

## Osservazioni a prima lettura in tema di decreto “cura Italia” e nuova detenzione domiciliare.

di **Giuseppe Murone**

**Sommario.** 1. Premessa – 2. Procedimento applicativo. - 3. Particolari aspetti problematici. – 3.1 *Ratio legis* e legislazione emergenziale. – 3.2 Nuova detenzione domiciliare e “Legge Spazzacorrotti”. – 3.3 Applicazione obbligatoria della procedura di controllo. - 4. Conclusioni.

### 1. Premessa.

Il d.l. 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”*, ha introdotto all'art. 123, rubricato *“Disposizioni in materia di detenzione domiciliare”*, una particolare disciplina della detenzione domiciliare per pene non superiori a diciotto mesi, che si pone come derogatoria, per espressa previsione, a quella ordinariamente prevista dall'art. 1 l. 26 novembre 2010, n. 199 e interessa un periodo temporale che va dal 17 marzo 2020, giorno di entrata in vigore del provvedimento, al 30 giugno 2020.

Sotto il profilo relativo alla *ratio legis*, può immediatamente osservarsi che la relazione illustrativa del decreto-legge esplicita che, considerata *“l'emergenza epidemiologica da COVID-19”*, *“l'ampia concentrazione di personale di polizia penitenziaria, di detenuti e di operatori ... impone di considerare anche l'opportunità di percorrere moderate e accorte soluzioni volte ad alleggerire quella concentrazione e, al contempo, ad attenuare il cronico problema di sovraffollamento degli istituti”*. Ed ancora, la successiva circolare del Ministero dell'Interno n. 15350/117(2)/Uff III-Prot.Civ. del 18 marzo 2020 consente di comprendere come *“gli artt. 123 e 124 del decreto ... recano disposizioni in materia, rispettivamente, di detenzione domiciliare e di licenze premio straordinarie per i detenuti in regime di semilibertà, finalizzate ad attenuare il cronico problema di sovraffollamento degli istituti penitenziari”*.

### 2. Procedimento applicativo.

Si è inteso, pertanto, recuperare il modello operativo promanante dall'art. 1 l. n. 199 del 2010, che prevede la possibilità di eseguire le pene detentive di durata non superiore a diciotto mesi, anche se costituente parte residua di maggior pena, in luoghi esterni al carcere ed esattamente presso l'abitazione o altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza (nello



specifico, l'art. 123, comma 1, d.l. n. 18 del 2020 deroga al disposto dei commi 1, 2 e 4 dell'art. 1 l. n. 199 del 2010 e richiama, al comma 8, le ulteriori previsioni della medesima disposizione ove compatibili).

Quanto ai profili procedurali, è stato quindi previsto, all'art. 123, comma 1, d.l. n. 18 del 2020, che il relativo procedimento applicativo venga avviato "su istanza", promanante, in difetto di espressa indicazione legislativa e secondo la menzionata relazione illustrativa, dall'interessato, dal direttore dell'istituto penitenziario o dal pubblico ministero.

Secondo il medesimo comma 1, è esclusa la possibilità di applicare la misura a quattro gruppi di soggetti:

- ai condannati per i c.d. reati ostativi di cui all'art. 4 *bis* l. n. 354 del 1975 oltre che per i reati di cui agli artt. 572 (maltrattamenti contro familiari o conviventi) e 612 *bis* c.p. (atti persecutori) (lett. a);
- ai delinquenti abituali, professionali o per tendenza di cui agli artt. 102, 105 e 108 c.p. (lett. b);
- ai detenuti sottoposti al regime di sorveglianza particolare previsto dall'art. 14 *bis* l. n. 354 del 1975, che nell'ultimo anno siano stati sanzionati per le infrazioni disciplinari di cui all'articolo 77 d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 o nei cui confronti sia stato redatto rapporto disciplinare ai sensi dell'articolo 81 del medesimo decreto, in quanto coinvolti nei disordini e nelle sommosse a far data dal 7 marzo 2020 (lett. c, d ed e);
- ai detenuti privi di un domicilio effettivo e idoneo anche in funzione delle esigenze di tutela delle persone offese dal reato (lett. f).

Il magistrato di sorveglianza adotta il provvedimento che dispone l'esecuzione della pena presso il domicilio, salvo che ravvisi gravi motivi ostativi alla concessione della misura, e, dunque - in ipotesi di soggetto detenuto al momento di applicazione della misura - senza che la direzione dell'istituto penitenziario debba, previamente, necessariamente trasmettere la relazione sul complessivo comportamento dal medesimo tenuto, a differenza di quanto ordinariamente previsto dall'art. 1 l. n. 199 del 2010.

Per l'espresso richiamo contenuto al comma 5 dell'art. 1 l. n. 199 del 2010, il procedimento applicativo è a contraddittorio differito e segue le forme previste dall'art. 69 *bis* l. n. 354 del 1975: il magistrato provvede con ordinanza adottata nel termine di cinque giorni in camera di consiglio senza la presenza delle parti, avverso la quale può essere proposto reclamo entro dieci giorni al tribunale di sorveglianza.

Salvo si tratti di condannati minorenni o di condannati la cui pena da eseguire non è superiore a sei mesi, è applicata obbligatoriamente la procedura di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici resi disponibili per i singoli istituti penitenziari, alla cui applicazione il condannato deve prestare il consenso.

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 decreto legge, è previsto che venga individuato il numero dei mezzi elettronici e degli altri strumenti tecnici da rendere disponibili, nei limiti delle risorse finanziarie disponibili a legislazione vigente: l'esecuzione del provvedimento di concessione della misura nei confronti dei condannati con pena residua da eseguire superiore ai sei mesi avviene progressivamente a partire dai detenuti che devono scontare la pena residua inferiore.

### **3. Particolari aspetti problematici.**

Così ricostruita in via di estrema sintesi la particolare disciplina prevista per la nuova forma di detenzione domiciliare, può - altrettanto sinteticamente - osservarsi quanto segue, avendo riferimento ai profili afferenti alla *ratio legis*, alla possibilità di applicare la nuova misura alternativa a coloro i quali hanno commesso reati contro la Pubblica Amministrazione in un momento antecedente rispetto all'entrata in vigore della "legge Spazzacorrotti" e all'applicazione obbligatoria della procedura di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti elettronici.

#### **3.1 Ratio legis e legislazione emergenziale.**

Il nuovo regime, chiaramente figlio - e, nella specie, a giusta ragione - della legislazione dell'emergenza, interviene modificando un istituto, la detenzione domiciliare relativa alle pene detentive non superiori a diciotto mesi, figlio anch'esso di legislazione emergenziale. Ed invero, l'art. 1 l. n. 199 del 2010 prevedeva originariamente l'efficacia dell'istituto "*fino alla completa attuazione del piano straordinario penitenziario nonché in attesa della riforma della disciplina delle misure alternative alla detenzione e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2013*": tale durata, a cagione della mancata risoluzione dell'emergenza carceraria, è stata stabilizzata dal d.l. n. 146 del 23 dicembre 2013, eliminandosi con tale provvedimento l'originario orizzonte temporale "determinato".

Ciò consente di formulare un primo rilievo: si è inteso, in un momento di emergenza sanitaria mondiale, esplicitamente "*attenuare il cronico problema di sovraffollamento degli istituti penitenziari*", evidentemente accorgendosi di un problema per il quale esattamente dieci anni fa era stato approntato il Piano Straordinario Penitenziario (c.d. Piano Carceri), utilizzando un istituto a sua volta figlio della legislazione dell'emergenza, diventato di uso comune a causa della mancata gestione e risoluzione dell'emergenza.

Ma vi è di più, in quanto l'intervento in parola - avvedendosi, è bene ribadirlo, in un momento di pandemia del problema del sovraffollamento delle carceri - si pone in indiscutibile contrasto con la c.d. riforma penitenziaria Conte-Bonafede, attuata dai d.lgs. 2 ottobre 2018, nn. 121, 123 e 124, che non ha in alcun modo inteso valorizzare e meglio coordinare tra loro le misure

alternative alla detenzione e, al contrario, ha opposto una netta chiusura alla modificabilità *in itinere* della pena detentiva, in tal guisa ponendosi a distanza abissale dalla Costituzione e dalla sentenza n. 149 del 2018 della Corte Costituzionale, che aveva individuato nella *"progressività trattamentale"* e nella *"flessibilità"* della pena una diretta *"attuazione del canone costituzionale della rieducazione del condannato"*.

A tale ultimo proposito, è anzi il caso di osservare come lo strumento in analisi si mostri assolutamente indifferente, nella *intentio legislatoris*, alla finalità rieducativa della pena, espressamente inteso nella relazione illustrativa all'intervento di riforma come *"principio rieducativo per cui le pene irrogate debbono essere scontate"*.

### **3.2 Nuova detenzione domiciliare e "Legge Spazzacorrotti".**

Sotto altro profilo, appare opportuno verificare la possibilità di legittimamente ritenere esclusi da coloro cui è concedibile la nuova misura alternativa alla detenzione in commento i soggetti che sono stati condannati per reati contro la Pubblica Amministrazione per fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore della l. 9 gennaio 2019, n. 3.

Giova, a tale proposito, ricordare che la Corte Costituzionale, con sentenza n. 32 del 12 febbraio 2020, ha in via generale ritenuto costituzionalmente illegittima, con riferimento alle misure alternative alla detenzione, alla liberazione condizionale e al divieto di sospensione dell'ordine di carcerazione successivo alla sentenza di condanna, l'interpretazione secondo cui le modifiche peggiorative della disciplina sulle misure alternative alla detenzione potrebbero essere applicate retroattivamente.

In tal senso, è stato in quel momento precisato che se al momento del reato è prevista una pena che può essere scontata fuori dal carcere ma una legge successiva la trasforma in una pena da eseguire dentro il carcere, quella legge non può avere effetto retroattivo: tale decisione è il risultato di una rimeditazione del tradizionale orientamento secondo cui le pene dovessero sempre essere eseguite in base alla legge in vigore al momento della loro esecuzione e non a quella in vigore al momento del fatto, in quanto il principio sancito dall'art. 25 Cost., secondo cui nessuno può essere punito con una pena non prevista al momento del fatto o con una pena più grave di quella allora prevista, opera come *"uno dei limiti al legittimo esercizio del potere politico, che stanno al cuore stesso del concetto di Stato di diritto"*.

Pertanto, se, di regola, è legittimo che le modalità esecutive della pena siano disciplinate dalla legge in vigore al momento dell'esecuzione e non da quella in vigore al momento del fatto, ciò non può valere, sottolinea la sentenza, *"allorché la normativa sopravvenuta non comporti mere modifiche delle modalità esecutive della pena prevista dalla legge al momento del reato, bensì una trasformazione della natura della pena e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del condannato"*.

La “Legge Spazzacorrotti”, conclusivamente, ha reso assai più gravose le condizioni di accesso alle misure alternative alla detenzione e alla liberazione condizionale, sicché non può essere applicata retroattivamente dai giudici, ossia interpretata nel senso che le modificazioni da essa introdotte si applichino anche ai condannati per fatti commessi prima della sua entrata in vigore. Tale principio è stato dalla Corte Costituzionale specificato anche con particolare riferimento alla “*detenzione domiciliare nelle sue varie forme*”.

Poste tali premesse di carattere generale, si deve considerare come, a parere di chi scrive, l’estensione delle preclusioni promananti dall’art. 4 *bis* l. n. 354 del 1975 introdotta dalla “Legge Spazzacorrotti” non possa valere con riferimento alla particolare forma di detenzione domiciliare in commento: rientrando quest’ultima sicuramente nel *genus* delle misure alternative alla detenzione, la nuova introduzione della stessa, pur successiva alla stessa l. n. 3 del 2019, non osta alla possibilità di considerare la stessa concedibile ai soggetti condannati per reati contro la Pubblica Amministrazione ove gli stessi abbiano commesso il reato in un momento antecedente all’entrata in vigore di quest’ultima.

In tale prospettiva, assume valore decisivo, al fine di stabilire se la misura alternativa è concedibile al soggetto, il momento di commissione del fatto: ne consegue che l’art. 123 d.l. n. 18 del 2020 dovrà essere interpretato nel senso che le preclusioni contenute nella lett. a del comma 1 della medesima disposizione non possono essere applicate ai soggetti che hanno commesso i reati contro la Pubblica Amministrazione inclusi nell’elenco di cui all’art. 4 *bis* l. n. 354 del 1975 in un momento antecedente all’entrata in vigore della “Legge Spazzacorrotti”.

### **3.3 Applicazione obbligatoria della procedura di controllo.**

Da ultimo, merita considerazione la previsione relativa all’applicazione obbligatoria delle procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici - per tali intendendosi essenzialmente un’apparecchiatura composta da una centralina fissa (il ricevitore) e da un dispositivo che viene applicato alla caviglia del sorvegliato (il trasmettitore, c.d. braccialetto elettronico) - a tutti i condannati maggiorenni la cui pena residua da espiare sia superiore a sei mesi.

*In primis*, giova rilevare che la previsione dell’art. 123, comma 3, d.l. n. 18 del 2020 è radicalmente distinta rispetto a quella di cui all’art. 275 *bis*, comma 1, c.p.p., che, nel prevedere l’applicazione delle medesime procedure, in ipotesi di disposizione degli arresti domiciliari, salvo che il giudice le ritenga non necessarie, presuppone comunque che il giudice ne abbia accertato la disponibilità da parte della polizia giudiziaria: in caso di esito negativo, hanno precisato le Sezioni Unite con sentenza n. 20769 del 2016, il giudice deve valutare la specifica idoneità, adeguatezza e proporzionalità di ciascuna delle misure, in relazione alle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto e,



pertanto, all'accertata indisponibilità del congegno elettronico non può conseguire alcuna automatica applicazione né della custodia cautelare in carcere né degli arresti domiciliari tradizionali.

Ed ancora, la previsione in oggetto si pone come norma speciale rispetto a quanto previsto in via generale per la detenzione domiciliare dall'art. 58 *quinquies* l. n. 354 del 1975, che prevede che il magistrato o il tribunale di sorveglianza possano prescrivere procedure di controllo anche mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici, in base alla effettiva disponibilità da parte della polizia giudiziaria, anche nel corso dell'esecuzione della misura. Nella direzione evocata, nel caso che ne occupa la logica è chiaramente invertita: è prevista l'obbligatoria applicazione degli strumenti di controllo e, a tutti coloro i quali non rientrano nel "*numero dei mezzi elettronici e degli altri strumenti tecnici da rendere disponibili*", individuato ai sensi del comma 5 dell'art. 123 d.l. n. 18 del 2020 e progressivamente aggiornato, e nel numero degli strumenti riservati a ciascun istituto, ai sensi del comma 3 della medesima disposizione, risulta preclusa *sic et simpliciter* la possibilità di accedere alla misura alternativa alla detenzione. Ciò risulta speculare, a ben vedere, a quanto previsto sul piano procedurale con riferimento alla concedibilità della nuova detenzione domiciliare a condizione che il magistrato di sorveglianza ravvisi "*gravi motivi ostativi*" e senza previo svolgimento di effettiva istruttoria (in difetto pure di redazione della relazione sulla condotta del detenuto in carcere ad opera del direttore dell'istituto penitenziario).

Agli automatismi applicativi, può concludersi, fanno da compendio gli "automatismi esclusivi": la misura alternativa è concessa "in ordine di minor pena" ai soli soggetti che rientrano nel numero dei braccialetti elettronici disponibili, non importa se concretamente pericolosi o meno, a patto di non far parte delle categorie ostative di cui al comma 1 dell'art. 123 d.l. n. 18 del 2020.

Quanto sul punto ricostruito consente di esprimere, nel concreto, un giudizio nettamente negativo: la creazione *ad hoc*, in un contesto legislativo emergenziale, di un istituto che ricalca la detenzione domiciliare "ultimi diciotto mesi" e se ne differenzia quasi esclusivamente per la sommarietà e automaticità del procedimento applicativo, sia "in entrata" che "in uscita", lontana dal poter soddisfare la proclamata *intentio legislatoris* di "*attenuare il cronico problema di sovraffollamento degli istituti*", appare poter unicamente soddisfare esigenze propagandistiche o, quantomeno, fornire risposte formali e apparenti alle molteplici istanze, da più parti promananti, volte a richiedere l'intervento dello Stato a tutela della salute dei detenuti, a fronte delle gravi condizioni interne alle carceri e dell'emergenza epidemiologica da COVID 19 in atto.

In tal senso, non è concepibile l'espresso riferimento all'attenuazione del "*cronico problema di sovraffollamento degli istituti*": non è possibile

seriamente pensare di rendersi conto di un problema espressamente definito cronico, e dunque radicato nel tempo, e ricercare le relative soluzioni in un momento di crisi sanitaria mondiale.

Non è seriamente ipotizzabile, da ultimo, a fronte della endemica (e ben nota) scarsissima disponibilità degli strumenti di controllo in tutto il territorio nazionale e della necessità di attendere un ulteriore decreto - adottato entro il termine di ulteriori dieci giorni dall'entrata in vigore del decreto legge in commento e periodicamente aggiornato - che deve nel concreto individuare il numero dei soggetti, con pena residua da espiare compresa tra i diciotto mesi e i sei mesi e un giorno, cui è concesso di espiare la residua pena presso il proprio domicilio, fornire risposte concrete e rapide al rischio di diffusione incontrollata e incontrollabile del COVID 19 all'interno degli istituti carcerari.

#### **4. Conclusioni.**

Alla stregua della ricostruzione che precede, è possibile rilevare come la particolare disciplina della detenzione domiciliare in commento - all'evidenza legata a concezioni della finalità rieducativa della pena lontane dalla Costituzione, in base a quanto evidenziato nella relazione illustrativa del decreto legge in commento (vedi *supra*) - non appaia poter concretamente ed efficacemente far fronte alla grave condizione di sovraffollamento carcerario nella terribile crisi sanitaria in atto.

Le palesi e incontestabili necessità e urgenza di arginare la diffusione del virus COVID 19 all'interno degli istituti penitenziari avrebbero imposto soluzioni rapide ed effettive, non subordinate alla necessaria applicazione di strumenti di controllo estremamente difficili da reperire già in condizioni ordinarie e non ancora determinati nel numero e, dunque, nelle concrete possibilità di applicazione.

Sarebbe stato opportuno, a ben vedere, effettivamente snellire il procedimento applicativo ordinariamente previsto per la detenzione domiciliare per pene non superiori a diciotto mesi, che al contrario appare finanche più facilmente applicabile dell'istituto di nuova introduzione, estremamente compromesso nelle potenzialità applicative - al di là delle etichette e delle apparenze che promanano da alcune semplificazioni procedurali - dall'obbligatorio riferimento a procedure di controllo pressoché introvabili sul mercato e *a priori* controllabili nel numero mediante lo strumento del richiamato provvedimento periodico ex art. 1, comma 5, d.l. n. 18 del 2020, con inevitabili conseguenze in punto di possibili, irragionevoli, discriminazioni.

E' manifesto il rischio, in conclusione, di contingentare l'accesso alla misura alternativa in commento, correlando la tutela del diritto alla salute dei detenuti a meccanismi privi di effettività e ad alto tasso di discrezionalità, concretanti automatismi applicativi distanti negli effetti dalla *ratio* proclamata dell'intervento di riforma: si imporrà, pertanto, nelle prossime



settimane la costante valutazione degli effetti della riforma e la rispondenza degli stessi ai parametri di uguaglianza, proporzionalità e ragionevolezza imposti dalla Carta Costituzionale.