

COVID 19 e art. 41 bis Ord. pen.

In questi giorni vi è stato sui mezzi di informazione un ampio dibattito conseguente alla scarcerazione di detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41 bis ordinamento penitenziario o comunque in relazione a delitti di cui all'art. 51 comma 3 bis e 3 quater cod. proc. pen.¹

Il dibattito ha avuto inizio a seguito della disposta sospensione dell'esecuzione della pena "nelle forme della detenzione domiciliare" nei confronti di Bonura Francesco (si indica il nome essendo lo stesso stato pubblicato da moltissimi mezzi informazione) sulla scorta delle condizioni di salute del predetto ritenute gravi, del ridotto periodo di pena da espiare e del rischio di contagio da COVID 19 indicato come più probabile in ambiente affollato quale il carcere.

Il provvedimento è stato assunto in via di urgenza dal Magistrato di Sorveglianza ed al momento in cui si scrive non è ancora intervenuta la decisione del Tribunale di Sorveglianza.

Bonura era detenuto in regime di cui all'art. 41 bis ord. pen.² in espiazione di condanna per il delitto di cui all'art. 416 bis cod. pen.³ ed estorsione continuata.

Va preliminarmente ricordato che la normativa penitenziaria prevede un trattamento differenziato in relazione al diverso grado di pericolosità sociale dei detenuti ed a tal fine stabilisce due distinte "fasce di reati", secondo lo schema del doppio binario, con una netta diversificazione con riguardo all'accesso ai benefici penitenziari.

L'art. 4 bis comma I ord. pen. stabilisce il divieto di concessione dei benefici penitenziari per i condannati per talune ipotesi di delitto (tra i quali quelli aventi connotazione mafiosa). Il divieto incontra un'eccezione con riferimento ai collaboratori di giustizia ed una seconda deroga nelle ipotesi in cui la collaborazione sia oggettivamente impossibile o inesigibile, purché il condannato abbia rescisso ogni collegamento con la criminalità organizzata.

L'art. 147 cod. pen. disciplina i casi di differimento facoltativo della pena, fra i quali rientra l'ipotesi: "se una pena restrittiva della libertà personale deve essere eseguita contro chi si trova in condizioni di grave infermità fisica". La citata norma, all'ultimo comma, stabilisce che: "il provvedimento di cui al primo comma non può essere adottato o se adottato è revocato se sussiste il concreto pericolo della commissione di delitti".

¹ I delitti di cui si sta parlando sono associazione a delinquere, organizzazione e favoreggiamento dell'immigrazione clandestina a scopo di lucro e/o di sfruttamento minorile e/o della prostituzione e/o lavorativo

² L'articolo 41bis dell'ordinamento penitenziario è quello comunemente noto come "carcere duro"; esso è normalmente riservato ai detenuti per reati di mafia, di terrorismo, di eversione che prevede: isolamento in zone separate del carcere, custodia da parte di reparti speciali della Polizia Penitenziaria, un colloquio al mese audio e video registrato solo con i familiari ed i conviventi in locali attrezzati in modo da prevenire il passaggio di oggetti o in alternativa un colloquio telefonico al mese sempre registrato; fino a tre colloqui alla settimana con i difensori; limitazione delle somme dei beni e degli oggetti che possono ricevere dall'esterno, esclusione dalle rappresentanze dei detenuti e degli internati, impossibilità di comunicare, scambiare oggetti e cuocere cibi con altri detenuti.

³ Associazione di stampo mafioso

Non appare controverso che non sia stata ritenuta dal Magistrato di Sorveglianza la cessata appartenenza del Bonura all'organizzazione denominata "cosa nostra", dal momento che, pur affermando che sarebbe stato possibile il differimento facoltativo della pena, ha disposto la detenzione domiciliare in ragione della "caratura criminale".⁴

I parametri sui quali si fonda la decisione appaiono in contrasto con la giurisprudenza consolidata della Corte Suprema di Cassazione e altresì fondati su una motivazione non del tutto convincente.

La giurisprudenza di legittimità ha chiarito i rapporti fra differimento della pena e detenzione domiciliare:

"In presenza di una richiesta di rinvio dell'esecuzione della pena per grave infermità fisica, il giudice deve valutare se le condizioni di salute del condannato siano o meno compatibili con le finalità rieducative della pena e con le possibilità concrete di reinserimento sociale conseguenti alla rieducazione; all'esito di tale valutazione, qualora, tenuto conto della natura dell'infermità e di un'eventuale prognosi infausta "quoad vitam" a breve scadenza, l'espiazione della pena appaia contraria al senso d'umanità per le eccessive sofferenze da essa derivanti, ovvero appaia priva di significato rieducativo in conseguenza dell'impossibilità di proiettare in un futuro gli effetti della sanzione sul condannato, deve trovare applicazione l'istituto del differimento previsto dal cod. pen., mentre nel caso in cui le condizioni di salute, pur particolarmente gravi, non presentino le suddette caratteristiche di sofferenza o di prognosi infausta e richiedano i contatti con i presidi sanitari territoriali indicati dall'art. 47 ter, comma primo, lett. c), L. 26 luglio 1975 n. 354, può essere disposta la detenzione domiciliare ai sensi dell'art. 47 ter cit. (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 28555 del 18/06/2008 Cc. dep. 10/07/2008) Rv. 240602 – 01.

In motivazione, la S.C. ha precisato che la detenzione domiciliare, al pari delle altre misure alternative alla detenzione, ha come finalità il reinserimento sociale del condannato, mentre il differimento della pena previsto dagli artt. 146 e 147, comma primo, n. 2, cod. pen. mira soltanto ad evitare che l'esecuzione della pena avvenga in spregio del diritto alla salute e del senso d'umanità.

Si deve ricordare che, per i detenuti sottosti al regime detentivo di cui all'art. 41 bis ord. pen., in quanto ritenuti di elevata pericolosità siccome appartenenti ad organizzazioni mafiose dalle quali non risultino dissociati, il differimento della pena e la detenzione domiciliare sono consentiti solo quando non siano possibili in regime carcerario, neppure con trasferimento temporaneo in un centro clinico o in un ospedale esterno, le cure adeguate.

⁴ Appare chiaro che il Magistrato di Sorveglianza non abbia ritenuto che il Bonura abbia reciso i suoi legami con la criminalità organizzata e infatti ha disposto la detenzione domiciliare motivandola con la "caratura criminale" del detenuto.

Infatti, la Corte Suprema di cassazione, con sentenza n. 27352 del 17.5.2019, dep. il 19.6.201, ha affermato:

“Deve ritenersi acquisito nell'elaborazione giurisprudenziale di questa Corte il principio per cui il differimento facoltativo dell'esecuzione della pena detentiva per gravi motivi di salute, ex art. 147 comma primo, n. 2 cod.pen., pur non richiedendo un'incompatibilità assoluta tra la patologia da cui è affetto il condannato e il suo stato di detenzione carceraria, postula 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 nell'ambito carcerario, o comunque da far sì che l'espiazione della pena, per le sofferenze aggiuntive, eccessive e ingiustificate che ne derivano, avvenga in aperto dispregio del diritto alla salute e del senso di umanità al quale deve essere improntato il trattamento dei detenuti”.

Il provvedimento non ha considerato che, se ai sensi dell'art. 47 ter comma 1 ter ord. pen. la detenzione domiciliare al di fuori dei limiti di pena di cui al primo comma può essere concessa nei soli casi in cui sussistano i presupposti per il rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena, rimane comunque esclusa allorché vi sia il pericolo di reiterazione di reati, salvo che tale pericolo sia fronteggiabile alla luce delle modalità della detenzione domiciliare e delle prescrizioni imposte.

Pertanto nel caso in esame il Magistrato di Sorveglianza ha indicato la possibilità di contagio da COVID 19 (meramente ipotetica) sul solo assunto che sarebbe più probabile in un luogo affollato quale è il carcere e non considerando che i reparti di esecuzione della pena per detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41 bis ord. pen. escludono contatti con altri detenuti, tranne che in un ristrettissimo numero durante i momenti di socialità.

Ne consegue che i detenuti in tale regime di isolamento sono meno esposti al contagio di altri soggetti.

Pertanto neppure è stata congruamente valutata la presunzione relativa di pericolosità sociale pur considerata nella sentenza n. 253/2019 della Corte Costituzionale, stante l'assenza nel provvedimento, dopo l'affermata caratura criminale del soggetto, di prescrizioni adeguate a tale caratura. Con la menzionata sentenza la Corte Costituzionale ha ricordato che la presunzione relativa di pericolosità non può essere superata soltanto sulla base della regolare condotta carceraria o della partecipazione al percorso rieducativo, ma deve essere fondata sulla acquisizione di congrui e specifici elementi che consentano di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, stabilendo in proposito un preciso onere di allegazione in capo al richiedente.

La Corte costituzionale, nella richiamata sentenza n. 253/2019 ricordava tra l'altro:“che la partecipazione ad una associazione di stampo mafioso implica una adesione stabile ad un sodalizio

criminoso, di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali, dotato di particolare forza intimidatrice e capace di protrarsi nel tempo”.

Nel caso in esame le prescrizioni imposte non sembrano considerare che è essenziale, in ipotesi di persistenza del vincolo associativo, assicurare l'impossibilità di comunicare con altri associati anche per interposta persona.

Neppure si può ritenere che il provvedimento relativo al Bonura sia dipeso solo dalle indicazioni del D.A.P.

La Direzione Generale Detenuti e Trattamento del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, in data 21 marzo 2020 ha infatti inviato ai Provveditori e ai Direttori degli Istituti Penitenziari una nota con la quale ha riferito un elenco di patologie, cui sarebbe possibile riconnettere un elevato rischio di complicanze nell'attuale stato di emergenza da COVID 19, sollecitando le Direzioni a comunicare tempestivamente all'autorità giudiziaria il nominativo dei detenuti che si trovino in tali condizioni di salute.

Tale nota, inopportuna, non distingue tra detenuti comuni, detenuti in alta sorveglianza e detenuti in regime di cui all'art. 41 bis. Ord. pen. Neppure il D.A.P. ha sollecitato i direttori degli istituti a comunicare quali misure erano state adottate per evitare il pericolo di contagio, ma le diverse condizioni di detenzione dovrebbero pur sempre essere oggetto di valutazione da parte del giudice, il quale avrebbe ben potuto richiedere informazioni ulteriori.

Sembra che il provvedimento che ha innescato il dibattito non sia quindi in linea con la giurisprudenza esistente.

Tuttavia il legislatore è intervenuto con Decreto legge 20 aprile 2020, n. 28, che nell'art. 2 ha introdotto nuove regole procedurali⁵ che consistono, per le istanze proposte nell'interesse di detenuti

⁵ Si riporta per comodità si riporta il testo della disposizione: “Alla legge 26 luglio 1975, n. 354, sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'articolo 30-bis: 1) al primo comma sono aggiunti infine i seguenti periodi: «Nel caso di detenuti per uno dei delitti previsti dall'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale, l'autorità competente, prima di pronunciarsi, chiede altresì il parere del procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove ha sede il tribunale che ha emesso la sentenza e, nel caso di detenuti sottoposti al regime previsto dall'articolo 41-bis, anche quello del procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo in ordine all'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata ed alla pericolosità del soggetto. Salvo ricorrano esigenze di motivata eccezionale urgenza, il permesso non può essere concesso prima di ventiquattro ore dalla richiesta dei predetti pareri.»; 2) il nono comma è sostituito dal seguente: «Il procuratore generale presso la corte d'appello è informato dei permessi concessi e del relativo esito con relazione trimestrale degli organi che li hanno rilasciati e, nel caso, di permessi concessi a detenuti per delitti previsti dall'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale o a detenuti sottoposti al regime previsto 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.»; b) all'articolo 47-ter, dopo il comma 1-quater, è aggiunto il seguente: «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

per uno dei delitti previsti dall'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale, **nella richiesta di parere al procuratore della Repubblica del capoluogo di distretto in cui ha sede il Tribunale che ha pronunciato sentenza di condanna** (nell'ambito del cui ufficio si colloca la Direzione Distrettuale Antimafia). **Tale parere deve essere richiesto altresì al Procuratore Nazionale Antimafia e Antiterrorismo qualora si tratti di detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41 bis ord. pen.**

Si tratta all'evidenza di valutazione prudenziale del legislatore di urgenza alla luce delle polemiche innescate ma che, pur se utile, nulla cambia del quadro giurisprudenziale sopra riferito.

Poiché, anche in dibattiti fra giuristi, si è fatto riferimento al principio di uguaglianza, applicabile anche ai detenuti, va ricordato che il principio citato implica trattamenti identici per identiche situazioni e viceversa trattamenti diversi per situazioni diverse.

I detenuti che, in ragione della loro pericolosità sono limitati nei contatti, sono meno esposti al rischio di contagio COVID rispetto agli altri detenuti e ciò giustifica un atteggiamento di cautela a fronte delle altrettanto importanti esigenze di tutela collettività.

Alessandra Dolci

Procuratore della Repubblica Aggiunto
presso il Tribunale ordinario di Milano
delegato alla Direzione Distrettuale Antimafia

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.».