Sorv. Spoleto, dd. 24.03.2020, per cui si è disposto il differimento della pena per un soggetto ultrasettante, con diverse patologie di natura cardiaca e respiratorie (cardiopatia ipertensiva, ipertensione arteriosa sistemica, portatore di *pace-maker*): anche in questo caso, analogamente a quanto statuito dall'Uff. Sorv. Verona, il termine finale della misura extramuraria viene individuato *"almeno per il tempo dell'emergenza sanitaria e fino a valutazione del competenze tribunale di sorveglianza"*<sup>62</sup>;

(iv) Uff. Sorv. Reggio Calabria, dd. 03.04.2020, con cui si è concesso il differimento della pena, nelle forme della detenzione domiciliare c.d. *"in deroga"*, dato che la presenza di una grave infermità fisica, nell'attuale e specifica situazione emergenziale *"potrebbe esporre il detenuto a esiti infausti in ambito intramurario in tal modo ledendo il fondamentale diritto alla salute e trasformando la detenzione carceraria in un trattamento contrario al senso di umanità della pena"*. Anche in questo caso, il magistrato ha operato un giudizio complessivo, in cui sono confluite valutazioni sulla pericolosità sociale del detenuto, anche in relazione al contesto socio-familiare, all'età, al residuo pena e al pericolo di fuga, nonché alla recidiva<sup>63</sup>.

Di rilievo, inoltre, il provvedimento del magistrato di sorveglianza de L'Aquila: (v) con provv. dd. 26.03.2020, infatti, Uff. Sorv. L'Aquila ha disposto la misura del rinvio facoltativo della pena, nelle forme della detenzione domiciliare c.d. *"in deroga"*, per un condannato alla pena dell'ergastolo, affetto da tubercolosi polmonare: anche in questo, caso, il magistrato di sorveglianza ha ripercorso, nella parte motiva del decreto, i presupposti applicativi dell'art.

<sup>59</sup> V., sul punto, FIORENTIN, *Esecuzione e misure alternative alla detenzione*, Milano, 2013, 403.

<sup>60</sup> V. Uff. Sorv. Verona, 27.03.2020, in questa *Rivista*.

<sup>61</sup> V. Uff. Sorv. Trento, 20.04.2020, in questa *Rivista*.

<sup>62</sup> V. Uff. Sorv. Reggio Calabria, 03.04.2020, in questa *Rivista*.

<sup>63</sup> In tale direzione, v. Uff. Sorv. Brescia, 03.04.2020; Uff. Sorv. Siena, 06.04.2020; Uff. Sorv. Siena, 27.03.2020; Uff. Sorv. Siena, 01.04.2020; Uff. Sorv. Padova, 26.03.2020; Uff. Sorv. Padova, 30.03.2020; Uff. Sorv. Milano, 23.03.2020; Uff. Sorv. Milano, 20.03.2020; Uff. Sorv. Milano, 26.03.2020; Uff. Sorv. Milano, 16.03.2020; Uff. Sorv. Mantova, 08.04.2020; Uff. Sorv. Livorno, 19.03.2020; Uff. Sorv. Livorno, 03.04.2020. Provvedimenti, tutti, visibili in questa *Rivista*: [Svuotare il carcere in fretta, prevenire è necessario. Il comunicato della Commissione Carcere della Camera Penale Veneziana](#), cit.

147, co. 1 n. 2) c.p., dalla grave patologia, dalla prognosi nefasta “*quoad vitam*”, fino alle possibili conseguenze dannose per il protrarsi della detenzione<sup>64</sup>.

Ancor più di rilievo, poi (vi) il provvedimento del magistrato di sorveglianza di Verona, il quale ha ritenuto di operare il differimento della pena, senza l’aggiunta di prescrizioni accessorie, per sei mesi. Nel decreto si legge che: “*il rischio che il detenuto vada soggetto a contaminazione da parte del SARS – CoV – 2 è altissimo; pertanto, il quadro nosografico che già affligge il detenuto, per come sopra esposto, deve essere considerato quale grave infermità che giustifica la concessione del differimento facoltativo della pena, soprattutto in ragione della contestualizzazione della situazione, che non consente in alcun modo di prevenire con efficacia il contagio in carcere e, quindi, non consente la cura effettiva della malattia COVID – 19 che, se contratta da soggetto con patologie pregresse come quelle che affliggono il detenuto, potrebbe avere sbocco esiziale*”. Dirimente, nel giudizio di valutazione della posizione personale, sono stati sicuramente il contesto socio-familiare di provenienza e la condotta intramuraria irreprensibile, anche in una prospettiva di risocializzazione: “*Quanto finora accennato permette di apprezzare come [...] abbia posto in essere un buon avvio di un cammino sulla strada della legalità e della accettazione delle regole di vita che disciplinano il comune sentire ed il comune agire in un consesso civile. Particolarmente apprezzabile è la volontà di continuare nel serio e già intrapreso percorso di reinserimento nella società*”<sup>65</sup>.

### 3.5. Le altre misure extramurarie.

Limitata è, ad oggi, la casistica sull’applicazione della nuova versione dell’esecuzione presso il domicilio di pene detentive brevi, di cui all’art. 123 del decreto legge del 17 aprile 2020, n. 18.

Molteplici, infatti, sono le zone “d’ombra” della disciplina, anche in termini di istruttoria e di competenza, che non hanno consentito decisioni pronte e in tempi rapidi<sup>66</sup>.

Nella prassi, sono state preferite altre vie: (i) la concessione provvisoria di misure alternative tradizionali, puntando sul fatto della presenza di condizioni esterne favorevoli e di un percorso intramurario positivo proteso già verso l’esterno, come è il caso dell’Uff. Sorv. Siracusa, dd. 16.03.2020 che ha disposto la prosecuzione della pena in affidamento in prova al servizio sociale di un condannato, che in precedenza aveva usufruito della

<sup>64</sup> V. Uff. Sorv. L’Aquila, 26.03.2020, in questa *Rivista*.

<sup>65</sup> V. Uff. Sorv. Verona, 18.04.2020, in questa *Rivista*.

<sup>66</sup> La coesistenza poi dell’art. 123 del d.l. n. 18/2020 con la versione precedente di cui all’art. 1 della legge n. 199/2010 non ha agevolato la prassi. Per un commento più approfondito dell’impatto della nuova disciplina transitoria, v., per tutti: MINNELLA, *Coronavirus ed emergenza carceri*, cit., 34-35.



semilibertà<sup>67</sup>; (ii) la concessione provvisoria di misure extramurarie di tipo terapeutiche, tra cui, a titolo esemplificativo: Uff. Sorv. Siena, 01.04.2020, con applicazione della misura dell'affidamento in prova in casi particolari ex art. 94 del d.p.r. n. 309/1990, in via provvisoria, per un condannato, con un fine pena breve, e supportato dai servizi territoriali, per un programma terapeutico ambulatoriale; e Uff. Sorv. Mantova, 08.04.2020, sempre per un detenuto seguito dal SerD territorialmente competente, con un'istruttoria in tal senso già perfezionata<sup>68</sup>.

In tal senso, la magistratura sembra aver seguito gli auspici espressi da una parte della dottrina, che chiedeva soluzioni interpretative più estensive dei requisiti applicativi delle misure alternative, specie se disposte in via provvisoria, per tutte quelle situazioni già istruite, e in attesa di decisione: come è per il caso dell'affidamento in prova al servizio sociale, con sintesi intramuraria chiusa, attività lavorativa presente (o attivabile ad emergenza cessata) e un contesto socio-familiare solido (anche sulla base delle ulteriori indagini degli ULEPE)<sup>69</sup>.

#### **4. Rimedi ex art. 39 Reg. Corte EDU, class actions e qlc su art. 147 c.p.?**

Un caso particolare si è verificato nella prassi dall'Ufficio di Sorveglianza di Verona, fino al Tribunale di Sorveglianza di Venezia: caso noto ormai alla stampa di un detenuto, recluso presso la Casa circondariale di Vicenza, che aveva presentato diverse istanze extramurarie, tra cui quelle di esecuzione presso il domicilio, ex art. 1 della legge n. 199/2010, e quella ex art. 123 del decreto legge n. 18/2020. Tali istanze sono state rigettate da parte del magistrato di sorveglianza di Verona, in ragione dell'attualità della pericolosità sociale del condannato: in particolar modo, alla luce di un provvedimento disciplinare, il magistrato di sorveglianza ha ritenuto preclusivo l'accesso alle forme "più celeri" di detenzione domiciliare. Di diniego anche le ulteriori decisioni in merito alla richiesta di applicazione provvisoria dell'affidamento in prova al servizio sociale e, in subordine, della detenzione domiciliare, ai sensi degli artt. 47 e 47-ter, co. 1-bis ord. penit.: rispetto alla molteplicità delle istanze di diniego, il Tribunale di Sorveglianza di Venezia si è trovato, quindi, di fronte ai reclami, da una parte, e alla

<sup>67</sup> Provvedimento richiamato in MINNELLA, *Coronavirus ed emergenza carceri*, cit., 39, nota n. 113. In senso analogo: Uff. Sorv. Milano, 20.03.2020, in relazione a soggetto ammesso al lavoro esterno ex art. 21 ord. penit., con la possibilità di proseguire l'espiazione della pena in stato di affidamento in prova al servizio sociale.

<sup>68</sup> Provvedimenti visibili in questa *Rivista*: [Svuotare il carcere in fretta, prevenire è necessario. Il comunicato della Commissione Carcere della Camera Penale Veneziana](#). Casa analogo, in Uff. Sorv. Trento, 23.04.2020, con cui si è disposta la sospensione dell'esecuzione della pena ex art. 90 del d.p.r. n. 309/1990 per un condannato, che, in precedenza aveva usufruito di un'altra misura extramuraria, dall'esito positivo.

<sup>69</sup> Sul punto, v., in questa *Rivista*: [Coronavirus e carcere: le osservazioni e le proposte della Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale](#).

trasmissione degli atti d'ufficio, sulla decisione delle misure alternative, più tradizionali, all'altra.

Nelle more di fissazione udienza, tuttavia, è stata adita la Corte EDU, con un ricorso *ex art. 39* reg. esec. della Corte, in base al quale, anche su istanza di parte possono essere richieste misure cautelari, provvisorie ed urgenti, laddove sussista il pericolo di una violazione dei diritti fondamentali, prevalentemente, in materia di diritto alla vita, tortura e trattamenti inumani e degradanti (artt. 2 e 3 CEDU). Trattandosi di procedura riservata, le informazioni rese pubbliche riferiscono di un'interlocuzione con il Governo italiano, diretta a comprendere lo stato della situazione nel carcere di Vicenza, anche alla luce della posizione personale del condannato<sup>70</sup>. Dalle motivazioni dell'ordinanza TDS Venezia, 28.04.2020, si apprende che il detenuto è stato visitato ben 13 volte e che si trovava in buone condizioni di salute. Si apprende, inoltre, che la Direzione della Casa circondariale di Vicenza, pur in piena emergenza sanitaria, è stata in grado di adottare una serie di misure, formalizzate nei documenti, funzionali a prevenire possibili contagi, e a predisporre l'organizzazione interna dell'istituto.

Secondo il Tribunale di Sorveglianza di Venezia, quindi, allo stato, non è possibile affermare che il condannato sia un soggetto a rischio di contagio da *Covid-19* (essendo la situazione, a differenza della Casa di reclusione di Verona o di Torino<sup>71</sup> ben monitorata e gestita dalla Direzione): la decisione di accoglimento dell'istanza di detenzione domiciliare a favore del condannato, perciò, si è incentrata unicamente sulla presenza degli ulteriori elementi di diritto, quali, la disponibilità di un domicilio, idoneo, la presenza di un nucleo familiare solido e socialmente integrato e di una rivalutazione della pericolosità sociale del condannato, ritenuta dal Collegio, non più attuale.

Altra forma di tutela, alquanto innovativa e sperimentale, è quella portata avanti da parte di alcuni legali, sulla Casa di reclusione di Bari e di Lecce, in merito alle c.d. *class actions*: trattasi di un'iniziativa patrocinata dall'associazione *Nessuno Tocchi Caino*, con cui, sostanzialmente, si avanza verso l'Amministrazione penitenziaria e il Ministero della Giustizia un'azione inibitoria, di natura preventiva a far sì che le autorità preposte alla gestione penitenziaria adottino le misure organizzative e preventive per la tutela dei diritti dei detenuti<sup>72</sup>.

Altra via che potrebbe essere ripresa, pur avendo già avuto un esito negativo nel 2013, si ritiene possa essere quella della legittimità costituzionale: con

---

<sup>70</sup> V. TDS Venezia, (ord.) 28.04.2020, n. 932/2020, in questa *Rivista*.

<sup>71</sup> Sul punto, v. *Contagi nel carcere di Torino, l'Europa chiede chiarimenti*, in *La Stampa*, 29 aprile 2020.

<sup>72</sup> Sul punto, v. *Una class action contro il sovraffollamento nel carcere di Bari*, in *Il Dubbio*, 14 aprile 2020.

ordinanza dd. 18.02.2013, il Tribunale di Venezia aveva sollevato questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 147, co. 1 n. 2) c.p., nella parte in cui non prevedeva un'ipotesi di differimento della pena per trattamento inumano e degradante, a causa del sovraffollamento carcerario<sup>73</sup>.

Tuttavia, al 29 febbraio 2020, i detenuti presenti nelle carceri italiane erano ben n. 61.230, cifra molto vicina a quella del 31 gennaio 2012, che ha preceduto la condanna all'Italia nel caso *Torreggiani e altri c. Italia*, con una presenza, nel complesso, di n. 65.701 detenuti.

La circostanza che, ad oggi, i numeri sono prossimi a quelli di una situazione drammatica e diffusa di sovraffollamento carcerario, che, oggettivamente, non consente l'adozione di misure straordinarie di distanziamento sociale, contenimento e prevenzione del contagio da *Covid-19*, dovrebbe far nuovamente riflettere sull'attualità di una questione di legittimità da sottoporre alla Corte costituzionale.

### **5. Suggestioni in chiave di (contro)riforma.**

L'esame della giurisprudenza sin qui esaminata, può fornirci delle chiavi di lettura, anche per un primo approccio critico alla recentissima modifica all'ordinamento penitenziario, approvata con il decreto legge del 30 aprile 2020, n. 28, e contestualmente pubblicato in Gazzetta Ufficiale<sup>74</sup>.

Ai sensi dell'art. 2 del d.l. n. 28/2020, si legge, in particolare, che:

*(i) al co. 1 dell'art. 30-bis ord. penit., in materia di permessi di necessità, si inseriscono i due seguenti periodi: "Nel caso di detenuti per uno dei delitti previsti dall'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale, l'autorità competente, prima di pronunciarsi, chiede altresì il parere del procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove ha sede il tribunale che ha emesso la sentenza e, nel caso di detenuti sottoposti al regime previsto dall'articolo 41-bis, anche quello del procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo in ordine all'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata ed alla pericolosità del soggetto. Salvo ricorrano esigenze di motivata eccezionale urgenza, il permesso non può essere concesso prima di ventiquattro ore dalla richiesta dei predetti pareri";*

---

<sup>73</sup> V. TDS Venezia, (ord.) 13.02.2013, n. 427/2013; Corte cost. n. 279/2013. Per un commento, per tutti: DELLA CASA, *Il problematico impiego della sospensione dell'esecuzione in chiave "overcrowding". La parola alla Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 2013, 997; FIORENTIN, *Nota a Trib. Sorv. Venezia*, ord. 13 febbraio 2013, in *Guida al diritto*, 2013, 13, 25; PUGIOTTO, *L'urlo di Munch della magistratura di sorveglianza (statuto costituzionale della pena e sovraffollamento carcerario)*, in *Giur. cost.*, 2013, 4542; RUOTOLO, *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, *ivi*, 4549.

<sup>74</sup> Per consultare il testo completo, in questa Rivista: [Pubblicato in Gazzetta Ufficiale il Decreto-Legge 30 aprile 2020, n. 28 in tema di intercettazioni, processo penale da remoto, ordinamento penitenziario e tracciamento di contatti e contagi da COVID-19](#)

e (ii) si sostituisce il co. 9, per cui: *"Il procuratore generale presso la corte d'appello è informato dei permessi concessi e del relativo esito con relazione trimestrale degli organi che li hanno rilasciati e, nel caso, di permessi concessi a detenuti per delitti previsti dall'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale o a detenuti sottoposti al regime previsto dall'articolo 41-bis, ne dà comunicazione, rispettivamente, al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove ha sede il tribunale che ha emesso la sentenza e al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo"*;

(iii) in materia, invece, di detenzione domiciliare c.d. "in deroga", di cui all'art. 47-ter ord. penit., si aggiunge il co. 1-quinquies, per cui: *"1-quinquies. Nei confronti dei detenuti per uno dei delitti previsti dall'articolo 51, comma 3-bis e 3-quater del codice di procedura penale o sottoposti al regime previsto dall'articolo 41-bis, il tribunale o il magistrato di sorveglianza, prima di provvedere in ordine al rinvio dell'esecuzione della pena ai sensi degli articoli 146 o 147 del codice penale con applicazione della detenzione domiciliare, ai sensi del comma 1-ter, o alla sua proroga, chiede il parere del procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove ha sede il tribunale che ha emesso la sentenza e, nel caso di detenuti sottoposti al regime previsto dall'articolo 41-bis, anche quello del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo in ordine all'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata ed alla pericolosità del soggetto. I pareri sono resi al magistrato di sorveglianza e al tribunale di sorveglianza nel termine, rispettivamente, di due giorni e di quindici giorni dalla richiesta. Salvo che ricorrano esigenze di motivata eccezionale urgenza, decorsi detti termini, il magistrato o il tribunale di sorveglianza procedono comunque anche in assenza dei pareri"*.

Ad una primissima valutazione, si coglie positivamente la scelta del legislatore di contenere le modifiche, rispetto all'impostazione originaria: trattasi, in ogni caso, di modifiche procedimentali, che andranno ad innestarsi nella fase istruttoria di valutazione della singola istanza. Come si nota, in entrambi i casi, sia per il permesso di necessità, di cui all'art. 30 ord. penit., sia per la detenzione domiciliare c.d. in "deroga", di cui all'art. 47-ter, co. 1-ter ord. penit., si prescrive, in aggiunta a tutti gli altri adempimenti istruttori di acquisizione delle informative, la obbligatoria richiesta formale di parere alla DDA per tutti gli autori di reati annoverati nell'art. 51, co. 3-bis e 3-quater c.p.p., e, della DNA, se è in corso il regime di cui all'art. 41-bis ord. penit. E, in particolare:

(i) per il permesso di necessità, si impone che il magistrato di sorveglianza non possa decidere in merito all'istanza, se non dopo che siano decorse 24 ore dall'invio della richiesta di parere;

(ii) per la detenzione domiciliare c.d. "in deroga", si impone che il magistrato o il tribunale di sorveglianza competenti debbano attendere il termine minimo di due giorni, per gli autori di reati di cui all'art. 51, co. 3-bis e 3-

*quater* c.p.p., e, di 15 giorni, per detenuti in regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit.<sup>75</sup>.

Trattasi, a ben vedere, di termini di natura acceleratoria per la DDA e la DNA, e, meramente dilatori per il magistrato di sorveglianza<sup>76</sup>: tali cadenze temporali inoltre possono essere derogate, secondo il testo del decreto legge, laddove "*ricorrono esigenze di motivata eccezionale urgenza*"<sup>77</sup>.

In tema di detenzione domiciliare in "*deroga*", oltre alla clausola di "*motivata eccezionale urgenza*", si esplicita anche che il magistrato o il tribunale di sorveglianza competenti possano procedere alla fase decisoria, anche in assenza dei pareri, comunque richiesti. La diversa scelta legislativa di chiarire espressamente la facoltà del magistrato di decidere, anche in assenza di ricezione del parere richiesto, fa pensare che, in materia di permessi di necessità, ciò non sia possibile<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> Si ritiene che tale modifica procedurale valga anche per l'art. 147, co. 1 n. 2 c.p., laddove venga concesso nelle forme della detenzione domiciliare "*in deroga*" di cui all'art. 47-*ter*, co. 1-*ter* ord. penit.; sembrerebbero invece escluse le due ipotesi "*pure*" di differimento della pena, quello obbligatorio, di cui all'art. 146 c.p., rispetto al quale, almeno in linea teorica, non è consentita discrezionalità decisoria in capo al magistrato di sorveglianza, che esercita, in questo caso, una funzione "*meramente notarile*", e quello facoltativo, concesso dal magistrato, senza l'aggiunta di ulteriori prescrizioni. Trattasi di istituti di diritto penale sostanziale, e, come tali non soggetti ad interpretazioni estensive *in malam partem*: sono ipotesi, inoltre, così eccezionali, che, nella prassi, laddove si verificano implicano una situazione straordinaria di incapacità sopravvenuta del condannato di percepire il significato della propria pena, né gli effetti detentivi, né quelli risocializzanti. La pericolosità sociale risulta infatti pressoché azzerata, a fronte di un'infermità fisica tale da annullare gli effetti della pena sul condannato. In senso di coerenza del sistema, invece: DELLA BELLA, *Emergenza COVID e 41 bis: tra tutela dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche*, in *Sistema penale*, 01.05.2020.

<sup>76</sup> In questo senso: v. GIALUZ, *L'emergenza nell'emergenza: il decreto-legge n. 28 del 2020, tra ennesima proroga delle intercettazioni, norme manifesto e "terzo tempo" parlamentare*, in *Sistema penale*, 01.05.2020.

<sup>77</sup> Nel caso di istanze *ex art. 30-bis* ord. penit., le esigenze motiva di urgenza ricorrono, nella maggior parte dei casi, dato che si tratta di uno strumento assolutamente eccezionale: la giurisprudenza di legittimità, peraltro, è molto rigorosa, avendo di recente chiuso qualsiasi apertura per l'ammissibilità di permessi di necessità per motivi c.d. "*trattamentali*". Sul punto, v. MANCA, *La Cassazione conferma l'interpretazione restrittiva in materia di permessi di necessità c.d. "trattamentali"*, in *Il Penalista*, 17.12.2019. Nonostante, infatti, vi sia stato un allentamento dei presupposti applicativi del permesso di necessità, anche per motivi non necessariamente luttuosi, di fatto, ad oggi, la casistica è interamente basata su casi di circostanze familiari, luttuose o straordinarie (come l'assistenza al parto del proprio figlio). Per una sintesi della giurisprudenza di legittimità, in materia di 41-*bis*, v. MANCA, *41-bis: verso un bilanciamento dei diritti "illuminato" da parte della giurisprudenza di legittimità?*, in *Il Penalista*, 31 gennaio 2020.

<sup>78</sup> Sul punto, dovrebbe farsi un'applicazione *in bonam partem* della disposizione in materia di detenzione domiciliare c.d. "*in deroga*", anche alla luce della giurisprudenza di legittimità prevalente, per cui è attribuita autonomia decisoria al magistrato di sorveglianza anche in caso di informative giunte tardivamente, oppure, generiche e vaghe: sul punto, v. Cass. pen., Sez. I, 13.09.2016, n. 51878; Cass. pen., Sez. I, 16.05.2013, n. 49130; Cass. pen., Sez. I, 09.01.2009, n. 4195.

Tali informative, sono obbligatorie, ma non vincolanti quanto al contenuto: ad ogni modo, a fronte di pareri negativi, incombe sul magistrato di sorveglianza un onere di argomentazione particolarmente rafforzato, nella motivazione<sup>79</sup>.

Devono, inoltre, trattarsi di pareri *"sull'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata ed alla pericolosità sociale"*: in armonia con la giurisprudenza di legittimità, tali informative dovrebbero essere il più attuali, dettagliate e motivate possibili, così da fornire, in fase istruttoria, tutti gli elementi utili e necessari che confluiscono nel giudizio complessivo della pericolosità sociale del condannato<sup>80</sup>.

Come si è avuto modo di evidenziare, dalla disamina dei precedenti in materia, la fase istruttoria per la valutazione di istanze di cui agli artt. 147, co. 1 n. 2), nelle forme della detenzione domiciliare di cui all'art. 47-ter, co. 1-ter ord. penit. risulta, già, molto complessa e articolata: tali misure, infatti, rappresentano l'*extrema ratio*, solo laddove non sia più possibile la prosecuzione della detenzione a causa della salute del condannato. Parte integrante e preliminare del giudizio complessivo è, infatti, l'individuazione di altre soluzioni praticabili, o, all'interno di un'altra struttura penitenziaria specializzata, o, presso un ospedale esterno, o, un luogo esterno di cura, di cui agli art. 11 ord. penit.

Rappresentano, quindi, delle soluzioni assolutamente eccezionali, sulla base, peraltro, di requisiti già molto rigorosi. individuati, in parte dalle norme, e, in parte, dalla giurisprudenza di legittimità.

Solo laddove, infatti, tali vie non risultino praticabili, il magistrato di sorveglianza, alla luce di un bilanciamento di interessi, tra la tutela del singolo e la sicurezza collettiva, decide per la misura della detenzione domiciliare "in deroga": tale misura, come si è visto, rappresenta pur sempre una forma alternativa dell'espiazione della pena detentiva, anche se presso il domicilio. Si rivela, inoltre, la misura extramuraria più idonea per garantire, comunque, la prosecuzione dell'esecuzione penale e la tutela della sicurezza collettiva. Viene concessa, infatti, quando comunque a carico del condannato persista un margine di pericolosità sociale, ancorché scemato, per cui non sia possibile, nonostante la grave infermità fisica, procedere alla più ampia

<sup>79</sup> V. Cass. pen., I, 31.01.2017, n. 12841; Cass. pen., I, 20.03.2015, n. 16374; Cass. pen., I, 22.10.2015, n. 46065; Cass. pen., I, 16.09.2013, n. 41750; Cass. pen., I, 25.05.1999, n. 3870; Cass. pen., I, 22.04.1997, n. 2913.

<sup>80</sup> Le informazioni devono, infatti, esporre quegli elementi o quei fatti specifici e concreti, idonei a sorreggere la conclusione su cui riposa l'informativa: non sono ammissibili, quindi, mere ipotesi, congetture o supposizioni. Il tutto, inoltre, deve essere motivato, con l'indicazione delle fonti e del gruppo criminale rispetto al quale si desume l'attualità del collegamento. Più, infatti, la parte motiva è specifica, tanto più, la magistratura può *"formulare le proprie motivate decisioni sulla base di elementi che devono essere vagliati dalla stessa senza alcuna dismissione dello ius dicere in favore di organi privi di tale potere"*. Così: Cass., I, 28.01.2014, n. 7304.

misura del differimento della pena, senza prescrizioni aggiuntive. Può altresì essere anche una misura temporanea, eccezionalmente concessa per una situazione – come il *Covid-19* – straordinaria, cessata la quale, a fronte del venir meno dei presupposti applicativi, può comportare il reingresso in carcere; e, più in generale, è una misura suscettibile di revoca, laddove il condannato non si dimostri meritevole, nel corso dell'esecuzione della misura.

Dal punto di vista applicativo, quindi, la più grande novità è data dall'innesto procedimentale – all'interno di una fase istruttoria che comunque rimane ancorata ai principi esistenti in materia – della richiesta obbligatoria delle informative, e della determinazione di tempi minimi, prima dei quali – salvo un'eccezionale motivata urgenza – non è consentita una decisione in merito all'istanza presentata.

Del resto, un approccio simile è stato adottato anche dalla Corte costituzionale, n. 253 del 2019, nella parte in cui, pur dichiarando l'illegittimità dell'art. 4-bis, co. 1 ord. penit. al solo fine dell'accesso al permesso premio – ha imposto a carico dell'interessato un onere probatorio rafforzativo, a fronte di informative negative. Si è indicato, infatti, che: *“La magistratura di sorveglianza deciderà, sia sulla base di tali elementi, sia delle specifiche informazioni necessariamente ricevute in materia dalle autorità competenti, prima ricordate; con la precisazione che – fermo restando l'essenziale rilievo della dettagliata e motivata segnalazione del Procuratore nazionale antimafia o del Procuratore distrettuale (art. 4-bis, comma 3-bis, ordin penit.) – se le informazioni pervenute dal comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica depongono in senso negativo, incombe sullo stesso detenuto non il solo onere di allegazione degli elementi a favore, ma anche quello di fornire veri e propri elementi di prova a sostegno*<sup>81</sup>.

Anche in questo caso, ad ogni modo, il veto della DDA e DNA, come richiesto dall'art. 4-bis, co. 3-bis ord. penit., è stato nel corso degli anni ridimensionato dalla giurisprudenza di legittimità<sup>82</sup>, consentendo alla magistratura di

---

<sup>81</sup> Si fa riferimento al passaggio, § 9 della sentenza della Corte cost., 23.10.2019 (dep. 4.12.2019), n. 253. Sul punto, v., da ultimo, Cass. pen., Sez. I, 21.02.2020, n. 12554; Cass. pen., Sez. I, 21.02.2020, n. 12555. V., anche: Sul punto, v. Cass., I, 29.01.2020, n. 5553: *“Non è un caso, dunque, che lo stesso dispositivo della sentenza n. 253 menzioni espressamente le due proposizioni probatorie cui si è fatto cenno (attualità dei collegamenti/pericolo del loro ripristino) con portata certamente additiva, tale da determinare la costruzione di un sistema differenziato quanto alle valutazioni giurisdizionali posteriori alla decisione di incostituzionalità”*.

<sup>82</sup> In questo senso: Cass. pen., Sez. I, 13.09.2016, n. 51878; Cass. pen., Sez. I, 16.05.2013, n. 49130; Cass. pen., Sez. I, 09.01.2009, n. 4195, per cui: *“la valutazione espressa dal procuratore nazionale o distrettuale antimafia, che deve fondarsi su dettagliati, e non generici, elementi, non sia vincolante per il giudice, che deve sottoporla a controllo sia in ordine all'apprezzamento dei dati fattuali esposti sia in ordine all'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, avendo riguardo agli ulteriori elementi di valutazione tratti da altre fonti”*. Anche in questo caso, sebbene l'informativa non sia vincolante, deve, tuttavia, formare oggetto di specifico vaglio



sorveglianza di superare anche informative negative, a fronte di un complesso e articolato bilanciamento di interessi, sempre calibrati sulla singola posizione<sup>83</sup>.

Così varrà, si auspica, anche per le modifiche, sin qui commentate.

---

critico, con la conseguenza che una eventuale omissione comporta la nullità del provvedimento emesso. V., tra tutte, Cass. pen., Sez. I, 27.02.2008, n. 11661; Cass., Sez. I, 13.01.1994, n. 143.

<sup>83</sup> V. Trib. Sorv. Milano, (ord.) 01.12.2018, n. 1345/18; così: Cass. pen., Sez. I, 03.05.2016, n. 44163.