

COVID-19 E DIRITTO ALLA SALUTE DEI DETENUTI: UN TENTATIVO, MAL RIUSCITO, DI SEMPLIFICAZIONE DEL PROCEDIMENTO PER LA CONCESSIONE DELL'ESECUZIONE DOMICILIARE DELLA PENA (DALLE MISURE STRAORDINARIE DEGLI ARTT. 123 E 124 DEL D.L. N. 18/2020 ALLE RECENTI NOVITÀ DEL D.L. N. 29/2020)

di Antonino Pulvirenti

(Professore associato di diritto penale presso l'Università LUMSA di Palermo)

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. L'esecuzione della pena domiciliare (art. 123 d.l. 18/2020, conv. in l. 27/2020): i presupposti; 2.1 (*Segue*) I gravi motivi ostativi e il regime probatorio; 2.2. (*Segue*) l'idoneità del domicilio e il controllo elettronico; 2.3 (*Segue*) le posizioni soggettive particolari (il minorenni e il tossicodipendente) e l'efficacia temporale della nuova misura domiciliare; 2.4 (*Segue*) il procedimento e il rinvio all'art. 1 l. 199/2010; 3. Le "super licenze" ai semiliberi; 4. Covid-19, differimento della pena (artt. 146, 147 Cp), detenzione domiciliare (art. 47-ter Op) e la doppia sfera (individuale e collettiva) della tutela della salute in carcere; 5. Il d.l. 10.5.2020 n. 29: un atto di sfiducia nei confronti della Magistratura di sorveglianza.

1. La recente pandemia provocata dal virus Covid-19 ha creato, in tutto il mondo, uno stato di grave allarme sociale¹, determinato dalla capacità del nuovo agente patogeno di diffondersi territorialmente con grande rapidità e con un elevato indice di contagiosità². La rapidità con la quale il virus ha fatto irruzione nella "vita globale" ha

¹ Al 5 maggio 2020, secondo i dati pubblicati dal Ministero della Salute, nel mondo, dall'inizio dell'epidemia, i casi di contagio accertati ammontavano a 3.489.053 e le morti riconducibili al contagio a 241.559 (v. www.salute.gov.it). Nella graduatoria dei Paesi europei con la più alta trasmissione locale l'Italia occupa (alla stessa data) la seconda posizione, con 211.938 casi e 29.079 morti, superata solo dalla Spagna (217.466 casi e 25.264 morti). Per un costante aggiornamento di tali dati, v. who.maps.arcgis.co. La dichiarazione con la quale l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha considerato ufficialmente una pandemia «il focolaio internazionale di infezione da nuovo coronavirus SARS-CoV-2» risale all'11 marzo 2020, dopo che, il 30 gennaio 2020, lo stesso organismo aveva dichiarato lo stato di «emergenza di salute pubblica di interesse internazionale (*PHEIC, Public Health Emergency of International Concern*)» (v. www.epicentro.iss.it, 12.3.2020).

² Trattasi, scientificamente, del «numero di riproduzione di base» (RO), che «misura la potenziale trasmissibilità di una malattia infettiva». In particolare, «rappresenta il numero medio di infezioni secondarie prodotte da ciascun individuo infetto in una popolazione completamente suscettibile cioè mai venuta a contatto con il nuovo patogeno emergente» (definizioni tratte dal sito istituzionale dell'Istituto Superiore della Sanità: www.iss.it, 5.2.2020).

reso necessario l'approntamento di una serie di misure sanitarie volte a contrastarne la diffusione, tramite una indicazione comportamentale di base: il c.d. «distanziamento sociale»³.

Tale prescrizione, comportando la suddivisione delle aree comuni in spazi fruibili solo individualmente, non poteva che rivelarsi di difficilissima attuazione nelle c.d. “istituzioni totali”, ovverosia in quelle strutture dove una comunità di persone, per varie ragioni (di giustizia, di salute, di lavoro, ecc.), è tenuta a condividere i propri movimenti entro confini coattivamente delimitati. Tra queste, poi, la situazione non poteva che assumere dimensioni ancora più problematiche negli istituti penitenziari, posto che in essi la presenza umana non è “gestibile” attraverso l'autodeterminazione di chi vi dimora e non è soggetta al rispetto di una soglia massima di capienza (ragion per cui, anche quando la popolazione di tali istituti supera il limite di tollerabilità, non vi è modo di differire l'ingresso del “nuovo giunto” al momento in cui si rende nuovamente disponibile uno spazio detentivo idoneo)⁴.

Date tali premesse, la complessità della situazione non solo si è puntualmente manifestata ma, collocandosi in un contesto di edilizia penitenziaria già estremamente saturo⁵, si è presto trasformata in un vero e proprio dramma, che la comunità libera ha potuto percepire in tutta la sua esplosività con le sommosse carcerarie del 7 marzo 2020 e dei giorni seguenti⁶, sebbene appaia ragionevole il dubbio che l'effettiva gravità

³ In ordine agli effetti positivi che le *community social distancing measures* possono avere sulle onde pandemiche, cfr. *Guide to public health measures to reduce the impact of influenza pandemics in Europe – ‘The ECDC Menu’*, in www.ecdc.europa.eu, 17.6.2009.

⁴ L'inesistenza di un meccanismo adatto a tale scopo è stata oggetto di un giudizio di costituzionalità. Precisamente, è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'articolo 147 del Codice penale nella parte in cui non prevede, oltre ai casi ivi espressamente contemplati, l'ipotesi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità (così qualificabili, in base all'art. 3 della Cedu, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che ritiene integrato il carattere disumano e degradante laddove alla persona detenuta sia riservato uno spazio nella camera di detenzione inferiore o pari a mq. 3, indipendentemente dalle condizioni di vita comunque garantite nell'istituto penitenziario). La Corte costituzionale ha ritenuto la questione inammissibile, «per la pluralità di soluzioni normative che potrebbero essere adottate» e che «fa escludere l'asserito carattere "a rime obbligate" dell'intervento additivo sull'art. 147 c.p.», ma, al contempo ha riconosciuto «l'effettiva sussistenza del *vulnus* denunciato dai rimettenti» e rimarcato «la necessità che l'ordinamento si doti di un rimedio idoneo a garantire la fuoriuscita dal circuito carcerario del detenuto che sia costretto a vivere in condizioni contrarie al senso di umanità» (v. C. cost., 22.11.2013 n. 279, in *CP* 2014, 506 ss.).

⁵ Il dato è sottolineato da E. Dolcini-G.L. Gatta, *Carcere, coronavirus, decreto ‘Cura Italia’: a mali estremi, timidi rimedi*, in www.sistemapenale.it, 20.3.2020: «al 29 febbraio 2020 la popolazione penitenziaria ammontava a 61.230 detenuti, a fronte di una capienza regolamentare di 50.931: rispetto a una situazione fisiologica, le carceri italiane ‘ospitavano’ dunque 10.299 persone in eccesso, per un tasso di sovraffollamento del 120%».

⁶ Trattasi delle sommosse verificatesi, a partire dal 7 marzo 2020, in più istituti penitenziari (le più gravi a Modena e Foggia), che hanno provocato tredici decessi (tra i detenuti che, approfittando del disordine, hanno occupato l'infermeria e fatto incetta di metadone), il ferimento di molti agenti, danni materiali per milioni di euro e l'evasione di decine di condannati (sulle «misure urgenti» volte ripristinare «la piena funzionalità e

del fenomeno non sia ancora interamente emersa a causa della nota barriera comunicativa tra il mondo carcerario e la società libera⁷.

garantire le condizioni di sicurezza degli istituti penitenziari danneggiati», tramite «la realizzazione di interventi urgenti di ristrutturazione e di rifunzionalizzazione delle strutture e degli impianti», da eseguire «con le procedure di cui all'articolo 163 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, anche in deroga ai limiti di spesa ivi previsti», v. art. 86 co. 1 e 2 d.l. 18/2020). Per la ricostruzione, in chiave critica, di tali eventi, v. G. Rizzo, *Le rivolte nelle carceri sono il frutto di crisi vecchie e nuove*, in www.internazionale.it, 11.3.2020, il quale sottolinea come molti di essi siano stati legati da un «filo rosso», rappresentato dalla «paura del contagio del nuovo coronavirus» e dalla «rabbia per le misure decise dalle autorità carcerarie per contenerlo». In quest'ultimo senso, si fa riferimento, in particolare, al d.l. 8.3.2020 n. 11, che ha stabilito lo svolgimento a distanza («mediante, ove possibile, apparecchiature e collegamenti di cui dispone l'amministrazione penitenziaria e minorile o mediante corrispondenza telefonica»), fino al 22 marzo 2020, dei colloqui dei detenuti e degli internati «con i congiunti o con altre persone» (art. 2 co. 8 d.l. 11/2020) e attribuito alla Magistratura di sorveglianza il potere di «sospendere», nel periodo compreso tra la data di entrata in vigore del decreto (8.3.2020) ed il 31 maggio 2020, la concessione dei permessi premio e del regime di semilibertà (art. 2 co. 9 d.l. 11/2020). Il decreto legge qui citato (per il cui commento, v. G. Battarino, *Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza da COVID-19*, in www.questionegiustizia.it, 9.3.2020) è stato successivamente abrogato dall'art. 1 co. 2 l. 24.4.2020 n. 27, in virtù del quale «restano validi gli atti ed i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti» sulla base del medesimo decreto. Nel frattempo, però, la modalità di svolgimento a distanza dei colloqui tra i detenuti e i propri congiunti o altre persone è stata ribadita, con la medesima scadenza temporale (fino al 22.3.2020), nell'art. 83 co. 16 d.l. 17.4.2020 n. 18, conv. in l. 24.4.2020 n. 27. Giunta la suddetta scadenza, ha continuato a trovare applicazione il d.P.C.m. 8 marzo 2020 (in *Gazz. Uff.*, 8.3.2020, n. 59), il cui art. 2 lett. u prevede che «i colloqui visivi si svolgono in modalità telefonica o video, anche in deroga alla durata attualmente prevista dalle disposizioni vigenti», con la possibilità che, «in casi eccezionali» sia «autorizzato il colloquio personale, a condizione che si garantisca in modo assoluto una distanza pari a due metri». Da ultimo, l'art. 4 d.l. 10.5.2020 n. 29, al primo comma ha stabilito che, «al fine di consentire il rispetto delle condizioni igienico-sanitarie idonee a prevenire il rischio di diffusione del COVID-19, negli istituti penitenziari e negli istituti penali per minorenni, a decorrere dal 19 maggio 2020 e sino alla data del 30 giugno 2020, i colloqui con i congiunti o con altre persone cui hanno diritto i condannati, gli internati e gli imputati a norma degli articoli 18 della legge 26 luglio 1975, n. 354, 37 del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230, e 19 del decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 121, possono essere svolti a distanza, mediante, ove possibile, apparecchiature e collegamenti di cui dispone l'amministrazione penitenziaria e minorile o mediante corrispondenza telefonica, che può essere autorizzata oltre i limiti di cui all'articolo 39, comma 2, del predetto decreto del Presidente della Repubblica n. 230 del 2000 e all'articolo 19, comma 1, del decreto legislativo n. 121 del 2018»; e, al secondo comma, che «il direttore dell'istituto penitenziario e dell'istituto penale per minorenni, sentiti, rispettivamente, il provveditore regionale dell'amministrazione penitenziaria e il dirigente del centro per la giustizia minorile, nonché l'autorità sanitaria regionale in persona del Presidente della Giunta della Regione stabilisce, nei limiti di legge, il numero massimo di colloqui da svolgere con modalità in presenza, fermo il diritto dei condannati, internati e imputati ad almeno un colloquio al mese in presenza di almeno un congiunto o altra persona».

⁷ Sul tema, cfr. la severa critica di E. Santoro, *Diritto alla salute e prevenzione in carcere: problemi teorici e pratici di gestione del coronavirus negli istituti di pena*, in www.la legislazione penale.eu 3.5.2020, 1: «a dispetto del fatto che il trattamento risocializzante dovrebbe portare a responsabilizzare i detenuti, si è deciso che la comunità carceraria è composta da soggetti immaturi a cui non si deve dire come stanno le cose e quindi, di conseguenza, non lo si dice neppure agli altri cittadini. Le informazioni su detenuti e agenti positivi, persino sui detenuti morti, non sono comunicate ufficialmente dalle ASL, alle quali da circa quindici anni è stata affidata la tutela della salute dei detenuti, o dall'Amministrazione Penitenziaria, ma dai sindacati degli agenti e, in forma aggregata a livello nazionale, dai Bollettini del Garante nazionale di diritti delle persone detenute e private della libertà, che non hanno una grande diffusione al di fuori degli addetti ai lavori».

Da qui, l'esigenza di intervenire tempestivamente perseguendo l'unico obiettivo oggettivamente compatibile con la descritta situazione di sovraffollamento penitenziario, vale a dire la rapida diminuzione del numero di detenuti ospitati negli istituti di pena. Superfluo, invero, sottolineare la non praticabilità della soluzione "inversa", cioè quella di aumentare gli spazi a disposizione degli occupanti, posto che una tale scelta – al di là della sua censurabilità sul piano culturale – avrebbe richiesto risorse e tempi totalmente incompatibili con la capacità e la velocità di espansione del virus⁸.

Individuato l'obiettivo, occorre stabilire come raggiungerlo. In astratto, almeno tre le opzioni metodologiche possibili: 1) l'emanazione di un provvedimento di amnistia o di indulto; 2) l'introduzione di nuovi meccanismi giudiziari di mera decarcerazione (non subordinati, cioè, a requisiti di merito); 3) l'ampliamento dei presupposti applicativi delle già esistenti misure alternative alla detenzione.

Ragioni di efficienza e di coerenza costituzionale, probabilmente, avrebbero dovuto far propendere gli attuali detentori dell'indirizzo politico per la prima soluzione⁹.

Sotto il primo profilo, difatti, un provvedimento generale come l'amnistia avrebbe consentito di "tarare" il flusso in uscita dei detenuti sull'effettiva esigenza quantitativa di spazio da liberare, nei singoli istituti, per garantire ai detenuti per i reati più gravi il diritto di eseguire la misura privativa della libertà personale (custodia cautelare o pena detentiva) con uno *standard* di tutela preventiva della salute (quasi) equiparabile a quello dei soggetti liberi. Tutela che – è bene rammentarlo – il nostro ordinamento riconosce espressamente ai «detenuti» e agli «internati», senza distinzione di sorta, affermando che essi «hanno diritto, al pari dei cittadini in stato di libertà, alla erogazione delle prestazioni di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione, efficaci, tempestive ed appropriate, sulla base degli obiettivi generali e speciali di salute e dei livelli essenziali e uniformi di assistenza individuati nel piano sanitario nazionale, nei piani sanitari regionali e in quelli locali» (art. 1 d. lgs. 22.6.1999 n. 230)¹⁰.

⁸ Sulla impossibilità di «disporre di tutte le celle che servirebbero per gli isolamenti fiduciari dei detenuti che sono stati a contatto con soggetti positivi e, quindi, per bloccare la diffusione della pandemia tra reclusi e personale che lavora all'interno degli istituti penitenziari» e sul modesto impatto che, a tal riguardo, hanno fin qui avuto «le misure previste dagli articoli 123 e 124 del d.l. 17.3.2020 n. 18» (secondo il Bollettino del Garante Nazionale: circa 700 i prolungamenti delle licenze dei semiliberi e 2.700 le concessioni delle detenzioni domiciliari), cfr. E. Santoro, *op.cit.*, 2-3.

⁹ Per un analogo auspicio, cfr. L. Pepino, *Amnistia e indulto: una rivisitazione necessaria*, in www.questionegiustizia.it, 19.3.2020; R. Polidoro, *L'emergenza Coronavirus nelle carceri: la straziante solitudine dei detenuti, le rivolte e cosa si deve immediatamente fare*, in www.ilpenalista.it, 5.

¹⁰ Appare, tra l'altro, quasi premonitore il fatto che in tale disposizione legislativa il riferimento esplicito alla necessità di prestazioni sanitarie «tempestive» sia stato introdotto di recente (v. art. 1 co. 2 d. lgs. 2.10.2018 n. 123). V. anche art. 11 co. 2 Op, ove si stabilisce che il Servizio sanitario nazionale «garantisce a ogni istituto un servizio sanitario rispondente alle esigenze profilattiche e di cura della salute dei detenuti e degli internati».

Ma anche sotto il profilo della coerenza costituzionale, come detto, un provvedimento di amnistia sarebbe stato pienamente comprensibile e legittimo, giacché nessuno avrebbe potuto dubitare, una volta tanto, della sua corrispondenza ad una situazione di straordinaria emergenza. L'evidenza di quest'ultima avrebbe, cioè, scongiurato alla radice il sospetto di un uso strumentale del provvedimento clemenziale, com'è invece accaduto in passato, allorquando l'amnistia ha spesso rappresentato il mezzo attraverso il quale rimediare ciclicamente al cronico "ingolfamento" degli istituti penitenziari (diretta conseguenza di una visione carcerocentrica della politica penale). Mai come oggi l'amnistia avrebbe potuto recuperare parte della sua dignità ed essere, almeno in parte, riabilitata agli occhi del consociato medio, il quale, razionalmente, avrebbe potuto percepirla più sotto forma di necessità che di espediente politico mascherato da "perdono". Non v'è dubbio che una misura del genere non avrebbe potuto iscriversi in alcuna delle logiche funzionali che l'art. 27 co. 3 Cost., attribuisce alla pena, non potendosi negare che la clemenza non abbia, per sua natura, efficacia deterrente (tanto speciale quanto generale) e, men che meno, retributiva. Il che, tuttavia, da un lato, non priva l'amnistia e l'indulto di copertura costituzionale (ad entrambe le misure autonomamente assicurata dall'art. 79 Cost.) e, dall'altro, non autorizza ad elevare l'ordine pubblico a bene assoluto, esente da qualsiasi bilanciamento con altri beni costituzionali di pari rilevanza. Esso, al contrario, alla stessa stregua di altre libertà pure primarie (libertà personale, libertà di circolazione, libertà di iniziativa economica), non può, in un contesto emergenziale globale come quello della pandemia, «non pagare un prezzo al bene della salute»¹¹.

Quella dell'amnistia e dell'indulto, però, non è stata la strada prescelta dal Governo, vuoi per ragioni di ordine pratico (l'estrema complessità del procedimento richiesto dall'art. 79 Cost. per la loro approvazione parlamentare) vuoi per la marcata propensione dell'attuale Guardasigilli ad elaborare politiche penali improntate al massimo rigore.

L'ultima delle ragioni prima esposte spiega, altresì, perché non si sia scelta la strada dell'ampliamento dell'ambito operativo delle misure alternative alla detenzione. Basti ricordare, a tal proposito, che l'avversione verso l'ideologia della flessibilità della pena, in nome di un, più volte declamato, primato attribuito al valore della "certezza della pena" (come se le due cose non fossero perfettamente conciliabili sotto l'egida della "razionalità" della pena), è stata alla base della scelta di non attuare la delega per la riforma penitenziaria del 2017 proprio nella parte in cui questa

¹¹ Così, E. Dolcini-G.L. Gatta, *op. cit.*: «l'auspicio, sulla linea dell'invito formulato in queste ore dal Presidente Mattarella, è che la politica non speculi sulle paure dei cittadini di fronte alla prospettiva dell'uscita dal carcere di una rilevante quota di detenuti: il bene dell'ordine pubblico, al pari di altri beni primari, non può non pagare un prezzo al bene della salute, in questo momento prioritario, come dimostrano le limitazioni che noi tutti stiamo vivendo».

prevedeva un più ampio ricorso alle misure alternative alla detenzione (scelta, a dire il vero, non riferibile a tutte le forze politiche dell'attuale maggioranza ma, quantomeno, ad una di quelle dotate di maggiore rappresentatività)¹².

A ben vedere, però, su tale decisione deve convenirsi. Non è chi non veda, difatti, come fronteggiare l'emergenza sanitaria puntando su un maggior numero di concessioni di misure alternative alla detenzione avrebbe significato, in relazione al breve periodo, utilizzare un'arma spuntata, atteso che tali misure, postulando sempre una valutazione personologica del condannato, richiedono accertamenti probatori complessi. Ed è davvero difficile immaginare che la Magistratura di sorveglianza – da sempre adusa ad applicare siffatte misure in stretta correlazione con la logica trattamentale progressiva, anche laddove i loro presupposti sono descritti dalla legge in modo generico – si sarebbe prestata a cambiare improvvisamente il proprio atteggiamento, “sganciando” i benefici penitenziari da qualsiasi requisito di merito ed elargendoli, così, a pioggia. Né a risolvere il problema sarebbe bastata la possibilità di fare ricorso alla facoltà del Magistrato di sorveglianza di applicare, in via provvisoria e senza contraddittorio camerale, l'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 co. 4 Op), la semilibertà (art. 50 co. 6 Op) o la detenzione domiciliare (art. 47-ter co. 1-quater Op), poiché anche la generalizzazione di tale procedimento avrebbe richiesto il previo accertamento di «concrete indicazioni in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'ammissione» alle misure (oltre che dell'assenza del pericolo di fuga)¹³ e, quindi, una tempistica comunque incompatibile con la rapidità di avanzamento della pandemia.

Escluse, dunque, le due ipotesi “estreme”, l'obiettivo di deflazione della popolazione penitenziaria è stato perseguito tramite la soluzione intermedia, cioè quella della misura di decarcerazione non subordinata alla premialità rieducativa ma pur sempre rimessa alla valutazione, caso per caso, del giudice. Si è trattato, in realtà, di un ritorno al passato, essendosi fatto ricorso alla stessa misura già utilizzata nel 2010 nell'ambito di un «piano straordinario penitenziario» finalizzato, anche in quel caso, al contrasto del sovraffollamento carcerario: l'«esecuzione presso il domicilio delle

¹² Il riferimento è all'art. 1 co. 85 della legge delega 23.6.2017 n. 103, secondo cui, il Governo avrebbe dovuto adottare decreti legislativi «per la riforma dell'ordinamento penitenziario» nel rispetto, tra gli altri, del seguente principio e criterio direttivo: revisione delle modalità e dei presupposti di accesso alle misure alternative, sia con riferimento ai presupposti soggettivi sia con riferimento ai limiti di pena, al fine di facilitare il ricorso alle stesse, salvo che per i casi di eccezionale gravità e pericolosità e in particolare per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale». Il d. lgs. 123/2018, esercitando tale delega, ha scelto di non attuarla proprio nella parte «complessivamente volta alla facilitazione dell'accesso alle misure alternative e alla eliminazione di automatismi preclusivi» (così la Relazione illustrativa allo schema di decreto inviato dal Governo poi divenuto il d. lgs. 123/2018). Cfr., *amplius*, G. Di Chiara, *Le terre del rammarico: i cantieri inconclusi del percorso riformatore*, in *La nuova disciplina penitenziaria*, a cura di M. Colamussi, Torino 2020, 1 ss.

¹³ In tale ipotesi, invece, in considerazione dell'emergenza sanitaria, si sarebbe potuta presumere, sostanzialmente, l'esistenza dell'ulteriore requisito richiesto dall'art. 47 co. 4 Op, vale a dire il «grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione».

pene detentive non superiori a diciotto mesi» di cui all'art. 1 l. 26.11.2010 n. 199. Misura che, non a caso, nacque come temporanea, per poi essere, di pari passo con la presa d'atto della natura strutturale e non transitoria del tasso di sovraffollamento penitenziario, stabilizzata¹⁴. Più precisamente, il legislatore odierno ha attinto a tale misura elaborandone una versione parzialmente rivisitata, che, almeno nelle intenzioni, dovrebbe essere applicabile con una procedura «semplificata»¹⁵. Siamo, però, in presenza di una operazione di «innesto» nella precedente fonte legislativa, e non di una misura completamente distinta e autonoma da quella originaria, tant'è che la nuova disposizione rende espressamente applicabili «le ulteriori disposizioni dell'articolo 1 della legge 26 novembre 2010, n. 199, ove compatibili»¹⁶.

Oltre alla misura domiciliare, l'intervento legislativo che ci accingiamo ad analizzare ha introdotto delle «licenze premio straordinarie per i detenuti in regime di semilibertà», al fine di prevenire il rischio che i soggetti semiliberi, tornando quotidianamente in carcere, vi portino anche il virus contratto all'esterno.

In entrambi i casi, coerentemente con la «straordinaria necessità e urgenza di contenere gli effetti negativi che l'emergenza epidemiologica covid-19 sta producendo sul tessuto socio-economico nazionale»¹⁷, le misure sono state introdotte impiegando lo strumento del decreto legge (d.l. 17.3.2020 n. 18, rubricato «Decreto Cura Italia») e con un termine finale di applicabilità, fissato al 30 giugno 2020. Il decreto legge è stato convertito in legge (l. 24.4.2020 n. 27), senza – come vedremo – modificazioni di rilievo e senza aver recepito alcuna delle proposte nel frattempo autorevolmente avanzate da più voci dottrinali¹⁸, al fine di potenziare l'effetto deflattivo della popolazione penitenziaria riconducibile alla nuova versione dell'esecuzione domiciliare della pena e di superare alcune criticità emerse in fase di prima lettura della relativa disposizione normativa.

2. Così come nell'art. 1 della l. 199/2010, fatta eccezione per il requisito inerente alla pena detentiva da espiare (non superiore a diciotto mesi, anche se costituente parte residua di maggior pena), i presupposti applicativi dell'esecuzione domiciliare sono descritti soltanto in termini negativi, vale a dire elencando unicamente le ipotesi in cui la misura non può essere concessa. Tale tecnica di formulazione legislativa è

¹⁴ V. art. 5 d.l. 23.12.2013 n. 146, conv. in l. 21.4.2014 n. 10, che ha eliminato il riferimento al termine di applicazione (31.12.2013) prima contenuto nell'art. 1 della l. 199/2010. Dall'entrata in vigore della l. 199/2010 al 31 dicembre 2019 «sono usciti dalle carceri per effetto di questa misura 26.849 detenuti» (il dato è così riportato da E. Dolcini-G.L. Gatta, *op. cit.*).

¹⁵ L'obiettivo di semplificazione del procedimento applicativo della nuova misura è più volte richiamato nella Relazione illustrativa al d.l. 18/2020 (v. *DL Cura Italia - Relazione illustrativa*, 25-26, in www.giurisprudenzapenale.com, 18.3.2020).

¹⁶ Così, l'art. 123 co. 8 d.l. 18/2020.

¹⁷ In questi termini, il preambolo al d.l. 18/2020.

¹⁸ V., *infra*, nt. 59.

conseguenza diretta della natura del beneficio, che, non essendo inquadrabile tra le misure alternative alla detenzione, prescinde «da ogni valutazione di meritevolezza» del condannato (conferma di ciò si rinviene anche nell'uso dell'indicativo deontico: «la pena detentiva è eseguita...»)¹⁹.

Non coincidono, però, rispetto alla “norma madre” le fattispecie in presenza delle quali la misura non può essere disposta, nel senso che alcune di esse costituiscono l'esatta ripetizione di quelle elencate nell'art. 1 co. 1 l. 199/2010, mentre altre sono inedite.

Quelle che coincidono perfettamente riguardano: i «delinquenti abituali, professionali o per tendenza, ai sensi degli articoli 102, 105 e 108 del codice penale»; i «detenuti che sono sottoposti al regime di sorveglianza particolare, ai sensi dell'articolo 14-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, salvo che sia stato accolto il reclamo previsto dall'articolo 14-*ter* della medesima legge»; e i «detenuti privi di un domicilio effettivo e idoneo anche in funzione delle esigenze di tutela delle persone offese dal reato». La coincidenza è solo parziale, invece, per «i soggetti condannati per taluno dei delitti indicati dall'articolo 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni», poiché a tali reati il d.l. 18/2020 ha ritenuto di dover aggiungere quelli previsti «dagli articoli 572 e 612-*bis* del codice penale» (rispettivamente, «maltrattamenti contro familiari e conviventi» e «atti persecutori»). Di nuovo conio sono, poi, le fattispecie ostative relative ai «detenuti che nell'ultimo anno siano stati sanzionati per le infrazioni disciplinari di cui all'articolo 77, comma 1, numeri 18, 19, 20 e 21 del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230»; e ai «detenuti nei cui confronti sia redatto rapporto disciplinare ai sensi dell'articolo 81, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230, in quanto coinvolti nei disordini e nelle sommosse a far data dal 7 marzo 2020». Infine, non sono state reiterate né richiamate le condizioni ostative previste nella lettera *d* dell'art. 1 co. 2 l. 199/2010, inerenti alla «concreta possibilità che il condannato possa darsi alla fuga» e alla sussistenza di «specifiche e motivate ragioni per ritenere che il condannato possa commettere altri delitti», le quali, dunque, non rilevano ai fini dell'applicazione del d.l. 18/2020 (salvo quanto si dirà, di qui a poco, in ordine ad una nuova verifica, di carattere generale, rimessa al Magistrato di sorveglianza).

Ora, una interpretazione logica, cioè funzionale allo stesso scopo della norma, deve indurre a delimitare lo spazio di azione delle superiori condizioni non oltre lo “stretto necessario”.

Così, la condanna per taluno dei reati di cui all'art. 4-*bis* Op (e per gli ulteriori due reati *ex artt.* 572, 612-*bis* Cp) può anche riguardare un fatto diverso da quello al quale si riferisce la pena da espiare non superiore ai diciotto mesi, ma deve essere

¹⁹ Letteralmente, Cass. 11.12.2013 n. 6138, in *ANPP* 2014, 282; *contra*, T. sorv. Torino 23.8.2011, in *GM* 2011, 2801.

“definitiva” e la relativa pena deve ancora essere in esecuzione unitamente a quella “non ostantiva” (ferma restando, una volta espiata la parte di pena imputabile al reato ostantivo, la possibilità di scioglimento del cumulo)²⁰. Qualora la condanna per il reato ostantivo non fosse ancora divenuta irrevocabile e il soggetto fosse sottoposto a misura cautelare personale, occorrerebbe verificare, in concreto, la compatibilità di quest’ultima con l’esecuzione domiciliare della pena (in linea di principio esclusa con la sola custodia cautelare in carcere).

Il discorso non può che essere diverso per i detenuti destinatari di un provvedimento applicativo del regime di sorveglianza particolare, sia perché quest’ultima è misura immediatamente esecutiva sia, e soprattutto, perché, nello stesso art. 123 d.l. 18/2020 l’operatività della preclusione è esclusa nel caso in cui «sia stato accolto il reclamo» previsto dall’articolo 14-ter Op, ma non subordinata al fatto che l’esito di tale reclamo sia divenuto definitivo o che siano scaduti i termini per esperirlo. Piuttosto, deve ritenersi che l’esclusione sia destinata a cessare anche nel caso in cui il provvedimento applicativo della sorveglianza particolare sia annullato dalla Cassazione, dinanzi alla quale può essere impugnata l’ordinanza definitiva del reclamo ex art. 14-ter Op. L’ipotesi, infatti, sebbene non sia testualmente contemplata, è da considerare come implicitamente inclusa nell’art. 123 co. 1 lett. c, poiché risulterebbe irragionevole attribuire efficacia discriminante ad una declaratoria di

²⁰ Conf., F. Fiorentin, *Decreto legge “Cura Italia”: le misure adottate dal Governo per affrontare l'emergenza COVID-19 in materia penitenziaria*, in www.ilpenalista.it, 20.3.2020, 4: «troverà applicazione il principio generale dello “scioglimento del cumulo di pene”, con imputazione della parte di pena già espiata al titolo di reato eventualmente ostantivo al fine di verificare se la parte residua, una volta operato tale scorporo, consenta l'applicazione del beneficio domiciliare». Nella stessa direzione, M. Passione, *“Cura Italia” e carcere: prime osservazioni sulle (poche) risposte all'emergenza*, in www.questionegiustizia.it, 19.3.2020; F. Gianfilippi, *Le disposizioni emergenziali del DL 17 marzo 2020 n. 18 per contenere il rischio di diffusione dell'epidemia di COVID19 nel contesto penitenziario*, in www.giustiziainsieme.it, 18.3.2020, 2, il quale ritiene percorribile tale soluzione «pure con riferimento alla nuova misura, tanto più che, a fronte delle condizioni emergenziali che la determinano, deve ritenersi urgente darle la massima applicazione, tenendo anche conto della scelta operata dal legislatore di non esprimersi espressamente per la non operabilità dello scioglimento del cumulo (come accaduto nell’art. 41-bis co. 2 ult. parte ord. penit.) oppure di non utilizzare formule, pure leggibili in altre disposizioni in materia di misure alternative, che lo escludano (cfr. art. 94 Dpr 309/90: non concedibile ai condannati a pena superiore ai 4 anni, se relativa a “titolo esecutivo comprendente reato di cui all’art. 4-bis”)». Trattasi però – è bene segnalarlo – di opinioni che si propongono di superare la contraria opinione fin qui emersa, in relazione all’art. 1 l. 199/2020, nella giurisprudenza di legittimità: v. Cass. 13.1.2012 n. 25046, in *CED Cass*, n. 253335. Il che avrebbe reso alquanto opportuno «un chiarimento da parte del legislatore», al fine di «evitare interpretazioni difformi nell’applicazione della nuova disposizione, che potrebbero condurre a trattamenti disomogenei» (così, CSM, *Parere sul Disegno di Legge n. 1766 Atto Senato di conversione in legge del Decreto legge 17 marzo 2020 n. 18 recante “Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19”, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 70 del 17 marzo 2020-delibera 26 marzo 2020*, 16, in www.csm.it, nel quale si sottolinea, altresì, come lo scioglimento del cumulo sia, nonostante il contrario orientamento della Cassazione, ammesso da parte della giurisprudenza di merito).

annullamento del Tribunale di sorveglianza e non anche a una proveniente, per lo stesso oggetto, da una giurisdizione funzionalmente superiore. Ancora, in assenza di specificazioni legislative in ordine al contenuto del provvedimento che accoglie il reclamo, non rileva che questo attenga al merito o a ragioni di natura formale.

Necessita di integrazioni per via esegetica anche la previsione relativa ai “precedenti disciplinari” del detenuto (art. 123 co. 1 lett. *d* d.l. 18/2020). Sul punto, le infrazioni disciplinari che rilevano sono soltanto quelle di cui di cui all’articolo 77 co. 1 nn. 18, 19, 20 e 21, del Regolamento esecutivo dell’ordinamento penitenziario, ovverosia «partecipazione a disordini o a sommosse», «promozione di disordini o di sommosse», «evasione», «fatti previsti dalla legge come reato, commessi in danno di compagni, di operatori penitenziari o di visitatori». Perché operi la preclusione occorre che i detenuti «siano stati sanzionati», per tali infrazioni, «nell’ultimo anno». Non rileva – ed è censurabile – la gravità concreta dell’infrazione, visto che, nonostante i comportamenti poc’anzi citati siano astrattamente punibili tanto con la sanzione più grave della «esclusione dalle attività in comune» quanto con quella più blanda del «richiamo del direttore» (art. 39 Op), la disposizione si disinteressa totalmente della tipologia sanzionatoria applicata al caso specifico. Sono, quindi, “travolti” dal divieto anche coloro che hanno partecipato marginalmente a una situazione di «disordine» e al cui errore, magari, abbia fatto seguito una condotta penitenziaria irreprensibile.

A compensare un rigore così elevato nella formulazione della fattispecie in esame soccorre l’impossibilità di farvi rientrare l’ipotesi dell’infrazione disciplinare soltanto tentata, in ragione dell’autonomia giuridica di tale figura (così come sembra riconoscere, indirettamente, l’art. 77 co. 2 reg. exec. Op, conformemente al consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità relativo all’incidenza del *delitto* tentato, di cui all’art. 56 Cp, nel regime applicativo dell’art. 4-bis Op)²¹ e della natura eccezionale – e, quindi, di stretta interpretazione – delle ipotesi derogatorie in discussione.

Sempre nell’ottica di una lettura tendenzialmente espansiva della idoneità dell’art. 1 d.l. 18/2020, a deflazionare la popolazione penitenziaria, deve presupporci che la lettera *d* del primo comma di tale norma, allorquando menziona i detenuti che «siano stati sanzionati» intenda riferirsi, non già al solo provvedimento con il quale la

²¹ Escludono che il divieto di concessione di misure alternative alla detenzione e di benefici penitenziari, imposto dall’art. 4-bis Op, sia applicabile anche al richiedente che abbia riportato condanna perché riconosciuto colpevole di tentativo di alcuno dei reati ivi previsti, Cass. 22.1.2014 n. 15755, in *CED Cass*, n. 262264; Cass. 20.5.1993 n. 2417, in *CP* 1995, 174. Non contraddice tale orientamento, Cass. 22.4.2004 n. 23505, in *RP* 2005, 358, secondo cui il divieto in discorso «sussiste anche per i delitti tentati "commessi avvalendosi delle condizioni previste dall’art. 416-bis c.p. ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni in esso previste", in quanto anche quelli rimasti allo stadio del tentativo punibile sono tecnicamente dei "delitti", a differenza di quanto si verifica nel caso dei delitti individuati con l’espressa indicazione delle norme incriminatrici, per i quali il citato divieto non opera in caso di semplice tentativo» (conf. Cass. 8.2.2012 n. 8707, in *CED Cass*, n. 252919).

competente autorità amministrativa (il Direttore dell'istituto penitenziario o il Consiglio di disciplina) applica la sanzione, bensì al “procedimento disciplinare” nel suo complesso. Ne deriva che, nel caso in cui il provvedimento amministrativo sia oggetto di reclamo giurisdizionale al Magistrato di sorveglianza (art. 69 co. 6 lett. a Op) e questi accolga il reclamo annullando l'irrogazione della sanzione disciplinare (art. 35-bis co. 3 Op), la preclusione non può operare²². Il che, *a fortiori*, vale tutte le volte in cui l'annullamento sia pronunciato in una fase più avanzata del procedimento, dinanzi al Tribunale di sorveglianza (al quale, *ex art.* 35-bis co. 4 Op, può essere proposto reclamo, avverso la decisione del Magistrato di sorveglianza, nel termine di quindici giorni dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito della decisione stessa) o alla Corte di cassazione (ove, entro lo stesso termine, è ricorribile, «per violazione di legge», la decisione del Tribunale di sorveglianza).

Il fatto che la fattispecie in argomento sia formulata diversamente rispetto a quella che riguarda la sorveglianza particolare (art. 1 co. 1 lett. c d.l. 18/2020), senza cioè prevedere l'inefficacia della condizione ostativa in caso di accoglimento del reclamo giurisdizionale, non autorizza di certo un trattamento difforme delle due situazioni. Se così fosse, la disposizione sarebbe gravemente sospetta di illegittimità costituzionale, potendosi ragionevolmente dubitare della sua compatibilità sia con il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) sia con la riserva di giurisdizione in tema di libertà personale (posto che, in ultima analisi, la restrizione della libertà personale finirebbe per dipendere dalla prevalenza della volontà di una autorità amministrativa su quella di una autorità giudiziaria), ancor di più considerando il fatto che nella materia *de qua* il sindacato del Magistrato di sorveglianza (e, di riflesso, quello del Tribunale di sorveglianza) è esteso, per le sanzioni disciplinari più gravi (cioè quelle normalmente correlate ai disordini o alle sommosse), al «merito dei provvedimenti adottati» (art. 69 co. 6 lett. a Op).

L'ipotesi ora descritta mira a punire i soggetti il cui “*curriculum* disciplinare” sia negativo e, in conseguenza di ciò, ritenuto indice sintomatico della loro inaffidabilità comportamentale, mentre l'ipotesi successiva, quella derivante dall'esistenza di un «rapporto disciplinare» connesso ai «disordini» e alle «sommosse a far data dal 7 marzo 2020», ha un chiaro effetto sia sanzionatorio sia deterrente. Da un lato, infatti, si rivolge a un evento trascorso per stigmatizzare e “punire” (con l'esclusione dall'esecuzione domiciliare) chi vi ha preso parte, dall'altro, riservando la stessa “punizione” a tutti gli eventi futuri dello stesso tipo, induce i detenuti che non hanno partecipato alle prime sommosse ad astenersi dal farlo in futuro. È evidente il messaggio di rigore che la disposizione sottintende: protestare attraverso le sommosse all'interno del carcere non paga, anzi pregiudica la possibilità di ottenere un

²² Conf., F. Fiorentin, *Decreto legge “Cura Italia”*, cit., 5.

trattamento favorevole²³. S'intuisce, allo stesso modo, l'interesse del legislatore a che la preclusione operi senza ritardo, giacché, qualora la stessa dipendesse dalla definitività del procedimento disciplinare, difficilmente quest'ultimo potrebbe concludersi in tempo utile per consentire al Magistrato di sorveglianza, nel giudizio contemporaneamente instaurato dal condannato per la concessione dell'esecuzione domiciliare, di valutare l'accertamento dell'infrazione (anche in considerazione del fatto che, a fronte della rapidità che connota il procedimento di cui all'art. 69-bis Op per la decisione del suddetto magistrato sulla misura domiciliare, la definitività dell'accertamento disciplinare passa attraverso l'instaurazione di un primo procedimento amministrativo al quale possono seguire ben due reclami giurisdizionali e un ricorso per cassazione)²⁴. Forse, però, si è esagerato nell'anticipazione dell'operatività della preclusione, essendo stata questa, tramite il rinvio all'art. 81 co. 1 reg. esec. Op, agganciata al primissimo atto del procedimento disciplinare, vale a dire al «rapporto» che l'«operatore penitenziario» trasmette al Direttore quando «constata direttamente o viene a conoscenza che una infrazione è stata commessa»; ad un atto, quindi, che, a rigore, ha un contenuto meramente informativo, seppur prodromico al successivo atto con il quale il Direttore, «alla presenza del comandante del reparto di polizia penitenziaria, contesta l'addebito all'accusato» (art. 81 co. 2 reg. esec. Op). Sarebbe stato più ragionevole legare la preclusione, quantomeno, a tale atto di contestazione, che, tra l'altro, dovendo essere emanato «sollecitamente e non oltre dieci giorni dal rapporto», non avrebbe determinato particolari problemi di compatibilità con le esigenze di tempestività prima ricordate²⁵. Forti perplessità suscita, poi, il carattere vincolante del rapporto nei confronti del Magistrato di sorveglianza, al quale è sottratto qualsiasi potere di valutazione incidentale sul contenuto del provvedimento amministrativo, così come, invece, gli è normalmente consentito (anche in relazione ai fatti accertati in una sentenza penale non ancora irrevocabile) nel giudizio per la concessione o la revoca delle misure alternative alla detenzione²⁶. Una soluzione più equilibrata avrebbe dovuto indurre il legislatore a

²³ Conf., E. Dolcini-G.L. Gatta, *op. cit.*

²⁴ V., per la parte amministrativa del procedimento disciplinare, gli artt. 38, 39, 40 Op, 78, 81, reg. esec. Op, e, per la parte giurisdizionale, gli artt. 69 co. 6 lett. a, 35-bis Op. Si consideri, altresì, la possibilità che il Consiglio di disciplina sospenda il giudizio disciplinare «allorchè, per lo stesso fatto, vi è informativa di reato alla autorità giudiziaria», con conseguente adozione del provvedimento disciplinare «al termine» del procedimento penale (art. 79 reg. esec. Op.).

²⁵ Lettura, questa, che non pare possa essere conseguita per via ermeneutica, visto il chiaro e letterale rinvio dell'art. 123 co. 1 lett. e d.l. 18/2020, al solo primo comma dell'art. 81 reg. esec. Op.

²⁶ Cass. 12.5.1995 n. 2908, in *GP* 1996, III, 191: «nel procedimento di sorveglianza per l'applicazione delle misure alternative alla detenzione, ben possono essere valutati fatti storicamente accertati costituenti ipotesi di reato riferibili al condannato senza necessità di attendere la definizione del relativo procedimento penale». Conf., Cass. 18.9.1997 n. 5007, in *CP* 1998, 2469; e, in termini analoghi, Cass. 16.9.2013 n. 41750, in *CED Cass*, n. 257226.

individuare uno spazio, pur residuale, di tutela del diritto di difesa, consentendo al Magistrato di sorveglianza di valutare il merito della contestazione disciplinare nell'ambito dei «gravi motivi ostativi» di cui all'art. 123 co. 2 d.l. 18/2020 o, ancor meglio, di rimuovere una presunzione di inaffidabilità comportamentale soltanto relativa e, quindi, eccezionalmente confutabile in presenza di elementi di prova contrari adottati dall'interessato o rilevati d'ufficio dal giudice.

Deve, comunque, considerarsi l'eventualità che, negato il beneficio al condannato in conseguenza dell'attivazione del procedimento disciplinare, quest'ultimo si concluda favorevolmente per il soggetto (intendendosi con ciò l'insorgenza di un provvedimento che esclude la sussistenza del fatto o la sua riferibilità al detenuto indicato nel rapporto, e non anche l'annullamento per ragioni di ordine formale)²⁷. In tale ipotesi, non può che trovare «applicazione il principio generale (di cui sono espressione gli istituti della revisione e della revoca delle misure cautelari) della revocabilità dei provvedimenti giurisdizionali quando risulti, successivamente alla loro adozione, che la situazione fenomenica che li aveva giustificati era in realtà diversa»²⁸. E ciò, evidentemente, anche nel caso in cui l'epilogo positivo del procedimento disciplinare giunga dopo il 30 giugno 2020, dato che il termine così fissato dall'art. 123 co. 8-bis d.l. 18/2020 (nella versione definitivamente introdotta dall'art. 1 della legge di conversione 27/2020) per la concessione dell'esecuzione domiciliare non è riferito al momento in cui è depositata la richiesta, bensì a quello in cui «maturano i presupposti per l'applicazione della misura». Siffatta "maturazione" non può, in virtù del principio sopra rammentato, non essere intesa in termini sostanziali, in modo da ricomprendere anche quelle situazioni nelle quali la sussistenza del presupposto, sebbene giudizialmente riconosciuta oltre il 30 giugno 2020, era già presente a tale data (in questa ottica, perciò, il presupposto ostativo deve essere identificato, non tanto nel dato formale della "redazione" di un rapporto disciplinare, quanto nell'effettivo accadimento dell'infrazione attribuita al detenuto e temporaneamente supportata, dal punto di vista probatorio, dal solo atto dell'amministrazione penitenziaria). Ne deriva che l'istanza in oggetto, laddove presentata entro il citato termine e respinta per il solo impedimento determinato dal «rapporto», ben potrebbe essere ripresentata sulla base della sopravvenienza costituita dall'ordinanza conclusiva del procedimento disciplinare, senza, quindi, il timore di essere abbattuta dalla scure dell'inammissibilità. Per le stesse ragioni, andrebbe ritenuta ammissibile anche la

²⁷ Analogamente, cfr. F. Gianfilippi, *op. cit.*, 3: «Deve però immaginarsi che, al di là del rapporto disciplinare, ove (...) il procedimento dovesse concludersi e, ad esempio, condurre alla non irrogazione di una sanzione, perché sia riconosciuto che il detenuto non ha apportato un proprio contributo alla sommossa, la preclusione dovrebbe intendersi superata da quell'accertamento».

²⁸ Cass. 3.6.1996 n. 3870, in *CP* 1998, 533. Nello stesso senso, più di recente, Cass. 30.4.2019 n. 33849, in *CED Cass*, n. 276824-01.

richiesta avanzata *per la prima volta* dopo il 30 giugno 2020 adducendo l'esito favorevole del procedimento disciplinare scaturito dal «rapporto» di cui all'art. 81, co. 1, reg. esec. Op, e la sussistenza, già all'epoca, di tutti i residui presupposti.

2.1 Si è già evidenziata la dichiarata intenzione del legislatore di rendere l'applicazione della norma in esame più semplificata rispetto alla versione "madre" di cui alla l. 199/2010. Obiettivo che, nell'*intentio legis*, andrebbe raggiunto sia con alcune contrazioni istruttorie – di cui tra poco si dirà – relative al profilo procedimentale sia con la riduzione delle fattispecie che fungono da preclusioni alla misura. E abbiamo detto di come, effettivamente, l'art. 123 co. 1 d.l. 18/2020, pur introducendo alcune nuove preclusioni che destano numerose perplessità esegetiche (quelle inerenti al regime disciplinare), abbia eliminato gli impedimenti più incisivi, rappresentati dal pericolo di «fuga» e dalla sussistenza di «specifiche e motivate ragioni per ritenere che il condannato possa commettere altri delitti». È davvero sorprendente, tuttavia, come un tale tentativo di semplificazione risulti, immediatamente dopo, palesemente contraddetto dallo stesso legislatore con l'introduzione di una norma generale di chiusura, in virtù della quale il Magistrato di sorveglianza può non adottare il provvedimento di esecuzione domiciliare della pena ove «ravvisi gravi motivi ostativi alla concessione della misura»²⁹. La genericità di tale previsione, che, di fatto, restituisce ampia discrezionalità al giudice competente, opera su un duplice fronte: non si tipizzano in alcun modo i «motivi» e non si indica il benché minimo criterio esplicativo della loro "gravità"³⁰.

Siffatta constatazione, però, non autorizza l'interprete ad arrestare il proprio argomentare, che, al contrario, deve proseguire al fine di verificare se l'apparente contraddittorietà delle due norme (primo e secondo comma dell'art. 123 d.l. 18/2020) possa essere ricondotta a unità razionale, anche nella consapevolezza, se necessario, di andare oltre l'intenzione storica del legislatore. In questa direzione, non può negarsi, anzitutto, l'ovvietà, vale a dire che i «gravi motivi ostativi» sono ulteriori rispetto a quelli specificamente predeterminati all'interno della stessa disposizione, giacché sostenere che tale formula abbia soltanto una funzione riepilogativa delle precedenti condizioni ostative significherebbe promuovere una soluzione priva di ragionevolezza e palesemente smentita dalla collocazione "fisica" della norma, che, non a caso, occupa uno spazio autonomo e successivo al primo comma. Se, allora, dai «gravi motivi ostativi» togliamo quelli che già operano per conto loro in quanto altrove indicati (i reati di cui agli artt. 4-bis Op, 572 e 612-bis Cp, la sorveglianza particolare,

²⁹ Molto critico, sul punto, anche M. Passione, *op. cit.*

³⁰ Censura la genericità della previsione, F. Soviero, *Il carcere ai tempi del coronavirus*, in www.penaledp.it, 3.4.2020.

l'applicazione di determinate sanzioni disciplinari, il rapporto disciplinare per le recenti sommosse penitenziarie, l'inidoneità del domicilio, la delinquenza abituale, professionale o per tendenza), così come quelli che attengono alla meritevolezza in chiave rieducativa (data l'estraneità dell'esecuzione domiciliare al novero delle misure alternative), quel che sembra residuare coincide proprio con le due fattispecie preclusive contemplate nell'art. 1 co. 1 l. 199/2010 e non reiterate nella nuova disposizione: il pericolo di fuga e la prognosi di recidiva³¹.

Per evitare, però, che rientri dalla finestra esattamente ciò che è uscito dalla porta deve ancora verificarsi la praticabilità di una lettura che, in coerenza con la *ratio* deflattiva ed emergenziale del decreto legge "Cura Italia", eviti, quantomeno, una piena coincidenza tra le due versioni normative. Orbene, il *discrimen* può trovarsi in un profilo processuale, attinente al regime probatorio delle due condizioni sopra menzionate. Nel procedimento per la concessione dell'esecuzione domiciliare della pena *ex art. 1 l. 199/2010*, l'accertamento dei suddetti requisiti è imprescindibile, non potendo, quindi, il Magistrato di sorveglianza emettere il provvedimento di ammissione del condannato alla misura senza avere prima acquisito gli elementi probatori dai quali ricavare l'assenza del pericolo di fuga e di commissione di nuovi reati. Invece, nel procedimento disciplinato dal d.l. 18/2020, l'acquisizione di tali prove positive non è richiesta quale condizione che il giudice deve acquisire necessariamente prima di statuire sulla concedibilità della misura. Egli, sussistendo il limite di pena da espiare (non oltre diciotto mesi) e gli altri requisiti specificamente individuati dall'art. 1 co. 1 del citato decreto legge, è tenuto a disporre l'esecuzione domiciliare, potendo negare quest'ultima soltanto qualora dagli atti emergano autonomamente elementi dimostrativi di almeno uno dei pericoli in questione. La differenza si riflette sull'onere motivazionale dello stesso giudice: nel provvedimento *ex l. 199/2010*, il Magistrato di sorveglianza deve sempre, pur sinteticamente, dare conto degli elementi di prova che giustificano la sua valutazione in ordine all'assenza del pericolo di fuga e di recidiva, mentre, nel provvedimento *ex d.l. 18/2020*, è sufficiente fare riferimento alla mancata emersione di tali dati probatori.

La differenza probatoria così tracciata (necessità della prova positiva in un caso, sufficienza della prova negativa nell'altro) trova conferma nella diversa formulazione dei corrispondenti riferimenti normativi: nell'art. 1 co. 1 l. 199/2010 è scritto chiaramente che «il magistrato di sorveglianza provvede senza ritardo se già dispone delle informazioni occorrenti», mentre nell'art. 123 co. 2 d.l. 18/2020, si afferma che «il

³¹ Cfr., in chiave critica, F. Fiorentin, *Decreto legge "Cura Italia"*, cit., 5: «si tratta (...) di un profilo che non solo comprende ovviamente tanto il pericolo di fuga quanto quello di reiterazione di reati, ma si estende a ogni altro profilo che il magistrato ritenga discrezionalmente rilevante ai fini del diniego di applicazione della misura (che potrebbe anche desumersi da notizie acquisite tramite le forze dell'ordine, dall'esame del certificato relativo alle indagini iscritte a carico del soggetto o dai carichi pendenti)».

Magistrato di sorveglianza adotta il provvedimento (...), *salvo che* ravvisi gravi motivi ostativi alla concessione della misura». Non solo. Nel primo dei due articoli, al quarto comma, relativamente al «condannato già detenuto», è prescritto che la Direzione dell'istituto penitenziario trasmetta, «in ogni caso», al Magistrato di sorveglianza «una relazione sulla condotta tenuta durante la detenzione»; nel secondo, invece, non solo un adempimento di tal fatta non è previsto, ma vi è anche, al primo comma, l'esplicito conferimento a detto Magistrato del potere di provvedere «in deroga al disposto dei commi 1, 2 e 4 dell'articolo 1 della legge 26 novembre 2010, n. 199» (esattamente le parti della norma che fissano la doverosità dell'accertamento sul pericolo di fuga e di reiterazione del reato, e la necessità che di esso il Magistrato di sorveglianza, dopo avere acquisito una specifica relazione dall'istituto penitenziario, dia conto nella motivazione).

In definitiva, la valutazione dei suddetti pericoli non è del tutto uscita dal giudizio finalizzato alla concessione dell'esecuzione domiciliare ex d.l. 18/2020, potendovi rientrare tutte le volte in cui la Direzione dell'istituto penitenziario assuma autonomamente l'iniziativa di segnalarne l'esistenza al magistrato. Anche in questo caso la conferma giunge dal dettato legislativo (art. 123 co. 6 d.l. 18/2020), secondo cui la Direzione dell'istituto penitenziario «può omettere la relazione prevista dall'articolo 1, co. 4, della legge 26 novembre 2010, n. 199», senza che – è evidente – nulla possa impedirgli di farlo quando, sulla base di elementi comportamentali accertati nel corso dell'esecuzione della pena in carcere, ritenga concreto il pericolo che il detenuto non osservi la misura domiciliare o la utilizzi per tornare a delinquere. Può, anzi, dirsi che, in tali circoscritte ipotesi, l'invio della segnalazione, risponda a un dovere istituzionale dell'autorità amministrativa, fatta sempre salva la necessità che il Magistrato di sorveglianza ne valuti, ai sensi dell'art. 123 co. 2 d.l. 18/2020, l'effettiva gravità del contenuto e il suo conseguente carattere “ostativo”.

2.2 C'è un altro fattore che, secondo l'unanime opinione dei primi commentatori della novella legislativa, contribuisce a vanificarne l'effetto di deflazione della popolazione penitenziaria³². Si tratta della necessità che all'esecuzione domiciliare della pena sia «applicata la procedura di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici resi disponibili per i singoli istituti penitenziari», con la sola eccezione dei condannati minorenni e di quelli che, a prescindere dall'età, abbiano un residuo di pena non superiore a sei mesi (soglia, quest'ultima, che, in base a quanto prevede l'art. 123 co. 4 d.l. 18/2020, rileva anche se raggiunta nel corso dell'esecuzione,

³² Tra i tanti, cfr., F. Fiorentin, *Decreto legge “Cura Italia”, cit.*, 6; F. Galluzzo, *È veramente attuabile lo “svuotacarceri” da coronavirus?*, in www.penaledp.it, 18.3.2020; F. Martin, *Brevi spunti di riflessione sul c.d. “Decreto Cura Italia”*, in www.dirittopenaleuomo.org, 8.4.2020, 7.

con la conseguenza che, in tale ipotesi, la procedura di controllo inizialmente disposta deve essere «disattivata»). Siamo, quindi, in presenza, di una modalità esecutiva obbligatoria e non di un vero e proprio requisito applicativo (a rigor di logica, la determinazione sul *quomodo* postula la precedente valutazione positiva sull'*an* della misura), che però, di fatto, in ragione della sua inderogabilità da parte del giudice, assume la fisionomia di un presupposto dal quale non può prescindere.

Che la previsione modale abbia carattere obbligatorio non può dubitarsi, sia per il chiaro tenore letterale della disposizione in cui è contenuta (si afferma, senza mezzi termini che la procedura «è applicata») sia per una considerazione di ordine logico. Se, per le pene superiori ai sei mesi, il legislatore avesse voluto rimettere l'applicazione del braccialetto elettronico alla discrezionalità del Magistrato di sorveglianza, non avrebbe avuto bisogno di specificare nulla, poiché il carattere facoltativo di tale prescrizione sarebbe già derivato dalle disposizioni generali di cui all'art. 1 l. 199/2010 (alle quali l'art. 123 co. 8 d.l. 18/2020 rinvia «ove compatibili» e nelle quali, appunto, il controllo elettronico del condannato ammesso all'esecuzione domiciliare non è mai previsto come obbligatorio).

Ora, ferma restando la possibilità per il condannato di non prestare il consenso all'*electronic monitoring* (art. 123 co. 4 d.l. 18/2020), l'inderogabilità, per il giudice, di tale prescrizione modale, rischia, come segnalato in premessa, di depotenziare la nuova misura domiciliare, considerata la limitata disponibilità numerica del relativo strumento (il c.d. braccialetto elettronico) e l'assenza, nel decreto legge, di una specifica previsione di spesa per aumentarne rapidamente la dotazione. Potrà, quindi, verificarsi frequentemente che il Magistrato di sorveglianza, pur avendo accertato la sussistenza di tutti i requisiti per ammettere un detenuto all'esecuzione domiciliare introdotta dal "decreto Cura Italia", non possa poi darvi concretamente seguito per la carenza del mezzo elettronico, ovvero sia per una causa non attribuibile al comportamento del soggetto e in alcun modo dipendente dalla sua volontà. Vero è che, in una situazione del genere, il magistrato potrebbe ugualmente ammettere il condannato all'esecuzione domiciliare in applicazione dell'art. 1 l. 199/2010, il quale, come abbiamo detto, non esige necessariamente il braccialetto elettronico. Così facendo, però, sarebbero comunque vanificate le esigenze di semplificazione "sbandierate" dal Governo come punto qualificante della nuova misura emergenziale, dovendo, il Magistrato di sorveglianza, integrare l'istruttoria richiedendo alla Direzione degli istituti penitenziari la relazione sul comportamento del detenuto e accertando che allo stesso non sia riferibile un concreto pericolo di fuga o di reiterazione del reato.

Sulla obbligatorietà del braccialetto elettronico sono state avanzate perplessità anche di ordine costituzionale, essendosi ipotizzata l'irragionevolezza della differenza

di trattamento (e, quindi, la correlata violazione dell'art. 3 Cost.) che tale prescrizione determinerebbe, a danno dei suoi destinatari, in una duplice direzione: all'interno della stessa disposizione "incriminata", rispetto ai detenuti che devono espiare una pena non superiore a sei mesi, i quali, pur potendo trovarsi alla fine di una pena di lunga durata (e perciò ascrivibile a un reato grave), possono essere ammessi all'esecuzione domiciliare senza alcun controllo elettronico³³; e, all'esterno di detta disposizione, rispetto a quei detenuti che, dovendo espiare una pena residua non superiore a due o a quattro anni, possono beneficiare della concessione della misura alternativa della detenzione domiciliare *ex art. 47-ter* co. 1 e 1-bis Op, senza che, anche in questo caso, il controllo elettronico sia automatico. In breve, si censura il fatto che la modalità di controllo più rigorosa è stata resa imprescindibile per una determinata categoria di condannati, mentre è rimasta facoltativa per altri condannati in astratto più pericolosi.

In verità, per entrambe le situazioni messe a raffronto, la differenza di trattamento sembra poter essere ricondotta ad una logica ragionevole. Ci riferiamo, riguardo alla prima ipotesi, alla diversa intensità del pericolo di fuga: in linea di principio, appare razionale presumere che tale pericolo sia tanto maggiore quanto più lontana sia la prospettiva del ritorno in ambiente libero (e che, pertanto, chi deve espiare un residuo di pena breve sia psicologicamente meno "esposto" alla violazione delle prescrizioni); e, riguardo alla seconda ipotesi, alla diversa base probatoria di cui dispone il giudice, nel senso che, mentre la concessione della detenzione domiciliare implica un accertamento approfondito della pericolosità sociale del soggetto, così come della sua tenuta comportamentale, l'esecuzione domiciliare *ex art. 123* d.l. 18/2020 prescinde – lo si è visto – da tali verifiche³⁴. Detto in altre parole, l'obbligatorietà del braccialetto elettronico, ove prevista, corrisponde ad una sorta di "compensazione" del vuoto probatorio relativo al pericolo di fuga e, in ultima analisi, sembra mirare ad un equilibrato contemperamento tra le esigenze di semplificazione (*alias* rapidità) del procedimento applicativo della nuova esecuzione domiciliare e quelle di effettività della pena.

Rimane – sia chiaro – la forte censurabilità della scelta legislativa sui piani, tra loro connessi, della fattibilità e della opportunità, non occorrendo una particolare dose di pessimismo per prevedere che la concreta carenza di braccialetti elettronici potrà, al di là delle astratte costruzioni logiche sottese alla disposizione legislativa,

³³ Per entrambi i profili di illegittimità costituzionale, v. E. Dolcini-G.L. Gatta, *op. cit.*

³⁴ Siffatta "specularità" rispetto «a quanto previsto sul piano procedurale con riferimento alla concedibilità della nuova detenzione domiciliare a condizione che il magistrato di sorveglianza non ravvisi "gravi motivi ostativi" e senza previo svolgimento di effettiva istruttoria» è ravvisata, pur nell'ambito di un giudizio complessivamente negativo sull'obbligatorietà del braccialetto elettronico, anche da G. Murone, "Cura Italia" e detenzione domiciliare tra proclami ed effettività, in www.penaledp.it, 2.4.2000.

compromettere in modo irrimediabile lo stesso risultato per cui quest'ultima è stata introdotta. La censura appare ancor più fondata se si riflette sul fatto che una parte consistente, forse quella più rilevante, delle esigenze preventive che il braccialetto elettronico tende a tutelare sono state preservate, a monte, mediante l'inserimento dei «maltrattamenti» e degli «atti persecutori» tra i delitti formalmente ostativi alla concessione della misura. È tristemente noto, infatti, come proprio in capo agli autori di tali reati si riscontrino spesso, ai danni delle vittime, le azioni violente più pervicaci, le quali, proprio in ragione del loro forte radicamento motivazionale, sono “impermeabili” alla reazione dell'ordinamento e trovano, non di rado, nel passaggio da un regime sanzionatorio carcerario a uno prescrittivo (divieto di allontanarsi dal proprio domicilio o di avvicinarsi a determinati luoghi) l'occasione logistica per il definitivo completamento del piano criminale.

A prescindere da queste peculiari tipologie delittuose e dalle specifiche esigenze preventive ad esse connesse, alla tutela delle persone offese è espressamente preordinata la verifica che, in generale, deve essere fatta sulla “effettività” e “idoneità” del domicilio nel quale il detenuto dovrebbe eseguire la pena (art. 123 co. 1 lett. f d.l. 18/2020). Verifica il cui svolgimento compete alla Direzione dell'istituto penitenziario (tramite la trasmissione al Magistrato di sorveglianza di un «verbale di accertamento dell'idoneità del domicilio, redatto in via prioritaria dalla polizia penitenziaria») ³⁵ e il cui esito negativo determina la non concedibilità della misura.

Vi erano, pertanto, i presupposti per rinunciare, in sede di conversione del decreto legge, alla obbligatorietà del braccialetto elettronico, così da ampliare il raggio di azione e i tempi di applicazione dell'esecuzione domiciliare della pena, senza, con ciò, intaccare le prerogative di tutela delle persone offese e le potenzialità di controllo del regime domiciliare. Ma la legge di conversione, anziché recepire una tale indicazione, ha confermato il carattere automatico e imprescindibile del controllo elettronico, limitandosi a stabilire, nell'ambito della programmazione temporale dei detenuti ai quali assegnare i braccialetti elettronici materialmente disponibili ³⁶ (cioè

³⁵ Anche questa parte della normativa appare suscettibile di critica, quantomeno, sotto il profilo della sua fattibilità. V. F. Fiorentin, *Decreto legge “Cura Italia”, cit.*, 7, il quale ne censura sia il profilo «operativo» (essendo ben difficile che – nelle attuali critiche condizioni operative – la Polizia penitenziaria possa anche distaccare personale per le verifiche esterne sull'idoneità del domicilio, anche avvalendosi della facoltà di subdelega»), sia quello «formale» («ci si domanda quale valenza possa avere una “attestazione” su profili giuridici – quali la sussistenza o meno delle “preclusioni di cui al comma 1” – che implicano delicate valutazioni di natura giuridica afferenti alla già ricordata applicazione dello “scioglimento del cumulo”, di competenza del giudice di sorveglianza»).

³⁶ Stabilisce l'art. 123 co. 5 d.l. 18/2020, che «con provvedimento del capo del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia, d'intesa con il capo della Polizia-Direttore Generale della Pubblica Sicurezza, adottato entro il termine di dieci giorni dall'entrata in vigore del presente decreto e periodicamente aggiornato è individuato il numero dei mezzi elettronici e degli altri strumenti tecnici da rendere disponibili, nei limiti delle risorse finanziarie disponibili a legislazione vigente, che possono essere utilizzati

«a partire dai detenuti che devono scontare la pena residua inferiore»), un lieve innalzamento della soglia al di sotto della quale tali strumenti non sono necessari: «nel caso in cui la pena residua non superi di trenta giorni la pena per la quale è imposta l'applicazione delle procedure di controllo mediante mezzi elettronici o strumenti tecnici, questi non sono attivati»³⁷.

2.3 Deve, per completezza dell'analisi, sottolinearsi la posizione peculiare che, in seno ai destinatari del provvedimento, riveste il «condannato minorenni», intendendosi per tale il soggetto in possesso della minore età al momento dell'esecuzione della pena (e non solo al momento della commissione del reato). Nei confronti del suddetto è sempre esclusa «la procedura di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici» ed è previsto che l'esecuzione domiciliare non sia, come per l'adulto, priva di contenuti trattamentali. In tale ipotesi, infatti, «l'ufficio servizio sociale minorenni territorialmente competente in relazione al luogo di domicilio, in raccordo con l'équipe educativa dell'istituto penitenziario», deve provvedere «alla redazione di un programma educativo secondo le modalità indicate dall'articolo 3 del decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 121, da sottoporre al magistrato di sorveglianza per l'approvazione». Si osservi che, opportunamente, il detto adempimento non è stato concepito come condizione di efficacia del provvedimento di ammissione del minorenni all'esecuzione domiciliare, essendosi stabilito che la redazione del programma educativo debba avvenire entro un termine (trenta giorni) decorrente dalla «ricevuta comunicazione dell'avvenuta esecuzione della misura in esame». Soluzione condivisibile, poiché, da una parte, risponde alla necessità che l'intervento penale, nei confronti del condannato minorenni, sia sempre finalizzato al suo recupero (e, per questo, mai disgiunto dal profilo educativo) e, dall'altra, evita che tale esigenza finisca per ritardarne l'uscita dal carcere. Lo stesso giudizio positivo non sembra potersi esprimere per l'automatica esclusione del condannato minorenni dall'ambito dei soggetti ai quali può essere prescritto il controllo elettronico (indipendente, per di più, dall'entità della pena da espiare), non potendosi escludere che anche riguardo al minorenni siano configurabili particolari esigenze preventive, specie ove si consideri che il suddetto deve espiare la pena detentiva per non aver potuto usufruire (in ragione di una prognosi personologica negativa) di alcuno degli epiloghi non sanzionatori previsti dal d.P.R. 22.9.1988 n. 448 (irrilevanza del fatto,

per l'esecuzione della pena con le modalità stabilite dal presente articolo, tenuto conto anche delle emergenze sanitarie rappresentate dalle autorità competenti». Ciò premesso, «nella prevedibile impossibilità di reperire tutti gli strumenti elettronici necessari, le scelte *dovrebbero* essere effettuate privilegiando gli istituti penitenziari maggiormente gravati e con evidenze di rischio epidemiologico più alto “tenuto conto anche delle emergenze sanitarie competenti” rappresentate dalle autorità» (così, CSM, *Parere sul Disegno di Legge*, cit., 18).

³⁷ Art. 123 co. 5 d.l. 18/2020, così come modificato, in sede di conversione, dall'art. 1 l. 27/2020.

sospensione del processo e messa alla prova, perdono giudiziale), né della sospensione condizionale di cui all'art. 163 Cp³⁸.

Altra menzione specifica, in seno alla norma in commento, è dedicata al «condannato (...) sottoposto ad un programma di recupero» o che «intende sottoporsi ad esso». S'intende fare riferimento, pur non essendo specificato, alla «persona tossicodipendente o alcooldipendente», così come può evincersi dal rinvio che la disposizione, subito dopo, fa alla necessità che, relativamente a tale soggetto, l'ammissione all'esecuzione domiciliare sia preceduta dalla trasmissione (da parte della Direzione dell'istituto penitenziario) della «documentazione di cui all'articolo 94, comma 1, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni». Vale a dire, quindi, di una «certificazione rilasciata da una struttura sanitaria pubblica o da una struttura privata accreditata (...) attestante lo stato di tossicodipendenza o di alcooldipendenza, la procedura con la quale è stato accertato l'uso abituale di sostanze stupefacenti, psicotrope o alcoliche, l'andamento del programma concordato eventualmente in corso e la sua idoneità, ai fini del recupero del condannato».

Non si tratta di una novità rispetto alla “norma madre”, dove è già presente una identica prescrizione documentale, sia per l'esecuzione domiciliare applicata dallo stato di libertà (previa sospensione dell'ordine di esecuzione disposta dal Pubblico ministero) sia per quella relativa al condannato *in vinculis* (art. 1 co. 3 e 4 l. 199/2010).

La disposizione, però, tanto nella l. 199/2010, e ancor di più nel d.l. 18/2020, appare mal costruita, poiché la prescrizione documentale non è accompagnata da quel che dovrebbe essere il suo antecedente logico. In nessuna delle due disposizioni, infatti, si dice espressamente che, nei confronti del tossicodipendente e alcooldipendente, l'ammissione all'esecuzione domiciliare è *subordinata* al fatto che il condannato abbia già in corso un programma di recupero o che, in caso contrario, manifesti formalmente la volontà di iniziarne uno. Ne dovrebbe discendere la facoltatività dell'adesione del condannato a tale programma e la conseguente possibilità che l'ammissione del medesimo all'esecuzione domiciliare prescindere dalla descritta allegazione documentale (v. art. 1 co. 7 l. 199/2010). Se così fosse, tuttavia, la prescrizione avente ad oggetto la trasmissione di quest'ultima risulterebbe priva di senso. Deve, allora, ritenersi che la necessità del dato probatorio sia implicitamente collegata al requisito dell'assenza del pericolo di reiterazione del reato, in questi termini: qualora al

³⁸ Istituto che, peraltro, per il reato commesso da un minore degli anni diciotto, ha un ambito operativo più ampio. In tal caso, infatti, «la sospensione può essere ordinata quando si infligga una pena restrittiva della libertà personale non superiore a tre anni, ovvero una pena pecuniaria che, sola o congiunta alla pena detentiva e raggugliata a norma dell'articolo 135, sia equivalente ad una pena privativa della libertà personale per un tempo non superiore, nel complesso, a tre anni» (art. 163 co. 2 Cp), e non, come è previsto ordinariamente, a due anni (art. 163 co. 1 Cp).

Magistrato di sorveglianza risulti (in base agli elementi a sua disposizione o in seguito alla relazione proveniente dalla Direzione dell'istituto penitenziario) lo stato di tossicodipendenza del condannato e il suo nesso eziologico con il reato per il quale egli deve espiare la pena, la valutazione sulla prognosi di recidiva dovrà essere effettuata in uno con la prognosi terapeutica.

Ritenuto che il “groviglio ermeneutico” possa essere così sciolto, rimane la constatazione che l'assenza del pericolo di reiterazione del reato non è requisito che deve essere accertato per l'esecuzione domiciliare prevista dal “Decreto Cura Italia”, rispetto alla quale, dunque, la trasmissione della documentazione di cui all'art. 94 co. 1 d.P.R. 309/1990 può concepirsi come necessaria nella misura in cui si ammette che il suddetto pericolo rientri tra i “gravi motivi ostativi” che il Magistrato di sorveglianza può valutare in relazione ai dati in suo possesso nel caso concreto.

L'art. 1 d.l. 18/2020, in ragione del suo carattere emergenziale, è norma “a tempo”. La delimitazione temporale della sua efficacia, così come inizialmente fissata nel decreto legge, si prestava a diverse letture, tanto che il legislatore ha ritenuto, in sede di conversione del decreto, di doverla rendere più intellegibile.

Il primo comma della citata disposizione afferma che la pena «è eseguita» in regime domiciliare, in base alla disciplina fin qui esposta, «dalla data di entrata in vigore del (...) decreto e fino al 30 giugno 2020». Letteralmente, siffatta formulazione si prestava ad una lettura molto restrittiva, tale da far coincidere il termine finale della misura, non con il fine pena, ma con la data ivi indicata, così che, giunta quest'ultima, la carcerazione avrebbe dovuto riprendere³⁹. A questa lettura estrema, e del tutto disallineata alla *ratio* deflattiva della popolazione penitenziaria⁴⁰, se ne opponeva un'altra, volta a individuare nel 30 giugno 2020 il momento finale entro il quale poter chiedere l'ammissione alla misura⁴¹.

La legge di conversione è andata oltre e, ispirandosi ad una risalente elaborazione ermeneutica del Giudice costituzionale⁴², ha introdotto un nuovo comma 8-bis, nel

³⁹ Che la «infelice» formulazione originaria del primo comma dell'art. 123 d.l. 18/2020 si prestasse a tale lettura era stato sottolineato nel parere del CSM, il quale, conseguentemente, aveva suggerito «che, in sede di conversione, il testo dell'art. 123 fosse emendato con indicazioni più chiare in relazione a questo profilo» (CSM, *Parere sul Disegno di Legge*, cit., 17).

⁴⁰ In termini analoghi, cfr. E. Dolcini-G.L. Gatta, *op. cit.*

⁴¹ È questa, probabilmente, la volontà sottesa al d.l. 18/2020, secondo F. Fiorentin, *Decreto legge “Cura Italia”*, cit., 4, il quale, però, commentando l'art. 1 co. 1 di tale decreto, ne riteneva già possibile una lettura diversa, coincidente, di fatto, con quella poi recepita dalla legge di conversione: Pur essendo plausibile che la volontà del legislatore fosse quella di limitare al 30 giugno prossimo l'efficacia delle nuove disposizioni co. 4-bis, deve purtuttavia rilevarsi che – secondo una lettura non esclusa dalla lettera della legge – queste ultime potrebbero trovare applicazione nei confronti di tutte le esecuzioni penali che abbiano avuto e che avranno inizio con decorrenza anteriore a quella data, con un effetto, quindi, di proiezione temporale esteso anche oltre il detto termine.

⁴² Intendiamo riferirci a C. cost., 16.3.2007 n. 79, in *CP* 2007, 3573, con nota di F. Fiorentin, *Legge “ex-Cirielli” e*

quale ha precisato che il limite temporale di cui al primo comma concerne la “maturazione” dei «presupposti per l’applicazione della misura». Ne deriva la, già evidenziata⁴³, ammissibilità della richiesta di esecuzione domiciliare (“in deroga” alla l. 199/2010), che sia presentata oltre il 30 giugno 2020, ma facendo riferimento al possesso dei requisiti “maturato” entro tale data. Il che, peraltro, non è detto rappresenti sempre un vantaggio per il condannato, avendo già visto come, nel confronto tra le due versioni della misura, al “beneficio” della possibilità di concedere l’esecuzione domiciliare anche in assenza della prova positiva dell’assenza di pericolo di fuga e di reiterazione del reato, faccia, di norma, da contraltare l’obbligatorietà del controllo elettronico.

2.4 A parte i tentativi, mal riusciti, di semplificazione “probatoria”, il procedimento per l’ammissione alla esecuzione domiciliare della pena non presenta, rispetto all’omologo disciplinato dalla l. 199/2010, novità degne di particolare rilevanza. Il modello procedimentale rimane quello, a contraddittorio differito ed eventuale, di cui all’art. 69-bis Op e immutate sono pure le modalità di instaurazione di detto procedimento, che, in assenza di una previsione specifica, si ricavano dall’art. 1 co. 3 e 4 l. 199/2010: a) se il condannato, al momento del passaggio in giudicato, si trova in stato di libertà, il Pubblico ministero «sospende l’esecuzione dell’ordine di carcerazione e trasmette gli atti senza ritardo al magistrato di sorveglianza affinché disponga che la pena venga eseguita presso il domicilio»; b) se il soggetto è già detenuto, «per il fatto oggetto della condanna da eseguire», «non è consentita la sospensione dell’esecuzione della pena e il pubblico ministero o le altre parti fanno richiesta, per l’applicazione della misura, al magistrato di sorveglianza».

La competenza per materia, quindi, è sempre del Magistrato di sorveglianza. Sotto il profilo territoriale, qualora si tratti di soggetto in stato di libertà, la richiesta è diretta, in applicazione del criterio generale di cui all’art. 677 co. 2 Cpp, al Magistrato di sorveglianza «che ha giurisdizione sul luogo in cui l’interessato ha la residenza o il domicilio» (non si applica la speciale regola di competenza stabilita dall’art. 656 co. 6 Cpp)⁴⁴; mentre, in caso di soggetto già detenuto, al magistrato che ha «giurisdizione

ordinamento penitenziario riformato al vaglio di costituzionalità: la Consulta riafferma il valore della funzione rieducativa della pena, la quale, pur se in relazione al diverso tema della sopravvenienza di una normativa che escluda da un beneficio penitenziario chi aveva già maturato, secondo la previgente disciplina, le condizioni per godere del beneficio stesso, ha affermato che «la massima valorizzazione dei percorsi rieducativi compiuti da chi deve espiare una pena mal si concilia con la vanificazione, in tutto o in parte, degli stessi, per effetto di una mera successione delle leggi nel tempo». Conf., C. cost., 4.7.2006 n. 257, in *FI* 2007, I, 1656.

⁴³ V., *supra*, § 2.1.

⁴⁴ Così, Cass. 15.7.2013 n. 37978, in *CED Cass*, n. 257601, in considerazione del fatto che la normativa del 2010 non prevede espressa deroga al principio generale. Per la competenza territoriale relativa alla richiesta di esecuzione domiciliare avanzata da un collaboratore di giustizia, v. Cass. 10.6.2013 n. 39529, in *CED Cass*, n. 257214; e Cass.

sull'istituto di prevenzione o di pena in cui si trova l'interessato all'atto della richiesta» (art. 677 co. 1 Cpp).

In entrambe le situazioni, il Magistrato di sorveglianza può procedere anche in assenza di una richiesta del diretto interessato, così come si evince dalla circostanza che, a differenza di quanto accade nel procedimento per l'applicazione extramuraria delle misure alternative alla detenzione (dove, ex art. 656 co. 5 Cpp, il Pubblico ministero avvisa il condannato e al difensore che entro trenta giorni può essere presentata istanza, corredata dalle indicazioni e dalla documentazione necessarie, volta ad ottenere la concessione di una di tali misure), l'art. 1 co. 3 l. 199/2010, prevede che il Pubblico ministero, una volta sospesa l'esecuzione dell'ordine di carcerazione, «senza ritardo» trasmette *ex officio* gli atti al Magistrato di sorveglianza affinché provveda direttamente alla valutazione circa la sussistenza dei presupposti per l'esecuzione della pena nel domicilio. Chiaro sintomo, questo, del fatto che la misura, atteggiandosi a modalità esecutiva della pena detentiva, non rientra nella disponibilità del condannato, il quale, perciò, non può rinunciare alla sua concessione⁴⁵.

Permangono i dubbi in ordine al rapporto tra il meccanismo sospensivo disciplinato dall'art. 1 co. 3 l. 199/2010 e quello generale previsto dal codice di rito (art. 656 Cpp), poiché, sul punto, la previsione di legge speciale si limita a stabilire che il Pubblico ministero deve procedere alla sospensione dell'ordine di carcerazione, «salvo che debba emettere il decreto di sospensione di cui al comma 5 del citato articolo 656 del codice di procedura penale e salvo che ricorrano i casi previsti nel comma 9, lettera a), del medesimo articolo». Sfumata l'opportunità di trovare nel decreto legge (o nella sua legge di conversione) una esplicita presa di posizione sulla questione, sembra da

10.10.2013 n. 45282, in *CED Cass*, n. 257319; secondo cui si applica anche a tale misura la regola di cui al comma ottavo dell'art. 16-*nonies* d.l. 8/1991, conv. in l. 82/1991, che attribuisce la competenza in via esclusiva al Tribunale di sorveglianza e al Magistrato di sorveglianza di Roma.

⁴⁵ In verità, la procedibilità *ex officio*, relativamente al soggetto detenuto, non trova esplicito riscontro nel dettato legislativo, sebbene sia ritenuta pacifica nella Relazione illustrativa al decreto legge, ove si legge: «la procedura prevista (che rimane, salvo un intervento di semplificazione, quella di cui all'articolo 1 della legge n. 199 del 2010, le cui norme sono richiamate), stabilisce che la misura sia applicata oltre che su istanza dell'interessato, per iniziativa della direzione dell'istituto penitenziario oppure del pubblico ministero» (v. *DL Cura Italia - Relazione illustrativa*, cit., 26). Tale opinione intende, probabilmente, fare riferimento alla base normativa costituita dall'art. 1 co. 4 l. 199/2010 (applicabile all'art. 123 d.l. 18/2020 in virtù del rinvio che questo fa, nel suo ottavo comma, alle «ulteriori disposizioni dell'articolo 1 della legge 26 novembre 2010, n. 199, ove compatibili»): «In ogni caso, la direzione dell'istituto penitenziario, anche a seguito di richiesta del detenuto o del suo difensore, trasmette al magistrato di sorveglianza una relazione sulla condotta tenuta durante la detenzione». A conferma, però, della opacità di tale dato (che avrebbe, quindi, richiesto una esplicita presa di posizione del legislatore, anziché una mera manifestazione di *intentio legis* nella citata *Relazione*), v. l'opinione contraria di F. Fiorentin, *Decreto legge "Cura Italia"*, cit., 4: «Le nuove disposizioni, derogando al precedente disposto, precisano che la misura domiciliare non può essere applicata dal magistrato di sorveglianza di ufficio, ma solo "su istanza" (dunque, dell'interessato o del suo difensore), così ponendo nell'incertezza la possibilità che la magistratura di sorveglianza possa intervenire *motu proprio*, con una previsione poco coerente con l'attuale fase emergenziale».

preferire l'orientamento giurisprudenziale più recente, che, in conformità con la *ratio* deflattiva dell'istituto, esclude l'alternatività necessaria tra i due meccanismi e opta per la loro eventuale successione cronologica: «nei confronti del condannato che ha già beneficiato della sospensione dell'esecuzione della pena ex art. 656 c.p.p. e che non ha avanzato la richiesta di misura alternativa, il pubblico ministero deve disporre una ulteriore sospensione dell'esecuzione, quando sussistono le condizioni previste dall'art. 1, l. 26 novembre 2010, n. 199, per consentire al magistrato di sorveglianza di decidere se la pena vada eseguita presso il domicilio»⁴⁶.

Instaurato il procedimento dinanzi al Magistrato di sorveglianza, questi provvede con le stesse forme semplificate previste per la concessione della liberazione anticipata, ovverosia «con ordinanza, adottata in camera di consiglio senza la presenza delle parti», che è comunicata al Pubblico ministero e notificata al condannato e al suo difensore «senza ritardo» (così l'art. 69-bis co. 1 Op, richiamato dall'art. 1 co. 5 l. 199/2010).

Al fine di contemperare l'interesse del condannato ad usufruire celermente dell'esecuzione domiciliare con l'esigenza delle parti (compreso lo stesso condannato) di difendersi esercitando, se del caso, il loro diritto al contraddittorio cartolare, l'art. 69-bis co. 2 Op, fissa un termine dilatorio di quindici giorni per l'adozione dell'ordinanza decisoria del Magistrato di sorveglianza. Tale termine, in virtù della deroga a tal fine stabilita dal citato art. 1 l. 199/2010, è ridotto a cinque giorni⁴⁷.

Avverso l'ordinanza del Magistrato di sorveglianza così adottata, «il difensore, l'interessato e il pubblico ministero possono, entro dieci giorni dalla comunicazione o notificazione, proporre reclamo al tribunale di sorveglianza» (art. 69-bis co. 3 Op), il quale però, a questo punto, non potrà più procedere in forma semplificata, bensì tramite il procedimento di sorveglianza di cui all'art. 678 Cpp, e senza che del collegio possa far parte il suddetto magistrato⁴⁸.

Quelle relative al procedimento non sono le sole disposizioni dell'art. 1 l. 199/2010 applicabili alla nuova forma di esecuzione domiciliare della pena. L'integrazione tra le due fattispecie è molto più ampia, giacché secondo l'art. 123 co. 8 d.l. 18/2020, «restano ferme le ulteriori disposizioni» della norma sopra citata «ove compatibili». Tali sono

⁴⁶ Cass. 9.12.2014 n. 4971, in *ANPP* 2016, 151; conf., di recente, Trib. Alessandria, 4.10.2019, in www.dejure.it: «Una volta emesso il decreto di sospensione dell'esecuzione della pena ai sensi dell'art. 656, comma 5, c.p.p., la richiesta al magistrato di sorveglianza di esecuzione presso il domicilio di una pena detentiva non superiore a diciotto mesi è ammissibile solo in caso di mancata presentazione al tribunale di sorveglianza di istanza di misura alternativa o in caso di rigetto (o dichiarazione di inammissibilità) di quell'istanza da parte del tribunale di sorveglianza, previa ulteriore sospensione dell'esecuzione della pena ai sensi dell'art. 1, comma 3, l. n. 199 del 2010».

⁴⁷ La riduzione del termine dilatorio non incide direttamente sulla celerità del procedimento, in difetto di un diverso termine perentorio entro il quale la decisione deve essere adottata.

⁴⁸ V. art. 30-bis co. 5 Op, a cui fa rinvio l'art. 69-bis co. 4 Op.

quelle che attengono al regime revocatorio della misura (47-ter co. 6, 8 e 9 Op), così come quelle che dalla revoca di quest'ultima fanno discendere il divieto di concessione di misure alternative alla detenzione per un determinato periodo di tempo (art. 58-*quater* Op), a loro volta richiamate, «in quanto compatibili» dall'art. 1 co. 8 l. 199/2010. Per quanto, infatti, l'importazione di queste norme rischi di pregiudicare ulteriormente la già modesta capacità del d.l. 18/2020 di "soltimento" della popolazione penitenziaria, nessun elemento oggettivo sembra autorizzare l'interprete alla formulazione di un giudizio di incompatibilità.

Non sono, invece, tra loro compatibili il terzo comma dell'art. 123 d.l. 18/2020 e il combinato disposto dagli artt. 1 co. 8 l. 199/2020, 47-ter, 58-*quinquies* Op, per il semplice fatto che essi stabiliscono due cose diametralmente opposte: l'uno, l'obbligatorietà del braccialetto elettronico per l'esecuzione domiciliare di tutte le pene detentive ultrasemestrali e, l'altro, la discrezionalità del Magistrato di sorveglianza nell'ordinare tale mezzo di controllo. In verità, al riguardo, un problema di "compatibilità" neanche dovrebbe porsi, poiché una tale indagine concerne gli "spazi vuoti" della disposizione ricettiva e non può estendersi a quelle parti in cui questa contempla una autonoma disciplina. Deve, quindi, ribadirsi che, a nostro avviso, la (condivisibile) critica verso l'inderogabilità del braccialetto elettronico che caratterizza la nuova misura domiciliare non può sfociare in una sorta di "miscellanea" tra le due disposizioni, volta a mettere insieme il buono dell'uno e dell'altra. Il che non impedisce, al Magistrato di sorveglianza che voglia applicare ad un detenuto l'esecuzione domiciliare senza braccialetto elettronico, di farlo, a condizione che ciò avvenga osservando per intero, e non frazionatamente, l'art. 1 l. 199/2010 (acquisendo, pertanto, gli elementi positivi dai quali poter desumere l'assenza del pericolo di fuga e di reiterazione del reato).

3. Ai sensi dell'art. 52 co. 1 Op, «al condannato ammesso al regime di semilibertà possono essere concesse a titolo di premio una o più licenze di durata non superiore nel complesso a giorni quarantacinque all'anno». Il d.l. 18/2020 ha ritenuto di potenziare, per il periodo dell'emergenza sanitaria, tale strumento, col chiaro intento di prevenire la trasmissione del virus da parte dei semiliberi in concomitanza con il loro rientro in istituto penitenziario⁴⁹. È stato, così, previsto che «al condannato ammesso al regime di semilibertà sono concesse licenze con durata fino al 30 giugno

⁴⁹ Cfr., E. Dolcini-G.L. Gatta, *op. cit.*, i quali, pur ritenendo la concessione di licenze straordinarie ai semiliberi una «scelta ragionevole», ne segnalano la scarsa efficacia «sul versante del contenimento della popolazione carceraria, se si considera che al 15 febbraio 2020 i soggetti in semilibertà erano 1039».

2020» (art. 124 d.l. 18/2020, così come modificato, in sede di conversione, dall'art. 1 co. 1 l. 27/2020). Licenze che, nonostante la disposizione citata non lo dica espressamente, devono ritenersi “aggiuntive” e non meramente “estensive” di quelle ordinariamente concedibili al semilibero ex art. 52 co. 1 Op. Se così non fosse, le “super licenze” finirebbero per penalizzare ingiustamente il condannato semilibero, il quale, al 30 giugno 2020, avrebbe consumato tutti i giorni fruibili per permanere in libertà fuori dall'istituto senza doversi fare rientro (pur dovendo osservare il regime di libertà vigilata). Egli, quindi, per doversi adeguare ad una misura preventiva nell'interesse della collettività penitenziaria, si vedrebbe privato di un beneficio particolarmente importante ai fini della sua ulteriore “progressione trattamentale” *post* emergenza sanitaria. Nel senso qui auspicato milita, oltre alla detta considerazione di ordine logico, un argomento di carattere testuale, rinvenibile nella parte in cui l'art. 124 d.l. 18/2020 stabilisce che le licenze in oggetto sono concesse «ferme le ulteriori disposizioni di cui all'articolo 52 della legge 26 luglio 1975, n. 354». Rinvio che, appunto, deve essere inteso, non solo come strumento per rendere applicabili alle “super licenze” le modalità esecutive e il regime revocatorio delle licenze ordinarie, ma anche come manifestazione della volontà di rendere la durata delle prime autonoma da quella delle seconde.

Ancor più decisivo appare, nella medesima direzione, il passaggio dalla formulazione utilizzata nel d.l. 18/2020 a quella definitivamente recepita dalla legge di conversione. Nella prima si affermava che «anche in deroga al complessivo limite temporale massimo» di cui al comma 1 dell'art. 52 Op, «le licenze concesse al condannato ammesso al regime di semilibertà» potessero avere durata sino al 30 giugno 2020. Parlando di licenze «concesse», la disposizione prestava il fianco a una lettura negativa per il semilibero, tale per cui il nuovo periodo non dovesse intendersi come frutto di un autonomo provvedimento ammissivo, ma la semplice dilatazione temporale di un provvedimento già esistente. Lettura ora palesemente contraddetta dalla seconda previsione, ove, affermandosi che le licenze «sono concesse», si fa riferimento a provvedimenti dotati del carattere di novità (e ciò indipendentemente dal fatto che la “super licenza” possa essere concessa senza soluzione di continuità rispetto a quella, ordinaria, già in esecuzione).

L'attitudine deflattiva, piuttosto che premiale, delle licenze temporaneamente introdotte dal “decreto Cura Italia” è resa manifesta dal carattere automatico della loro concessione: esse – recita l'art. 124 di tale decreto – «sono concesse» (e non, come invece stabilisce l'art. 52 co. 1 Op, per le licenze ordinarie, «*possono* essere concesse»).

Anche in questo caso, però, il legislatore sembra essersi contraddetto, avendo introdotto nella stesura definitiva dell'art. 124 cit. (l. 27/2020) la stessa norma di chiusura già utilizzata nell'art. 123 d.l. 18/2020: «salvo che il magistrato di sorveglianza

ravvisi gravi motivi ostativi alla concessione della misura». Una previsione qui doppiamente censurabile, giacché essa, oltre a introdurre un fattore di eccessiva genericità che rischia (conferendo discrezionalità al Magistrato di sorveglianza) di vanificare le potenzialità deflattive della misura, appare distonica rispetto al giudizio di meritevolezza che il semilibero deve avere ricevuto al momento della concessione della misura alternativa alla detenzione e che, evidentemente, per non essere stata siffatta misura revocata, si presume debba essere ancora attuale.

4. È davvero difficile che il “Decreto Cura Italia” possa avere sulla popolazione penitenziaria effetti deflattivi così significativi da rendere gli spazi detentivi idonei ad una gestione ottimale delle misure preventive e terapeutiche, connesse al Covid-19, destinate ai condannati che devono continuare a espiare la pena in carcere. La prognosi negativa, alquanto diffusa in dottrina⁵⁰, trova solido sostegno, in parte, nelle numerose incertezze interpretative che – come si è cercato di dimostrare – connotano l’applicazione delle nuove misure e, in altra parte, nel ridotto ambito dei condannati ai quali queste, pur a pieno regime, risultano destinate. A ciò si aggiunge – e non è certo circostanza secondaria – il fatto che, ad oggi, né il “Decreto Cura Italia” né altro provvedimento legislativo prevedono misure volte a ridurre l’impatto sulla popolazione penitenziaria dei soggetti ristretti in custodia cautelare⁵¹.

In tale quadro, c’è da chiedersi se le esigenze di tutela del diritto alla salute in carcere determinate dalla pandemia possano essere soddisfatte in altro modo, cioè facendo uso di quegli istituti che, già esistenti nel nostro sistema penale, mirano ad

⁵⁰ Particolarmente significativa, in tale direzione, la severa critica espressa dall’Associazione italiana dei professori di diritto penale, secondo cui né la misura prevista dall’art. 123 d.l. 18/2020 né, tantomeno, quella introdotta con l’art. 124 dello stesso decreto risultano idonee «ad una significativa riduzione della popolazione carceraria» (v., AIPDP, *Osservazioni e proposte del Consiglio direttivo AIPDP sull’emergenza carceraria da coronavirus*, in www.aipdp.it, 23.3.2020, 1 e 2).

⁵¹ Il tema è oggetto di approfondimento nelle *Osservazioni sulle disposizioni eccezionali per la giustizia penale nell’emergenza Covid-19*, in www.processopenalegiustizia.it, 14.4.2020, formulate dal Consiglio Direttivo dell’Associazione tra gli studiosi del processo penale (ASPP) e che, muovendo dalla non assimilabilità ai diciotto mesi (o ai sei mesi) di pena detentiva residua (dell’esecuzione domiciliare ex art. 1 d.l. 18/2020), agli «stessi periodi di custodia cautelare astrattamente residua, ricavati dal confronto con i termini di durata massima, siano essi quelli complessivi o quelli finali, trattandosi di termini sì collegati, nel rispetto del principio di proporzionalità, alla gravità o alla tipologia delle imputazioni, ma del tutto avulsi da una valutazione di meritevolezza di pena», sollecitano l’adozione di una soluzione all’interno di una «logica presuntiva» (posto che quella legata alla verifica del «pericolo in concreto» implicherebbe «una tempistica inevitabilmente contrastante l’esigenza di una tempestiva adozione del provvedimento, quale che sia la direzione dello stesso»). Seguendo tale prospettiva, «concentrata sulla valorizzazione dello stato di emergenza sanitaria», non sarebbe azzardato «pronosticare la previsione di un livello di pericolosità cautelare dell’imputato di eccezionale rilevanza, in presenza del quale gli interventi a fini di tutela della salute dovranno essere sviluppati, ma in ambiente carcerario, con esiti positivi, purtroppo, assai improbabili» (ivi, 4).

evitare che la restrizione della libertà personale oltrepassi la soglia del trattamento inumano o degradante.

Nel fare ciò, deve distinguersi la tutela della salute del singolo detenuto dalla tutela della “salute penitenziaria collettiva”, essendo d’intuitiva evidenza che una patologia contagiosa incide tanto sulla prima quanto sulla seconda (ancora di più quando, come nel nostro caso, la trasmissione dell’agente patogeno avviene per via aerea, senza necessità di un contatto corporeo)⁵². Orbene, nell’ordinamento penitenziario il solo strumento che può ricondursi alla tutela della salute collettiva è l’isolamento di colui nei cui confronti sia stata fatta una «diagnosi anche sospetta di malattia contagiosa» (art. 11 co. 11 Op). Misura che, inevitabilmente, ha ricadute molto negative sull’organizzazione degli istituti penitenziari dove regna il sovraffollamento, tanto da poter divenire inattuabile in presenza di un numero significativo di soggetti contagiati. Ipotesi in cui non sempre il problema può essere risolto disponendo il ricovero del soggetto in un luogo esterno di cura, essendo questo previsto «ove siano necessarie cure o accertamenti sanitari che non possono essere apprestati dai servizi sanitari presso gli istituti» (art. 11 co. 4 Op). Si pensi al soggetto detenuto che, pur avendo contratto il virus Covid-19, non manifesti alcun sintomo o manifesti sintomi di modesta rilevanza e che, pertanto, non necessiti di alcun particolare trattamento sanitario (dovendosi, in questi casi, attendere il decorso della malattia e, successivamente, accertare clinicamente l’avvenuta guarigione). Tali situazioni, lungi dal poter essere definite eccezionali, costituiscono una frequente modalità di “contatto” con la patologia in questione⁵³ e oggi, ove presenti in istituto penitenziario, possono essere gestite unicamente con lo strumento dell’isolamento sanitario (art. 33 co. 1 lett. a Op). La possibilità che il detenuto asintomatico, potenziale motore di trasmissione del virus, prosegua la misura privativa della libertà personale al di fuori dell’istituto penitenziario, così da preservare la salute degli altri detenuti, è rimessa ad una circostanza del tutto eterogenea; ovverossia al fatto che egli abbia, contestualmente, i requisiti per accedere ad una misura non detentiva sganciata dalla valutazione dello stato di salute del richiedente (ciò che, per l’imputato, potrebbe verificarsi in conseguenza dell’attenuazione delle esigenze cautelari e la conseguente sostituzione della custodia cautelare con una misura cautelare meno afflittiva; e, per il

⁵² Dalle conoscenze scientifiche ad oggi acquisite emerge che «la via primaria» di trasmissione del nuovo Coronavirus è costituita dalle «goccioline del respiro delle persone infette» (v., www.salute.gov.it, 19.5.2020).

⁵³ Il dato è scientificamente supportato. In tal senso, particolarmente significativo è lo studio italiano che è stato fatto sulla popolazione di Vo’ Euganeo, il comune veneto nel quale, il 21 febbraio 2020, è avvenuto il primo decesso in Italia per Covid-19 e che, a causa della vasta diffusione del virus tra i suoi abitanti, il giorno dopo è stato dichiarato “zona rossa” (v. ord. Ministero della Salute, 22.2.2020, in www.salute.gov.it). Da tale studio è emerso che il 43,2% dei casi con tampone positivo era asintomatico (v. E. Lavezzo e altri, *Suppression of COVID-19 outbreak in the municipality of Vo, Italy*, in www.medrxiv.org, 18.4.2020).

condannato, in base alla pena residua da espiare, con una delle misure alternative alla detenzione che postulano un certo grado di meritevolezza comportamentale o con una misura, come l'esecuzione domiciliare *ex l. 199/2010* o *ex d.l. 18/2020*, che prescinde da una tale valutazione)⁵⁴.

Differente è la situazione di colui che, essendo contagiato sintomatico, necessita di cure specifiche. La gestione di tale problema non può che avvenire tramite le misure penali e penitenziarie che annoverano l'infermità tra i loro presupposti applicativi. L'ambito di operatività di queste misure varia in funzione del diverso livello di gravità dell'infermità, passandosi dalla patologia talmente grave da determinare una vera e propria incompatibilità con lo stato detentivo (v. differimento obbligatorio della pena *ex art. 146 Cp*) a quella grave ma che, non essendo radicalmente incompatibile con lo *status detentionis*, rende possibile un bilanciamento «tra l'interesse del condannato ad essere adeguatamente curato e le esigenze di sicurezza della collettività»⁵⁵. Con l'ulteriore distinzione, all'interno di queste ultime, tra le misure che rispondono ad una logica umanitaria della pena (differimento facoltativo della pena *ex art. 147 co. 1 n. 2 Cp*) e quelle la cui applicazione rientra nell'ottica della risocializzazione propria di tutte le misure alternative (detenzione domiciliare *ex art. 47-ter co. 1 lett. c Op*)⁵⁶.

Ma quel che, ai nostri fini, rileva è che nessuna di tali misure è attualmente congegnata in modo tale da consentire che sulla valutazione dei suoi presupposti applicativi incida il pericolo che la patologia del soggetto infermo cagioni danni (*alias* il contagio) agli altri detenuti. Né appare legittimo ipotizzare una dilatazione ermeneutica così ampia della semantica di tali formule da farvi rientrare un concetto di "gravità" riferito, non solo al portatore della patologia, ma anche, più genericamente, al "contesto" nel quale la malattia deve essere trattata.

Il "contesto terapeutico", semmai, può rilevare in un altro senso, sempre orientato, però, alla tutela del soggetto infermo e non (se non in modo del tutto indiretto) dei detenuti sani a rischio di contagio. Ci si vuole riferire alla necessità che la compatibilità della patologia con lo stato detentivo non sia valutata in astratto (potenzialità strutturale degli istituti penitenziari ad erogare uno specifico servizio sanitario) ma in stretta relazione al caso concreto (materiale disponibilità di un istituto a garantire, in un *determinato* momento, ad un *determinato* soggetto, un *determinato standard* terapeutico e prevenzionale). Se così è, ben può accadere che un quadro

⁵⁴ V. anche E. Santoro, *op.cit.*, 4, il quale sottolinea l'impossibilità che a risolvere il problema sia il solo istituto giuridico della detenzione domiciliare per motivi di salute, che «si caratterizza per una valutazione strettamente individuale della compatibilità con lo *status detentionis* delle condizioni di salute del soggetto, singolarmente inteso (...)».

⁵⁵ Così, in relazione al differimento della pena *ex art. 147 co. 1 n. 2 Cp*, Cass. 14.10.2011 n. 972, in *CED Cass*, n. 251674); conf., da ultimo, Cass. 8.5.2019 n. 39986, in *CED Cass*, n. 277488-01.

⁵⁶ Per questa distinzione finalistica tra le due misure, v. Cass. 29.9.2009 n.38915, in *GD* 2010 (1), 71.

patologico grave, fino a quel momento ritenuto compatibile con la permanenza in carcere, diventi incompatibile, non perché, autonomamente considerato, risulti aggravato, bensì perché, a causa di sopravvenuti fattori esterni (pandemia) e dei riflessi che questi hanno sulla capacità produttiva del servizio penitenziario interno (necessità di “liberare” spazi per l’isolamento degli asintomatici, esigenza di razionalizzazione nell’impiego del personale, ecc.), ad esso non può più essere garantito lo stesso livello di assistenza sanitaria.

Quest’ultimo non può che essere rapportato alla natura della patologia e alle terapie che essa richiede per assicurare al soggetto la massima aspettativa di vita. Quando, pertanto, il rischio di contrarre un virus diviene, a causa della sua straordinaria capacità diffusiva, molto elevato (come nel caso dell’emergenza sanitaria che stiamo vivendo), occorre verificare quanto quel determinato istituto penitenziario sia in grado di contenere tale rischio (rileva perciò il fatto che in esso siano già presenti soggetti positivi o abbiano, comunque, fatto ingresso soggetti poi risultati positivi) e l’impatto che la trasmissione del virus avrebbe sui soggetti detenuti affetti da pregresse, gravi, patologie (essendo scientificamente comprovato che la letalità del Covid-19 colpisce prevalentemente i pazienti oncologici, quelli con malattie respiratorie o insufficienze renali, e, più ingenerale, tutti coloro la cui funzionalità degli organi vitali sia già compromessa). In parole più semplici, allo stato dell’arte e in difetto di una disciplina *ad hoc*, dovrebbe essere bandito qualsiasi automatismo decisionale, giacché non risulterebbe corretto né associare sistematicamente al Covid-19 (contratto o potenziale) una incompatibilità con lo stato detentivo né escludere aprioristicamente che tale virus (o il rischio concreto di una sua insorgenza) possa incidere su siffatta valutazione (allorquando è in discussione il differimento obbligatorio della pena ex art. 146 Cp) o sul bilanciamento tra le esigenze di tutela della salute e le molteplici funzioni della pena (correlato al giudizio sul differimento facoltativo della pena o sull’applicazione della detenzione domiciliare ex art. 47-ter co. 1 lett. c Op)⁵⁷.

5. Dovrebbe essere pacifico che quando un giudice si trova dinanzi all’accertamento di una situazione di vera e propria incompatibilità con lo stato detentivo, non ha, indipendentemente dalla gravità del reato al quale quest’ultimo è

⁵⁷ Si muove in questa logica il decreto 20 marzo 2020, n. 949, del Magistrato di sorveglianza di Pavia, in www.giurisprudenzapenale.com, 22.3.2020, con il quale l’istanza di applicazione della detenzione surrogatoria del differimento della pena, avanzata da un condannato in espiatione di pena per reati rientranti nell’art. 4-bis Op, è stata respinta sulla base di valutazioni inerenti alla specificità del caso concreto; affermando, in particolare, l’insussistenza della incompatibilità «non essendovi indicazioni in merito a frequenza di contagio da Covid 19 maggiore in carcere rispetto che all’ambiente esterno, tenuto altresì conto che, nel caso di specie, il domicilio del condannato è situato in (...) piena zona rossa» (ivi, 2-3).

riferibile, alcun margine di valutazione (dato il carattere assoluto del divieto di trattamento inumano o degradante del soggetto privato della libertà personale), se non quello di disporre, a tutela delle esigenze di difesa sociale, che il differimento della pena detentiva o l'inapplicabilità della custodia cautelare in carcere non comportino la piena libertà del soggetto, ma la necessità che egli, per il tempo in cui permane la causa d'incompatibilità, prosegua la privazione della libertà personale in regime domiciliare (v. art. 47-ter co. 1-ter Op e artt. 275 co. 4-bis e 4-ter, 299 co. 4-ter Cpp).

Non sembra, però, che l'attuale Governo abbia particolare fiducia nel prudente apprezzamento giurisdizionale di tali situazioni. Esso, infatti, in perfetta sequenza temporale rispetto al clamore mediatico impropriamente suscitato da alcuni provvedimenti di ammissione di soggetti condannati per mafia, o altri gravi reati, alla detenzione domiciliare surrogatoria del differimento della pena⁵⁸, ha emanato l'ennesimo decreto legge, il quale, non solo continua a non recepire gli auspici, da più parti avanzati, di provvedimenti eccezionali che alleggeriscano significativamente la popolazione detenuta⁵⁹, ma mira, perfino, a restringere i margini di operatività degli istituti preesistenti⁶⁰. Sono state, così, individuate alcune tipologie di condannati nei cui confronti il giudice, dopo avere accordato la cessazione della misura detentiva (in cambio della «detenzione domiciliare» o del «differimento della pena») «per motivi connessi all'emergenza sanitaria da Covid-19», è tenuto a valutare, «entro il termine di quindici giorni dall'adozione del provvedimento e, successivamente, con cadenza mensile», «la permanenza dei motivi legati all'emergenza sanitaria»⁶¹. Lo stesso meccanismo è stato esteso all'omologa tipologia di imputati ai quali sia stata accordata, per i medesimi motivi, «la sostituzione della custodia cautelare in carcere con la misura

⁵⁸ Sulla «enfaticizzazione mediatica del tema-scarcerazioni» e la correlata «tendenziale sottovalutazione del grave rischio di diffusione delle infezioni nelle carceri», v., *amplius*, G. Fiandaca, *Scarcerazioni per motivi di salute, lotta alla mafia e opinione pubblica*, in www.sistemapenale.it, 19.5.2020.

⁵⁹ Tra gli interventi proposti, da vari Autori, in tale direzione e non attuati dalla legge di conversione del d.l. 18/2020, così come dai successivi provvedimenti normativi, possono segnalarsi: la facoltatività del controllo elettronico; la concessione (già sperimentata con il d.l. 23.12.2013 n. 146) della «liberazione anticipata speciale»; il differimento di sei mesi dell'emissione dell'ordine di esecuzione delle condanne sino a quattro anni; la temporanea introduzione dell'emergenza sanitaria tra i fattori dei quali il giudice possa tenere conto per la scelta della misura cautelare (v., G. Giostra, *Disinnescare in modo sano la bomba-virus nelle carceri*, in www.sistemapenale.it, 22.3.2020; G. Spangher, *Misure cautelari e diritto alla salute*, in www.penaledp.it, 25.3.2020; E. Dolcini-G.L. Gatta, *op. cit.*; R. Polidoro, *op. cit.*, 6, il quale riporta, altresì, le proposte formulate dai Presidenti dei Tribunali di sorveglianza di Milano e di Brescia e trasmesse, con lettera del 15 marzo 2020, al Ministro della giustizia).

⁶⁰ Trattasi del d.l. 10.5.2020 n. 29, in *Gazz. Uff.*, *Serie generale*, 2020, n. 119, 1.

⁶¹ La valutazione, però, deve essere effettuata «immediatamente, anche prima della decorrenza» del termine di quindici giorni, «nel caso in cui il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria comunica la disponibilità di strutture o di reparti di medicina protetta adeguati alle condizioni di salute del detenuto o dell'internato ammesso alla detenzione domiciliare o ad usufruire del differimento della pena» (così, l'art. 1 co. 1 ultimo periodo d.l. 29/2020).

degli arresti domiciliari», con la sola differenza che, in questi casi, la valutazione deve essere fatta dal Pubblico ministero, il quale, quando ritiene che le condizioni siano mutate, «chiede al giudice il ripristino della custodia cautelare in carcere».

I destinatari di questa anomala rivalutazione obbligatoria sono i condannati, gli internati e gli imputati «per i delitti di cui agli articoli 270, 270-bis, 416-bis del codice penale e 74, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, o per un delitto commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione mafiosa, o per un delitto commesso con finalità di terrorismo, ai sensi dell'articolo 270-sexies del codice penale, nonché i condannati e gli internati sottoposti al regime previsto dall'articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354».

Quando la valutazione riguarda i condannati, «il Magistrato o il Tribunale di sorveglianza che ha adottato il provvedimento»⁶² deve acquisire «il parere del Procuratore distrettuale antimafia del luogo in cui è stato commesso il reato» e (se l'accertamento riguarda i condannati e gli internati già sottoposti al regime di cui all'art. 41-bis Op) del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo. In tutti i casi (condannati, internati e imputati), poi, è previsto che il giudice «prima di provvedere» senta «l'autorità sanitaria regionale, in persona del Presidente della Giunta della Regione, sulla situazione sanitaria locale e acquisisce dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria informazioni in ordine all'eventuale disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta» in cui la carcerazione possa riprendere «senza pregiudizio» per le condizioni di salute del soggetto interessato.

L'*iter* introdotto appare, a prima lettura, contorto e, soprattutto, ultroneo.

Gli adempimenti ora così dettagliatamente prescritti, infatti, sembrano privi di un reale carattere innovativo, essendo finalizzati ad accertamenti probatori che, in virtù di una corretta interpretazione delle norme già esistenti, le varie autorità giudiziarie dispongono ancor prima di accordare le misure citate dal d.l. 29/2020 e che, in sintonia con la natura provvisoria di tali misure, sono sempre stati soggetti a periodico aggiornamento⁶³. La novella normativa vincola il giudice nella delimitazione

⁶² Posto che la competenza a decidere sia sulla richiesta di detenzione domiciliare sia su quella di differimento della pena è del Tribunale di sorveglianza, il riferimento dell'art. 2 co. 1 d.l. 29/2020, deve intendersi fatto all'ipotesi in cui il Magistrato di sorveglianza adotti il provvedimento di detenzione domiciliare in via provvisoria (art. 47-ter co. 1-*quater* Op). Ciò in considerazione del fatto che il termine entro il quale la nuova previsione impone la rivalutazione dei presupposti applicativi di tali misure è inferiore al termine che il Tribunale di sorveglianza, in base all'art. 47 co. 4 Op (a cui l'art. 47-ter co. 1-*quater* Op fa rinvio) ha per emettere la decisione definitiva (sessanta giorni da quando il magistrato gli trasmette gli atti).

⁶³ Anche su questo aspetto, peraltro, il Governo è recentemente intervenuto, emanando il d.l. 30.4.2020 n. 28, in *Gazz. Uff., Serie generale*, 2020, n. 111, 1. In tale provvedimento, infatti, è previsto che, in determinati casi (detenuti per uno dei delitti previsti dall'articolo 51 co. 3-*bis* e 3-*quater* Cpp) l'autorità giudiziaria competente a concedere, ex art. 30-*bis* Op, i permessi di necessità o, ex art. 47-ter co. 1-*ter* Op, la detenzione domiciliare surrogatoria del differimento (obbligatorio o facoltativo) della pena, prima di provvedere, è tenuta a chiedere il «parere del procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove ha sede il tribunale che ha

di tempi e modi che prima erano lasciati all'autonomia della singola autorità giudiziaria, lasciando così trapelare un atteggiamento di sfiducia nei confronti della Magistratura (e, in particolare, della Magistratura di sorveglianza) e, per converso, un atteggiamento di grande "apertura" verso le pulsioni emotive generate da campagne mediatiche giustizialiste. Gli effetti non potranno che essere negativi, giacché si andrà certamente a gravare di inutili acquisizioni probatorie o consultive il già oberato carico giudiziario delle Procure e della Magistratura di sorveglianza. Inutili sia perché, come detto, difficilmente forieri di dati fattuali ulteriori rispetto a quelli precedentemente acquisiti dall'autorità giudiziaria (anche in considerazione del brevissimo lasso di tempo entro il quale la rivalutazione deve essere effettuata) sia perché non vincolanti. In ordine a quest'ultimo aspetto, ad alimentare la confusione contribuisce anche il tenore testuale dell'art. 2 co. 1 d.l. 29/2020, il quale – lo abbiamo prima rilevato – rende applicabile la disciplina in essa contenuta alla «detenzione domiciliare» (oltre che al differimento della pena) senza accezione alcuna. Ma, al di là della genericità del riferimento, le sole forme di detenzione domiciliare che, in astratto, possono essere concesse «per motivi connessi all'emergenza sanitaria da Covid-19» sono quella surrogatoria del differimento della pena (art. 47-ter co. 1-ter Op) e quella, ordinaria (limitata cioè alla «pena della reclusione non superiore a quattro anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, nonché la pena dell'arresto»), destinata alla «persona in condizioni di salute particolarmente gravi, che richiedano costanti contatti con i presidi sanitari territoriali» (art. 47-ter co. 1 lett. c Op). Ora, in relazione alla prima, il parere della Procura distrettuale antimafia o del Procuratore nazionale antimafia non potrebbe assumere rilevanza qualora la misura alternativa sia stata disposta in sostituzione del differimento obbligatorio (e, quindi, a causa di uno stato di salute assolutamente incompatibile con la detenzione), giacché il divieto di sottoporre il detenuto a un trattamento inumano non sarebbe comunque suscettibile di bilanciamento con qualsivoglia considerazione di allarme sociale derivante dalla sua temporanea dimissione dal carcere (la quale, al più, potrebbe incidere sulle modalità di controllo del regime domiciliare)⁶⁴. In relazione, invece, alla detenzione domiciliare

emesso la sentenza e, nel caso di detenuti sottoposti al regime previsto dall'articolo 41-bis, anche quello del Procuratore nazionale antimafia» (v., art. 2 d.l. 28/2020). Alla richiesta del parere – che attiene alla «attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata ed alla pericolosità del soggetto» – sono collegati dei termini dilatori per la decisione del giudice (ventiquattro ore per il permesso di necessità, due o quindici giorni, per la detenzione domiciliare), derogabili, però, laddove «ricorrono esigenze di motivata eccezionale urgenza».

⁶⁴ La natura assoluta del divieto di tortura e trattamenti disumani o degradanti è stata recentemente ribadita, proprio in relazione alle politiche penali volte a fronteggiare la pandemia, dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT), nello *Statement of principles relating to the treatment of persons deprived of their liberty in the context of the coronavirus disease (COVID-19)*, in www.coe.int, rilasciato il 20 marzo 2020: «*Whilst acknowledging the clear imperative to take firm action to combat COVID-19, the CPT must remind all actors of the absolute nature of the prohibition of torture and inhuman*

applicata in surrogazione del differimento facoltativo della pena il suddetto parere potrebbe incidere sul bilanciamento originariamente effettuato dal giudice tra diritto alla salute e funzione della pena solo nella misura in cui fornisca elementi probatori nuovi, non potendosi, altrimenti, immaginare che il differente, pur autorevole, parere di una parte legittimi il condizionamento del libero convincimento del giudice e ne determini un “ripensamento”. Ancora più improbabile si prospetta l'utilità di tale parere in ordine alla detenzione domiciliare ordinaria concessa per le «condizioni di salute particolarmente gravi», ove si pensi che tale ipotesi, riguardando condannati e internati ai quali è applicabile la disciplina differenziata di cui all'art. 4-bis Op, può realizzarsi soltanto qualora sia già stata accertata l'esistenza di una delle situazioni che, in base al tipo di reato, è idonea a ripristinare il regime ordinario, vale a dire la collaborazione con la giustizia o l'inesistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata (ciò che, quindi, dovrebbe escludere il timore di una sua maggiore pericolosità e la necessità che la stessa sia oggetto di un particolare approfondimento istruttorio).

Più concreta sembra la rilevanza che può attribuirsi alle comunicazioni che, secondo il nuovo decreto, l'autorità giudiziaria deve acquisire dall'autorità sanitaria regionale e dal Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria in merito alla sopravvenuta disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta adeguati alle condizioni di salute del detenuto, purché nei limiti di seguito precisati. L'utilità sussiste soltanto quando il provvedimento giurisdizionale applicativo del differimento della pena, della detenzione domiciliare o degli arresti domiciliari abbia fatto riferimento, esplicito o implicito, alla impossibilità di garantire le terapie di cui il condannato o l'imputato necessita a causa della indisponibilità di istituti penitenziari a ciò predisposti; e non anche quando le suddette misure siano state applicate indipendentemente dalla disponibilità di tali spazi, per il solo fatto che l'avanzato decorso della patologia e la sua prognosi inesorabilmente infausta renderebbero inumana la carcerazione.

Entro questi limiti, quindi, l'instaurazione di uno stabile canale comunicativo tra l'autorità giudiziaria e le autorità amministrative preposte alla gestione del servizio sanitario (e delle relative strutture) potrebbe avere effetti di razionalizzazione nell'applicazione delle misure domiciliari a sfondo umanitario, nella misura in cui potrebbe contribuire ad evitare concessioni o prosecuzioni di tali misure dovute a difetti di informazione. Tuttavia, invece di dettare cadenze temporali così rigide e di fare ricorso ad adempimenti istruttori così articolati e gravosi, sarebbe stato molto più semplice prescrivere, alle autorità giudiziarie, di comunicare al Dipartimento

or degrading treatment». Per un commento di tale documento, cfr. G.L. Gatta, *Coronavirus e persone private della libertà: l'Europa ci guarda. Le raccomandazioni del Cpt del Consiglio d'Europa*, in www.sistemapenale.it, 21.3.2020.

dell'Amministrazione penitenziaria i provvedimenti applicativi delle misure domiciliari giustificate dalla temporanea mancanza di spazi penitenziari idonei alle esigenze terapeutiche del detenuto e, a tale Dipartimento, di informare tempestivamente le autorità giudiziarie della sopravvenuta disponibilità di uno spazio idoneo (così da consentire alle stesse di attivarsi, con altrettanta tempestività, per la revoca della detenzione domiciliare⁶⁵ o il ripristino della custodia cautelare).

C'è, infine, un elemento della nuova normativa che merita di essere segnalato, atteso che dal suo significato potrà dipendere l'effettiva portata del meccanismo qui esposto. Tutti gli adempimenti posti ora a carico della Magistratura di sorveglianza o delle Procure delle Repubbliche hanno un unico presupposto: che il provvedimento di differimento della misura detentiva o di sua modifica in regime domiciliare sia stato disposto «per motivi connessi all'emergenza sanitaria da COVID-19». S'intuisce, allora, che lo spazio di operatività degli adempimenti sopra richiamati sarà tanto più ridotto quanto più ristretto sarà il significato che si attribuirà a tale "connessione"; una sua accezione "debole", invero, vi farebbe rientrare qualsiasi provvedimento nel quale il giudice ha comunque preso in considerazione detta emergenza sanitaria (anche soltanto per metterne in evidenza la sua generica incidenza negativa sul contesto sanitario penitenziario), mentre una accezione "forte" ne autorizzerebbe l'inclusione di quei soli provvedimenti nei quali il Covid-19 ha costituito la causa o la concausa della misura domiciliare. Alla Magistratura il compito di "dialogare", attraverso l'*ars interpretandi* (e a debita distanza dal clamore mediatico), con il legislatore.

⁶⁵ A tal riguardo, deve sottolinearsi che, opportunamente, l'art. 1 d.l. 29/2020, ha modificato l'art. 47-ter Op specificando che la revoca di tale misura diviene necessaria quando «vengono a cessare», non solo «le condizioni di cui ai commi 1 e 1-bis» della stessa disposizione, ma anche quelle di cui al comma 1-ter (cioè a dire quelle che sono poste a fondamento del differimento della pena e della sua sostituzione con la detenzione domiciliare). In conseguenza di tale modifica, la detenzione domiciliare surrogatoria del differimento della pena è revocabile prima del «termine di durata di tale applicazione» fissato dal Tribunale di sorveglianza all'atto della concessione della misura.