



**TRIBUNALE DI SORVEGLIANZA
DI SASSARI**

Dott. Ida Aurelia Soro
Dott. Riccardo De Vito
Dott. Marianna Melis
Dott. Carla Mulas

Presidente
Magistrato di Sorveglianza relatore
Esperto
Esperto

e con l'intervento del Signor Procuratore Generale, nella persona dell'Avvocato Generale Maria Gabriella Pintus

a scioglimento della riserva espressa all'udienza del 4. 6. 2020 ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nel procedimento ex artt. 666, 677, 678 c.p.p., 2 del d.l. 29/2020 nei confronti di ZAGARIA PASQUALE,

Decorrenza pena: 28. 6. 2007; Fine pena: 18. 8. 2023;

OSSERVA

Con ordinanza del 23 aprile 2020 il Tribunale di Sorveglianza di Sassari disponeva nei confronti di Pasquale Zagaria la sospensione della pena ai sensi dell'art. 147, comma 1 nr. 2) cod. pen., nelle forme della detenzione domiciliare di cui all'art. 47-ter, comma 1-ter, ord. penit.

Appare opportuno, in primo luogo, riassumere le motivazioni che hanno condotto a quella decisione.

Pasquale Zagaria, sottoposto al regime differenziato di cui all'art. 41-bis, comma 2, ord. penit., era detenuto presso la Casa Circondariale di Sassari in espiatione della pena determinata con provvedimento di cumulo della Procura Generale della Repubblica presso la Corte di Appello di Napoli in data 23. 3. 2020 (Esecuzione n. 2079/2017 SIEP).

I successivi certificati medici acquisiti al procedimento – richiesti dal Tribunale al fine di valutare la consistenza della patologia, la possibilità di cura e la compatibilità delle condizioni di salute con il regime carcerario – dettero atto dell'impossibilità di proseguire l'iter diagnostico e terapeutico proprio a causa dell'emergenza Covid-19.

In data 31 marzo 2020 il Responsabile del Presidio attestò che al paziente non poteva essere assicurato _____ in quanto il Centro clinico di riferimento era stato individuato come Centro Covid-19 e che era dunque opportuno il trasferimento del paziente presso altro Istituto che potesse garantire il prosieguo dell'iter diagnostico-terapeutico.

Dopo numerosi rinvii – finalizzati all'individuazione di struttura penitenziaria attrezzata per quel trattamento o prossima a luogo di cura nel quale poter svolgere i richiesti esami diagnostici e le successive cure –, all'udienza del 23 aprile 2020 pervenne ulteriore certificato del responsabile del presidio di tutela della salute dei detenuti della Casa Circondariale di Sassari, nel quale si confermava l'impossibilità di eseguire i controlli _____ previsti (necessari per poter proseguire la terapia) sia presso l'AOU di Sassari sia all'interno della CC di Sassari. Tali controlli – da eseguire obbligatoriamente in ambiente ospedaliero – non potevano essere svolti presso altri istituti penitenziari, né in altre cliniche ospedaliere della Sardegna. Nella certificazione si ribadiva, inoltre, la “indifferibilità del programma diagnostico-terapeutico previsto”.

Dopo aver tratteggiato la vicenda sanitaria che aveva interessato Pasquale Zagaria, l'ordinanza si soffermava sui presupposti giuridici della sospensione della pena per motivi di grave infermità fisica e dava atto di quella consolidata giurisprudenza di legittimità in base alla quale “ai fini dell'accoglimento di un'istanza di differimento facoltativo dell'esecuzione della pena detentiva per gravi motivi di salute, ai sensi dell'art. 147, comma primo, n. 2., cod. pen., non è necessaria un'incompatibilità assoluta tra la patologia e lo stato di detenzione, ma occorre pur sempre che l'infermità o la malattia siano tali da comportare un serio pericolo di vita, o da non poter assicurare la prestazione di adeguate cure mediche in ambito carcerario, o, ancora, da causare al

detenuto sofferenze aggiuntive ed eccessive, in spregio al diritto alla salute e del senso di umanità al quale deve essere improntato il trattamento penitenziario” (così, da ultimo e tra le tante, Cass., Sez. I, 17. 5. 2019, n. 27352). Veniva quindi illustrato che tali orientamenti apparivano conformi a un’interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata dell’art. 147, comma primo, n. 2 cod. pen., volta a mettere in luce i principi di uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge senza distinzione di condizioni personali (art. 3 Cost.), di tutela della salute quale diritto fondamentale dell’individuo (art. 32 Cost.) e, infine, di divieto di trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27 Cost. e art. 3 CEDU).

All’esito di un confronto tra storia clinica del paziente e testo normativo così interpretato questo Tribunale reputava che nel caso di specie fossero integrati i presupposti dell’art. 147 nr. 2 cod. pen. e che Pasquale Zagaria dovesse avere accesso al differimento della pena per grave infermità fisica.

Il detenuto, infatti, soffriva di una patologia grave e qualificata –

Definita la gravità della patologia, era anche rimasto provato che, a causa dell’emergenza pandemica legata a Sars-CoV-2, la cure “indifferibili” erano inattuabili nel circuito penitenziario, anche in regime di ricovero ex art. 11 ord. penit.: il Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria non aveva individuato alcun Istituto ove effettuare l’indifferibile *follow-up* diagnostico e terapeutico e la Direzione sanitaria aveva verificato l’impossibilità di svolgere l’iter diagnostico-terapeutico all’interno delle strutture ospedaliere sarde.

Non dare corso al differimento della pena, ad avviso del Tribunale, significava esporre il paziente al rischio di progressione di una malattia potenzialmente letale, in totale spregio dei diritti alla salute e a non subire un trattamento contrario al senso di umanità. Dal punto di vista soggettivo, inoltre, gravava sul paziente un’incognita di vita o morte del tutto intollerabile e immeritata per ogni essere umano, una sofferenza aggiuntiva alla detenzione costituzionalmente e convenzionalmente non legittima.

A questo argomento, nell’ordinanza del 23 aprile 2020, si aggiungeva un ulteriore profilo motivazionale, legato all’elevato rischio di complicità in caso di contrazione dell’infezione virale Covid-19.

Pasquale Zagaria, infatti, in quanto affetto da _____, rientrava nel novero dei soggetti che, in base ai criteri contenuti nel protocollo del Presidio ospedaliero Belcolle di Viterbo (recepito dalla circolare del 21 marzo 2020 della Direzione generale Detenuti e Trattamento del Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria), erano da ritenersi oggettivamente più vulnerabili davanti al Covid-19.

Il Tribunale, effettuata la valutazione sanitaria, procedeva a un bilanciamento in concreto tra diritto alla salute del detenuto e interesse pubblico alla sicurezza.

All’esito di detto bilanciamento, e a dimostrazione della decisione di differimento quale unico rimedio adottabile, venivano esposti i seguenti argomenti: 1) sussistenza di una patologia grave, non fronteggiabile con strumenti diagnostico-terapeutici in ambiente carcerario e, se non curata tempestivamente, tale da esporre la salute del detenuto a pericolo grave; 2) revoca della misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno ad opera del decreto della Corte di Appello di Napoli in data 22. 1. 2015, nel quale è dato leggere che “non può ritenersi che l’appartenenza dello Zagaria

alla associazione camorristica, certamente attuale all'epoca del decreto emesso nell'anno 2004, fosse tale anche nell'anno 2011, atteso che, coerentemente con le premesse, il prolungato periodo di detenzione, posto in correlazione con la circostanza che il detenuto si costituì spontaneamente in carcere e, nel corso del processo penale, rese confessione in ordine a gran parte dei reati contestati, condotta che rappresenta un inequivocabile sintomo di iniziale ravvedimento, inducono ad escludere la concreta operatività della presunzione di perdurante pericolosità al momento della formulazione del giudizio"; 3) pendenza di due procedimenti penali, ma per fatti risalenti a periodi coevi o antecedenti a quelli oggetto delle sentenze ricomprese nel cumulo in esecuzione; 4) comportamento processuale serbato dal detenuto nel procedimento camerale partecipato di sorveglianza, che evidenziava un interesse rivolto esclusivamente a soluzioni di cura, anche in ambito intramurario.

Si rilevava, inoltre, che la pena residua da espiare era destinata a ridursi sensibilmente in ragione delle necessità di ricomprendere, nel provvedimento di unificazione di pene concorrenti, l'ordinanza con la quale il Gup presso il Tribunale di Napoli in data 26 ottobre 2018 aveva riconosciuto, ai sensi dell'art. 671 cod. proc. pen., il vincolo della continuazione tra quattro sentenze in esecuzione e rideterminato la pena complessiva di quelle sentenze in anni venti di reclusione.

Il Tribunale aggiungeva che il differimento poteva essere concesso nelle forme della detenzione domiciliare, presso l'abitazione della moglie e dei figli ubicata nel paese di Le informazioni delle forze dell'ordine – Carabinieri del

non evidenziavano controindicazioni.

Sempre ai fini di un adeguato bilanciamento tra esigenze di cura e pericolosità sociale, inoltre, veniva stabilito che la misura avesse la durata di mesi cinque, decisivi – sottolineava l'ordinanza – “per sapere gli esiti degli approfondimenti diagnostici” e “capire evoluzione della patologia e possibili cure”.

La detenzione domiciliare fu corredata poi da uno stringente regime di prescrizioni, ampliate con separato provvedimento del 29. 4. 2020, il quale, nello specificare il contenuto del divieto di non frequentare soggetti diversi dai conviventi, inibiva al detenuto domiciliare ogni comunicazione telefonica e informatica, fatte salve quelle con i presidi sanitari.

Così delineata la vicenda che ha condotto all'ordinanza ammissiva del 23. 4. 2020, occorre procedere all'esame dell'oggetto della procedura per la quale è stata dapprima fissata udienza del 22 maggio 2020 e quindi, a seguito di rinvio per vizio di notifica dell'avviso, l'udienza odierna.

Come noto, l'attuale procedimento è stato instaurato ai sensi degli artt. 2 e 5 del decreto-legge 10 maggio 2020, n. 29, pubblicato in Gazzetta Ufficiale lo stesso 10 maggio ed entrato in vigore il giorno successivo.

L'art. 2 del decreto in questione, per quel che qui interessa, dispone che *quando i condannati e 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'art. 270-sexies del codice penale, nonché i condannati e gli internati sottoposti al regime dell'art. 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, sono ammessi alla detenzione*

domiciliare o usufruiscono del differimento della pena per motivi connessi all'emergenza da COVID-19, il magistrato o il tribunale di sorveglianza che ha adottato il provvedimento, acquisito il parere del Procuratore distrettuale antimafia del luogo in cui è stato commesso il reato e del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo per i condannati e internati già sottoposti al regime di cui al predetto art. 41-bis, valuta la permanenza dei motivi legati all'emergenza sanitaria entro il termine di quindici giorni dall'adozione del provvedimento e, successivamente, con cadenza mensile.

La disposizione appena citata precisa che la valutazione è effettuata immediatamente, anche prima della decorrenza dei termini sopra indicati, nel caso in cui il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria comunica la 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.

Sotto il profilo istruttorio (art. 2, comma 2) viene disposto che prima di provvedere l'autorità giudiziaria sente 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 il condannato o l'internato ammesso alla detenzione domiciliare o ad usufruire del differimento della po' riprendere la detenzione o l'internamento senza pregiudizio per le sue condizioni di salute.

La decisione dell'autorità giudiziaria è assunta valutando se permangono i motivi che hanno giustificato l'adozione del provvedimento di ammissione alla detenzione domiciliare o al differimento di pena, nonché 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. Il provvedimento di revoca della detenzione domiciliare o del differimento della pena è immediatamente esecutivo.

La disciplina è completata da una norma transitoria (art. 5), la quale, per quanto qui è di interesse, impone che le disposizioni di cui all'articolo 2 si applicano ai provvedimenti di ammissione alla detenzione domiciliare o di differimento della pena [...] adottati successivamente al 23 febbraio 2020. Per i provvedimenti già emessi alla data di entrata in vigore del presente decreto il termine di quindici giorni previsto dagli art. 2, comma 1, e 3, comma 1 – precisa la disposizione in questione – decorre dalla data di entrata in vigore del presente decreto.

Proprio dalla disposizione transitoria appena menzionata scaturisce il presente procedimento.

Questo Tribunale, al fine di rispettare il termine di quindici giorni dalla data di entrata in vigore del decreto-legge 29/2020, ha provveduto lo stesso 11 maggio 2020 alla fissazione di udienza camerale per la data del 22 maggio 2020, facendone dare avviso alla parti; un vizio di notifica del decreto al detenuto – come meglio argomentato nell'ordinanza 22 maggio 2020, da intendersi qui integralmente richiamata – ha quindi imposto il rinvio all'odierna udienza.

Va osservato che lo stesso giorno di entrata in vigore del decreto-legge 29/2020, l'11 maggio 2020, il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria ha inviato comunicazione – pervenuta a questo Tribunale in data 12 maggio 2020 – in ordine alla disponibilità del reparto di medicina protetta dell'U.P. di [redacted]. Nella comunicazione, effettuata di iniziativa ai sensi dell'art. 2 del decreto-legge 29/2020, si dà

atto che “con ordinanza di codesto Tribunale del 23. 4. 2020 il sig. Pasquale Zagaria, nato _____, è stato ammesso alla detenzione domiciliare sino al 22. 9. 2020, che “nella motivazione vi è riferimento all’emergenza sanitaria COVID-19” e che il reparto di medicina protetta individuato è da ritenersi “struttura adeguata al trattamento delle patologie del malato, come da certificazione sanitaria allegata”.

Instaurato il procedimento, il Tribunale ha proceduto all’istruttoria di rito prevista dal decreto-legge 29/2020 e ha acquisito agli atti i pareri del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, pervenuto il 14 maggio 2020, e del Procuratore distrettuale antimafia del luogo in cui è stato commesso il reato, pervenuto il 15 maggio 2020. Entrambe le note informative dei Procuratori, dopo aver svolto considerazioni in ordine all’attuale pericolosità di Pasquale Zagaria, hanno espresso parere contrario alla protrazione della detenzione domiciliare, evidenziando soprattutto come il clan di appartenenza di Zagaria sia ancora attivo.

Nei medesimi pareri, inoltre, si legge della preferibilità di una soluzione che veda il reingresso di Pasquale Zagaria nel reparto di medicina protetta della _____.

La disponibilità di quest’ulteriore struttura, nel frattempo, è stata comunicata dal Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria con nota del 15 maggio 2020, pervenuta e acquisita agli atti il successivo 16 maggio 2020.

L’istruttoria è stata completata mediante acquisizione della nota del Presidente della regione Sardegna sulla situazione sanitaria locale (pervenuta il 26. 5. 2020), nella quale è dato leggere che “l’indice Rt (erre con t) regionale, che descrive il tasso di trasmissibilità del virus Covid -19 dopo l’applicazione delle misure atte a contenere il diffondersi della malattia, è attualmente pari a 0,24 e pertanto entro il valore soglia di 0,5 che garantisce il permanere della Regione nella così detta Fase 2” e che “alla luce di tale risultato, ai sensi dell’Ordinanza del Presidente della regione n. 23 del 17 maggio 2020, a decorrere dal 18 maggio 2020 cessando di avere effetto tutte le misure limitative della circolazione all’interno del territorio regionale”.

È stata inoltre acquisita la documentazione medica essenziale inerente al *follow up*

Il quadro degli elementi utili alla decisione è completato da una relazione dei Carabinieri della Stazione delegata alla vigilanza e da ulteriori informazioni, sempre ad opera delle medesime forze dell’ordine, nelle quali si evidenzia che il 1° giugno 2020 si è reso necessario un ulteriore ricovero del detenuto domiciliare.

Agli atti, inoltre, è presente il provvedimento di cumulo della Procura Generale della Repubblica presso la Corte di Appello di Napoli che, dando atto della continuazione riconosciuta con ordinanza del GIP presso il Tribunale di Napoli in data 23. 10. 2018, ridetermina la pena in anni 20 di reclusione. L’attuale fine pena, pertanto, si colloca attualmente alla data del 18. 8. 2023.

Così delineato il quadro istruttorio, va rilevato che la difesa di Pasquale Zagaria ha depositato approfondite memorie nelle quali, oltre ad allegare specifici elementi in ordine

all'insussistenza nell'attualità della pericolosità del detenuto, ha dedotto, ai sensi dell'art. 23, comma 1, l. 87/1953, questione di legittimità costituzionale in riferimento alle disposizioni di legge degli artt. 1, 2 e 5 del decreto-legge 29/2020 per violazione degli artt. 3, 13, 25, comma 2, 27, comma 3, 32, 77, 101, 104 e 117 della Costituzione (quest'ultimo in relazione agli artt. 3 e 7 CEDU).

Questo Tribunale, per le ragioni e con le precisazioni che seguono, ritiene rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dedotta dalla difesa in relazione agli artt. 2 e 5 del decreto-legge 29/2020 per violazione degli artt. 3, 27, comma 3, 32, 102, comma 1, 104, comma 1, della Costituzione, ritenendo assorbiti ulteriori profili.

Al fine di meglio delineare i profili di rilevanza della questione occorre dar conto dell'applicabilità delle disposizioni degli artt. 2 e 5 del decreto-legge 29/2020 alla detenzione domiciliare c.d. umanitaria concessa a Pasquale Zagaria con ordinanza del 23 aprile 2020.

Come già si è avuto modo di osservare nel ripercorrere il testo di legge, i presupposti di applicazione del decreto-legge sono due: uno di carattere oggettivo e uno di carattere soggettivo. Occorre, infatti, da un lato essere stati ammessi alla detenzione domiciliare o usufruire del differimento della pena per *motivi connessi all'emergenza da COVID-19* e, sotto il versante soggettivo, essere stati condannati o internati per uno dei delitti indicati nel primo comma dell'art. 2 – sostanzialmente delitti associativi di criminalità organizzata o di terrorismo o finalizzati all'agevolazione di associazione di tipo mafioso o, ancora, commessi con finalità di terrorismo – o essere comunque sottoposti al regime differenziato di cui all'art. 41-bis ord. penit.

A tale duplice presupposto la norma transitoria di cui all'art. 5 del dl 29/2020 aggiunge un requisito temporale. La disciplina dettata dall'art. 2, infatti, si applica anche *ai provvedimenti di ammissione alla detenzione domiciliare o di differimento della pena adottati successivamente al 23 febbraio 2020*.

Nella vicenda che qui occupa il presupposto soggettivo e il requisito temporale sono senza dubbio integrati.

Pasquale Zagaria, infatti, ha riportato condanna per delitti di cui all'art. 416-bis cod. pen. – in quanto elemento di vertice dell'organizzazione di tipo mafioso nota come *clan dei Casalesi* – e, inoltre, al momento del differimento della pena, era sottoposto al regime di cui all'art. 41-bis ord. penit. Inoltre, il provvedimento di differimento della pena nelle forme della detenzione domiciliare c.d. umanitaria risale al 23 aprile 2020 e rientra appieno nell'orizzonte temporale coperto dalla norma transitoria.

Ad avviso di questo Tribunale, inoltre, nel caso concreto ricorre anche il profilo oggettivo inerente ai motivi che hanno determinato la detenzione domiciliare, in quanto connessi all'emergenza da COVID-19, sia pure per le ragioni che di seguito verranno precisate e che non sono neutre rispetto alla proposizione della questione di costituzionalità.

Nella vicenda che ha condotto alla detenzione domiciliare di Zagaria, infatti, l'emergenza da COVID-19 viene in rilievo, in un secondo momento, non quale causa della scarcerazione in ragione della maggiore vulnerabilità del paziente in caso di eventuale contrazione della malattia, ma principalmente quale fattore impeditivo della cura in ambito intramurario di una *persona anziana e fragile*, del tutto irrelata e in nessun modo riconducibile al virus Sars-CoV-2.

..... le successive cure hanno inciso in maniera autonoma e grave sulle condizioni di salute di Zagaria ancor prima della diffusione della pandemia, tanto che, in data 31 gennaio 2020, l'Ufficio di Sorveglianza di Sassari aveva emesso un decreto – successivamente acquisito agli atti del procedimento concluso con l'ammissione alla detenzione domiciliare – nel quale veniva rigettata la domanda di differimento provvisorio della pena ai sensi dell'art. 684, comma 2, cod. proc. pen., ma veniva contestualmente disposta “la comunicazione del presente provvedimento al DAP-Roma per quanto di competenza in ordine alla valutazione di un eventuale trasferimento del detenuto in un Istituto dotato di idoneo centro clinico per le cure e terapie che lo stesso ha in corso e che determinano rilevanti effetti collaterali”.

Ciò detto, comunque, la pandemia ha assunto rilevanza quale motivo che – unitamente alla mancata individuazione di un istituto penitenziario dotato di centro clinico o prossimo a struttura ospedaliera idonea – ha determinato l'impossibilità di curare la patologia del paziente in ambito intramurario, sia pure in regime di ricovero in luogo esterno di cura i sensi dell'art. 11 ord. penit.

I presidi sanitari territoriali sardi, infatti, erano stati adibiti a centri Covid e questa circostanza ha provocato l'inattuabilità degli “indifferibili” interventi diagnostici e terapeutici. Sul punto, un passaggio motivazionale dell'ordinanza di ammissione alla detenzione domiciliare è chiaro: “definita la gravità della patologia, è anche indiscutibile che la stessa sia tale da esigere cure inattuabili nel circuito penitenziario, anche in regime di ricovero ex art. 11 ord. penit., a causa dell'emergenza pandemica legata a Sars-Cov-19”.

Come sopra evidenziato, inoltre, il Tribunale ha ritenuto che Zagaria, a causa della sua patologia, fosse esposto a pericoli maggiori in caso di contrazione della malattia Covid-19.

Non vi è dubbio, pertanto, che l'ammissione alla detenzione domiciliare sia stata determinata anche da motivi connessi all'emergenza da Covid-19 e che il presupposto oggettivo di applicazione degli artt. 2 e 5 del decreto-legge 29/2020 sia integrato. La rivalutazione dei presupposti di ammissione alla misura, pertanto, deve essere posta in essere, anziché nell'imminenza dello scadere del termine previsto da questo Tribunale – cinque mesi, con termine il 22 settembre 2020 – secondo le stringenti scansioni temporali previste dagli artt. 2 e 5 del decreto medesimo: quindici giorni dall'entrata in vigore del decreto-legge e poi con cadenza mensile.

Va poi messo in rilievo che il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, di sua iniziativa, ha preso atto del riferimento all'emergenza a Covid-19 contenuta nell'ordinanza del 23 aprile 2020 e ha individuato autonomamente (già l'11 maggio 2020, lo stesso giorno dell'entrata in vigore delle disposizioni richiamate) la disponibilità del reparto di medicina protetta dell'Ospedale

La comunicazione di disponibilità ad opera del Dipartimento, pertanto, impone che ai sensi dell'art. 2 del decreto la permanenza dei motivi legati all'emergenza Covid-19 sia effettuata immediatamente e prima della decorrenza dei termini sopra indicati, salvo la compatibilità con i termini del procedimento camerale disciplinato dalle norme del codice di rito (artt. 666, 678 cod. proc. pen.) non derogate sul punto.

I presupposti del provvedimento di detenzione domiciliare di Pasquale Zagaria, pertanto, sono soggetti alle frequenti e reiterate rivalutazioni imposte dalla legge, anziché al controllo previsto, su domanda dell'interessato, alla scadenza del termine previsto dal

provvedimento medesimo o ai controlli che *in itinere* si dovessero rendere necessari solo in caso di violazione delle prescrizioni.

Tali frequenti rivalutazioni, inoltre, dovranno svolgersi non solo entro il confine temporale, ma anche entro il circoscritto perimetro istruttorio delineato dall'art. 2 del decreto-legge 29/2020. Allo stato, infatti, le emergenze istruttorie previste dal decreto-legge in questione (pareri dei menzionati organi inquirenti, comunicazioni Dap e informazioni dell'autorità sanitaria locale) non ostano al ripristino della detenzione carceraria.

Questo Tribunale, pertanto, reputa che il presente giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità che investe, in riferimento ai parametri di cui agli artt. 3, 27, comma 3, 32, 102, comma 1 e 104, comma 1, Cost., gli artt. 2 e 5 del decreto-legge 29 del 2020.

Tanto specificato in punto di rilevanza, per delineare la non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità appare necessario focalizzare l'attenzione sul quadro normativo e sui principi che hanno governato – almeno sino all'entrata in vigore del decreto-legge 29/2020 – la detenzione domiciliare surrogatoria del differimento dell'esecuzione della pena, vale a dire la misura adottata nella vicenda che qui occupa.

La disciplina derivante dall'art. 147, comma 1, n. 2, cod. pen. e dall'art. 47-ter, comma 1-ter, ord. penit. è volta ad assicurare che la pretesa punitiva non entri mai in conflitto con il diritto fondamentale di ogni individuo alla salute (art. 32 Cost.) e a non subire trattamenti contrari al senso di umanità (artt. 27, comma 3, Cost. e 3 CEDU).

Come già si è avuto modo di osservare nell'ordinanza in data 23. 4. 2020, la preminenza del diritto alla salute sulla esecuzione della pena, nei casi in cui questa collida in maniera irriducibile con il primo, non è derogabile, neppure nell'ipotesi di assoggettamento del detenuto malato al regime differenziato di cui all'art. 41-bis ord. penit.

La tutela dell'integrità psico-fisica delle persone detenute, dunque, non si affievolisce di fronte alle legittime esigenze repressive dello Stato e prescinde dal livello di risocializzazione raggiunta dal detenuto e dai suoi progressi trattamentali.

La centralità del "bene salute", garantita dalle norme costituzionali e convenzionali sopra citate, è recepita da alcune norme cardinali dell'ordinamento penitenziario, le quali hanno ad oggetto l'assistenza sanitaria e la disciplina dei servizi sanitari fruibili in carcere (art. 11 ord. penit.), nonché l'organizzazione della vita detentiva con riferimento alla salubrità dell'ambiente, all'igiene personale, alla pulizia dei locali, alle ore da trascorrere all'aperto (artt. 5 e ss. ord. penit.).

Nonostante le cogenti prescrizioni in ordine alle prestazioni sanitarie erogabili all'interno degli istituti penitenziari, accade che, quando la patologia sia tale da avere importanti ripercussioni sulla vita e sulla dignità della persona detenuta, ad essere incompatibile con la tutela del diritto alla salute è lo stesso mantenimento della condizione detentiva, che esporrebbe il detenuto a un trattamento inumano e degradante in violazione dell'art. 27, comma 3, Cost. e 3 CEDU.

In alcune delle ipotesi per le quali si rende necessaria la soluzione extramuraria è lo stesso legislatore a farsi carico del bilanciamento tra esigenze di sicurezza sociale correlate alla pericolosità del soggetto e tutela del diritto alla salute, sancendo a livello di previsione generale e astratta la prevalenza di quest'ultima sulle prime. È il caso, ad esempio, del differimento obbligatorio previsto nell'ipotesi in cui la pena detentiva deve aver luogo nei confronti di una persona affetta da una malattia particolarmente grave per

effetto della quale le sue condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione, quando la persona si trova in uno stato della malattia così avanzata da non rispondere più, secondo le certificazioni del servizio sanitario penitenziario o esterno, ai trattamenti disponibili e alle terapie curative (art. 146, comma 1, n. 3, cod. pen.).

In altre circostanze, quando le patologie raggiungono un livello di gravità minore, ma sono comunque tali da determinare condizioni di grave infermità fisica (art. 147, comma 1, n. 2, cod. pen.), il bilanciamento tra le contrapposte esigenze di tutela della salute e di sicurezza sociale è rimesso al giudice ed è subordinato al vaglio del concreto pericolo della commissione dei delitti da parte del detenuto affetto da infermità (art. 147, ultimo comma, cod. pen.).

A questi istituti penalistici l'ordinamento penitenziario aggiunge la detenzione domiciliare c.d. in surroga di cui all'art. 47-ter, comma 1-ter, ord. penit. La disposizione prevede che "quando potrebbe essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo della esecuzione della pena ai sensi degli articoli 146 e 147 del codice penale, il tribunale di sorveglianza, anche se la pena supera il limite di cui al comma 1, può disporre l'applicazione della detenzione domiciliare, stabilendo un termine di durata di tale applicazione, termine che può essere prorogato".

È esattamente questa la misura applicata a Pasquale Zagaria.

È necessario ribadire, in questa sede, che ai fini dell'accoglimento di un'istanza di differimento facoltativo dell'esecuzione della pena detentiva per grave infermità fisica, ai sensi dell'art. 147, comma 1, n. 2., cod. pen., non è necessaria un'incompatibilità assoluta tra la patologia e lo stato di detenzione, ma occorre pur sempre che l'infermità o la malattia siano tali da comportare un serio pericolo di vita, o da non poter assicurare la prestazione di adeguate cure mediche in ambito carcerario, o, ancora, da causare al detenuto sofferenze aggiuntive ed eccessive, in spregio al diritto alla salute e del senso di umanità al quale deve essere improntato il trattamento penitenziario (così, da ultimo e tra le tante, Cass., Sez. I, 17. 5. 2019, n. 27352).

Nel caso di specie, per le ragioni sopra precisate, il sistema penitenziario non ha potuto garantire a Pasquale Zagaria l'effettuazione di un adeguato percorso diagnostico-terapeutico a fronte di una patologia che, se non tempestivamente identificata e trattata, può condurre a esiti letali. Il Tribunale, dunque, effettuato un bilanciamento tra pericolosità sociale residua ed esigenze di cura, ha ritenuto necessario disporre la misura contenitiva della detenzione domiciliare.

La misura in questione si rivela uno strumento prezioso, che amplia il ventaglio delle risposte extramurarie nell'evenienza di seri problemi di salute dei detenuti e consente di fuoriuscire dalla rigidità di un'alternativa secca tra mantenimento della condizione detentiva e libertà incondizionata correlata al rinvio dell'esecuzione.

Come ha avuto modo di osservare la Corte costituzionale, nella pronuncia che ha consentito l'applicazione della detenzione in surroga anche ai casi di detenuti affetti da grave infermità psichica, "l'istituto della detenzione domiciliare è una misura che *può essere modellata* dal giudice in modo tale da salvaguardare il fondamentale diritto alla salute del detenuto, qualora esso sia incompatibile con la permanenza in carcere, e, contemporaneamente, le esigenze di difesa della collettività" (Corte cost. 99 del 2019).

Questa opera di contemperamento tra diritto alla salute ed esigenze di difesa della collettività costituisce il *proprium*, l' "*in se*" dell'attività giurisdizionale in materia di differimento della pena e di applicazione della detenzione domiciliare derogatoria.

È proprio in ragione di questo specifico contenuto discrezionale, involgente la tutela della libertà personale e del diritto alla salute, che la Corte costituzionale (sentenza 114 del 1979) dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 589, comma quinto, del codice di procedura penale nella parte in cui – nel caso previsto dall'art. 147, comma 1, n. 2 cod. pen. – attribuiva al Ministro il potere di sospendere l'esecuzione della pena, quando l'ordine di carcerazione del condannato era già stato eseguito. Alcuni passaggi di quella decisione meritano di essere riportati: “D'altra parte, qui si tratta di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena: agli organi giudiziari spetta pur sempre una competenza discrezionale, diversamente dalle altre ipotesi in cui, secondo il codice penale, detto rinvio è obbligatorio. Il che implica che gli organi competenti sono chiamati non soltanto a verificare la presenza delle condizioni richieste dalla legge perché sia sospesa l'esecuzione della pena, ma anche ad apprezzare opportunamente le ragioni giustificative della sospensione – nella specie, la grave infermità fisica dell'interessato – in rapporto ad altre considerazioni, le quali possono di volta in volta rilevare per il provvedimento da emettere”.

Di questo bilanciamento discrezionale tra ragioni della salute e ragioni della sicurezza fa parte anche l'apposizione di un termine finale sia al rinvio facoltativo sia alla detenzione domiciliare di cui all'art. 47-ter, comma 1-ter, ord. penit. Se in riferimento alla misura domiciliare l'apposizione del termine è espressamente previsto dalla disposizione di legge da ultimo richiamata – *il tribunale di sorveglianza [...] può disporre l'applicazione della detenzione domiciliare, stabilendo un termine di durata di tale applicazione, termine che può essere prorogato* –, in ordine all'istituto penalistico del rinvio facoltativo, in assenza di una espressa previsione legislativa al riguardo, è stata la giurisprudenza stessa a ritenere “conforme al principio di ragionevolezza vincolare l'efficacia nel tempo di un provvedimento (che, per sua natura, non può essere indefinito) alla verificata persistenza della situazione di fatto che ne costituisce il presupposto” (in termini, Cass. Sez. 1, 30. 4. 2001 n. 25928). Nel medesimo arresto si dà atto che, per essere legittima, la predeterminazione della data di caducazione del rinvio deve risultare “connessa alla durata della situazione ostativa all'esecuzione della pena”. Nel caso di specie, infatti, la Corte di Cassazione censurava il provvedimento impugnato poiché il termine apposto non si faceva carico di tale “connessione” ed anzi risultava “in contrasto con il riconoscimento della gravità ed irreversibilità delle condizioni cliniche del richiedente”.

Il termine apposto al rinvio e, per quel che qui interessa, alla detenzione domiciliare, dunque, è intrinseco al provvedimento giurisdizionale e costituisce espressione del potere giurisdizionale di bilanciamento tra diritto alla salute e sicurezza sociale. Per quanto rilevato dalla giurisprudenza di legittimità è evidente che la scelta del termine, dovendosi plasmare sulle concrete esigenze di cura del paziente detenuto, è una delle attività essenziali attraverso le quali l'autorità giudiziaria, alla quale sola è rimessa quella scelta, *modella* (Corte cost. 99 del 2019) l'istituto della detenzione domiciliare derogatoria.

Questo Tribunale è ben consapevole che l'apposizione del termine non deve indurre a trascurare che i provvedimenti di sorveglianza, nella generalità dei casi, sono validi *rebus sic stantibus*, e, dunque, revocabili in caso di cambiamento dei presupposti che ne hanno legittimato l'adozione.

È altrettanto vero, tuttavia, che, sino all'intervento del decreto-legge 29/2020, il detenuto malato che aveva ottenuto un provvedimento di detenzione domiciliare in deroga poteva

contare su un intervallo temporale circoscritto, definito e prorogabile, scelto dall'autorità giudiziaria in ragione della continua evoluzione della sua patologia, delle sue condizioni di salute e delle esigenze di cura. All'interno di tale lasso temporale non vi era spazio per alcuna nuova valutazione ad opera dell'autorità giudiziaria, salvo i casi di pericolo di commissione di delitti e di violazioni delle prescrizioni. In questa direzione, infatti, depongono sia il testo dell'ultimo comma dell'art. 147 cod. pen., in base al quale il provvedimento di cui al primo comma *non può essere adottato o, se adottato, è revocato se sussiste il concreto pericolo della commissione di delitti*, sia, in riferimento alla detenzione domiciliare, la disposizione di cui all'art. 47-ter, comma 6, ord. penit., in base alla quale *la detenzione domiciliare è revocata se il comportamento del soggetto, contrario alla legge o alle prescrizioni dettate, appare incompatibile con la prosecuzione delle misure*.

In altri termini, sino ad oggi, una rivalutazione della persistenza delle ragioni del differimento e della detenzione domiciliare, da compiersi obbligatoriamente attraverso un'istruttoria concernente il comportamento dell'interessato in costanza di misura e le sue condizioni di salute, era consentita al tribunale di sorveglianza, ma poteva e doveva compiersi alla scadenza del termine individuato dalla autorità giudiziaria in sede di concessione.

Una conferma di questa conclusione arriva da un precedente di legittimità sul punto, il quale affermava che "il provvedimento che concede il differimento possa e debba essere revocato qualora si accerti che siano cessate, per guarigione, quelle condizioni di grave infermità che erano state alla base della concessione" (Cass. Sez. I, 16. 2. 1995, n. 982). La vicenda che aveva dato causa a quella pronuncia riguardava la revoca di un provvedimento di differimento pena adottato nei confronti di persona affetta da cecità, la quale, in epoca successiva, non solo aveva ripreso una normale vita di relazione, ma aveva iniziato a dirigere un vasto traffico di stupefacenti. A ben vedere, dunque, la ragione determinante la revoca anticipata del provvedimento era collegata a un'ipotesi concreta di recidiva nel delitto, fattore legittimante la revoca ai sensi del richiamato ultimo comma dell'art. 147 cod. pen.

Il quadro normativo appena delineato si è modificato con l'entrata in vigore del decreto-legge 29/2020, il cui art. 1 introduce una modifica nell'art. 47-ter, comma 7, ord. penit. Tale disposizione sanciva la revocabilità di due ipotesi di detenzione domiciliare – quelle previste dai commi 1 e 1-bis del medesimo art. 47-ter – in caso del venir meno dei presupposti oggettivi che ne legittimavano l'adozione (limiti edittali della pena, età dei figli).

In virtù dell'art. 1 del decreto-legge 29/2020, alle due ipotesi di detenzione domiciliare di cui è prevista la revoca per cessazione delle condizioni, si aggiunge la detenzione domiciliare in surroga del rinvio.

Ad oggi, pertanto, anche in riferimento alla detenzione domiciliare surrogatoria sembra sia consentita una rivalutazione in ogni tempo del venir meno delle condizioni oggettive, di salute o di inattuabilità delle cure in ambito penitenziario, che ne hanno determinato la concessione. Non pare dubbio che tale disposizione crei un pericolo di collisione con la disposizione che impone all'autorità giudiziaria un termine, ma tale *novum* normativo non ricade nel fuoco della norma transitoria di cui all'art. 5 del decreto-legge 29/2020 e, pertanto, opererà soltanto per le detenzioni domiciliari concesse dalla data di entrata in vigore del decreto-legge.

A diverso destino, viceversa, è soggetta la disposizione di cui all'art. 2 del decreto in questione, che, per i differimenti della pena e le detenzioni domiciliari determinati da motivi connessi all'emergenza sanitaria da Covid-19 e nei confronti solo di alcune categorie di detenuti, impone che la rivalutazione avvenga *immediatamente* (in caso di comunicazione da parte del Dap di struttura penitenziaria o reparto di medicina protetta) e, comunque, entro quindici giorni dall'adozione del provvedimento e poi a cadenza mensile.

Tale disposizione, in forza della norma transitoria, si applica ai provvedimenti adottati a decorrere dal 23 febbraio e i termini decorrono, anziché dall'adozione del provvedimento, dalla data di entrata in vigore del provvedimento.

Questo Tribunale dubita della legittimità di tali disposizioni, di cui vede profili di contrasto con gli artt. 3, 27, comma 3, 32, 102, comma 1 e 104, comma 1 Cost.

Per meglio esporre le questioni si procederà a trattarle in ordine logico.

Il primo profilo di dubbio sulla legittimità costituzionale, non manifestamente infondato, si reputa sussistere per il contrasto delle disposizioni di cui agli artt. 2 e 5 del decreto-legge in questione con gli artt. 102, comma 1, 104, comma 1, Cost.

L'obbligo di rivalutazione della detenzione domiciliare secondo la scansione predetta – immediatamente, entro quindici giorni e poi a cadenza mensile –, ad avviso di questo Tribunale, invade la sfera di competenza riservata all'autorità giudiziaria e viola il principio di separazione dei poteri, tanto più in quanto applicata retroattivamente ai provvedimenti già adottati a decorrere dal 23 febbraio 2020.

Per quanto sopra argomentato, infatti, l'apposizione da parte dell'autorità giudiziaria del termine alla detenzione domiciliare in surroga (il discorso verrà limitato a tale istituto, essendo quello applicato al caso di specie) non rappresenta una mera condizione di efficacia del provvedimento, ma costituisce parte integrante e esplicitazione di quel potere discrezionale, proprio dell'autorità giurisdizionale, attraverso il quale si adegua la misura alle concrete condizioni di salute e alle necessità di cura del detenuto malato, nel rispetto della sicurezza della collettività.

In quest'ottica, l'art. 47-ter, comma 1-ter, ord. penit. riserva esclusivamente all'autorità giudiziaria il potere di stabilire un termine di durata dell'applicazione della detenzione domiciliare. Si tratta, infatti, di un termine che, oltre che tener conto delle esigenze di sicurezza, deve essere calibrato sulle condizioni di salute, sull'evoluzione della patologia e sulle necessità terapeutiche del destinatario del provvedimento. In questa direzione depone la giurisprudenza di legittimità prima citata.

Nel caso che qui occupa, la scelta del termine di durata di cinque mesi della detenzione domiciliare applicata a Pasquale Zagaria, come è dato leggere nella motivazione dell'ordinanza in data 23. 4. 2020, è intrinseca al bilanciamento stesso ed è stata dosata sulle esigenze terapeutiche e sanitarie del paziente: “sempre in termini di bilanciamento, appare opportuno stabilire che il differimento abbia la durata, al momento, di mesi cinque. Appare decisivo, infatti, sapere gli esiti degli approfondimenti diagnostici per capire evoluzione della patologia e possibili cure”.

Orbene, l'imposizione di termini diversi rispetto a quello deciso da questo Tribunale – eventualmente modificabile soltanto attraverso il rimedio endoprocedurale di tipo impugnatorio –, frutto del combinato disposto degli artt. 2 e 5 del decreto-legge, sconfina nella sfera di competenza riservata all'autorità giudiziaria per un molteplice ordine di ragioni.

A venire in rilievo non sono tanto i profili inerenti all'imposizione di una riassunzione della decisione per una nuova delibazione o alla anticipazione della rivalutazione, quanto la circostanza che la nuova valutazione a ritmi serrati – immediatamente o nei quindici giorni, e comunque ben prima del termine fissato dal giudice – impedisce una verifica istruttoria completa delle condizioni di salute del paziente, dell'evoluzione della sua patologia e all'esito dell'intervento diagnostico-terapeutico.

La giurisprudenza sul punto, del resto, appare univoca nell'affermare che “la revoca della misura alternativa in precedenza concessa nei casi in cui potrebbe essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p. è condizionata all'accertamento della persistenza delle pregresse precarie condizioni di salute per verificare nell'ambito di una valutazione comparativa (...) tra le esigenze di tutela della collettività e quelle del rispetto del principio di umanità della pena – se la situazione attuale di salute del soggetto sia compatibile con il ripristino della detenzione in carcere” (in questo senso, Cass. Sez. I, 7. 6. 2017, n. 55049, Cass., Sez. I, 9. 1. 2010, n. 44579). Tale principio di necessaria approfondita investigazione delle condizioni di salute del paziente destinatario del differimento, in caso di revoca del differimento stesso, è a tal punto inderogabile da aver indotto la giurisprudenza di legittimità a precisare che “nel caso di una situazione di salute particolarmente grave e tale da giustificare la incompatibilità con il regime carcerario non è sufficiente la valutazione delle condotte del soggetto, pur se contraria alla legge, come previsto per la detenzione domiciliare ordinaria, dovendo invece essere sottoposte a valutazione e comparazione anche le condizioni sanitarie del soggetto, la cui salute può essere sacrificata soltanto in presenza di condotte altamente negative e del tutto incompatibili con una situazione diversa dalla detenzione in carcere” (Cass. Sez. F, 21. 8. 2008, n. 34286).

L'impossibilità di svolgere un accertamento a tutto tondo sulle condizioni di salute del destinatario del provvedimento di detenzione domiciliare in surroga del rinvio è, nel caso che qui occupa, lampante. A fronte delle concrete esigenze sottese all'individuazione di un termine di cinque mesi, la rivalutazione immediata della decisione non consente di avere contezza dell'evoluzione del quadro clinico di Pasquale Zagaria. Dalla documentazione sanitaria presentata dalla difesa, infatti, emerge – circostanza che vale anche in punto di rilevanza della questione – che il paziente, in ragione della

Allo stato, pertanto, la valutazione sulla persistenza dei motivi che hanno legittimato la misura domiciliare rimarrebbe privata, in ragione della stringente scansione temporale delle rivalutazioni stabilita nel decreto, della possibilità di conoscere appieno tutti gli elementi inerenti alle condizioni sanitarie del soggetto, imprescindibili ai fini della nuova comparazione e al fine del vaglio di idoneità delle strutture indicate dal Dap.

In altri termini la discrezionalità giurisdizionale, nel caso di specie, non ha possibilità di dispiegarsi in tutta la sua pienezza, finendo per divenire puramente ricognitiva delle

uniche emergenze istruttorie affiorate nel procedimento: la comunicazione del Dap in ordine alla disponibilità delle strutture protette, i pareri dei Procuratori delle Direzioni Antimafia Distrettuale e Nazionale, favorevoli al ripristino della detenzione in carcere, le informazioni dell'autorità sanitaria, in persona del Presidente della Regione, sulla situazione relativa allo stato dell'emergenza sanitaria da Covid-19 nel territorio regionale ove è ubicato l'istituto penitenziario dal quale l'istante è stato scarcerato.

Un tale restringimento della sfera di competenza riservata alla giurisdizione non appare conforme al disposto degli artt. 102 e 104 della Costituzione, oltre che, come si avrà modo di vedere, ai principi di cui all' 32 Cost.

Certo, questo tribunale ha ben presente che i termini stabiliti dall'art. 2 del decreto-legge 29/2020 sono privi di sanzione e, dunque, potrebbero essere classificati come meramente ordinatori e non perentori. Ma, a parte la contrarietà di tale soluzione alla *ratio legis* acceleratoria della rivalutazione, l'opzione del rinvio del procedimento ai fini di ottenere una compiuta conoscenza dell'evoluzione del quadro diagnostico e terapeutico di Pasquale Zagaria comporterebbe di fatto la disapplicazione del decreto-legge e la vanificazione dei termini apposti dal legislatore. Oltre a essere pregiudicato il primo termine di quindici giorni, verrebbe obliterata di fatto anche la successiva cadenza mensile.

Non pare, nel caso di specie, che l'interpretazione conforme e sistematica possa spingersi sino all'adozione di soluzioni in radicale contrasto con la lettera della legge e anche con le sue ragioni ispiratrici, desumibili dall'analisi tecnico-normativa allegata al disegno di legge di conversione del decreto-legge 10 febbraio 2020, n. 29. In quest'ultimo documento – inserito nell'atto Senato n. 1799 – è dato leggere che l'intervento normativo “mira ad assicurare, anche nell'attuale emergenza, la massima protezione della sicurezza dei cittadini. Sicurezza che deve poter essere garantita non solo colmando, come fatto con l'art. 1, lacune esistenti nel sistema normativo, ma anche consentendo il ripristino della detenzione carceraria nei confronti di condannati e degli internati per delitti gravissimi o sottoposti al regime di detenzione di cui all'art. 41-bis dell'O.P [...] qualora i motivi, connessi all'emergenza sanitaria da COVID-19, che hanno determinato la fuoriuscita di costoro dall'ambito carcerario siano cessati o siano stati individuati strutture penitenziarie o reparti di medicina protetta in grado di prestare le terapie e le cure necessarie alla salute dei singoli detenuti”.

La sostanziale obliterazione dei termini del procedimento, correlata alla necessità di approfondimenti istruttori calibrati sull'evoluzione di salute del beneficiario, appare dunque inconciliabile con la struttura procedimentale ipotizzata dal legislatore, tesa a privilegiare il ripristino dello stato detentivo.

Ulteriore indice sintomatico di questa inconciliabilità è rilevabile dalla disciplina delle emergenze probatorie stabilita dal medesimo art. 2. Ai ritmi serrati delle rivalutazioni periodiche, infatti, si accompagna un'istruttoria del tutto priva di acquisizioni relative alle condizioni di salute del detenuto.

Sotto questo specifico profilo, per il momento, è sufficiente accennare – con riferimento alla disciplina e alla scansione delle rivalutazioni dettata dall'art. 2 per i magistrati e i tribunali di sorveglianza – che la mancata previsione di approfondimenti istruttori aventi ad oggetto le effettive condizioni di salute del detenuto non pare lacuna casuale. Una siffatta mancanza, infatti, risalta ancora di più se messa a confronto con l'analoga disciplina prevista dal successivo art. 3 del decreto-legge con riferimento ai giudici della

cautela. La disposizione, riferita agli imputati, è pressoché identica a quella prevista per i condannati, se non per un significativo passaggio previsto dall'ultimo periodo del comma 2, in base al quale "quando non è in grado di decidere allo stato degli atti, il giudice può disporre, anche d'ufficio e senza formalità, accertamenti in ordine alle condizioni di salute di salute dell'imputato o procedere a perizia, nelle forme di cui agli artt. 220 del codice di procedura penale, acquisendone gli esiti nei successivi quindici giorni".

Tale norma di chiusura, tesa ad attribuire poteri istruttori d'ufficio e a derogare alla cadenza della rivisitazione temporale, non si ritrova nelle disposizione contenute nell'art. 2, omissione che induce a confermare la rigidità delle scansioni dei controlli.

Il perimetro temporale ristretto e la conseguente impossibilità di un'adeguata istruttoria sulle condizioni di salute, pertanto, impediscono di mettere a frutto lo spiraglio letterale contenuto nel penultimo periodo dell'art. 2 del decreto, laddove si precisa che l'autorità giudiziaria – il magistrato o il tribunale di sorveglianza – provvede valutando, oltre ai motivi legati all'emergenza sanitaria, 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".

Nel caso di specie, ad esempio, l'idoneità dei reparti di medicina protetta tempestivamente comunicati dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria avrebbe dovuto essere valutata da questo tribunale con riferimento all'intervento diagnostico che lo Stato non era riuscito ad assicurare in ambito penitenziario: --

Ad oggi, tuttavia, tali accertamenti sono stati effettuati, ma il quadro clinico è in attesa della definizione correlata agli esiti dell'esame --. Come detto, risulta che il detenuto sia stato nuovamente ricoverato. Allo stato, pertanto, non essendo stabilizzato il quadro clinico e diagnostico non appare possibile neppure valutare l'idoneità delle strutture indicate ad evitare il pregiudizio per la salute del detenuto.

D'altro canto, anche una decisione di conferma della detenzione domiciliare – in senso contrario alla quale depongono comunque i pareri delle Procure, la comunicazione di strutture penitenziarie da parte del Dap e il parere dell'autorità sanitaria locale –, oltre a non apparire in linea con la *ratio* normativa, finirebbe per essere espressione di una discrezionalità giurisdizionale altrettanto dimidiata, in quanto amputata della possibilità di stabilire un nuovo termine congruo con le condizioni di salute del paziente, con l'evoluzione della patologia e con le necessità terapeutiche del medesimo. Anche in questo caso, infatti, il provvedimento subirebbe lo stesso destino di instabilità dell'ordinanza originaria e sarebbe esposto a una rivalutazione immediata, in caso di comunicazione da parte del Dap di una nuova struttura, o comunque a cadenza mensile. Non vi sarebbe, pertanto, la possibilità di una riedizione a tutto tondo del potere giurisdizionale di bilanciamento e comparazione, in forza del quale è possibile e doveroso stabilire un termine di durata parametrato alle condizioni di salute del detenuto. Gli aspetti di limitazione dell'autonomia di valutazione discrezionale in capo all'autorità giurisdizionale appaiono tanto più gravi in quanto estesi dalla norma transitoria a provvedimenti che tale valutazione avevano compiuto e, come nel caso di specie, avevano previsto un intervallo temporale rigorosamente calibrato sulle esigenze di salute del paziente detenuto.

In proposito va detto che è noto a questo Tribunale l'orientamento della Corte costituzionale in tema di rapporto tra violazione della riserva giurisdizionale, desumibile

dal combinato disposto degli artt. 102, comma 1 e 104, comma 1 Cost., e decisioni giurisdizionali valide *rebus sic stantibus* (Corte cost. 85 del 2013). In quell'occasione la Corte ha ribadito che, non venendo in questione l'intangibilità di un giudicato, ogni significativo mutamento del quadro normativo e materiale di riferimento reintroduce "il dovere del giudice di valutare compiutamente l'intera situazione" e pone "le premesse perché si verifichino fatti che dovranno essere valutati nuovamente dai giudici, ove aditi nelle forme rituali".

Per quanto sopra argomentato, tuttavia, la disciplina che estende il procedimento dell'art. 2 ai provvedimenti adottati sin dal 23 febbraio 2020 – dunque anche al provvedimento adottato da questo Tribunale il 23. 4. 2020 – contiene aspetti che non si limitano soltanto a porre le premesse, normative e materiali, perché scaturisca il dovere del giudice di "valutare compiutamente l'intera situazione".

Quel che accade nella vicenda in questione, è che il nuovo intervento del giudice – oltre a essere imposto in maniera anticipata rispetto al termine che era nella sola facoltà del Tribunale stabilire – è di fatto spogliato, in ragione della scansione temporale delle valutazioni e della conseguente limitatezza del quadro istruttorio, proprio della possibilità di "valutare compiutamente l'intera situazione". Come è stato prima osservato, la disciplina normativa e la costante giurisprudenza ribadiscono che i provvedimenti di revoca della detenzione domiciliare in surroga del rinvio, sia obbligatorio sia facoltativo, devono essere sorretti e sostenuti da una adeguata valutazione delle attuali condizioni di salute del detenuto domiciliare e della loro compatibilità con il ripristino della detenzione carceraria. Tale valutazione, preliminare al più volte ricordato bilanciamento tra esigenze di tutela della collettività e principio di umanità della pena, non appare possibile nel caso di specie con quella "compiutezza" che deve invece caratterizzare l'intervento del giudice.

Del resto, la stessa disciplina dettata dall'art. 1 del decreto-legge, che consentirà per il futuro la rivalutazione in ogni tempo della detenzione domiciliare surrogatoria per il venir meno dei presupposti che ne hanno legittimato l'adozione – ad esempio, il riacquistato stato di salute del detenuto domiciliare –, non impone termini di rivalutazione, lasciando così che l'autorità giudiziaria sia adita o si attivi d'iniziativa, con pienezza di poteri istruttori, appena presa contezza del modificarsi dei presupposti.

Quanto già esposto vale anche a chiarire, in parte, per quali motivi questo Tribunale dubiti della legittimità costituzionale degli artt. 2 e 5 in riferimento ai parametri di cui agli artt. 32 Cost. e 27, comma 3, Cost.

Come si è avuto modo di dire, non sempre la tutela del diritto alla salute può realizzarsi in ambito intramurario. È da questa constatazione, pertanto, che scaturisce la necessità ordinamentale di istituti come il rinvio obbligatorio e facoltativo della pena e la detenzione domiciliare surrogatoria di quei rinvii, i quali mirano ad ampliare il ventaglio degli strumenti di tutela del diritto alla salute e di umanizzazione della risposta punitiva nel rispetto della sicurezza collettiva.

Ancora una volta appare prezioso richiamare le parole della già menzionata sentenza 99 del 2019 della Corte costituzionale, proprio in materia di detenzione domiciliare surrogatoria. Nel constatare la mancanza di interventi legislativi idonei a garantire ai condannati affetti da patologie psichiche la cura della salute mentale senza elusione del trattamento punitivo, la Corte ha valorizzato l'istituto della detenzione domiciliare surrogatoria – quella, appunto di cui all'art. 47-ter, comma 1-ter, ord. penit. – quale

strumento idoneo a ripristinare “un adeguato bilanciamento tra le esigenze della sicurezza della collettività e la necessità di garantire il diritto alla salute dei detenuti (art. 32 Cost.) e di assicurare che nessun condannato sia mai costretto a scontare la pena in condizioni contrarie al senso di umanità (art. 27, terzo comma Cost.), meno che mai un detenuto malato”.

Questo equilibrio tra diritto alla salute e umanizzazione della pena da un lato ed esigenze di sicurezza della collettività dall'altro – sotteso alla detenzione domiciliare sostitutiva del rinvio in caso di grave infermità fisica del detenuto e rispondente ai parametri costituzionali di tutela della salute del detenuto malato – appare messo a repentaglio dalla disciplina degli artt. 2 e 5 del decreto-legge 29/2020.

Il regime di frequenti rivalutazioni sopra descritto, infatti, sostanzia di per sé una ipotutela del diritto alla salute, tanto più in quanto imposto retroattivamente a detenuti che, come nel caso di Pasquale Zagaria, potevano contare, per svolgere le cure, su di un termine deciso dal tribunale proprio in ragione delle loro esigenze terapeutiche.

La frequentissima rivalutazione della sussistenza dei presupposti della detenzione domiciliare, peraltro caratterizzata da una marcata tensione al ripristino della detenzione, incide di per sé su entrambi i diritti costituzionali garantiti, tra loro strettamente connessi: salute e umanità della pena.

Il condannato malato, già ammesso a una misura domiciliare idonea a garantirgli il diritto di potersi curare per un certo intervallo temporale, viene improvvisamente a trovarsi sottoposto a una reiterata e continua verifica della permanenza dei presupposti della misura stessa. Una sorta di rivalutazione permanente, tale da obbligare l'autorità giudiziaria, che dovesse constatare la persistenza dei presupposti idonei a mantenere la misura, ad avviare immediatamente gli adempimenti inerenti alla notifica della nuova udienza utile a rispettare la cadenza mensile o, addirittura, a notificare immediatamente al detenuto malato l'avviso di udienza in caso di comunicazione da parte del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria di struttura penitenziaria o di reparto di medicina protetta idonei. In questa situazione di costante sottoposizione a giudizio, dunque, è difficile ipotizzare che possa essere realmente garantita la continuità delle cure, nonché la progettazione e la realizzazione di quel percorso diagnostico-terapeutico non effettuabile in ambito intramurario e per il quale il detenuto è stato ammesso alla detenzione domiciliare.

Al di là del dato inerente ai ritmi serrati delle rivalutazione, tuttavia, ulteriore e importante profilo di violazione del diritto alla salute si coglie, come prima anticipato, nella disciplina istruttoria della procedura delineata dall'art. 2, nella quale è assente ogni riferimento a una verifica delle condizioni di salute del detenuto malato.

Come già sottolineato, le uniche acquisizioni istruttorie previste dalla disposizione citata sono costituite dalla informativa dell'autorità sanitaria locale, nella persona del Presidente della regione, dai pareri del Procuratore nazionale e distrettuale antimafia, dalla comunicazione del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria in ordine alla disponibilità di strutture penitenziarie o reparti di medicina protetta idonei.

In sostanza la norma in questione dà forma a un procedimento che consente il solo monitoraggio in ordine all'effettiva persistenza dei motivi legati all'emergenza sanitaria nel luogo ove era allocato l'istituto di appartenenza del detenuto al momento dell'ammissione alla detenzione domiciliare.

Anche in questo caso, la finalizzazione della procedura stabilita dall'art. 2 del decreto in questione alla sola verifica della persistenza dell'emergenza sanitaria è desumibile, oltre che dall'interpretazione letterale e sistematica delle norme, anche dalla lettura della relazione tecnica allegata al disegno di legge di conversione. Nel documento in questione, infatti, si legge che "solo l'effettiva persistenza di quelle condizioni di emergenza epidemiologica – che avevano inciso sull'apprezzamento, da parte del magistrato o del tribunale di sorveglianza, dell'impossibilità della prosecuzione del regime carcerario – potranno giustificare il proseguimento del regime alternativo", ragione per la quale "vengono dettati precise regole e termini processuali".

Oggetto del giudizio, dunque, è la verifica della persistenza o meno delle condizioni di emergenza sanitaria, con pretermissione della valutazione delle condizioni di salute del detenuto.

Del resto, si è già anticipato che a tale risultato porta l'esegesi del testo, condotta sulla base di alcuni indici sintomatici piuttosto rilevanti.

Del primo si è già detto: attiene all'assenza, nell'art. 2, di una norma di chiusura quale quella esplicitata nel successivo art. 3 e in base alla quale, in caso di impossibilità di decisione allo stato degli atti, il giudice può disporre accertamenti sulle condizioni di salute dell'imputato o disporre perizia.

Accanto a tale significativa mancanza, si colloca un altro criterio utile a confermare la soluzione ermeneutica sopra descritta. L'art. 2 del decreto in questione sancisce che la rivalutazione del provvedimento di ammissione al differimento della pena o alla detenzione domiciliare per motivi connessi all'emergenza sanitaria è effettuata dal magistrato o dal tribunale che ha adottato il provvedimento. Si tratta di una significativa deroga al criterio di competenza territoriale sancito dall'art. 677, comma 2, cod. proc. pen., per il quale "quando l'interessato non è detenuto o internato, la competenza, se la legge non dispone diversamente, appartiene al tribunale o al magistrato di sorveglianza che ha giurisdizione sul luogo in cui l'interessato ha la residenza o il domicilio". Alla base di tale criterio di individuazione del giudice naturale si collocano ragioni di prossimità, di vicinanza e tenuta epistemologica della prova e di miglior accessibilità alla tutela giudiziaria.

Ora, ferma restando la facoltà della legge di disporre diversamente, è evidente che la diversa allocazione della competenza, nel caso di specie, è senza dubbio dovuto al particolare oggetto del giudizio di rivalutazione cucito dall'art. 2 del decreto 29/2020, concernente la sola rivisitazione della sussistenza dell'emergenza epidemiologica, con esclusione di ogni verifica attualizzante delle condizioni di salute del detenuto. Soltanto in questo modo, infatti, può giustificarsi una deroga al criterio che attribuirebbe la competenza al giudice del luogo ove il condannato è domiciliato per l'esecuzione della misura (nel caso di specie, Tribunale di Roma); giudice che, quanto meno per il dovere di autorizzare gli spostamenti dal domicilio per motivi di salute e di verificare il rispetto delle prescrizioni, è in grado di avere migliore contezza, oltre che del comportamento del detenuto domiciliare, anche delle condizioni di salute, del percorso terapeutico e dell'evoluzione della patologia.

Ciò detto, tuttavia, il nostro ordinamento non ammette revoche di pene alternative alla detenzione, concesse per ragioni di salute, che non siano adottate sulla base di un'attenta ponderazione di quelle ragioni di salute. Come già accennato, i conformi orientamenti giurisprudenziali sul punto richiedono che la revoca della misura alternativa in

precedenza concessa nei casi in cui potrebbe essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p. sia condizionata all'accertamento della persistenza delle pregresse precarie condizioni di salute. Soltanto in tal modo, infatti, si potrà pervenire, nell'ambito di una congrua valutazione comparativa tra le esigenze di tutela della collettività e quelle del rispetto del principio di umanità della pena, a capire se il ripristino della condizione detentiva è possibile senza ledere il diritto alla salute della persona, tutelato dall'art. 32 Cost. come inderogabile. Deve porsi in eminente rilievo che, secondo un principio costantemente ribadito dalla Corte costituzionale, il "nucleo irriducibile del diritto alla salute è protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazione prive di tutela, che possano pregiudicare l'attuazione di quel diritto" e dei trattamenti sanitari indispensabili per concretizzarlo (Corte cost. 309 del 1999, 252 del 2001).

La somma dei due tratti caratterizzanti del modello procedimentale dell'art. 2, vale a dire "precise regole" istruttorie e "termini processuali", al contrario, comporta che la valutazione indirizzata al ripristino del regime carcerario porti con sé un serio rischio di ledere quel nucleo irriducibile, anche nei suoi aspetti di diritto alla continuità terapeutica – ormai recepito come elemento essenziale del diritto alla salute (Corte cost. 274 del 2014) –, al consenso informato, alla non interruzione dell'alleanza terapeutica e alla indispensabile salute psicologica. Tale costellazione di diritti è ormai indissolubilmente legata all'orbita del diritto alla salute.

Nel caso di specie, nonostante il Tribunale, nei limiti del possibile, abbia posto attenzione alla verifica delle condizioni di salute del paziente (grazie anche alle produzioni difensive), la suaccennata collisione con i parametri di cui all'art. 32 Cost. è plasticamente dimostrata da quanto prima riferito in ordine alla storia clinica di Pasquale Zagaria dopo l'ammissione alla detenzione domiciliare.

Il detenuto, occorre ricordare, è stato ammesso alla misura domiciliare poiché nell'ambito del sistema penitenziario, sia pure esteso ai sensi dell'art. 11 ord. penit. ai luoghi civili di cura, non gli era stato garantito un "indifferibile" (in questi termini la certificazione sanitaria) che gli era stato riscontrato

... Come detto, questo Tribunale, nell'esercizio di un potere discrezionale che la legge gli attribuisce in via esclusiva, ha apposto alla detenzione domiciliare il termine di cinque mesi, al fine di consentire una rivalutazione dei presupposti della misura che disponesse di tutte le informazioni in ordine all'evoluzione del quadro sanitario.

Conformemente a tale indicazione il detenuto, una volta giunto nel domicilio, ha dato avvio all'iter diagnostico che in carcere non aveva potuto effettuare e che è stato così previsto dall'ospedale al quale il detenuto ha fatto riferimento:

Allo sviluppo della vicenda appena descritta si aggiunge che Zagaria, a causa di un malore improvviso, il 1° giugno veniva prima trasportato presso il Nosocomio di

È del tutto evidente, pertanto, quanto il frequente obbligo di rivalutazione introdotto dal decreto-legge 29/2020 – con il suo portato di notifiche, adempimenti burocratici, necessità di interazione con la difesa – possa di per sé interferire con una serena e congrua attenzione alla progettazione e realizzazione del percorso terapeutico, che il detenuto ha avviato e intrapreso potendo contare, in assenza di violazioni delle prescrizioni, su un termine di cinque mesi.

Altrettanto indubitabile pare che i termini processuali che questo Tribunale è chiamato a rispettare, unitamente alle insuperabili lacune istruttorie di cui si è detto, corrono il rischio di portare a una decisione di ripristino della detenzione in assenza di una corretta stima della compatibilità delle condizioni di salute del detenuto con le condizioni detentive. Allo stato, infatti, non potendosi capire appieno né la consistenza della patologia né le ragioni dell'ultimo ricovero appare difficile appurare anche l'idoneità dei reparti di medicina protetta individuati dal Dap, i quali avevano soltanto assicurato la possibilità di eseguire in tempi congrui gli accertamenti diagnostici che il detenuto aveva programmato e poi svolto per suo conto. Su questo specifico punto preme rilevare quanto rimarcato anche da un fondamentale arresto della Corte Edu, nel quale si riepilogano i principi riconosciuti dalla giurisprudenza di Strasburgo in materia di tutela del diritto di salute delle persone detenute (Corte Edu *Provenzano c. Italia*, 25 ottobre 2018, definitiva il 25 gennaio 2019, ric. 55080/13). La Corte europea, infatti, è univoca nel sottolineare (p. 128) che “il mero fatto che un detenuto sia visitato da un medico e gli sia prescritta una determinata cura non può condurre automaticamente a concludere che l'assistenza medica era adeguata” e che è invece necessario che “il controllo sia regolare e sistematico e riguardi una strategia terapeutica globale finalizzata a curare adeguatamente i problemi di salute o a prevenire il loro aggravamento, piuttosto che ad affrontarli su base sintomatica”.

Nella vicenda che occupa questo Tribunale, pertanto, l'unico effetto che in concreto si realizzerebbe, in ragione dell'applicazione degli artt. 2 e 5 del decreto, è la certa interruzione di un percorso terapeutico in atto.

In questa stessa direzione, del resto, sembrano muovere le osservazioni della Procura generale di Sassari (cfr. memoria udienza 4. 6. 2020), le quali, pur pervenendo a una valutazione di manifesta infondatezza delle questioni di costituzionalità proposte dai difensori, dà atto che “deve affermarsi la revocabilità dei differimenti concessi per grave stato di salute tutte le volte in cui si accerti la successiva guarigione del condannato o comunque la disponibilità delle strutture penitenziarie a prendersi cura adeguatamente delle condizioni di salute del detenuto risponde a un principio generale dell'ordinamento in questa materia”.

Quel che nel caso di specie rileva, per quanto sopra illustrato, è proprio l'impossibilità, per tempi e regole, di apprezzare quei presupposti: guarigione e idoneità delle cure.

A ciò si aggiunga che il detenuto ha correttamente rispettato le stringenti prescrizioni correlate alla misura in atto, unica circostanza che, in caso contrario, avrebbe ben potuto dare atto a sospensione e revoca della misura, con interruzione del termine.

Per riassumere, dunque, si può affermare che nel provvedimento del tribunale di sorveglianza è contenuto un bilanciamento tra salute e sicurezza e il termine di cinque mesi altro non rappresenta che il periodo accordato – salvo violazioni delle prescrizioni o inerzia nella cura – per garantire effettività ed equilibrio di quel bilanciamento.

Una rivalutazione improvvisa con le caratteristiche suaccennate, prevalentemente indirizzata al ripristino della detenzione, comporta una violazione del diritto alla salute, garantito dai connessi diritti alla continuità terapeutica e all'alleanza medico-paziente; diritti validi per ogni persona con la sola differenza, che, nel caso della persona in detenzione domiciliare, si collocano in un orizzonte temporale definito dall'autorità giudiziaria.

Valutato il dubbio sotto il profilo della violazione dell'art. 32 Cost., rimane da esaminare la questione alla luce del parametro di cui all'art. 3 Cost.

Il contrasto con l'art. 3 Cost. – come già rilevato da Ufficio sorveglianza Spoleto, ord. 26. 5. 2020, che ha sollevato questione per analogo profilo – sembra apprezzarsi sotto il profilo soggettivo dei destinatari del frequente regime di rivalutazioni disciplinato dall'art. 2 e retroattivamente applicato in ragione dell'art. 5.

Le norme citate, infatti, riguardano i provvedimenti ammissivi alla detenzione domiciliare o al differimento della pena, connessi a motivi di emergenza da COVID-19, soltanto quando riguardano condannati o 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'art. 270-sexies del codice penale, nonché i condannati e gli internati sottoposti al regime dell'art. 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354.

Sulla base di una presunzione di pericolosità, correlata soltanto al titolo di reato e al regime detentivo, si individua, all'interno della platea dei detenuti ammessi a provvedimenti umanitari in ragione dell'emergenza sanitaria, una categoria di detenuti destinataria di un procedimento di frequente rivalutazione marcatamente teso al ripristino della detenzione carceraria, non assistito dal pieno dispiegarsi del potere discrezionale dell'autorità giudiziaria e non garantito sotto il profilo della tutela del diritto alla salute e all'umanità della pena.

I profili per cui si dubita della ragionevolezza di tale disparità di trattamento, non correlata a una valutazione di minor incidenza dell'emergenza epidemiologica su tali soggetti, sono molteplici.

Deve essere in primo luogo messo in risalto che la tipizzazione per titoli di reato e la configurazione di altrettanti tipi di autore (Corte cost. 306 del 1993) appare tanto più grave nella vicenda che qui occupa in quanto non entra in collisione con i principi di proporzione e di individualizzazione della pena e del trattamento penitenziario, ma con i diritti fondamentali alla salute e all'umanità della pena.

In altri termini, l'automatismo che si denuncia, basato su una presunzione assoluta di pericolosità, non determina una compressione della finalità rieducativa della pena, ma una ipotutela importante di diritti fondamentali. Non sembra che su questo terreno possa

esservi alcuna differenza di trattamento che non sia il portato di una valutazione individualizzante dell'autorità giudiziaria.

Del resto, proprio in quest'ottica, è pacifico – per dato normativo e costante interpretazione giurisprudenziale – che siano esclusi, dal novero delle misure cui si applicano le preclusioni di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., tutti gli istituti nei quali a venire in gioco sono proprio le esigenze di salute dei detenuti e il principio di umanizzazione della pena. Sono infatti sottratti al perimetro applicativo delle limitazioni di cui al comma 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit. la sospensione dell'esecuzione della pena ai sensi degli artt. 146 e 147 cod. pen., la detenzione domiciliare di cui all'art. 47-*ter*, comma 1-*ter*, ord. penit., ma anche i permessi di necessità ex art. 30 ord. penit., l'affidamento in prova terapeutico ai sensi dell'art. 94 dPR 309/90, le misure alternative concedibili ai soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave immunodeficienza acquisita e, all'esito della pronuncia della Corte costituzionale n. 239 del 2014, la detenzione domiciliare speciale ex art. 47-*quinqies* ord. penit. e quella di cui all'art. 47-*ter*, comma 1, lett. a) e b), ord. penit.

Nel caso di specie l'automatica applicazione del rito ai soli tipi di autore e di detenuti individuati dall'art. 2, tra cui l'odierno detenuto domiciliare, preclude soltanto per questi un vaglio essenziale, approfondito e individualizzato dell'attualità delle condizioni di salute e della loro compatibilità con il ripristino della condizione carceraria. Si tratta, per come sopra specificato, di un vaglio necessario per pervenire a un corretto bilanciamento tra esigenze di sicurezza della collettività e tutela del diritto alla salute e all'umanizzazione della pena.

Occorre aggiungere, peraltro, che l'automatismo dell'art. 2, per il quale solo alcune categorie di condannati rientrano nel novero di applicazione della procedura di revisione a intervalli frequenti, assume un contenuto di maggior preoccupazione in virtù della disposizione transitoria di cui all'art. 5, che impone che le disposizioni di cui all'art. 2 si applicano ai provvedimenti adottati a decorrere dal 23 febbraio 2020. In quest'ordine di ragionamenti, infatti, si rileva che la presunzione di pericolosità non agisce solo come fattore impeditivo per il futuro di valutazioni individualizzanti, ma si sovrappone e travalica bilanciamenti individualizzati già effettuati dai Tribunali. Caratteristica peculiare della disciplina transitoria in questione, infatti, è quella di rivitalizzare una presunzione di pericolosità sociale – tale da imporre il mancato rispetto del termine del tribunale, frequenti rivalutazioni e restringimenti dell'ambito di esplicazione del potere discrezionale – già superata dall'autorità giudiziaria in sede di concessione della misure umanitaria.

La vicenda concernente la concessione della detenzione domiciliare a Pasquale Zagaria offre una rappresentazione di quanto accade. Il Tribunale, nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali, aveva compiuto un bilanciamento tra ragioni di sicurezza e diritto del detenuto a effettuare cure in ambito intramurario basato su elementi individualizzanti (gravità della patologia, entità residua della pena da espiare, revoca della misura di sicurezza per cessata pericolosità, idoneità del domicilio, stringente regime di prescrizioni). Il portato di questo bilanciamento in concreto era costituito non soltanto dall'ammissione alla detenzione domiciliare derogatoria, ma dall'applicazione di un termine di durata specifico di tale pena alternativa. Ora, in ragione della riedizione normativa di una presunzione astratta, il paziente si trova esposto a un regime di rivalutazioni che, per quanto detto, oltre a non essere rispettoso del termine, contiene, ad avviso di questo Tribunale, preoccupanti aspetti di limitazione della sfera di competenza

dell'autorità giudiziaria e una riduzione di tutela dei diritti fondamentali alla salute e all'umanità della pena.

Ad avviso di questo Tribunale, dunque, sussiste contrasto dell'art. 2 del decreto-legge 29 del 10 maggio 2020, per come sin qui argomentato, con gli artt. 3, 27, comma 3, 32, 102, comma 1 e 104, comma 1, Cost., nella parte in cui prevede che la rivalutazione della permanenza dei motivi legati all'emergenza sanitaria sia effettuata entro il termine di quindici giorni dall'adozione del provvedimento e, successivamente, con cadenza mensile e, ancora, immediatamente nel caso in cui il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria comunica la disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta.

Allo stesso modo questo Tribunale reputa che il contrasto con i succitati parametri costituzionali si manifesti nell'art. 5 del medesimo decreto-legge, nella parte in cui prevede che le disposizioni di cui all'articolo 2 si applicano ai provvedimenti di ammissione alla detenzione domiciliare o di differimento della pena adottati successivamente al 23 febbraio 2020.

PQM

Visti gli artt. 134 Cost. e 23 e ss. legge 11 marzo 1953, n. 87

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 del decreto-legge 10 maggio 2020, n. 29, nella parte in cui prevede che la rivalutazione della permanenza dei motivi legati all'emergenza sanitaria sia effettuata entro il termine di quindici giorni dall'adozione del provvedimento e, successivamente, con cadenza mensile e, ancora, immediatamente nel caso in cui il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria comunica la disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta, per violazione degli artt. 3, 27, comma 3, 32, 102, comma 1 e 104, comma 1, Cost.

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 del decreto-legge 10 maggio 2020, n. 29, nella parte in cui prevede che le disposizioni di cui all'articolo 2 si applicano ai provvedimenti di ammissione alla detenzione domiciliare o di differimento della pena adottati successivamente al 23 febbraio 2020, per violazione degli artt. 3, 27, comma 3, 102, comma 1, e 104, comma 1, Cost.

Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

Sospende il procedimento in corso sino all'esito del giudizio incidentale di legittimità costituzionale.

Ordina che a cura della Cancelleria la presente ordinanza di trasmissione degli atti sia notificata alle parti in causa, comunicata al pubblico ministero.

Dispone che la presente ordinanza sia notificata al Presidente del Consiglio dei Ministri e sia comunicata ai Presidenti di Camera e Senato.

Manda alla Cancelleria per la cura degli adempimenti.

Sassari, 4. 6. 2020

Il Presidente
Ida Aurelia Soru

Il Magistrato di sorveglianza est.
Riccardo De Vito

Depositato in Cancelleria

9 GIU. 2020

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Dr.ssa Valeria Salinas

24

Per copia conforme all'originale

Sassari li 9 GIU. 2020

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Dr.ssa Valeria Salinas