

## La conversione in legge del d.l. n. 28 del 2020 con legge n. 70 del 2020 non elide i dubbi e le perplessità sulle scelte del legislatore.

di **Laura Cesaris**

**Sommario.** **1.** Premessa. - **2.** Le modifiche in tema di detenzione domiciliare ex art. 47-ter comma 1-ter ord. penit. - **3.** Le modifiche al meccanismo di rivalutazione dei provvedimenti concessivi della detenzione domiciliare o del differimento di pena causa Covid 19. - **4.** La decisione del giudice di sorveglianza. - **5.** Il regime transitorio. - **6.** Colloqui e corrispondenza telefonica. - **7.** Controlli ad opera della polizia penitenziaria mediante aeromobili a pilotaggio remoto. - **8.** Colloqui con i garanti.

### 1. Premessa

La lettura della l. 25 giugno 2020 n.70 di conversione del d.l. 30 aprile 2020 n. 28 evidenzia subito come il Parlamento abbia utilizzato il d.d.l. di conversione come una sorta di *passepourtout* per interventi anche in materie non presenti nel d.l. n. 28 del 2020<sup>1</sup> e altresì come abbia fatto ricorso a una tecnica legislativa che si potrebbe definire un po' disinvolta<sup>2</sup>.

Alla eterogeneità delle previsioni già accolte nel d.l. n. 28 del 2020 accomunate dall'essere considerate «misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario» si aggiunge infatti la scelta di introdurre disposizioni *ex novo* in tema di utilizzo di aeromobili a pilotaggio remoto, di autorizzazioni al colloquio telefonico nonché ancora in tema di accesso dei garanti alle strutture detentive o ancora in tema di cambio di generalità dei

---

<sup>1</sup> Si possono ricordare gli emendamenti diretti a modifiche del t.u stup., o quelli per alloggi della polizia penitenziaria: cfr. *Atti Senato. XVIII legislatura, Emendamenti*, fasc. 1, rispettivamente emendamenti 2.09, e 2.03 e 2.010.l.

<sup>2</sup> Cfr. sul tema G. GALAZZO, Il decreto-legge n. 29/2020: alcuni profili critici in ordine al corretto utilizzo della decretazione d'urgenza, in *questa rivista* 5 agosto 2020; si vedano altresì DEGL'INNOCENTI-FALDI, *I decreti di primavera e le novità in materia di ordinamento penitenziario: la conversione del d.l. 28/2020 e l'"abrogazione" del d.l. 29/2020*, in *www.il penalista* 6 luglio 2020, che definiscono il *modus procedendi* «inusuale e probabilmente non troppo rispettoso delle prerogative del Parlamento».

collaboratori di giustizia<sup>3</sup>, che non sono certo riconducibili all'emergenza da Covid 19.

Ci si limiterà in questa sede ad un commento alle previsioni in materia penitenziaria in cui peraltro sono più consistenti le "addenda" rispetto al testo del d.l. n. 28 del 2020, omettendo quelle in materia cautelare, rimaste invariate in sede di conversione: al riguardo pare opportuno subito precisare che il d.l. 10 maggio 2020 n. 29 è stato abrogato, ma il suo contenuto è stato trasfuso nel provvedimento in esame, a conferma della disinvoltura del *modus procedendi*. Suscita perplessità al riguardo la precisazione, contenuta nell'art.1 comma 2, secondo cui «restano validi gli atti e i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base» del d.l. n. 29 del 2020, giacché sembra ignorare che tali provvedimenti ben potrebbero essere stati oggetto di impugnazioni o potrebbero esserlo<sup>4</sup>. Prendendo le mosse da quanto già previsto nel d.l. n. 28 del 2020 si ricorda che il governo era intervenuto a modificare la disciplina del procedimento applicativo \_ delineato nell'art. 30-*bis* ord. penit.\_ dei permessi c.d. di necessità, cioè di quei permessi concessi nell'imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente o per eventi di particolare gravità (art. 30 ord. penit.).

Si tratta cioè di permessi con una «evidente ispirazione umanitaria»<sup>5</sup> proprio perché volti a consentire l'espressione dei rapporti familiari, soprattutto in situazioni connotate da particolare gravità.

Nell'*iter* concessivo descritto nell'art. 30-*bis* cit., che già prevedeva l'acquisizione di informazioni sulla sussistenza dei motivi adottati a mezzo anche delle autorità di pubblica sicurezza del luogo in cui l'istante deve recarsi, era stata introdotta, con il d.l. n. 28 del 2020 in relazione a richieste presentate da detenuti per reati di cui all'art. 51 comma 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p. (nonché da detenuti sottoposti al regime differenziato *in peius* ex art.41-*bis* ord.penit.) l'acquisizione necessaria del «parere del Procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove ha sede il tribunale che ha emesso la sentenza: in sede di conversione si è precisato che deve trattarsi del Procuratore della Repubblica presso il tribunale che ha pronunciato la sentenza di condanna o presso il tribunale ove ha sede il giudice che procede. E ciò in ragione della considerazione che possono beneficiare di tali permessi tutte le persone reclusi, qualunque sia il titolo detentivo (cioè custodia cautelare, sentenza di condanna definitiva, o misura

<sup>3</sup> Si veda l'art. 3-*bis* della l. n.70 del 2020, che ha inserito 3 nuovi commi nell'art. 2 d.lgs. 29 marzo 1993, n. 119.

<sup>4</sup> Cfr. M. PASSIONE, *Limiti ai colloqui, con i Garanti e non solo: nel Dl 28 il solito inno populista*, in *Il Dubbio* 30 giugno 2020.

<sup>5</sup> Così M.L. DI BITONTO, *Commento all'art.30, in L'esecuzione penale*, a cura di F. Fiorentin –F. Siracusano, Giuffrè, 2019, 407.

di sicurezza). Al riguardo si noti che non è stata modificata l'espressione "detenuti" usata nel d.l. n. 28 del 2020, che è riduttiva dato che il permesso di necessità può essere utilizzato anche dagli internati. Peraltro parrebbe poco coerente con la *ratio* della modifica ritenere che il parere in questione debba essere richiesto per gli imputati e condannati e non per gli internati. La nuova previsione, all'apparenza di scarso rilievo, è tuttavia destinata a creare un appesantimento dell'*iter* concessivo nell'ipotesi in cui il richiedente rivesta una duplice posizione, quella di detenuto imputato e detenuto condannato in via definitiva, dato che la richiesta del parere dovrà essere indirizzata sia al Procuratore della Repubblica presso il tribunale che ha pronunciato la sentenza di condanna sia a quello della sede del giudice precedente<sup>6</sup>. Appesantimento ancora più evidente ove si ricordi poi che, nell'ipotesi in esame, a esprimersi sulla concessione saranno sia il magistrato di sorveglianza sia, in relazione al titolo cautelare, il giudice precedente. Il parere riguarda l'attualità di collegamenti e la pericolosità del soggetto e deve essere trasmesso al giudice richiedente entro 24 ore, così che «appare assai difficile che possa essere preceduto da una approfondita istruttoria»<sup>7</sup>. È forse superfluo, ma pare comunque opportuno ricordare che il giudice, qualora si orienti per un rigetto dell'istanza, non sarà tenuto a richiedere il parere<sup>8</sup>.

Un ulteriore intervento \_sempre in tema di permessi di necessità \_riguarda il comma 9 dell'art. 30-*bis* ord. penit. relativo alla previsione della comunicazione trimestrale dei permessi concessi e del loro esito al procuratore generale della Corte d'appello, il quale, nell'ipotesi in cui i provvedimenti riguardino soggetti detenuti per delitti previsti dall'art. 51 comma 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p. o persone sottoposte al regime differenziato ex art. 41-*bis* comma 2 ord. penit. deve darne comunicazione «rispettivamente al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove ha sede il tribunale che ha emesso la sentenza e al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo».

La modifica operata in sede di conversione è simmetrica rispetto a quella apportata al comma 1 dello stesso art. 30-*bis* cit.

---

<sup>6</sup> Cfr. F. FIORENTIN, *Poche modifiche alle regole sui benefici a chi è recluso*, in *Guida dir.* 2020, f. 32, 65.

<sup>7</sup> Così si è espresso il CSM nel *Parere sul Decreto legge 10 maggio 2020 n. 29, in materia penitenziaria*, emesso con delibera del 17 giugno 2020.

<sup>8</sup> DEGL'INNOCENTI-FALDI, *I decreti di primavera*, cit., ritengono il parere superfluo in relazione a soggetti sottoposti al regime ex art.41-*bis* comma 2 ord. penit. giacché proprio questa circostanza sarebbe dimostrativa della loro permanente pericolosità.

## **2. Le modifiche in tema di detenzione domiciliare ex art. 47-ter comma 1-ter ord. penit.**

Le modifiche in tema di detenzione domiciliare disposta ex art. 47-ter comma 1-ter ord. penit. sono analoghe a quelle già considerate *supra*, dato che il legislatore in sede di conversione per un verso si è limitato a sostituire il riferimento al «procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove è stata pronunciata la sentenza di condanna» alla indicazione del «procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove ha sede il tribunale che ha emesso la sentenza»<sup>9</sup>, per l'altro, proprio in ragione della previsione della richiesta dei pareri, ha specificato che il giudice procedente (magistrato di sorveglianza o tribunale di sorveglianza) non possa decidere «prima del decorso del predetto termine», cioè entro 2 giorni o 15 giorni a seconda che il parere sia stato chiesto dal magistrato o dal tribunale di sorveglianza.

La nuova formulazione vuole forse richiamare l'attenzione sul fatto che la pronuncia non possa intervenire se non dopo che sia trascorso il tempo indicato per l'invio del parere; tuttavia non si può non evidenziare che trattandosi di provvedimenti umanitari diretti a salvaguardare le situazioni o le condizioni tutelate dagli artt. 146 e 147 c.p., *in primis* la salute del soggetto recluso, si possa comunque procedere a fronte di «esigenze di motivata eccezionale urgenza», che è poi l'ipotesi nella quale interviene il magistrato di sorveglianza ex art. 684 comma 2 c.p.p. Si deve altresì ancora ricordare che il giudice è sì tenuto a richiedere il parere, ma non è vincolato dal contenuto. La formulazione usata, che fa riferimento al rinvio dell'esecuzione della pena ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p. con applicazione della detenzione domiciliare, parrebbe richiedere i pareri solo in relazione a questa ipotesi, cioè quella in cui si disponga la detenzione domiciliare ai sensi del comma 1-ter dell'art. 47-ter ord. penit. e non anche nell'ipotesi di adozione del mero differimento; ma una tale interpretazione suscita perplessità, così che –al di là della formulazione usata– pare più ragionevole e coerente ritenere che l'*iter* descritto sia applicabile in entrambe le ipotesi ora ricordate<sup>10</sup>. E ciò anche sulla base della considerazione che mentre la concessione della detenzione domiciliare è accompagnata da prescrizioni, quella del differimento di pena comporta il riacquisto di libertà pieno.

---

<sup>9</sup> È rimasta immutata la indicazione del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo in relazione a soggetti posti in regime differenziato ex art. 41-bis comma 2 ord. penit

<sup>10</sup> Cfr. già F. GIANFILIPPI, *Emergenza sanitaria in carcere, provvedimenti a tutela di diritti fondamentali delle persone detenute e pareri sui collegamenti con la criminalità organizzata*, in *Giurisprudenza penale web*, 2020, 5, 9.

L'ulteriore modifica operata sul comma 7 dell'art. 47-ter ord. penit. in realtà riproduce quella introdotta con l'art. 1 del d.l. 29 del 2020 e ci si permette di rinviare a quanto osservato nel relativo commento su questa stessa rivista<sup>11</sup>.

### **3. Le modifiche al meccanismo di rivalutazione dei provvedimenti concessivi della detenzione domiciliare o del differimento di pena causa Covid 19.**

Come già si è accennato, il d.l. n. 29 del 2020 è stato abrogato, ma il contenuto è stato trasfuso nella legge di conversione: con il nuovo art. 2-bis si è recepito il meccanismo di controllo delle ordinanze concessive di detenzione domiciliare o di differimento della pena determinate da «motivi connessi all'emergenza sanitaria da Covid 19». Proprio per tale ragione le disposizioni contenute nell'art. 2-bis si applicano ai provvedimenti adottati dopo il 23 febbraio 2020, data in cui era stato emanato il d.l. n. 6 contenente «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19».

È opportuno premettere che il legislatore non ha provveduto a chiarire punti oscuri o dubbi della disciplina introdotta con il d.l. n. 29 del 2020, che pure sono stati evidenziati in specie dalla magistratura di sorveglianza, che ha sollevato varie questioni di legittimità costituzionale<sup>12</sup>: dubbi, che restano dunque all'attenzione degli interpreti e degli operatori.

Il nuovo meccanismo di rivalutazione –come già si è ricordato– riguarda i provvedimenti adottati, per «motivi connessi all'emergenza sanitaria da Covid 19», a favore di «condannati e internati per i delitti di cui agli artt. 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-

---

<sup>11</sup> Cfr. L. CESARIS, [Il d.l. n. 29 del 2020: un inutile e farraginoso meccanismo di controllo](#), in *questa rivista* 2020, 5 ss.; si vedano altresì 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 [www.giustiziainsieme.it](#) 12 maggio 2020; F. FIORENTIN, *Con controlli cadenzati sui casi blindate le procedure per i benefici*, in *Guida al diritto* 23 maggio 2020, f. 23, p. 114 ss.; A. MARANDOLA, *Il ripristino del carcere cautelare nel d.l. 29/2020*, in [www.ilpenalista.it](#) 18 maggio 2020; A. PULVIRENTI, *Covid 19 e diritto alla salute dei detenuti: un tentativo mal riuscito di semplificazione del procedimento per la concessione dell'esecuzione domiciliare della pena (dalle misure straordinarie degli artt. 123 e 124 del d.l. n. 18/2020 alle recenti novità del d.l. n.29/2020)*, in [www.la legislazione penale.eu](#), 26 maggio 2020.

<sup>12</sup> Si allude alle ordinanze del Mag. sorv. Spoleto, 26 maggio 2020, in *questa rivista* 20 maggio 2020, del Mag. Sorv. Avellino 3 giugno 2020, *inedita*, e a quella del Trib. sorv. Sassari 9 giugno 2020, in [www.sistemapenale](#) 10 giugno 2020.

sexies del codice penale». Si tratta di un elenco diverso da quello contenuto nell'art. 4-*bis* ord. penit., che per la sua formulazione dà luogo a problemi.

In sede di conversione la sfasatura non è stata corretta: forse il legislatore vuole riservare tale meccanismo alle fattispecie più gravi o meglio a quelle che a suo avviso possono comportare un rischio più elevato di ripresa dei contatti da parte dei soggetti ammessi alle misure domiciliari con le associazioni di appartenenza.

E parimenti non si è provveduto a modificare il procedimento davanti al magistrato di sorveglianza, che continua a suscitare molti dubbi di legittimità costituzionale.

La rivalutazione del provvedimento concessivo della detenzione domiciliare o del differimento di pena ex artt. 146 e 147 c.p. riguarda sia la permanenza delle ragioni connesse all'emergenza sanitaria da Covid 19, che avevano appunto indotto il giudice a tutelare in tal modo la salute della persona reclusa, sia la disponibilità di strutture o reparti di medicina protetta, ed è cadenzata con ritmi assai ravvicinati: entro 15 giorni dalla adozione del provvedimento deve intervenire la prima verifica, e le successive con cadenze mensili. Un siffatto "calendario", che suscita non poche perplessità giacché riesce difficile immaginare che possano intervenire mutamenti nelle condizioni di salute tali da far venir meno le ragioni del provvedimento, viene azzerato nel caso in cui il Dap «comunichi 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 posto in differimento di pena. In questo caso –come si precisa nel comma 1 dell'art. 2-*bis*– la valutazione deve essere effettuata «immediatamente», anche se non siano decorsi i termini ricordati *supra*. La valutazione del giudice in questo caso dovrà dunque riguardare specificamente l'idoneità e l'adeguatezza della soluzione prospettata dal Dap in relazione a terapie e trattamenti di cui necessita il soggetto, alla luce anche delle informazioni fornite dalla azienda sanitaria regionale sulla «situazione sanitaria locale». In tale ipotesi si deve dunque ritenere che l'autorità giudiziaria si limiti ad assumere informazioni sulla situazione sanitaria della regione nella quale si trova la «struttura penitenziaria o il reparto di medicina protetta» indicato dal Dap. Non parrebbe, invece, necessario procedere ad acquisire dal Dap la disponibilità di istituti in cui possa riprendere la detenzione o l'internamento, come richiede il 2 comma, avendo già il Dipartimento di propria iniziativa comunicato tale disponibilità. A meno che la soluzione prospettata non appaia rispondente alle necessità terapeutiche del soggetto o le informazioni pervenute dalla regione non siano rassicuranti.

Come già si è accennato, sono forti i dubbi sulla possibilità che si possa adempiere, nel tempo compreso di 15 giorni, alle verifiche richieste e allo svolgimento dell'udienza nel caso in cui a provvedere sia stato il tribunale di sorveglianza. L'art. 678 c.p.p. prevede, infatti, che debba essere dato avviso

alle parti della data dell'udienza almeno dieci giorni prima, secondo la previsione dell'art. 666 comma 3 c.p.p. e che queste abbiano la possibilità di accedere al fascicolo e di depositare memorie.

Proprio in considerazione del termine assai contenuto di 15 giorni pare assai difficile che il Tribunale di sorveglianza riesca ad adempiere e che l'udienza si svolga nel termine indicato.

Il procedimento delineato dal legislatore merita qualche osservazione ulteriore: innanzitutto va evidenziato che alla rivalutazione procede la stessa autorità giudiziaria che ha adottato il provvedimento, a prescindere dal luogo in cui il soggetto sia stato ammesso alla misura domiciliare o al differimento di pena. Questa indicazione è apparsa a taluno una deroga ai criteri individuati dall'art. 677 c.p.p.<sup>13</sup>, ma in realtà secondo la giurisprudenza in base al principio della *perpetuatio iurisdictionis* la competenza non subisce variazioni se il soggetto viene rimesso in libertà<sup>14</sup>. A ciò si aggiunga la considerazione che la conoscenza che abbia il magistrato di sorveglianza, che ha adottato il provvedimento, risulta più ampia e approfondita rispetto a quella che potrebbe avere il giudice del luogo individuato per l'esecuzione della detenzione domiciliare o del differimento di pena.

Forieri di maggiori problemi \_già lo si è ricordato\_ sono i termini indicati dal legislatore per l'espletamento della rivalutazione: 15 giorni per la prima rivalutazione, 30 giorni per quelle successive. Come già si è osservato, si tratta di scadenze molto ravvicinate, il cui rispetto appare quanto mai difficile specie in ragione degli adempimenti cui deve provvedere l'autorità giudiziaria. Questa, infatti, come già si è ricordato, deve assumere informazioni dall'autorità sanitaria regionale nella persona del Presidente della Giunta regionale sulla situazione sanitaria che presumibilmente si riferirà alla situazione della regione nella quale si trova l'istituto nel quale era ristretto il soggetto e nel quale parrebbe destinato a rientrare, dato che la verifica mira proprio a questo. Tuttavia, già lo si è evidenziato, potrebbe essere sentita l'autorità sanitaria della regione nel cui ambito il Dap abbia individuato un istituto idoneo in relazione alle condizioni di salute del soggetto. Al Dap, qualora non vi abbia già provveduto *sua sponte*, il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza deve rivolgersi per avere indicazioni di disponibilità. Si noti che, avendo il legislatore fatto riferimento al Dap, e non al provveditore regionale, la struttura idonea potrebbe essere individuata anche in una regione diversa e lontana da quella in cui risiedono gli affetti

<sup>13</sup> Cfr. F. FIORENTIN, *Poche modifiche*, cit., 69, la definisce «vistosa».

<sup>14</sup> Cfr. ad es. Cass. 19 settembre 2018, Iorio, *Ced* 275317. In dottrina si rinvia a CORBINUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, Giappichelli, 2003, 204; F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, in *Trattato teorico pratico di procedura penale, Esecuzione*, diretto da G. Illuminati - L. Giuliani, Giappichelli, 2016, 416; M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, Giuffrè, 2009, 98.



dell'interessato. Il che potrebbe comportare un *vulnus* al mantenimento dei rapporti familiari, e potrebbe altresì determinare una interruzione del programma trattamentale<sup>15</sup>.

La verifica in ordine alla idoneità e alla adeguatezza delle strutture appare assai importante proprio perché strettamente funzionale alla possibilità di dispensare le terapie e i trattamenti di cui il soggetto abbisogna.

Non si può non evidenziare come gli accertamenti cui deve provvedere la magistratura di sorveglianza presuppongano la collaborazione piena e tempestiva delle autorità regionali, del Dap e altresì delle Procure, che dovrebbero inviare in tempi assai brevi i pareri richiesti.

Al riguardo si osserva che il controllo ravvicinato rende del tutto superflua l'indicazione ad opera del tribunale di sorveglianza del termine di durata della misura domiciliare e soprattutto che il meccanismo predisposto dal legislatore si traduce in una delegittimazione dell'operato della magistratura di sorveglianza chiamata a rivalutare le proprie decisioni in un arco temporale assai ravvicinato sul presupposto di una incapacità (aprioristicamente ritenuta dal legislatore) a verificare e valutare lo stato di salute e le necessità terapeutiche che risultino lese dallo stato detentivo.

E del resto proprio la comunicazione ad opera del Dap di possibili soluzioni detentive, indipendentemente dalle richieste del giudice, suona come una palese sfiducia nelle scelte della magistratura di sorveglianza, che dovrà rivedere subito (anche prima della decorrenza dei 15 giorni) il proprio operato. In tal modo si vuole dare preminenza alle istanze di difesa sociale rispetto alla tutela della salute, che è opportuno ricordarlo è diritto fondamentale riconosciuto dall'art. 32 Cost. a tutte le persone, anche a quelle private della libertà personale. Rinviando a quanto già si è osservato al riguardo in questa stessa rivista, ci si limita qui a ricordare che nel testo delle regole penitenziarie rivisitato di recente<sup>16</sup> si ribadisce che la salute delle persone recluse deve essere salvaguardata dalle autorità penitenziarie (reg. 39), che i servizi sanitari penitenziari devono essere organizzati in stretta collaborazione con l'amministrazione dello Stato (reg. 40.1) e che deve essere garantito l'accesso ai servizi sanitari offerti nel Paese senza discriminazioni fondate sulla situazione giuridica delle persone detenute (reg. 40.3).

#### **4. (segue) La decisione del giudice di sorveglianza.**

Completato l'*iter* di informazioni, il giudice decide sulla permanenza dei motivi che avevano giustificato l'adozione della misura domiciliare o del differimento di pena e sulle possibili soluzioni detentive indicate dal Dap, verificando l'assenza di pregiudizi per la salute del soggetto come viene

<sup>15</sup> Cfr. in questo senso F. FIORENTIN, *op.ult.cit.*, 70

<sup>16</sup> La raccomandazione Rec (2006)2 è stata aggiornata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 1° luglio 2020.



evidenziato nei commi 2 e 3 dell'art. 2-*bis*: assenza di pregiudizio, che è al contempo il criterio in base al quale effettuare la verifica e la finalità da perseguire.

Pur nel silenzio dell'art. 2-*bis* \_e già prima dell'art. 2 d.l. n. 29 del 2020 – si ritiene che il giudice possa procedere ad acquisire tutti gli elementi necessari ai fini della decisione sulla base delle disposizioni dell'art. 666 comma 5 c.p.p. e che l'imputato possa produrre tutta la documentazione che reputi possa giovare ai fini di una decisione a lui favorevole.

Se nel procedimento di rivalutazione dell'ordinanza adottata dal tribunale di sorveglianza l'interessato ha la possibilità di accedere al fascicolo e di produrre documentazione utile, così che si può ritenere garantito il diritto di difesa, specie sotto il profilo del diritto al contraddittorio<sup>17</sup>, non altrettanto può dirsi per il procedimento che si svolga davanti al magistrato di sorveglianza. È presumibile che difensore e interessato si attiveranno depositando documentazione utile, come ad es. certificati medici e ogni altra informazione ritenuta funzionale alla decisione, tuttavia questa attività avverrà senza che in realtà abbiano potuto prendere visione dei pareri e delle indicazioni previste dall'art. 2-*bis* giacché nulla si dice al riguardo nello stesso articolo.

Alla palese violazione del diritto di difesa non è stato posto rimedio in sede di trasfusione del contenuto del d.l. n. 29 del 2020 nella legge di conversione. Le questioni di legittimità sollevate al riguardo non hanno indotto a modifiche che tenessero appunto conto dei rilievi indicati anche dalla dottrina<sup>18</sup>.

In realtà qualche timido tentativo di modificare l'*iter* descritto nell'art. 2 del d.l. n. 29 cit. era stato fatto nel corso dei lavori preparatori, come si può dedurre da alcuni emendamenti presentati in tal senso<sup>19</sup>, ma nulla è mutato. E ciò perché per ragioni anche temporali (cioè il rischio di decadenza del d.l. n. 28 del 2020) è stata posta la fiducia<sup>20</sup>.

Sono stati introdotti con il nuovo 4 comma dell'art. 2-*bis* ulteriori adempimenti in capo al magistrato di sorveglianza, il quale, nell'ipotesi di

---

<sup>17</sup> Su questo argomento si basa un'ordinanza del Trib. sorv. Milano 30 giugno 2020, inedita, che ha dichiarato manifestamente infondate le questioni di legittimità eccepite dalla difesa con motivazione assai poco argomentata.

<sup>18</sup> Ci si permette di rinviare a L. CESARIS, *op.cit.*, p. 6 s.

<sup>19</sup> Cfr. l'emendamento 2.01.7 o quello 2.01/12 diretti a prevedere l'avviso al difensore e la possibilità di prendere visione della documentazione fornita dal Dap o dalle Procure nonché di estrarne copia e ancora di depositare osservazioni e deduzioni, in *Atti Senato. XVIII legislatura, Emendamenti*, fasc. 1.

<sup>20</sup> Non è forse superfluo ricordare che gli emendamenti (e conseguentemente le modifiche) ai testi dei due d.l. sono stati presentati al Senato, mentre alla Camera si è avuta l'approvazione finale (con un doppio voto di fiducia al Senato e alla Camera).

valutazione del provvedimento provvisorio di ammissione alla detenzione domiciliare o di differimento di pena, deve trasmettere «immediatamente» al tribunale di sorveglianza i pareri e le informazioni acquisite ai sensi dei commi 1 e 2, nonché i provvedimenti adottati all'esito delle valutazioni. Tale documentazione verrà riunita a quella già inviata al tribunale di sorveglianza ai sensi del comma 2 dell'art. 684 c.p.p. e del comma 1-*quater* dell'art. 47-*ter* ord. penit. La previsione sembra diretta ad accelerare la trasmissione della documentazione per consentire al tribunale di adottare in tempi celeri il provvedimento definitivo.

Nella seconda parte del 4 comma si prevede, infatti, che il tribunale di sorveglianza si pronunci sull'eventuale provvedimento di revoca della detenzione domiciliare o del differimento di pena, disposto in via d'urgenza dal magistrato di sorveglianza, nel termine di 30 giorni dalla ricezione del provvedimento stesso; e ciò anche «in deroga al termine previsto dall'art. 47 comma 4» ord. penit.

Si è in tal modo cercato di dare risposta ai rilievi formulati dal magistrato di sorveglianza di Spoleto nella ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale fondata sulla previsione di tempi lunghi (quelli appunto indicati dall'art. 47-*ter* comma 4 cit.), il cui mancato rispetto comunque non verrebbe sanzionato. E conseguentemente si è disposto che, qualora la decisione non intervenga nel termine ora ricordato, il provvedimento di revoca perde efficacia. Anche questa previsione mira a ottenere decisioni "definitive" in tempi brevi. Non si può tuttavia non osservare che siffatta previsione andrà ad incidere e talora anche pesantemente sui ruoli di udienza dei tribunali di sorveglianza spesso già oberati.

È evidente la discrasia che si verrebbe a creare dato che nel 3 comma si attribuisce al provvedimento di revoca adottato dall'autorità giudiziaria (tribunale o magistrato di sorveglianza non rileva) immediata esecutività: nell'ipotesi di revoca disposta dal magistrato di sorveglianza l'interessato è destinato a rientrare in carcere, senonché, in caso di impugnazione, la mancata adozione della decisione dell'organo collegiale entro 30 giorni, comporterebbe il ripristino della misura domiciliare o della libertà derivanti dal provvedimento originario.

Per evitare al soggetto un simile alternarsi di "libertà"-stato detentivo-"libertà", si è ritenuto che il magistrato di sorveglianza possa sospendere l'esecuzione del suo provvedimento qualora venga presentato ricorso in cassazione<sup>21</sup>: si è osservato che, benché non si faccia menzione nell'art. 2-*bis* di impugnazioni, tuttavia in considerazione del fatto che il provvedimento adottato incide sulla libertà personale dovrebbe ritenersi esperibile il ricorso in cassazione e \_come già si è anticipato\_ applicabile la previsione dell'art. 666 comma 7 c.p.p. Senonché l'art. 684 comma 2 c.p.p. delinea il

---

<sup>21</sup> Cfr. F. FIORENTIN, *op.ult.cit.*, 70.

procedimento davanti al magistrato di sorveglianza come interlocutorio e provvisorio, così che non pare praticabile la soluzione ora ricordata. Con la conseguenza che il soggetto non trova adeguata e tempestiva tutela. E ove si ricordi che il provvedimento sottoposto a rivalutazione era stato adottato per salvaguardare la salute del soggetto, pare particolarmente grave il silenzio serbato anche in sede di conversione, o meglio di trasfusione, del contenuto del d.l. n. 29 del 2020. Ed anzi pare confermare che l'intento del legislatore era ed è quello di ripristinare lo stato detentivo.

Il meccanismo descritto nel nuovo 4 comma è dunque diretto a sollecitare una decisione "definitiva", ma non risponde affatto alle critiche mosse alla disciplina della rivalutazione, giacché resta compresso il diritto di difesa, essendo impedita, in particolare, la conoscenza dei documenti e dei pareri raccolti dal magistrato di sorveglianza. È proprio il procedimento avanti a questo organo quello manifestamente carente di garanzie per l'interessato. Così che si ribadisce che non sembrano venir meno i dubbi di legittimità costituzionali suscitati dalla disciplina introdotta e confermata nel suo impianto sostanziale dalla legge di conversione.

La Corte costituzionale è intervenuta con una ordinanza "interlocutoria"<sup>22</sup>, restituendo gli atti al magistrato di sorveglianza di Spoleto, che per primo aveva sollevato la questione di legittimità delle previsioni contenute nell'abrogato art. 2 del d.l. n. 29 del 2020 e ora trasfusa nel nuovo art. 2-bis del d.l. n. 28 del 2020 conv. in legge 70 del 2020. Si chiede al giudice di rivalutare «in concreto l'incidenza di tali modifiche in riferimento alla non manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate». Nella ordinanza si dà conto sia del percorso motivazionale del magistrato di sorveglianza sia degli argomenti usati dalla Presidenza del Consiglio e dalla Avvocatura di Stato, secondo i quali il trattamento differenziato «si spiegherebbe in ragione della maggiore caratura criminale di soggetti individuati dal legislatore» e si giustificherebbe con «l'esigenza di far rientrare i soggetti beneficiari della detenzione domiciliare per ragioni connesse all'emergenza COVID-19 nel circuito detentivo non appena il mutato contesto sanitario lo consenta».

L'ordinanza si è incentrata non sul procedimento di rivalutazione \_ad opera del magistrato di sorveglianza\_ della ordinanza applicativa della misura disposta causa Covid, ma sulle fasi davanti al Tribunale di sorveglianza.

Non si vuole certo sminuire la rilevanza della valutazione ad opera dell'organo collegiale, ma si è del tutto trascurato il problema della impossibilità di esercizio della difesa nelle sue varie esplicazioni nel procedimento di "revisione" della ordinanza adottata dal magistrato di sorveglianza, come si è evidenziato *supra*.

---

<sup>22</sup> Si tratta di Corte cost. 22 luglio 2020, n. 185

Se è pur vero, come evidenzia la Corte costituzionale, che in taluni procedimenti il contraddittorio è differito, non si può non osservare che nell'ipotesi in esame l'oggetto della rivalutazione richiede un'attenzione e una tutela maggiore trattandosi delle condizioni di salute che potrebbero essere aggravate dal rischio di contagio o già lo sono state. Così che \_come già si è osservato\_ sembrano permanere i profili di illegittimità delle previsioni con particolare riferimento al procedimento di rivalutazione davanti al magistrato di sorveglianza.

### **5. Il regime transitorio.**

Il 5 comma dell'art. 2-*bis* e il comma 3 dell'art. 2-*ter* ripropongono la disciplina già delineata nell'art. 5 d.l. n. 29 del 2020 secondo cui le disposizioni dell'art. 2-*bis* e dell'art. 2-*ter* si «applicano ai provvedimenti di ammissione alla detenzione domiciliare o di differimento della pena adottati successivamente al 23 febbraio 2020» e ai provvedimenti di sostituzione dei medesimi.

Si conferma dunque anche con questa previsione che oggetto delle verifiche sono solo i provvedimenti assunti in ragione della pandemia da Covid 19, come si deduce anche dall'indicazione temporale del 23 febbraio u.s., data nella quale –lo si ricorda– sono state adottate misure urgenti di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid 19.

Merita di essere sottolineata la diversa disciplina dettata per le ordinanze decise dalla magistratura di sorveglianza e quelle in materia cautelare. Per le prime si specifica che il termine di 30 giorni decorre dalla data di entrata in vigore della legge in esame, mentre altrettanto non è stato disposto per quelle cautelari.

### **6. Colloqui e corrispondenza telefonica.**

Se si pone mente al fatto che la legge n.70 del 2020 è stata approvata il 25 giugno (e pubblicata in Gazzetta ufficiale il 29 giugno) colpisce che sia stata mantenuta la previsione già contenuta nell'art. 4 del d.l. n. 29 del 2020, che dispone il «ricorso a modalità di colloquio a distanza» dal 19 maggio 2020 al 30 giugno: di fatto, dunque, la previsione è destinata a non operare, e pare pertanto una sorta di ratifica di quanto appunto previsto nel d.l. n. 29 cit. Al fine di prevenire la diffusione del virus Covid 19 negli istituti penitenziari si prevedeva il ricorso a modalità di contatti a distanza o mediante mezzo telefonico, recependo finalmente in modo diffuso la possibilità di videochiamate. E l'auspicio è che una simile positiva esperienza non vada perduta, pur nel doveroso opportuno ritorno alle modalità del colloquio in presenza.

Al riguardo lo stesso art. 2-*quater* della legge in esame riconosce il diritto dei condannati, degli internati e degli imputati a godere di «almeno un colloquio

al mese in presenza» attribuendo al direttore il potere di stabilire il numero massimo di colloqui fruibili<sup>23</sup>.

Cessata la vigenza della previsione restrittiva, è auspicabile un ritorno alla normalità e dunque alla possibilità di effettuare più colloqui in presenza. E ciò a fronte anche della previsione del ricorso a tutti quegli accorgimenti diretti a evitare la diffusione del virus Covid 19, quali ad esempio distanziamento, uso di mascherine e di vetri divisorii<sup>24</sup>, igienizzazione delle mani e degli oggetti, utilizzo delle aree verdi<sup>25</sup>. Tuttavia con circ. min. 30 giugno 2020 n. 0230491 si afferma che il limite di un colloquio in presenza non risulta invece sottoposto al termine del 30 giugno, benché poi si affermi che «è consigliabile» il «più ampio accesso» al colloquio visivo.

Non si vogliono sottovalutare le esigenze di salvaguardia della salute all'interno degli istituti penitenziari, tuttavia pare opportuno che venga incrementato il numero dei colloqui in presenza, e che sia altresì consentito al maggior numero possibile di persone lo svolgimento di tali incontri, per un ritorno alla normalità, mediante l'adozione, come del resto già si prevede, di tutte quelle cautele utili a impedire la diffusione del virus.

Prescinde dalla situazione emergenziale la previsione dell'art. 2-*quinquies*, che modifica la disciplina dei colloqui telefonici di cui all'art. 39 d.P.R. 30 giugno 2000, n. 231 (d'ora in poi citato come reg. esec.).

Si noti che non si è intervenuti direttamente sul tessuto dell'art. 39 cit., ma si è invece preferito dettare in altra sede, cioè appunto nella legge di conversione, nuove regole: una scelta un po' singolare, che suscita non poche perplessità perché pare foriera di confusioni e incertezze, anche se con il 2 comma dell'art. 2 -*quinquies* si toglie efficacia al comma 3 dell'art. 39 cit.

Prima di analizzare le modifiche introdotte è opportuno ricordare che l'art.18 ord. penit. detta la disciplina generale in tema di colloqui in presenza e telefonici (nonché in tema di corrispondenza), sottolineando che particolare cura viene accordata ai colloqui con i familiari, mentre l'art. 39 reg. esec. specificamente dedicato alla corrispondenza telefonica individua l'autorità deputata ad autorizzare i colloqui e ne fissa modalità e numero.

La nuova disposizione riproduce quanto già dettato nel comma 3, prevedendo che per motivi di urgenza o di particolare rilevanza o in caso di

---

<sup>23</sup> Al riguardo la circ. min.12 maggio 2020, n. 0156964 ribadiva questa disposizione, affermando che spetta ai direttori fissare il numero dei colloqui in relazione alle specificità logistiche e strutturali dell'istituto e sentire l'autorità sanitaria locale per l'organizzazione dei colloqui.

<sup>24</sup> Opera, infatti, il comma 5 dell'art. 37 d.P.R. 30 giugno 2000, n. 231 (reg. esec.), che consente deroghe alla previsione di colloqui «senza mezzi divisorii» quando «sussistono ragioni sanitarie».

<sup>25</sup> La circ. min.12 maggio 2020, cit. richiama appunto le regole da adottarsi per l'effettuazione dei colloqui in presenza.

trasferimento del detenuto possa essere superato il numero stabilito. La trasfusione nella nuova disposizione del contenuto del 3 comma conferma le perplessità sulla tecnica adottata.

La novità sta nella possibilità di effettuare una chiamata telefonica al giorno quando «si svolga con figli minori o maggiorenni portatori di una disabilità grave», o quando «si svolga con il coniuge, l'altra parte dell'unione civile, con persona stabilmente convivente o legata all'internato da relazione stabilmente affettiva, con il padre, la madre, il fratello o la sorella del condannato qualora gli stessi siano ricoverati presso strutture ospedaliere». La nuova previsione testimonia sensibilità e attenzione per le relazioni familiari, anche se non si può non osservare la disomogeneità dell'elenco, che pare differenziare tra internato e condannato, omettendo ogni riferimento all'imputato.

In particolare la disposizione si pone a tutela del rapporto genitoriale: nel rinnovato art.18 ord. penit. si prevede un particolare *favor* nei confronti dei figli infraquattordicenni affermando appunto che «particolare cura è dedicata ai colloqui con i minori di anni quattordici»<sup>26</sup>. E con riferimento ai figli affetti da disabilità, la previsione si allinea a quelle contenute nell'art. 21-ter ord.penit. recependo in tal modo gli insegnamenti della Corte costituzionale<sup>27</sup>.

Peraltro il 3 comma dell'art. 39 reg.esec. consentiva di superare i limiti indicati nel 2 comma quando la conversazione si svolgeva con prole di età inferiore a 10 anni

I casi di superamento del numero fissato sono almeno in parte dunque gli stessi e questo spiega la ragione dell'abrogazione.

---

<sup>26</sup> Cfr. M. RUARO - C. SANTINELLI, *Commento all'art.18*, in *Ordinamento penitenziario*, a cura di F. Della Casa-G. Giostra, Cedam, 2019, p. 232 ss.; si veda altresì L. CESARIS *Il riordino delle condizioni generali della vita penitenziaria e l'irrisolto nodo dell'affettività*, in *La riforma penitenziaria: novità e omissioni del nuovo "garantismo" carcerario*, a cura di P. Bronzo-F. Siracusano- D.Vicoli, Giappichelli, 2019, 47 ss.

<sup>27</sup> Si allude a Corte cost., 5 dicembre 2003, n. 350, con note fra i molti di L. FILIPPI, *La Corte costituzionale valorizza il ruolo paterno nella detenzione domiciliare*, in *Giur.cost.* 2003, 3643; F. GIUNCHEDI, *La polifunzionalità della detenzione domiciliare a garanzia dell'assistenza ai figli invalidi: la portata innovativa della sentenza e le problematiche interpretative*, *ivi*, 2004,747ss.; nonché a Corte cost. 14 febbraio 2020, n. 18, con note di F. GIANFILIPPI, *Madri per sempre: l'età superiore ai dieci anni del figlio con handicap grave non inibisce la concessione della detenzione domiciliare speciale richiesta per assisterlo*, in *Giur. cost.* 2020, p.185 e di L. CESARIS, *La detenzione domiciliare si conferma strumento di tutela di beni costituzionalmente protetti*, in *Riv.it. dir. proc. pen.* 2020

Si noti, tuttavia, che in chiusa del comma 1 si pongono dei limiti alla fruibilità delle nuove disposizioni quando si tratti di detenuti o internati per uno dei delitti previsti dal primo periodo del comma 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit.: si precisa che l'autorizzazione al colloquio nei casi ora ricordati «non può essere concessa più di una volta a settimana».

Posto che le nuove disposizioni sono dettate da ragioni umanitarie, si fatica a comprendere la differenziazione di trattamento, tanto più che le conversazioni telefoniche di detenuti per i delitti previsti dal 1 comma dell'art. 4-*bis* ord. penit sono sempre registrate. Così che l'eventuale uso improprio delle telefonate, volto cioè a scambi di informazioni non consentite, potrebbe essere bloccato pressoché subito. E proprio sulla registrazione del colloquio si fondava la proposta della Commissione Giostra per uniformare la disciplina dei colloqui telefonici non distinguendo più i detenuti in ragione del delitto commesso<sup>28</sup>. Analoghe considerazioni potrebbero essere fatte anche per i soggetti posti in regime differenziato ex art. 41-*bis* comma 2 ord. penit., per i quali le disposizioni dettate nell'art. 2-*quinqies* della legge in esame non operano. Per costoro l'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. b) consente l'effettuazione di un colloquio mensile in presenza, che viene sempre sottoposto a controllo auditivo e a registrazione, mentre la possibilità di colloqui telefonici, peraltro sempre registrati, è subordinata al mancato svolgimento di quello in presenza e purché siano trascorsi almeno 6 mesi dalla assegnazione al regime differenziato.

### **7. Controlli ad opera della polizia penitenziaria mediante aeromobili a pilotaggio remoto.**

Come già si è osservato nella *Premessa* a questo commento, la conversione in legge del d.l. n. 28 del 2020 ha rappresentato un'occasione per una serie di disposizioni in materie cui l'epidemia da Covid 19 è rimasta estranea. Una conferma viene anche dalle disposizioni appena ricordate in tema di conversazioni telefoniche, anche se forse non si può escludere che la sospensione dei colloqui in presenza e il ricorso al mezzo telefonico o ad altri mezzi di comunicazione possa aver indotto il legislatore a incrementare il ricorso a questi strumenti riconoscendo il ruolo fondamentale dei rapporti familiari.

Totalmente estranee ed eterogenee rispetto al complesso di previsioni contenuto nel d.l. n. 28 (e n. 29) sono le nuove norme introdotte in tema di colloqui con i garanti e quelle in tema di controllo mediate aeromobili a pilotaggio remoto.

---

<sup>28</sup> Cfr. la proposta di modifica dell'art. 39 reg. esec. in *Il Progetto di riforma penitenziaria*, a cura della Commissione Giostra, Nuova editrice universitaria, 2019, 305, che riprende un suggerimento del Tavolo II degli Stati Generali.



Con queste ultime, contenute nell'art.1-*bis*, che modificano quanto già previsto nell'art. 5 comma 3-*sexies* d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, conv. l. 17 aprile 2015, n. 43 in ordine alle modalità di utilizzo da parte delle forze di polizia di «aeromobili a pilotaggio remoto», più noti come droni, si consente anche alla polizia penitenziaria di farvi ricorso al fine di assicurare una più efficace vigilanza sugli istituti penitenziari e garantire la sicurezza dei medesimi». Di fatto, stante il mezzo individuato, si mira a incrementare il controllo sulle attività che avvengono in spazi aperti, ad es. nelle aree dedicate alle attività sportive o agli incontri con familiari (c.d. aree verdi) o ancora negli spazi adiacenti agli istituti penitenziari.

Si può forse ipotizzare che alla base di questa disposizione, che incrementa i compiti e i poteri della polizia penitenziaria descritti nella legge 15 dicembre 1990 n. 395, vi possano essere state le rivolte verificatesi nei primi giorni di marzo. Ma un potenziamento di strumenti di controllo non pare rispondere alle difficoltà, ai problemi e alle esigenze, che sono state evidenziate \_almeno da una parte della popolazione detenuta\_ con una modalità certamente inaccettabile quali sono state le rivolte. Difficoltà ed esigenze relative alla cessazione di attività trattamentali, alla necessità di mantenere rapporti con i familiari talora rese più acute da carenze di efficaci e puntuali informazioni sull'epidemia.

Ma se davvero fosse questa la causa non si comprende perché non si sia provveduto con il d.l. n. 28 del 2020 o con provvedimenti antecedenti.

Peraltro questa modalità di controllo a distanza a causa della clausola di invarianza avrà scarse possibilità di concretizzazione: nel 2 comma dell'art.1-*bis* si precisa, infatti, che si provvede con «le risorse finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente senza nuovi o maggiori oneri a carico della funzione pubblica».

### **8. Colloqui con i garanti.**

Con l'art. 2-*sexies* sono stati introdotti nel corpo dell'art. 41-*bis* ord. penit. ben 3 nuovi commi dedicati a disciplinare gli incontri dei garanti con i soggetti sottoposti al regime differenziato *in peius* regolato dallo stesso art. 41-*bis* comma 2 e seguenti ord. penit.

È evidente –come già si è osservato– l'estraneità di questa materia all'emergenza derivante dall'epidemia da Covid 19. Non paiono sussistere gli estremi della necessità e della urgenza che sono i presupposti per una legislazione d'urgenza. Sono state così sottratte al dibattito parlamentare disposizioni in una materia delicata e assai rilevante quale quella dei contatti tra i garanti e coloro che sono detenuti in un regime particolarmente afflittivo derivante dalle previsioni dell'art. 41-*bis* ord. penit.

Non si può non evidenziare la singolarità della numerazione: i 3 nuovi commi sono stati numerati 2-*quater.1*, 2-*quater.2*, 2-*quater.3*, forse per mantenere una certa qual sistematicità nella formulazione dell'art. 41-*bis* cit.: nel comma

2-*quater*, infatti, è contenuto un elenco di restrizioni (peraltro non a numero chiuso), mentre i commi successivi (2-*quinqüies*, 2-*sexies* e 2-*septies*) disciplinano il procedimento di reclamo.

Nei nuovi 3 commi si dettano regole per l'accesso e per i colloqui dei garanti, che \_ è bene ricordarlo\_ trovavano disciplina in talune circolari dell'amministrazione penitenziaria conseguenti alla previsione contenuta nell'art. 67 lett. 1-*bis* ord. penit., la quale consente la visita senza autorizzazione, e alla istituzione del garante nazionale con d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 conv. l. 21 febbraio 2014, n. 10: si allude alle circolari del 7 novembre 2013, n. 3651/6101, del 18 maggio 2016, n. 3671/6121, del 1° ottobre 2017, n. 3676/6126.

Il comma 2-*quater*.1 riconosce al garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale il diritto di accedere «senza limitazione alcuna» nelle sezioni in cui sono ospitati i detenuti sottoposti al regime differenziato, nonché di svolgere «colloqui visivi riservati senza limiti di tempo», che non sono sottoposti a controllo auditivo o a videoregistrazione. E questi colloqui \_si aggiunge\_ non vengono conteggiati nel numero dei colloqui di cui possono fruire tali soggetti.

La previsione ribadisce il ruolo di questa *authority*, indicando la facoltà di accesso e di colloquio: al riguardo si ricorda che nella legge istitutiva (d.l. n. 146 del 2013, conv. l. n.10 del 2014) sono delineate le funzioni senza che tuttavia siano descritti gli strumenti di indagine e di intervento. A colmare il vuoto si era provveduto con la circ. min. 18 maggio 2016, n. 3671/6121, che nell'art. 5 elenca i poteri dell'ufficio del garante nazionale tra cui alla lett. d) la possibilità di colloqui riservati. E in particolare, in relazione all'accesso e alle sue diverse esplicazioni nelle «sezioni 41-*bis*», la circ. min. 1° ottobre 2017, n. 3676/6126 nell'art.16.6 ribadisce la previsione della circolare del 2016.

Sorge immediato l'interrogativo se fosse necessario affermare in una norma dell'ordinamento penitenziario la definizione del garante nazionale quale «meccanismo nazionale di prevenzione e di controllo». A meno di non considerare questa precisazione come fondamento della possibilità di colloquio e di attribuirle una valenza informativa e educativa per chi ancora ignori l'esistenza di questa *authority* di garanzia.

La previsione all'interno dell'art. 41-*bis* potrebbe far sorgere altresì l'interrogativo se gli strumenti previsti valgano solo in relazione alle persone ristrette negli istituti e nelle sezioni dedicate a questo regime differenziato *in peius*.

Si potrebbe al riguardo ritenere che l'intervento legislativo, certo non felice, trasfondendo nella legge penitenziaria quanto previsto in talune circolari, sottragga alla regolamentazione mediante circolari almeno questa tematica.

In una sorta di scala gerarchica<sup>29</sup> il successivo comma 2-*quater*.2 si occupa dei garanti regionali, i quali «accedono nell'ambito del territorio di competenza, all'interno delle sezioni speciali degli istituti» e possono svolgere «colloqui visivi esclusivamente videoregistrati», che al pari di quelli riconosciuti in capo al garante nazionale non sono computati nel numero dei colloqui personali di cui al comma 2-*quater* ord. penit. La precisazione – peraltro operata anche in relazione ai colloqui con l'*authority* nazionale – rappresenta un doveroso chiarimento volto a impedire che i colloqui con il garante vadano a discapito di quelli con i familiari, secondo una interpretazione giurisprudenziale *in malam partem*<sup>30</sup>. Una diversa conclusione comporterebbe una lesione dei diritti espressi negli artt. 29, 30 e 31 Cost. e riaffermati dalla legge penitenziaria<sup>31</sup>.

Nel comma 2-*quater*.3 si riconosce ai garanti comunali, provinciali o delle aree metropolitane «esclusivamente» la possibilità di accedere «in visita accompagnata» e solo al fine di «verificare le condizioni di vita dei detenuti», escludendo espressamente colloqui visivi.

La nuova disciplina, come è evidente, mira a delimitare e fortemente la possibilità di colloqui e di contatti dei garanti comunali e provinciali e delle aree metropolitane (per brevità potremmo definirli "locali").

Al riguardo non si può non ricordare che l'art.18 ord. penit. – così come riformulato dal d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123 – afferma il diritto in capo ai detenuti di «avere colloqui e corrispondenza con i garanti dei diritti dei detenuti» (comma 2). La nuova formulazione con l'uso del plurale, e non più del singolare "garante" riconosce il diritto al colloquio con tutti i garanti qualunque sia la loro denominazione e mira ad evitare un trattamento peggiore, ad opera della amministrazione penitenziaria, rispetto a quello riservato al garante nazionale

La visita e il colloquio rappresentano un momento particolarmente importante di controllo sulle condizioni di vita all'interno degli istituti penitenziari, ancor più rilevante negli istituti o nelle sezioni destinate al regime differenziato.

Al riguardo si noti che la limitazione all'intervento dei garanti comunali, provinciali e metropolitani concerne gli «istituti ove sono ristretti i detenuti di cui al presente articolo» e non solo le sezioni speciali (come indicato nei commi 2-*quater*.1 e 2-*quater*.2), così che se ne potrebbe dedurre che tale limitazione riguarderebbe nel loro complesso gli istituti in cui siano ricavate sezioni speciali destinate al regime *ex art. 41-bis* comma 2 ord. penit. Una simile conclusione avrebbe ripercussioni negative sull'operato dei garanti

<sup>29</sup> F. FIORENTIN, *op.cit.* 77, parla di «una prospettiva "a piramide rovesciata"».

<sup>30</sup> Cfr. Cass. 27 giugno 2018, C., in *Giur.it.* 2019, 198 s., con nota di MINAFRA.

<sup>31</sup> Si rinvia a L. CESARIS, Ancora sui colloqui dei garanti con le persone private della libertà personale, in *www.diritto penale contemporaneo 2018, n.2, 205 ss.*

“locali”, impedendo loro di svolgere i compiti di garanzia nei confronti del resto della popolazione reclusa e soprattutto esprime una notevole diffidenza e un forte pregiudizio, quasi che il mero ingresso nell’istituto che ospita sezioni differenziate speciali possa di per sé intaccare il regime differenziato. Vale forse la pena ricordare che si tratta di organi pubblici istituiti con atto normativo emanato «dallo Stato o da Enti pubblici territoriali (Comuni, Province e Regioni)», come ricorda anche la circ. min. 7 novembre 2013, n. 3651/6101.

Non si ignora tuttavia che, specie per quanto riguarda i garanti “locali”, i provvedimenti istitutivi di tali figure sono estremamente eterogenei quanto a requisiti e competenze specifiche<sup>32</sup> e che parrebbe opportuno addivenire ad una legge che preveda appunto requisiti omogenei sul territorio nazionale ed una più attenta selezione, così da evitare altresì il rischio di nomine “politiche” e di eventuali strumentalizzazioni.

Pur nella consapevolezza della opportunità di un simile intervento, non si possono tacere le perplessità suscitate dalle nuove disposizioni.

È forse opportuno ricordare che la visita senza previa autorizzazione è uno degli strumenti indicati dall’art. 67 lett. l-*bis* ord. penit. e proprio perché non preannunciata permette di verificare le condizioni dell’istituto penitenziario e delle persone ristrette, nonché di interagire con queste e con gli operatori penitenziari. Va ricordato che nello stesso art. 67 i garanti sono stati equiparati ai parlamentari e ai consiglieri regionali, così che l’ingresso è sottratto ad ogni autorizzazione: in tal modo l’effetto sorpresa può evitare non solo che l’amministrazione penitenziaria incida sull’ingresso dei garanti, ma anche che possa intervenire per porre rimedio a situazioni critiche. La visita non si concreta infatti in una mera ricognizione dello stato dei luoghi: perché sia utile e efficace deve appunto comportare la possibilità di accesso senza limitazioni alle strutture detentive e di colloqui con le persone recluso allo scopo di verificare «le condizioni di vita del detenuto, la conformità del trattamento ad umanità, il rispetto della dignità della persona, senza alcun riferimento al processo o ai processi in corso», come chiarisce la circ. min. 7 novembre 2013, n. 3651/6101, la quale specifica poi che i dialoghi con le persone detenute «non possono travalicare in veri e propri colloqui e/o interviste».

---

<sup>32</sup> Non si può non ricordare al riguardo che il Consiglio dei ministri nella seduta del 22 luglio u.s. ha impugnato davanti alla Corte costituzionale la legge della regione Liguria 1° giugno 2020, n.10, istitutiva del garante dei diritti delle persone sottoposte a misure restrittive della libertà personale, contestando che attribuisca competenze sui “centri di permanenza temporanea per stranieri” e “posti di polizia” che invaderebbero «le competenze esclusive statali in materia di immigrazione, di ordine pubblico e sicurezza», nonché «poteri di intimazione superiori rispetto a quello nazionale per la soluzione di irregolarità nel rispetto dei diritti dei detenuti».

Al di là dei dubbi suscitati dall'uso dei termini "interloquire" e "interlocuzioni", dato che l'art.18 ord. penit. specifica che i detenuti sono ammessi a colloqui con i garanti, non si può non ricordare che appunto proprio il colloquio, che avviene in «appositi locali», consente scambi di informazioni, segnalazioni, chiarimenti che possono derivare dalla osservazione dello stato dei luoghi e delle persone<sup>33</sup>. Rappresenta dunque un momento e uno strumento particolarmente significativo, cui si aggiungono i reclami, che possono essere indirizzati in forma scritta anche in busta chiusa, o in forma orale.

La nuova disposizione vuole escludere dai colloqui \_già lo si è segnalato\_ i garanti "locali", quasi che costoro possano fungere da tramite tra i soggetti posti in regime differenziato e il mondo esterno e, in specie, l'associazione criminale di riferimento. Ma una simile argomentazione, più volte ricorrente nelle audizioni degli esponenti del Dap<sup>34</sup>, appare infondata, dal momento che notoriamente le persone sottoposte al regime differenziato vengono assegnate ad istituti penitenziari assai lontani dal loro luogo di origine o di residenza, così che il timore di un allentamento del regime pare non fondato. Anche la delimitazione degli interventi dei garanti mediante il riferimento all'«ambito del territorio di competenza» sembra ignorare le prerogative e l'ambito di operatività dei garanti "locali" circoscritto appunto al territorio comunale o provinciale: pare una inutile precisazione, che ben esprime una forte diffidenza nei confronti della figura del garante "locale".

La nuova disciplina relativa ai garanti territoriali comprime fortemente il ruolo e la funzione svolta, giacché non sfugge che i detenuti saranno restii a comunicare violazioni dei diritti, sapendo che il colloquio è videoregistrato con la possibilità che si riesca a leggere il labiale e, nel caso in cui vengano consegnati non in busta chiusa documenti o altri scritti, che questi possano essere letti attraverso la videoripresa.

Non è forse superfluo allora ricordare che i colloqui con i garanti possono essere assimilati a quelli con il magistrato di sorveglianza o con il difensore o con gli ispettori del Comitato per la prevenzione della tortura proprio perché sono diretti a ricevere doglianze e specifiche istanze e tendono a verificare la situazione detentiva nonché eventuali violazioni dei diritti<sup>35</sup>.

La disciplina introdotta con i 3 nuovi commi nell'art. 41-*bis* ord. penit. comporta \_ come già si è osservato\_ una notevole compressione delle funzioni svolte dai garanti territoriali foriera di lesioni nella tutela delle

---

<sup>33</sup> Cfr. L. CESARIS, *Quali garanzie per il garante dei detenuti ?*, in *Arch. pen.* 2016, n. 2, 564 ss.

<sup>34</sup> Cfr. ad es. l'audizione del dottor Piscitelli allora direttore generale dei detenuti e del trattamento, in Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni anche straniere, 23° seduta, 29 maggio 2019.

<sup>35</sup> V. L. CESARIS, *Ancora sui colloqui dei garanti con le persone private della libertà personale*, cit.,6.



situazioni delle persone sottoposte al regime differenziato. Se è pur vero che le funzioni e le prerogative del garante nazionale restano intatte, così come quelle dei garanti regionali, è altrettanto vero che l'impossibilità di colloqui diretti e soprattutto senza limitazioni per i garanti "locali" costituisce un evidente arretramento nella tutela delle persone in regime differenziato: arretramento tanto più evidente ove si pensi alla possibilità per il garante comunale di intervenire più celermente del garante regionale o di quello nazionale. E basterebbe banalmente ricordare le difficoltà di spostamento a causa dell'epidemia da Covid 19 per cogliere la gravità della previsione accolta. Ma forse proprio a questo il legislatore mira: impedire ogni controllo in tempi celeri e financo la mera conoscenza di eventuali situazioni lesive dei diritti delle persone recluse nelle sezioni adibite al regime differenziato<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Non si può non cogliere un altro segnale preoccupante, seppur su un piano diverso, rappresentato dal recente decreto 30 luglio 2020 con cui si è provveduto alla riorganizzazione del GOM, il gruppo operativo mobile della polizia penitenziaria, che pare diventare corpo del tutto autonomo, come si deduce ad es. dall'obbligo di relazionare al Capo del Dipartimento solo una volta l'anno sulle attività gestionali e operative svolte (art.4), mentre prima ogni tre mesi.