

# L'ERMENEUTICA DELL'EMERGENZA E I PRESUPPOSTI PER LA CARCERAZIONE PREVENTIVA

di *Lorenzo Cattelan*

Corte di Cassazione, sez. VI, 23 settembre 2020, n. 27917

## MASSIMA

L'incompatibilità tra le condizioni di salute del detenuto e il regime carcerario, in considerazione del rischio di contrarre l'infezione da Covid-19, deve risultare da **elementi specifici che rivelino fattori di effettivo e concreto pericolo**, alla luce anche delle specifiche misure di prevenzione adottate nell'istituto per garantire la distanza di sicurezza tra detenuti "a rischio". Inoltre, deve essere verificata la possibilità che i detenuti in condizioni di salute più precarie possano godere del trasferimento presso altri istituti o presso strutture sanitarie più adeguate all'interno del circuito penitenziario.

## PREMESSA

La diffusione pandemica da *Coronavirus*, tornata tristemente ad interessare in maniera incisiva la nostra quotidianità, ripropone tra gli interpreti del diritto penitenziario le vivaci discussioni sorte con il decreto legge 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. *Cura Italia*), introduttivo, tra le altre, della misura extramuraria emergenziale di cui all'art. 123.

Da ultimo, il **decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137** ha stabilito:

- la proroga delle licenze *extra ordinem* ai detenuti semiliberi sino al 31 dicembre 2020 (art. 28);
- la concedibilità di permessi premio *extra ordinem* solo ai ristretti già permessanti, purché già ammessi al lavoro all'esterno ai sensi dell'art. 21 o.p. (art. 29);
- una nuova forma di detenzione domiciliare, speculare a quella prevista dal citato art. 123 d.l. 18/2020, con divieto però di scioglimento del cumulo per i condannati all'art. 416-*bis* c.p. (nonché per coloro che si siano resi responsabili di delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui al medesimo articolo ovvero al fine di agevolare le attività delle organizzazioni in esso previste) nel caso cui il giudice della cognizione o dell'esecuzione abbia accertato la connessione teleologica, ovvero riconosciuto il concorso formale o la continuazione (art. 30).

I decreti legge sinora emanati, dunque, hanno provveduto a far fronte al rischio da contagio all'interno delle carceri predisponendo misure deflative per i già condannati (detenuti c.d. *definitivi*). Diversamente, nulla è stato previsto per gli imputati, salvo quanto si dirà successivamente.

Gli stringenti requisiti previsti dal legislatore ai fini della concessione delle neofite misure extramurarie – si pensi che la detenzione domiciliare *ex art. 123 d.l. 18/2020* è pressoché sovrapponibile alla già esistente misura dell'esecuzione della pena presso il domicilio di cui alla Legge n. 199/2010 – hanno indotto parte degli interpreti ad auspicare un'interpretazione “a maglie larghe” di ulteriori istituti previsti dall'ordinamento penitenziario, primo fra tutti quello attinente al **rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena *ex art. 147 c.p.*** Del resto, già con raccomandazione del 20 marzo 2020, l'*European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT)* ha invitato gli Stati membri del Consiglio d'Europa a valorizzare, in questa straordinaria emergenza pandemica, l'adozione di tutte le soluzioni alternative alla privazione della libertà, a partire proprio da un «greater use of alternatives to pre-trial detention».

Tale ermeneutica dell'emergenza, tuttavia, si scontra con il principio di separazione dei poteri e con il generale principio di legalità, per le ragioni che si vedranno.

In questo senso, la sentenza in commento, pronunciata dalla Sesta Sezione della Corte di Cassazione, si iscrive condivisibilmente tra le (oramai maggioritarie) pronunce giurisprudenziali a favore delle istanze legalitarie.

## **SOGGETTI IN CUSTODIA CAUTELARE ED EMERGENZA SANITARIA**

Come si è accennato, per **quanto concerne i reclusi sottoposti a misura cautelare, il legislatore non ha previsto alcuna misura di “sfollamento”**. In contumacia del Parlamento, assumono particolare rilievo le indicazioni della magistratura requirente – fornite in occasione della prima ondata pandemica – contenute nel **documento del 1 aprile 2020**, a firma del **Procuratore generale della Corte di cassazione**, Giovanni Salvi.

Più approfonditamente, detto documento, mosso dall'espresso intento di stimolare un alleggerimento delle presenze carcerarie *non necessarie*, con riguardo al **flusso in entrata** negli istituti, ha invitato i pubblici ministeri a privilegiare la richiesta di arresti domiciliari, ove necessario anche con il braccialetto elettronico (ad eccezione dei casi di rilevante gravità e di assoluta incompatibilità).

Con riguardo invece al **flusso in uscita** dal carcere, il documento ha inteso incentivare i PM nella richiesta di revoca o attenuazione delle misure cautelari già disposte. In altri termini, nella costante verifica dei presupposti in ordine alle eventuali sopravvenienze incidenti sulla proporzionalità della custodia in carcere (in relazione alla entità del fatto o alla sanzione irroganda), il P.M. viene chiamato a valutare se l'affievolimento delle esigenze cautelari ovvero lo stato di salute dei detenuti (laddove le patologie pregresse, sia pure ritenute compatibili con la detenzione intramuraria, potrebbero comportare un pericolo *quod vitam*) possano consigliare la sostituzione della misura con quella degli arresti domiciliari. Questo, in tutti i casi in cui la disponibilità di un alloggio lo consenta, con l'applicazione del braccialetto elettronico, laddove disponibile.

## **LA VICENDA**

La vicenda origina dal provvedimento emesso il 14 aprile 2020 dal Tribunale di Roma, con cui il Collegio ha disatteso l'istanza difensiva di un **imputato – affetto da una grave forma di**

**pancreatite – sottoposto alla custodia cautelare in carcere**, volta all'ottenimento della meno contentiva misura degli arresti domiciliari. Avverso tale decisione, i difensori dell'interessato – detenuto presso la casa circondariale di Frosinone per violazione delle normative in materia di sostanze stupefacenti e di armi, nonché per ricettazione – hanno presentato appello ai sensi dell'art. 310 c.p.p., che tuttavia è stato rigettato sulla base della **non riconosciuta incompatibilità delle condizioni fisiche dell'imputato con il regime intramurario** e della insussistenza dei presupposti per estendere al predetto gli effetti favorevoli delle decisioni adottate, invece, dal giudice del procedimento nei confronti di due coimputati beneficiari degli arresti in casa.

Avverso la summenzionata ordinanza d'appello, l'interessato ha quindi presentato ricorso in Cassazione, deducendo i vizi di violazione di legge *ex artt. 275 e 299 c.p.p.* e di difetto di motivazione, per avere il Tribunale di Roma illogicamente disatteso le ragioni d'appello senza tenere adeguatamente conto della storia clinica del detenuto; per non avere ragionevolmente tenuto conto degli esiti delle valutazioni dell'area sanitaria dell'Istituto di pena, che aveva concluso nel senso di ritenere sussistente un aumento del pericolo *quod vitam* in caso di infezione da Covid-19; e, da ultimo, per aver omesso di considerare che i coimputati dell'interessato, pur trovandosi in una posizione sostanzialmente analoga, hanno beneficiato degli arresti domiciliari.

La questione attinente alla pronuncia in commento si iscrive, pertanto, nel dibattito circa **l'inquadramento del fenomeno pandemico provocato da Covid-19 tra i criteri valutativi rilevanti in una logica presuntiva oppure alla stregua di una prognosi postuma rispetto alla verifica della pericolosità cautelare dell'imputato.**

## LA PRONUNCIA DELLA CASSAZIONE

La richiamata inettitudine del legislatore in ordine all'integrazione dei presupposti utili alla concessione delle misure custodiali extramurarie *ex art. 275, co. 4-bis e 4-ter, cod. proc. pen.*, unitamente ai vizi sostanziali propri dell'impugnazione presentata dall'interessato, hanno condotto gli ermellini a dichiarare inammissibile il ricorso.

In *primis*, la Sesta Sezione ne evidenzia il **difetto di genericità**, dal momento che le censure avanzate dai legali del recluso avverso l'impugnata decisione del Tribunale di Roma non poggiano su *precisi* elementi di fatto e di diritto ma, al contrario, si risolvono nella ripetizione più o meno sintetica dei motivi già dedotti in sede d'appello *ex art. 310 c.p.p.* e motivatamente respinti. Nondimeno, il ricorso ha finito per criticare l'approccio "ideologico" al problema seguito dal Tribunale romano, sollecitando il rispetto di valori fondamentali definiti dalla Costituzione e da convenzioni internazionali.

Oltretutto – osserva la Cassazione – i Giudici dell'appello cautelare risultano aver compiutamente argomentato il provvedimento gravato, avendo esposto che:

- le condizioni di salute del ricorrente non potevano considerarsi particolarmente gravi, tenuto conto delle risultanze delle recenti relazioni provenienti dal carcere e del rifiuto del soggetto a sottoporsi ad ulteriori esami di approfondimento clinico;

- il trasferimento ad altro istituto di pena non era necessario, dal momento che non vi erano i presupposti per ritenere che, nella situazione concreta, vi fosse un reale pericolo *quod vitam* per l'interessato (pregiudizio, dunque, esistente solo a livello ipotetico).

In secondo luogo, la Suprema Corte prende posizione sul contenuto del comma 4-bis dell'art. 275 c.p.p., affermando che la disposizione richiede una *situazione di concreta ed effettiva, non anche di ipotetica o potenziale, incompatibilità tra le condizioni di salute del recluso e il suo stato di detenzione, se del caso valutate come tali da non consentire adeguate cure in caso di detenzione in carcere.*

In tale ottica, la verifica della specifica realtà della casa circondariale di Frosinone, ove il ricorrente si trova ristretto, ha consentito già ai giudici di merito di accertare la bontà delle **misure precauzionali adottate** per garantire un adeguato rispetto del distanziamento sociale tra i detenuti a rischio, nonché la possibilità per i reclusi che si trovano in condizioni di salute più precarie di godere del **trasferimento presso altri istituti** o presso strutture sanitarie più adeguate all'interno del circuito penitenziario.

In altri termini, pur riconoscendo che la patologica situazione di sovraffollamento in cui versano le carceri italiane possa costituire un fattore di agevolazione della diffusione del virus, la Sesta Sezione ha ritenuto – nel rispetto del principio di separazione dei poteri – di **non poter innovare il dettato legislativo**, e quindi di non poter creare un nuovo criterio di scelta nell'applicazione delle misure cautelari. Il comma 4-bis dell'art. 275 cod. proc. pen., nel riferirsi ad una "*malattia particolarmente grave, per effetto della quale le condizioni di salute [dell'imputato] risultano incompatibili con lo stato di detenzione e comunque tali da non consentire adeguate cure in caso di detenzione in carcere*", non legittima quindi l'interprete a disporre la misura custodiale meno contenitiva sulla base di mero giudizio prognostico ipotetico.

Da ultimo, i Giudici affrontano la questione attinente alla lamentata disparità **di trattamento tra il ricorrente e i coimputati**, questi ultimi beneficiari degli arresti domiciliari. Sul punto, peraltro, occorre premettere che l'impugnante nulla ha provato in merito alla diversità del contributo eziologico alla consumazione dei delitti ovvero al differente profilo cautelare soggettivo proprio di ciascun coimputato, sul presupposto che sia compito del giudice di merito verificare tali circostanze.

A tal proposito, quindi, la Corte richiama il consolidato orientamento giurisprudenziale – adottato, da ultimo, da Corte Cass., Sez. III, 28 gennaio 2020, n. 7748, Mazza – secondo cui, in tema di esigenze cautelari, **la posizione processuale di ciascun coindagato o coimputato è autonoma**, in quanto la valutazione da esprimere si fonda, oltre che sulla diversa entità del contributo materiale e/o morale assicurato alla realizzazione dell'illecito da ognuno dei concorrenti, anche su profili strettamente attinenti alla personalità del singolo, sicché può risultare giustificata l'adozione di regimi difformi, pur a fronte della contestazione di un medesimo fatto di reato.

Come anticipato, per quanto sopra esposto, la Suprema Corte ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso.

## SPUNTI DI RIFLESSIONE

*L'ermeneutica dell'emergenza* – inevitabilmente operante anche in ambito penitenziario – non deve certamente trascurare la portata fondamentale del diritto alla salute, che, al contrario, risulta indivisibile dalla tutela dei diritti del detenuto durante tutto l'arco esecutivo della pena. In questo senso, **le risposte alle necessità di cura del soggetto ristretto non sono legittimamente diversificabili rispetto alle soluzioni fornite al resto della collettività**. Ne è riprova la scomparsa della sanità penitenziaria e la sua riconduzione alla sanità generale, ovvero a quella regionale.

In ogni caso, le norme messe a disposizione dal legislatore a favore dei reclusi, nonostante l'emergenza in atto, sono quelle che tutti noi conosciamo, niente di più e niente di meno. **Le norme esistenti**, in altri termini, **non hanno una geometria variabile**. E (anche) su queste norme, gradite o meno che siano, deve basarsi **l'assoggettamento del giudice alla legge**. Anzi, si può pure dire che esse costituiscano l'indipendenza stessa del Magistrato, fermo restando – come noto – l'obbligo di interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme (nonché di disapplicazione delle norme interne contrastanti con il diritto UE).

**L'imparzialità del giudice**, in questo contesto, se da un lato deve tenere in considerazione gli stimoli interpretativi sollecitati dalla mutata realtà fattuale, dall'altro lato **non può rivelarsi strumento teleologicamente diretto alla manipolazione dei presupposti applicativi delle norme messe a disposizione dell'ordinamento**. In ciò si fonda il divieto di analogia delle norme di cui si discute.

Nel dettaglio, l'analisi dell'art. 275, co. 4-bis e 4-ter, cod. proc. pen. (così come degli artt. 684, comma secondo, cod. proc. pen. e 147 cod. pen. in relazione ai soggetti condannati in via definitiva), fa emergere con chiarezza quanto sino ad ora sostenuto. Il co. 4-bis testualmente sancisce che *non può essere disposta né mantenuta la custodia cautelare in carcere quando l'imputato è persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria accertate ai sensi dell'articolo 286-bis, comma 2, ovvero da altra malattia particolarmente grave, per effetto della quale le sue condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione e comunque tali da non consentire adeguate cure in caso di detenzione in carcere*; il co. 4-ter, invece, con riferimento all'ipotesi richiamata dal comma precedente, prevede che, *se sussistono esigenze cautelari di eccezionale rilevanza e la custodia cautelare presso idonee strutture sanitarie penitenziarie non è possibile senza pregiudizio per la salute dell'imputato o di quella degli altri detenuti, il giudice dispone la misura degli arresti domiciliari presso un luogo di cura o di assistenza o di accoglienza*.

Sul punto, non può che ritenersi condivisibile il tradizionale orientamento della giurisprudenza, secondo cui l'impossibilità di disporre la custodia cautelare in carcere – o la necessità di revocare quella disposta –, in presenza di condizioni di salute particolarmente gravi, va valutata in relazione allo **stato clinico attuale** del detenuto; pertanto, essa non sussiste nel caso di una patologia che, oltre a presentare ipotesi meramente eventuali di eventi acuti, non prospetti pericolo attuale e concreto di esiti infausti, e possa facilmente trattarsi con una terapia farmacologica

praticabile e praticata all'interno del carcere (Cass., Sez. VI, 28 giugno 1995, n. 2629, *Audino*, Rv. 202442; Cass., Sez. V, 15 dicembre 1994, n. 5167, *Iannace*, Rv. 200463).

**Analogamente, l'art. 684, comma secondo, cod. proc. pen.** (norma riservata ai detenuti che stanno spiando in carcere una condanna definitiva), affidando al magistrato di sorveglianza la valutazione prognostica della valutazione di rinvio dell'esecuzione della pena riservata al tribunale, laddove menziona il grave pregiudizio per il condannato derivante dalla protrazione dello stato di detenzione, **non fa di certo riferimento ex se al rischio da contagio né, tantomeno, alla carenza trattamentale** – peraltro destinata (quantomeno) prioritariamente ai cd. *definitivi* – **che l'attuale emergenza sanitaria determina all'interno delle carceri.**

Il requisito della *malattia fisica particolarmente grave* di cui agli artt. 275, co. 4-bis, cod. proc. pen. e 147 cod. pen., infatti, presuppone la presenza di una significativa patologia fisica **in essere**, che, scientificamente, in relazione ad un comprovato rischio – maggiore di quello extramurario –, abbia l'attitudine **attuale** a divenire, di per sé, grave o irreparabile nel caso in cui scattasse il contagio. Com'è già stato autorevolmente notato, in tutti gli altri casi (compreso quello del detenuto che abbia contratto il *coronavirus* ma sia asintomatico nonché privo di altre rilevanti patologie e pertanto, nel concreto momento, compatibile con la condizione carceraria), l'unico rimedio è costituito dall'**isolamento intramurario**.

Significativo, in tal senso, è notare che *i dati ad oggi relativi alla diffusione della pandemia confermano che le scelte normative ed amministrative adottate sono state utili al contenimento del contagio negli ambienti detentivi: in carcere, la diffusione del virus COVID 19 è stata - per quanto consta dalle notizie diffuse dagli enti competenti - inferiore tendenzialmente a quella di altri ambienti di contatto necessario, come le Residenze per Anziani e, a volte, gli stessi Ospedali* (Cass., Sez. VI, 15 settembre (dep. 6 ottobre) 2020, n. 27775).

A quanti criticano questa presa di posizione valorizzando l'oggettiva difficoltà delle strutture penitenziarie di attuare il disposto di cui all'art. 11, comma undicesimo, ord. penit. soccorre un noto brocardo: ***adducere inconueniens non est solvere argumentum.***

Concludendo, quindi, la tutela del diritto alla salute – non irragionevolmente ritenuto prevalente rispetto al contenimento della pericolosità cautelare e al dovere di esecuzione della pena detentiva –, **nelle ipotesi di non attualità del grave pregiudizio fisico** del singolo detenuto, esige, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore (al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione) –, **il rafforzamento della risposta amministrativa** e la predisposizione di ulteriori spazi carcerari deputati all'isolamento sanitario.

Per quanto attiene, infine, alle impugnazioni avverso pronunce *ex art. 310 c.p.p.*, occorre sottolineare che **la motivazione del provvedimento che si muove in ambito cautelare e coercitivo è censurabile, in sede di legittimità, solo quando sia priva dei requisiti minimi di coerenza, completezza e logicità**, al punto da risultare meramente apparente, oppure assolutamente inidonea a rendere comprensibile il filo logico seguito dal giudice di merito, o talmente priva di coordinazione e carente dei necessari passaggi logici da far risultare incomprensibili le ragioni che hanno giustificato l'applicazione della misura, sfociando in tal modo nella categoria della

"manifesta illogicità" (*ex multis*, Cass., Sez. VI, 12 novembre 2015, n. 49153, *Mascolo*, Rv. 265244; Cass., Sez. I, 7 dicembre 1999, n. 6972, *Alberti*, Rv. 215331).

A tale regola è poi associato l'onere dell'interessato – a pena di specificità *ex art. 581 c.p.p.* dei motivi, e quindi d'inammissibilità del ricorso – di indicare, nel momento stesso in cui impugna un provvedimento, i motivi di gravame che intenda formulare. In questo senso, anche la giurisprudenza più recente ritiene che non può ammettersi una interpretazione d'ufficio della sua volontà in ipotesi inespressa o non chiara, in considerazione del fatto che i motivi hanno la funzione di precisare i limiti della devoluzione (Cass., Sez. VI, 15 settembre (dep. 6 ottobre) 2020, n. 27775).

Prendendo le mosse dal caso di specie, quindi, emerge come sia onere del ricorrente provare:

- **l'attualità e la serietà del pericolo *quod vitam***, con riferimento specifico alla storia clinica dell'interessato ed in relazione alle concrete caratteristiche dell'Istituto detentivo di riferimento;
- **l'eventuale omogeneità dell'entità del contributo** materiale e/o morale assicurato alla realizzazione dell'illecito da ognuno **dei coimputati**, anche su profili strettamente attinenti alla personalità del singolo, ai fini dell'ottenimento della misura cautelare più favorevole (irragionevolmente) applicata ad uno solo dei presunti correi.