

Il d.l. n. 29 del 2020: un inutile e farraginoso meccanismo di controllo.

di **Laura Cesaris**

Sommario. **1.** Una risposta mediatica a provvedimenti di “scarcerazione” e l’ambito di operatività. - **2.** La decisione del giudice di sorveglianza. - **3.** La modifica all’art. 47-ter comma 7 ord. penit. - **4.** Interventi in materia cautelare. - **5.** Disposizioni transitorie. - **6.** Un passo avanti ...forse: la ripresa dei colloqui in presenza.

1. Una risposta mediatica a provvedimenti di “scarcerazione” e l’ambito di operatività.

Preso da incontenibile quanto inutile furore normativo il legislatore interviene nuovamente¹ in materia penitenziaria (e non solo) confermando di agire ancora una volta con scarsa conoscenza della predetta materia e, soprattutto, delle cadenze procedurali che accompagnano la concessione del differimento di pena ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p., della detenzione domiciliare prevista dall’art. 47-ter ord. penit. compresa quella di cui al comma 1-ter dello stesso articolo.

Il d.l. 10 maggio 2020 n. 29 nasce come risposta alle polemiche strumentali e infondate² di alcuni quotidiani e trasmissioni televisive, che non meritano neppure di essere citate, cavalcate in sede parlamentare, in ordine alla concessione della detenzione domiciliare o del differimento di pena a soggetti appartenenti all’area della criminalità organizzata.

E ciò può in parte spiegare – non certo giustificare– le scelte operate, dirette a imporre una rivisitazione cadenzata a intervalli brevi, anzi brevissimi, delle decisioni adottate dalla magistratura di sorveglianza in epoca di pandemia, dal 23 febbraio 2020: non è facilmente comprensibile la ragione dell’indicazione di questa data, forse perché è stato varato il d.l. contenente «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza

¹ È del 30 aprile 2020 il precedente decreto legge, n. 28 sempre in materia penitenziaria. Si rinvia al commento di F. GIANFILIPPI, *Emergenza sanitaria in carcere, provvedimenti a tutela di diritti fondamentali delle persone detenute e pareri sui collegamenti con la criminalità organizzata nell’art. 2 del dl 30 aprile 2020 n. 28*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 5.

² Si rinvia ai dati forniti dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, in *Bollettino* 15 maggio 2020, n. 32, da cui emerge che solo 4 detenuti (di cui uno imputato) soggetti al regime ex art. 41-bis comma 2 ord. penit. e 217 condannati per reati *lato sensu* associativi hanno beneficiato di misure domiciliari, mentre 248 sono stati i provvedimenti adottati nei confronti di imputati.



epidemiologica da COVID-19» (mentre al 30 gennaio risale la dichiarazione della epidemia quale emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale).

L'attenzione cade sulle previsioni contenute nell'art. 2 del d.l. in commento, dirette a introdurre un meccanismo di rivalutazione delle ordinanze concessive di detenzione domiciliare o di differimento della pena, di verifica cioè della «permanenza dei motivi legati all'emergenza sanitaria entro il termine di quindici giorni dall'adozione del provvedimento e successivamente con cadenza mensile».

Si noti che tale rivalutazione è imposta solo in relazione a decisioni assunte per «motivi connessi all'emergenza sanitaria da COVID 19»: dal che si deduce che analoghi provvedimenti, che siano adottati in presenza di condizioni di salute incompatibili con lo stato detentivo, ma che prescindano dalla pandemia (o non vi facciano cenno) non sono sottoposti al meccanismo di controllo ora ricordato. E soprattutto riguarda i provvedimenti concernenti «i condannati e gli internati 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».

L'ambito di operatività è individuato mediante un elenco di fattispecie di reato, che non coincide con quello di cui all'art. 4-bis ord. penit. e neppure con quello di cui all'art. 51 comma 3-bis c.p.p., ed è redatto con l'indicazione di articoli del codice penale, con la descrizione di condotte criminose e infine con un generico riferimento ai «condannati e internati sottoposti al regime previsto dall'articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354». E in relazione proprio a quest'ultimo riferimento non si può non osservare che l'art. 41-bis disciplina due diverse ipotesi di regime differenziato *in peius*, l'una prevista nel 1 comma e motivata da «casi eccezionali di rivolta o altre gravi situazioni di emergenza», e l'altra contenuta nel 2 comma, applicabile «quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica».

A fronte delle polemiche suscitate dalla concessione di misure domiciliari a 4 detenuti sottoposti al regime di cui al 2 comma, è evidente che il legislatore si riferisce a quest'ultimo comma, tuttavia non si può non evidenziare l'approssimazione con cui è redatto il d.l. in esame, confermata anche da errori di sintassi.

La scelta operata dal legislatore dà luogo a una disparità di trattamento tra coloro che rientrano nell'elenco sopra citato e coloro che invece non vi siano ricompresi. Infatti i primi vedranno il provvedimento soggetto a continui ravvicinati controlli, mentre per i secondi varranno le consuete verifiche in prossimità della scadenza del termine indicato nell'ordinanza sull'andamento

della malattia, oltre che quelle *in itinere* a seguito di segnalazioni circa eventuali violazioni di prescrizioni.

I provvedimenti emanati –dal tribunale di sorveglianza e dal magistrato di sorveglianza in via provvisoria ex art.684 c.p.p.– nei confronti dei soggetti rientranti nell'elenco e nelle ipotesi sopra ricordate sono sottoposti necessariamente ad una verifica entro 15 giorni dalla loro adozione: colpisce la brevità del lasso temporale entro cui operare il controllo circa il permanere della situazione, che conferma come il d.l. in esame sia reazione a provvedimenti di “scarcerazione” e soprattutto miri a un nuovo immediato vaglio.

Viene immediato chiedersi come possa mutare la situazione sanitaria in un così breve arco di tempo.

Ma a parte questo, si tratta di un termine quasi impossibile da rispettare, tanto più che è prevista una serie di adempimenti: infatti, deve essere sentita l'autorità sanitaria regionale nella persona del presidente della giunta regionale sulla situazione sanitaria locale. Mirando il d.l. a una rivisitazione (e a una revoca) del provvedimento, è presumibile che la situazione sanitaria sia quella della regione in cui si trova l'istituto nel quale era ristretto il soggetto. Ma a fronte della segnalazione ad opera del Dap di disponibilità di strutture nelle quali ripristinare la detenzione, potrebbe trattarsi dell'ambito regionale della nuova eventuale allocazione.

Il giudice (magistrato di sorveglianza o tribunale di sorveglianza) deve altresì acquisire il parere del procuratore distrettuale antimafia del luogo in cui è stato commesso il reato o quello del procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo per i soggetti sottoposti al regime di cui al 2 comma dell'art.41-*bis* cit.

Anche il riferimento al luogo della commissione dei fatti di reato suscita perplessità, giacché non è detto che il soggetto lo abbia scelto come domicilio e soprattutto perché ancora una volta sembra perpetuarsi una verifica della pericolosità basata sui fatti oggetto della sentenza di condanna e dunque ancorata al passato, anche se –per come è formulata la previsione– il parere sembra riguardare la situazione complessiva del detenuto o internato e quella generale legata alla pandemia da Covid 19. Si noti, infatti, che ai sensi del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, ai fini della applicazione (e della proroga) degli artt.146 e 147 c.p., anche nelle forme della detenzione domiciliare, si deve richiedere «il parere del Procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove ha sede il tribunale che ha emesso la sentenza e, nel caso di detenuti sottoposti al regime previsto dall'articolo 41-bis, anche quello del Procuratore nazionale antimafia e

antiterrorismo in ordine all'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata ed alla pericolosità del soggetto»³.

Si vengono a intersecare pareri di procure individuate con criteri diversi e con finalità differenti, con un effetto di appesantimento dell'intero *iter*, tanto più che mentre ai fini della concessione delle misure sono indicati alle procure dei termini per ottemperare a quanto richiesto, nell'art.1 del d.l. n. 29 del 2020 nulla si dice.

Ancora devono essere acquisite «dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria informazioni in ordine all'eventuale disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta in cui il condannato o l'internato ammesso alla detenzione domiciliare o ad usufruire del differimento della pena può riprendere la detenzione o l'internamento senza pregiudizio per le sue condizioni di salute». Non è, infatti, indifferente per il buon esito delle terapie poter contare su strutture che possano erogare, pur nel periodo emergenziale (ed anzi verrebbe da dire a maggior ragione in tale periodo), i migliori e più adeguati interventi terapeutici ed assistenziali.

Si noti che gli adempimenti posti in capo alla magistratura di sorveglianza scontano la piena e sollecita collaborazione delle autorità sanitarie regionali e del Dap, oltre che delle Procure, che dovrebbero far pervenire in tempo utile quanto richiesto. Ma l'uso del condizionale pare opportuno, anzi obbligato, ove si ricordino le mancate risposte del Dap in relazione al caso di un condannato sottoposto al regime di cui all'art.41-*bis* comma 2 ord. penit. che è all'origine del d.l. in commento⁴.

Peraltro, non sfugge come le scadenze temporali del controllo rendano del tutto inutile l'apposizione del termine di durata della misura ad opera del tribunale di sorveglianza e soprattutto come tale controllo paia volto a delegittimare l'operato della magistratura di sorveglianza, mettendone in dubbio la capacità di verifica e di decisione. Termine di durata, che –è doveroso ricordarlo– viene indicato nel caso di provvedimento concessivo sia di detenzione domiciliare sia di differimento della pena, e che è parametrato in relazione alle condizioni di salute del soggetto, alle esigenze connesse a tali condizioni e alle necessità terapeutiche.

Non è forse superfluo ricordare che la salute è un diritto fondamentale riconosciuto a tutte le persone, anche a quelle private della libertà personale (non rileva a quale titolo), nella Costituzione (art. 32) e nelle carte sovranazionali: nella Cedu, mancando una previsione espressa, il diritto alla

³ Cfr. sul punto F. GIANFILIPPI, *Emergenza sanitaria in carcere, provvedimenti a tutela di diritti fondamentali delle persone detenute*, cit.

⁴ Si allude alla nota vicenda di Zagaria: dalla ordinanza concessiva emerge che reiteratamente è stato chiesto al Dap di indicare una struttura nella quale potessero essere effettuati i cicli di chemioterapia, posto che l'ospedale di Sassari era stato trasformato in unità di riferimento dedicata a pazienti affetti da Covid 19 (e allo stesso modo altri ospedali in Sardegna). Cfr. Trib. sorv. Sassari 23 aprile 2020, in *questa rivista*, 2020, 4.

salute viene ricavato dagli artt. 2, 8, e 3, e nella Carta di Nizza nell'art. 35. Non si può non ricordare al riguardo che la Cedu nell'art.15 definisce i diritti espressi negli artt. 2 e 3 come inderogabili «anche in caso di guerra o di altro pericolo pubblico», e dunque anche in questo periodo di emergenza da Covid 19 non sono ammesse deroghe. Non è un caso che il Consiglio di cooperazione penologico (PC-CP GT)⁵, riprendendo la Dichiarazione del Commissario per i diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa⁶, la Dichiarazione di principi del CPT⁷ nonché le linee guida del Segretario generale del Consiglio d'Europa⁸, abbia evidenziato la necessità di monitorare con maggiore attenzione la salute negli istituti penitenziari e di evitare disparità di trattamenti sanitari riconducibili allo *status detentionis*. Così che i detenuti che necessitino di particolari e specifici trattamenti devono essere trasferiti in centri clinici penitenziari che garantiscano tali trattamenti e, qualora ciò non sia possibile, in ospedali civili. E proprio perché la salute è diritto non comprimibile –ricorda ancora il PC-CP– devono essere adottate misure liberatorie come la grazia o di dimissione anticipata per le persone affette da disabilità grave, per le persone anziane e per quelle con una prognosi di fine vita ravvicinato.

Accanto alla ipotesi ricordata *supra*, il legislatore nello stesso art. 2 disciplina il caso in cui, dopo che sia stata emessa in via provvisoria la decisione del magistrato di sorveglianza, intervenga da parte del Dap la comunicazione di «disponibilità di strutture penitenziarie 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». In questo caso la valutazione è effettuata «immediatamente, anche prima della decorrenza» del termine di 15 giorni o della verifica mensile.

La previsione rivela molto nettamente l'intento di ripristinare l'esecuzione carceraria nei confronti di soggetti ritenuti pericolosi, e ciò a prescindere dalle condizioni di salute in cui si trovino e dalle esigenze di cura. Colpisce che il legislatore in tal modo privilegi presunte esigenze di tutela della collettività rispetto a quelle di salvaguardia della salute, specie ove si ricordi che la Corte edu in numerose occasioni ha escluso che la salute possa essere oggetto di bilanciamento con altri interessi pur meritevoli di tutela.

⁵ Si tratta della Dichiarazione relativa a Covid 19 adottata dai membri del gruppo di lavoro del Consiglio di Cooperazione penologico il 17 aprile 2020.

⁶ La Dichiarazione del Commissario per i diritti dell'uomo emessa il 6 aprile 2020 è intitolata "Pandemie de Covid 19: des mesures doivent être prises de toute urgence pour protéger les droits des détenus en Europa".

⁷ Il CPT ha adottato il 20 marzo 2020 la "Declaration de principes relative au traitement des personnes privées de liberté dans le context de la pandémie de coronavirus (COVID 19).

⁸ Il documento del 7 aprile 2020 è intitolato "Respecter la démocratie, l'état de droit et les droits de l'Homme dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-19. Une boîte à outils pour les États membres".

2. La decisione del giudice di sorveglianza.

Acquisite le informazioni e i pareri prescritti nei commi 1 e 2 dell'art. 2, il giudice decide in ordine al permanere dei motivi che avevano determinato la concessione del provvedimento valutando altresì «la disponibilità di altre strutture penitenziarie e di reparti di medicina protetta idonei a evitare il pregiudizio per la salute del detenuto o dell'internato».

Non si può non evidenziare che tra i motivi che hanno indotto il giudice ad adottare la decisione, di cui il d.l. impone la rivalutazione, certamente un rilievo ha assunto l'assenza o la non adeguatezza non solo dell'istituto in cui era precedentemente recluso il beneficiario della misura ma altresì di altre strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta idonei a proteggere la salute del soggetto. Così che pare evidente che il legislatore ignori (o finga di ignorare) la necessaria istruttoria compiuta dal giudice ai fini delle sue determinazioni.

Si noti che nel comma 2 si chiede all'autorità giudiziaria di acquisire «informazioni in ordine all'eventuale disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta in cui il condannato o l'internato può riprendere la detenzione o l'internamento senza pregiudizio per le sue condizioni di salute», e nel comma 3 ai fini della decisione si deve valutare la «disponibilità di altre strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta idonei ad evitare il pregiudizio per la salute del detenuto o dell'internato». L'accento cade sul pregiudizio e l'assenza di tale pregiudizio deve guidare il giudice nella valutazione della situazione complessiva e soprattutto costituisce l'obiettivo da perseguire proprio perché, come si è più volte affermato, la salute è valore assoluto non comprimibile, che deve essere garantito a ogni persona, senza alcuna esclusione.

A tal fine il giudice potrà acquisire tutti gli elementi che ritenga utili e necessari secondo la previsione generale dell'art. 666 comma 5 c.p.p., non limitandosi ai pareri prescritti nell'art. 2.

Pur nel silenzio di quest'ultima norma, si ritiene che l'interessato possa produrre tutta la documentazione utile in vista dell'udienza che si svolgerà secondo le scadenze di cui agli artt. 678 e 666 c.p.p.

Se dunque nell'udienza davanti al Tribunale di sorveglianza il diritto di difesa dell'interessato viene garantito anche con la possibilità di esaminare i pareri e la documentazione pervenuti, non altrettanto può dirsi in relazione alla pronuncia del magistrato di sorveglianza.

È presumibile che il difensore e l'interessato si attivino in vista della decisione che dovrà essere adottata ai sensi del comma 1 dell'art. 2 cit., tuttavia questa attività sarà in un certo qual senso "alla cieca", non essendo previsto nel d.l. in commento che il difensore acceda al fascicolo e possa dunque prendere visione dei pareri pervenuti. In questo caso il diritto di difesa pare fortemente compresso, non essendo garantito il diritto alla prova contraria, desumibile in via generale dagli artt. 24 e 111 Cost., che comportano appunto «la facoltà

per l'interessato di controdedurre anche mediante produzioni documentali e presentazione di memorie»⁹.

La lesione risulta ancora più grave ove si pensi che il magistrato di sorveglianza, nell'emanare il provvedimento in via d'urgenza ai sensi dell'art. 684 comma 2 c.p.p., non adotta il rito di sorveglianza, trattandosi –secondo dottrina e giurisprudenza¹⁰– di una decisione interlocutoria, posto che la decisione in senso proprio è riservata al tribunale di sorveglianza. A ciò si aggiunga che l'eventuale provvedimento di revoca pronunciato al termine del procedimento di "rivisitazione" –pur se impugnato– è immediatamente esecutivo, come precisa l'art. 2 comma 3 del d.l. in esame.

3. La modifica all'art. 47-ter comma 7 ord. penit.

Il legislatore è intervenuto con l'art. 1 del d.l. in commento anche sul comma 7 dell'art. 47-ter ord. penit., che disciplina le ipotesi di revoca correlata al venir meno delle condizioni di cui ai commi 1 e 1-bis dello stesso art.47-ter.

Si tratta della revoca c.d. "obbligata", che interviene «quando vengono a cessare le condizioni previste nei commi 1 e 1-bis», cioè, per quanto concerne il 1 comma, quando muti la situazione che aveva legittimato la concessione del beneficio, indipendentemente dal comportamento tenuto dal beneficiario durante l'esecuzione della misura.

Benché non fosse richiamato il co. 1-ter dell'art. art. 47-ter, tuttavia si riteneva che potesse intervenire la revoca del provvedimento anche quando cessasse la situazione che aveva legittimato l'adozione della misura domiciliare in alternativa al rinvio ex artt.146 e 147 c.p. E del resto alla verifica del permanere della situazione o della condizione è finalizzata la possibilità attribuita al tribunale di sorveglianza di fissare un termine di durata della misura¹¹.

La modifica operata con il d.l. n. 29 del 2020 recepisce questa interpretazione, consentendo la revoca della misura qualora si accerti il venir meno delle condizioni o della situazione che erano state poste alla base del provvedimento concessivo.

Non stupisce dunque l'interpolazione, che risulta coerente con quanto disposto in relazione alle ipotesi di cui al 1 comma dell'art. 47-ter; al riguardo non si può non osservare che, venute meno le condizioni che avevano

⁹ Cfr. Cass. 13 gennaio 2011, Bratzu, Ced 249560, che, nel dichiarare la manifesta infondatezza della questione di legittimità dell'art.71-bis ord. penit e successive modifiche, delinea l'ambito di conoscenza del magistrato, che consegue «all'acquisizione, nel contraddittorio fra le parti, di documenti, informazioni, memorie provenientianche dall'interessato».

¹⁰ Cfr. F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, 1992, 397; F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, 2 ed. agg., 2011, 67. In giurisprudenza cfr. Cass. 14 novembre 1994, Pensieri, in *A. nuova. proc. pen.*, 1995, 689; Cass. 27 febbraio 2001, Ced 218746.

¹¹ In questo senso L. CESARIS, sub art. 47-ter, in F. DELLA CASA-G.GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario*, 2019, 685, e già DELLA CASA, voce *Misure alternative alla detenzione*, in *Enc. dir. Ann.*, III, , 846, nt. 190.

portato alla concessione della detenzione domiciliare ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p., la misura potrebbe essere ancora disposta dal tribunale di sorveglianza qualora la situazione del beneficiario possa essere ricondotta ad altre ipotesi di cui al comma 1 dell'art. 47-ter. Spetterà dunque al tribunale di sorveglianza verificare se l'esecuzione non possa proseguire con la modalità alternativa, seppure per cause diverse da quelle per le quali era stata concessa la detenzione domiciliare in prima battuta.

Non operano, invece gli effetti retroattivi della previsione dell'art. 1 in ordine al differimento di pena *ex art. 47-ter* comma 1-ter ord. penit., così che il meccanismo di controllo delineato nell'art. 2 troverà applicazione solo per i provvedimenti emanati dopo l'entrata in vigore del d.l., cioè dall'11 maggio¹².

4. Interventi in materia cautelare.

Come già si è accennato, il d.l. n.29 del 2020 interviene con l'art. 3 anche in materia cautelare, imponendo altresì per le ordinanze, che hanno sostituito alla custodia cautelare in carcere gli arresti domiciliari, una verifica della sussistenza o meglio della permanenza dei motivi posti a base delle predette ordinanze.

L'ambito di operatività è individuato con i medesimi criteri descritti nell'art. 2 e anche i termini sono gli stessi.

L'iniziativa è attribuita al p.m., il quale, acquisiti elementi «in ordine al sopravvenuto mutamento delle condizioni che hanno giustificato la sostituzione della misura cautelare o alla disponibilità di strutture penitenziarie o reparti di medicina protetta adeguate alle condizioni di salute dell'imputato, chiede il ripristino della custodia cautelare sempre che permangano le originarie esigenze cautelari».

Nulla si dice in ordine invece a eventuali provvedimenti che il p.m. debba emettere per comprovare l'avvenuta istruttoria così come richiesto dall'art. 3 e per consentire il decorso del termine successivo di 30 giorni.

La decisione sul ripristino è demandata all'autorità giudiziaria procedente secondo le scadenze descritte nell'art. 2, e quindi previa acquisizione dei pareri indicati nello stesso articolo.

Merita di essere evidenziato che, a differenza di quanto previsto in relazione alla procedura individuata nell'art. 2, si attribuisce al giudice il potere di disporre anche d'ufficio «accertamenti in ordine alle condizioni di salute dell'imputato o di procedere a perizia, nelle forme di cui agli articoli 220 e seguenti del codice di procedura penale, acquisendone gli esiti nei successivi quindici giorni», in un termine dunque contenuto.

¹² Cfr. F. GIANFILIPPI, *La rivalutazione delle detenzioni domiciliari per gli appartenenti alla criminalità organizzata, la magistratura di sorveglianza e il corpo dei condannati nel d.l. 10 maggio 2020 n.29*, in Giustizia Insieme.

Stupisce l'espressa attribuzione di questo potere in capo al giudice ove si ricordi che nell'art. 299 c.p.p., concernente revoca e sostituzione delle misure cautelari, nel comma 4-ter si prevede che il giudice, quando non sia in grado di decidere, disponga «anche d'ufficio e senza formalità accertamenti sulle condizioni di salute o su altre condizioni o qualità personali dell'imputato», e con tempi assai limitati, specie se si tratti delle situazioni indicate nell'art. 275 comma 4-bis c.p.p., cioè di affezione da Aids conclamato o di grave deficienza immunitaria o di altra malattia particolarmente grave, per effetto della quale le condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato detentivo e comunque tali da non consentire adeguate cure in caso di detenzione in carcere. Con questa previsione si mira a salvaguardare la salute del soggetto, tanto che i tempi sono molto brevi: qualora sia disposta perizia, questa deve essere depositata entro cinque giorni, che si riducono a due «nel caso di rilevata urgenza».

È pur vero che il giudice ricorre al meccanismo descritto nell'art. 275 quando ritenga di non accogliere la richiesta di sostituzione della custodia in carcere con una misura meno grave, mentre nell'art. 3 del d.l. n. 29 del 2020 viene attribuita al giudice la facoltà di disporre perizia quando non sia in grado di decidere allo stato degli atti. E peraltro si tratta di una previsione in *malam partem*, essendo diretta a ripristinare la custodia in carcere.

Merita poi di essere segnalato che il ricorso alla perizia fa slittare di 15 giorni (al massimo) la decisione del giudice, così che la prima "rivisitazione" del provvedimento potrebbe intervenire dunque dopo 30 giorni.

Non si può non evidenziare la diversa disciplina delineata rispetto a quella concernente la rivalutazione del provvedimento adottato dalla magistratura di sorveglianza: nulla si dice, infatti, nell'art. 2 in merito alla possibilità di disporre perizia, forse perchè implicita ai sensi degli artt. 666 e 678 c.p.p.; tuttavia, se il giudice di sorveglianza dovesse ritenere necessaria la perizia, dovrebbe indicare per il suo espletamento un termine ancora più compresso, dovendo egli decidere nei 15 giorni dalla emanazione dell'ordinanza sottoposta a verifica. Ma una simile conclusione pare poco convincente, giacché è verosimile che l'esigenza di ricorrere ad una perizia potrebbe emergere dopo l'acquisizione delle informazioni di cui allo stesso art. 2. Così che si è indotti a ritenere che il termine di 15 giorni entro cui decidere possa dilatarsi: in caso contrario si verificherebbe una disparità di trattamento fra imputati, la cui situazione sanitaria può essere ponderata dal giudice anche a seguito del ricorso ad altre informazioni, tra cui quelle risultanti dalla perizia, e i condannati, per i quali invece pare contare solo la celerità della decisione.

Con riferimento in generale al procedimento delineato non si può non evidenziare il *vulnus* inferto al diritto di difesa, specie ove si consideri che sembra escluso che si proceda all'interrogatorio dell'imputato: si rinvia, pur con le ovvie differenze, a quanto già osservato *supra*, § 2.

5. Disposizioni transitorie.

Nell'art. 5 sono dettate disposizioni transitorie secondo cui le verifiche di cui all'art 2 (e art. 3 per quanto concerne gli imputati) riguardano i provvedimenti adottati successivamente al 23 febbraio 2020, con la specificazione che per quelli emanati prima dell'entrata in vigore del decreto il termine di quindici giorni previsto dagli articoli 2, comma 1, e 3, comma 1, decorre dalla data di entrata in vigore del presente decreto».

Colpisce la retroattività del controllo imposto, quasi che la magistratura di sorveglianza non abbia saputo ponderare le scelte condizionata dalla pandemia. Come già si è osservato, la previsione di queste verifiche e l'apposizione di un termine così stretto entro cui effettuarle vanifica quello indicato nel provvedimento sottoposto a controllo e soprattutto insinua dubbi sull'operato della magistratura e in specie su quella di sorveglianza. E suona come ulteriore conferma di un tentativo non troppo velato di condizionarne l'operato.

Non può sfuggire, infatti, che il giudice, che concedesse a soggetti individuati mediante l'elenco di cui al comma 1 dell'art. 2 una misura domiciliare o un differimento di pena ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p., per poter rispettare il termine di 15 giorni, dovrebbe attivarsi pressoché subito al fine di acquisire la documentazione prevista dal d.l. in esame e provvedere agli adempimenti in vista della udienza (avviso al p.m., al difensore e all'interessato della fissazione dell'udienza, emanazione del decreto con cui si dispone la partecipazione a distanza¹³, fermo il rispetto dei termini previsti dall'art. 666 comma 3 c.p.p.).

È evidente allora come il meccanismo delineato comporti un aggravio di lavoro per gli uffici di sorveglianza che già sono oberati di lavoro e dotati di scarse risorse, con inevitabili ripercussioni sulla gestione dell'"ordinario". Un aggravio ancora più significativo ove si tenga presente che, come precisa l'art. 6 del d.l. in esame, agli adempimenti richiesti si deve provvedere «mediante l'utilizzazione delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente», con un ulteriore carico per gli uffici di sorveglianza. Così che si profila il rischio di istruttorie poco approfondite per carenza di personale e di tempo, e di effetti disincentivanti in ordine a future concessioni di misure umanitarie motivate dalla pandemia Covid 19.

6. Un passo avanti ...forse: la ripresa dei colloqui in presenza.

Come si accennava, anche questo d. l. è strettamente legato alla pandemia da Covid 19 e nell'art. 4, intitolato «misure urgenti antiCovid 19 per gli istituti

¹³ Si ricorda che per effetto del d.l. 17 marzo 2020 n. 18 dal 9 marzo 2020 al 30 giugno 2020, ferma la disposizione dell'art. 472 comma 3 c.p.p., la partecipazione a qualsiasi udienza delle persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare è assicurata, ove possibile, mediante videoconferenza o con collegamenti da remoto

penitenziari e gli istituti penali per minorenni», si ribadisce il ricorso a modalità di colloquio a distanza mediante, ove possibile, apparecchiature e collegamenti di cui dispone l'amministrazione penitenziaria e quella minorile dal 19 maggio al 30 giugno.

L'intento dichiarato è quello di evitare la diffusione del virus negli istituti penitenziari per adulti e per minori. Tuttavia, nel 2 comma si attribuisce al direttore della struttura penitenziaria la facoltà di fissare «il numero massimo di colloqui da svolgere con modalità in presenza, fermo il diritto» del detenuto (a prescindere dal titolo esecutivo, e quindi imputato, condannato, internato) di fruire di «almeno un colloquio al mese in presenza di almeno un congiunto o altra persona».

Varie sono le considerazioni che una tale disposizione suscita. La prima riguarda la proroga delle limitazioni ai colloqui in presenza, che vengono mantenute fino al 30 giugno.

Non si può poi non evidenziare che la possibilità di colloqui mediante videochiamata è subordinata alla disponibilità effettiva da parte delle singole amministrazioni delle apparecchiature necessarie. E tenuto conto che le prime sperimentazioni al riguardo risalgono al 2015¹⁴ continua a stupire che vi possano essere ancora istituti che ne siano privi.

Suppliscono le telefonate, che possono essere effettuate anche in numero superiore a quello indicato nell'art. 39 comma 2 reg. esec.

Tuttavia, vi è una nota positiva: la riapertura ai colloqui in presenza, che rappresentano un momento molto significativo per le persone recluse e ancor più in questo momento, stante la cessazione anche dei contatti con operatori diversi dagli appartenenti alla polizia penitenziaria e la sospensione della fruizione dei permessi-premio fino al 30 giugno.

Ma a ben vedere si tratta di un ritorno alla normalità solo abbozzato, solo annunciato. Infatti, è stata attribuita al direttore la facoltà di determinare il numero dei colloqui in presenza, «sentiti il provveditore regionale dell'amministrazione penitenziaria ... nonché l'autorità sanitaria regionale in persona del presidente della regione», restando salvo il diritto per i detenuti ad un colloquio al mese. La decisione pare correlata agli indici di contagio riscontrati sul territorio e nell'istituto stesso.

Non si può non ricordare che l'art. 37 reg. esec., che disciplina la materia dei colloqui, fissa nel comma 8 il numero massimo di colloqui fruibili nel corso del mese: 6 colloqui che vengono ridotti a 4 quando si tratti di detenuti e internati per uno dei delitti di cui all'art.4-*bis* comma 1 primo periodo ord. penit., che siano esclusi dai benefici indicati in questo stesso articolo.

Con il d.l. si opera una riduzione assai pesante del numero dei colloqui, che, se pur dettata da ragioni sanitarie, suscita qualche perplessità, giacché non si

¹⁴ Ci si riferisce alla circ. min. 2 novembre 2015, n. 0366755, cui ha fatto seguito la circ. min. 30 gennaio 2019, n. 0031246.

può ignorare che la diffusione del virus potrebbe essere provocata più che dai familiari da operatori penitenziari (come è accaduto).

Nelle more della stesura di questo commento, è stato emanato il d.p.c.m. 17 maggio 2020 recante «misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19». Nell'art. 1 intitolato «Misure urgenti di contenimento del contagio sull'intero territorio nazionale», nel comma 1 lett. cc) si dispone(va) che «i colloqui visivi si svolgono in modalità telefonica o video, anche in deroga alla durata attualmente prevista dalle disposizioni vigenti. In casi eccezionali può essere autorizzato il colloquio personale, a condizione che si garantisca in modo assoluto una distanza pari a due metri». Ma il 18 maggio è stato pubblicato un altro d.p.c.m. contenente «Modifiche all'articolo 1, comma 1, lettera cc), del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 17 maggio 2020, concernente: «Disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, recante ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19».

Il d.p.c.m. pubblicato il 17 maggio ribadiva la preferenza per i colloqui a mezzo telefono o con videochiamata, considerando il colloquio in presenza fattibile solo in casi eccezionali e solo se garantita una distanza di 2 metri tra i colloquianti. Una modalità, questa, che urta con la previsione del controllo visivo, e non auditivo, sul colloquio, dato che la distanza imposta rende il colloquio udibile da altri, oltre che dagli addetti al controllo, con violazione delle garanzie espresse nell'art. 15 Cost. Non solo, ma è di tutta evidenza che siffatta modalità rende ancora più difficile l'incontro.

Ma al di là di questi rilievi preme evidenziare che il d.p.c.m., che è un atto amministrativo e che come tale non ha forza di legge (dato che ha come finalità quella di dare attuazione a disposizioni legislative e non) incide su un diritto affermato nell'art. 18 ord. penit. Diritto che il d.l. n. 29 del 2020 pure riconosce, facendo ricorso alla espressione «fermo il diritto». La fonte emergenziale secondaria non può derogare a norme primarie, e tanto meno alla fonte primaria che la legittima.

Resosi conto della situazione paradossale che si veniva a creare, oltre che delle conseguenze che ne sarebbero derivate sulla popolazione detenuta e sui famigliari, il legislatore ha prontamente posto rimedio riformulando la lettera cc) ed eliminando il periodo concernente i colloqui in presenza e mantenendo le disposizioni relative ai nuovi ingressi.

Se dunque è apprezzabile la rapidità con la quale il legislatore è intervenuto, tuttavia è evidente la superficialità con cui si approccia alle questioni penitenziarie.