

## VUOTI A PERDERE

*di Stefania Amato e Michele Passione*

*Si rannicchiano zone d'ombra, prima che il sole le agguanti*

*Commento “a caldo” dell’ordinanza, non ancora pubblicata in G.U., con la quale il magistrato di sorveglianza di Spoleto ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell’art. 2 D.L. 10 maggio 2020 n. 29 per contrasto con gli artt. 3, 24 co. 2 e 111 co. 2 Cost.: la fanno da protagoniste le violazioni del diritto di difesa e del principio del contraddittorio nella parità delle parti, che subiscono un vulnus inedito anche per un rito semplificato e veloce come quello tipico del magistrato di sorveglianza; ma vi è spazio anche per censure di irragionevolezza ex art. 3 Cost. Il contributo propone, inoltre, possibili scenari per diversi ed ulteriori profili di incostituzionalità passibili di denuncia, suggeriti dalla riflessione sul contrasto del D.L. 29/20 con gli artt. 32, 25, 117 co. 1 Cost., in relazione agli artt. 3, 6 e 7 CEDU, 77, 101, comma 2, 104, comma 1 Cost., produttiva anche di altro humus atto a nutrire le questioni sollevate.*

**Sommario.** 1. DL 29/20: la macelleria del diritto di difesa approda alla Consulta. **Premessa.** 2. La vicenda. 3. Uno sguardo d’insieme sui modelli di intervento difensivo. 4. Il prospettato contrasto con l’art. 3 Cost. 5. Altri orizzonti... 6. ... Ed altri ancora.

## 1. DL 29/20: la macelleria del diritto di difesa approda alla Consulta.

### Premessa.

Si può forse convenire che il Governo sia stato meno cruento del macellaio Dick, che gli avvocati li vuole ammazzare tutti; meno cruento ma altrettanto drastico con il diritto di difesa, semplicemente non pervenuto nel testo del D.L. 10 maggio 2020 n. 29. Ma c'è un giudice, a Spoleto, al quale la nota stonata ferisce l'orecchio con prepotenza tale da sceglierla quale unica via, o quasi, per interpellare la Corte Costituzionale.

Non può che augurarsi il massimo successo all'ordinanza di quel giudice, che solleva la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 DL 29/20 per violazione degli artt. 3, 24 co. 2 e 111 comma 2 Cost., sebbene nel decreto le note stridenti si sprechino: cacofonia di insulti ai diritti fondamentali, figlia di scellerata e compulsiva decretazione d'urgenza rispondente a logiche che stanno allo Stato di diritto come Dick il macellaio alla diplomazia.

## 2. La vicenda.

Il magistrato di sorveglianza di Spoleto ha depositato il 26 maggio 2020 l'ordinanza con la quale viene rimessa alla Consulta la nuova disciplina della rivalutazione obbligatoria dei provvedimenti di concessione della detenzione domiciliare o differimento dell'esecuzione della pena.

La data non è casuale: il 26 maggio scadeva il termine di 15 giorni dall'entrata in vigore del D.L. 29/20, previsto dall'art. 5 per la rivalutazione dei provvedimenti già emessi, a far data dal 23 febbraio 2020. Tale periodo ha visto il magistrato attivare e completare l'istruttoria, imposta dall'art. 2 comma 2 del decreto, con riferimento alla posizione di un uomo di 66 anni, condannato per art. 416 *bis* c.p., già detenuto presso il carcere di Terni. A costui il 21 marzo 2020, in piena emergenza sanitaria da epidemia di SARS-CoV-2, era stato concesso in via provvisoria il differimento dell'esecuzione della pena nella forma della detenzione domiciliare, ai sensi dell'art. 47 *ter* comma 1 *quater* o.p.. Le compromesse condizioni di salute (trattasi di soggetto immunodepresso in trattamento farmacologico che ha subito, tra l'altro, il trapianto di un organo ed è portatore di altre patologie) non erano state valutate, sino ad allora, nei termini di incompatibilità con il regime carcerario, ma una relazione sanitaria del medico responsabile del carcere datata 20 marzo<sup>3</sup> evidenziava il particolare rischio di contagio da coronavirus. Ne derivava,

2 W. Shakespeare, Enrico VI, Parte II, atto IV, scena II, Dick the Butcher: "*The first thing we do, let's kill all the lawyers*".

3 Relazione precedente, è appena il caso di osservare, alla famigerata nota con la quale la Direzione Generale Detenuti e Trattamento del D.A.P., il 21 marzo 2020, invitava le direzioni degli istituti penitenziari a comunicare con solerzia all'Autorità giudiziaria, per le eventuali determinazioni di competenza, il nominativo dei ristretti che dovessero trovarsi in condizioni di elevato rischio di complicità in caso di contagio da coronavirus: soggetti ultrasettantenni o affetti da nove specifiche categorie di patologie. Nota stigmatizzata da certa inqualificabile stampa per aver provocato la "scarcerazione dei boss" e che ha prodotto, come si sa, movimenti tellurici fino al cambio al vertice del D.A.P.

previa verifica dell'idoneità del domicilio e giudizio di insussistenza del pericolo di commissione di delitti (formulato ex art. 147 ult. Comma c.p. anche per l'assenza di elementi indicativi di collegamenti attuali con la criminalità organizzata) la concessione provvisoria della misura domiciliare, almeno fino alla valutazione definitiva del tribunale di sorveglianza. La quale, però, non faceva in tempo ad intervenire: l'11 maggio entrava in vigore il D.L. 29, il cui contenuto è noto<sup>4</sup> e le cui prescrizioni sono state diligentemente adempiute dal magistrato, che ha acquisito nota sull'attuale situazione epidemiologica della Regione, relazione sanitaria aggiornata, nota D.A.P., parere della procura distrettuale antimafia (contrario alla protrazione della detenzione domiciliare, *ça va sans dire*). E approdando, evidentemente, ad una *no comfort zone*.

Mancava un tassello, fondamentale. La persona della cui possibilità di sopravvivenza si doveva decidere (non è proprio poco: nessun essere umano è un vuoto a perdere), semplicemente non aveva voce: era senza difesa. E non che non l'avesse, una difesa pronta a parlare: il difensore era tanto preoccupato della sua sorte da depositare una memoria, che il magistrato, con qualche dubbio (a quale previsione agganciarsi, nel procedimento de plano?), acquisiva. Ma che difesa è una difesa cieca, che non viene informata dell'apertura del procedimento di revoca della misura alternativa, che non può vedere gli atti ed è radicalmente menomata nella conoscenza dei fatti e finanche della posizione del proprio contraddittore (in questo caso la D.D.A), che al contrario, al fine della formulazione del parere, ha potuto conoscere l'istruttoria effettuata ed interloquire con il carcere sulle misure di protezione adottate e sulla diffusione del virus? Proprio questo costituisce il punto critico individuato dal magistrato per la *quaestio* da rimettere alla Consulta.

### **3. Uno sguardo d'insieme sui modelli di intervento difensivo.**

L'ordinanza illustra in via preliminare il meccanismo, atipico, previsto dall'art. 684 c.p.p.: concessione in via interinale ed urgente della misura da parte del magistrato di sorveglianza, a fronte di *fumus boni iuris* e *periculum in mora* (pericolo, nel nostro caso, per il bene fondamentale della salute), senza coinvolgimento di difesa (che però solitamente attiva la procedura con istanza documentata, anche se è possibile l'iniziativa d'ufficio) e p.m., e successivo ripristino del contraddittorio pieno davanti al tribunale di sorveglianza, che dovrà decidere in via definitiva, senza che sia previsto alcun termine acceleratorio sebbene, secondo l'estensore, la prassi utilizzi quello (comunque non perentorio) di cui all'art. 47 comma 4: sessanta giorni dall'emissione del provvedimento provvisorio. Prosegue l'ordinanza evidenziando la differenza sostanziale tra questo modello e quello di nuova introduzione per la rivalutazione delle

<sup>4</sup> In sintesi viene imposta la valutazione della permanenza dei presupposti dei motivi della scarcerazione legati all'emergenza sanitaria per determinate categorie di soggetti, imputati o condannati, in base al titolo di reato.

detenzioni domiciliari e dei differimenti già concessi: qui, innanzitutto, è prevista una decisione del magistrato di sorveglianza che, lungi dall'assumere carattere provvisorio, è destinata a spiegare effetti tendenzialmente definitivi per la posizione del soggetto (fatto salvo ovviamente, possiamo aggiungere, un successivo mutamento delle condizioni di fatto che possa legittimare una nuova istanza della difesa non folgorabile con declaratoria di inammissibilità ex art. 666, comma 2 c.p.p.). A riprova di ciò, secondo il magistrato, l'utilizzo del termine "revoca", che parrebbe altresì escludere il successivo incardinarsi di una competenza del collegio a valutare in via definitiva la posizione del soggetto.

Questa stravagante procedura, tanto atipica, secondo l'estensore dell'ordinanza, *«da non avere eguali nel pur variegato panorama dei modelli procedimentali, più o meno semplificati, previsti dinanzi alla magistratura di sorveglianza»*, induce il magistrato ad intraprendere un breve viaggio tra quei modelli, alla ricerca di riferimenti che possano dare senso e legittimazione alla precipitosa scelta di questo Governo del virus (e prima ancora, di un Ministro succube di logiche che con la giustizia hanno poco da spartire; il commento è nostro, n.d.r.) di non dare voce alla difesa. Possiamo permetterci di svelare subito il finale: non ne troverà. Perché l'ordinamento pare proprio non conoscere un meccanismo a tal punto ignaro dell'art. 24, comma 2 della Costituzione.

Ed allora, volando come un drone tra le pieghe del codice di rito e dell'ordinamento penitenziario, l'ordinanza individua sei modelli procedimentali che possono richiamarsi al fine di descrivere e valutare gli spazi dell'intervento difensivo: il procedimento in materia di liberazione anticipata ex art. 69 *bis* o.p.; quello che conduce alla declaratoria di inammissibilità della domanda ex art. 666 comma 2 c.p.p.; il rito previsto nei commi 1, ultima parte (dubbio sull'identità fisica di una persona) e 1 *bis* dell'art. 678 c.p.p. (per varie materie di competenza di magistrato e tribunale di sorveglianza, ad es. rateizzazione e conversione di pene pecuniarie o riabilitazione), che richiamano l'art. 667 co. 4 c.p.p.; il procedimento di cui all'art. 678 comma 1 *ter*, c.p.p., introdotto recentemente dalla L. 123/2018 (applicazione provvisoria di misure alternative per pene fino a diciotto mesi); la procedura che porta a decisione *inaudita altera parte* di cui all'art. 51 *bis* o.p. (sopravvenienza di nuovi titoli di privazione della libertà); infine, quella di cui all'art. 51 *ter* o.p. (sospensione cautelativa delle misure alternative).

Il risultato è, innanzitutto, la constatazione della non assimilabilità della nuova procedura sotto la lente del magistrato di sorveglianza di Spoleto ad alcuno dei modelli individuati che non prevedono la partecipazione della difesa: o perché in quei modelli il procedimento prende impulso proprio dall'istanza di parte, come nell'*iter* di concessione della liberazione anticipata (diversamente da quanto accade per l'art. 2 D.L. 29/20), o perché in gioco vi sono valutazioni di tipo automatico, non discrezionale (es. sopravvenienza di nuovo titolo) o a bassissimo tasso di discrezionalità (es. declaratoria di estinzione per esito positivo dell'affidamento). Ma soprattutto perché, nelle ipotesi in cui non si pervenga ad una

soluzione favorevole all'interessato, vale il principio affermato dalla giurisprudenza di legittimità, per cui le ordinanze adottate *de plano*, in deroga alla regola generale, non sono immediatamente esecutive, risultando sottoposte ad opposizione (ex art. 667 comma 4 c.p.p.): lo diventano solo in caso di conferma o allo spirare del termine di quindici giorni previsto per l'opposizione. Non così accade nel procedimento di revoca della detenzione domiciliare o del differimento, posto che il comma 3 dell'art. 2 D.L. 29/20 prevede che il provvedimento dell'A.G. che revoca la misura sia immediatamente esecutivo.

Rispetto al meccanismo che, per oggetto, più si avvicina a quello censurato, osserva il magistrato estensore che la procedura ai sensi dell'art. 51 *ter* o.p., che può condurre alla revoca delle misure alternative, prevede la necessità di un'azione urgente da parte del magistrato di sorveglianza in correlazione a comportamenti incompatibili con la prosecuzione della misura posti in essere dal condannato; l'assenza, in quella fase, di interventi della parte privata ma anche di quella pubblica, in condizione, quindi, di parità; comunque l'imposizione di uno stringente termine acceleratorio per la valutazione da parte del tribunale di sorveglianza nel pieno contraddittorio tra le parti. Esattamente l'opposto di quanto accade nel caso di rivalutazione previsto dall'art. 2 D.L. 29/20, nel quale l'urgenza della rivalutazione è stabilita per legge (dapprima quindici giorni dall'adozione del provvedimento e poi con cadenza mensile) e non è in alcun modo correlata ad eventuali condotte negative dell'interessato; la parte pubblica esprime parere ma nessun intervento della difesa è previsto; non è contemplata una fase successiva davanti al collegio in cui si possa esplicitare il pieno contraddittorio delle parti.

E' proprio sull'esistenza di tale fase, peraltro, che la Consulta ha fondato, in più occasioni in passato, il proprio insegnamento circa la piena compatibilità con il diritto di difesa dei "modelli processuali a contraddittorio eventuale e differito". Il giudice umbro correttamente si confronta con le pronunce della Corte che hanno affrontato il tema, ben conscio del consolidato principio per cui «il diritto di difesa può essere regolato in modo diverso, onde adattarlo alle esigenze ed alle specifiche caratteristiche dei singoli procedimenti, purché di tale diritto siano assicurati lo scopo e la funzione». Segnala, tuttavia, la marcata distonia, rispetto a tale enunciazione, del meccanismo previsto dal D.L. 29/20, che oltretutto ha ad oggetto la rivalutazione di un provvedimento già emesso, rispetto al quale l'interessato ha maturato una legittima aspettativa alla riconsiderazione della propria posizione in udienza, davanti al collegio, nel pieno contraddittorio delle parti. E che invece, in forza del *novum*, viene bypassata da un provvedimento emesso senza sentire la difesa e che può produrre *«l'effetto dirimpente di ricondurre in vinculis il condannato, che era stato ammesso alla misura extramuraria»*, concessa per motivi di salute<sup>6</sup>.

Di qui la valutazione di irragionevolezza e particolare gravità dei *«vulnera al diritto alla difesa tecnica ed al*

5 *Ex plurimis*, ordinanze n. 292 del 2004, nn. 257, 132, 131 e 32 del 2003.

6 Situazione all'evidenza diversa rispetto a quella, per esempio, di cui all'art. 69 bis o.p. in tema di liberazione anticipata, laddove il rito *de plano* è finalizzato *«ad una mera mutazione favorevole del quantum di pena»*.

*principio del contraddittorio nella parità delle parti imposti perché si configuri un giusto processo»* individuati dall'estensore dell'ordinanza.

E' forse pleonastica la nostra adesione convinta alla preoccupazione del magistrato spoletino; i meccanismi previsti per la fase dell'esecuzione e, segnatamente, per il procedimento di sorveglianza, creano talvolta disagio al difensore, che fatica ad accedere al fascicolo di procedure anche banali (si pensi alle istanze di modifica delle prescrizioni afferenti alle misure alternative già in essere) per una fuorviante concezione del procedimento avanti il magistrato di sorveglianza quale rito a carattere misto, a mezzo tra amministrativo e giurisdizionale, che costituisce retaggio del passato, trovando la sua origine nella figura di magistrato di sorveglianza delineata dalla legge n. 354/1975, prima versione<sup>7</sup>. Tuttavia un conto è ragionare di minuzie, altro constatare la radicale esclusione della difesa da un procedimento che implica *«un drammatico nuovo cambiamento nelle modalità di esecuzione della pena, che per altro non conduce dal “dentro” al “fuori” ma in direzione opposta»* (cfr. ordinanza, pag. 10).

#### **4. Il prospettato contrasto con l'art. 3 Cost.**

Da ultimo, l'ordinanza evidenzia il dubbio circa il possibile *vulnus* del principio di uguaglianza, laddove il condannato ammesso alla detenzione domiciliare surrogatoria subisce il procedimento di frequente rivalutazione con rito a contraddittorio pieno, davanti al collegio, oppure senza possibilità di replica sui contenuti istruttori, da parte dell'organo monocratico, in base al dato del tutto casuale che la sua posizione sia già “passata”, oppure no (magari per i ruoli particolarmente carichi), al vaglio collegiale.

Sotto altro profilo, il magistrato dubita della compatibilità con l'art. 3 Cost. della previsione di un ambito soggettivo per le rivalutazioni, che non sono destinate a raggiungere tutti i condannati ammessi a detenzione domiciliare surrogatoria o a differimento per motivi connessi all'emergenza COVID 19, ma solo un gruppo di soggetti individuati sulla base del titolo di reato commesso<sup>8</sup> o della sottoposizione a regime detentivo speciale ex art. 41 *bis* o.p.

Condivisibile la valutazione di irragionevolezza di tale scelta, disallineata peraltro rispetto alla norma cardine del doppio binario penitenziario, l'art. 4 *bis*, che contempla ben più ampio catalogo. Pacifica l'origine di una scelta politica (l'esibizione del pugno di ferro contro “i boss” e contro la mafia), sconcerata un meccanismo mirato, comunque la si veda, a ridurre spazi e modi di tutela di un diritto primario come la salute (le cure prestate in carcere non saranno mai quelle ottenibili a casa) selezionando i titolari del diritto a seconda del reato commesso (in molti casi parecchio tempo prima), mentre, verrebbe da dire, il

<sup>7</sup> Il riferimento è anche alla prassi di alcuni uffici di non consentire alla difesa l'accesso al fascicolo del magistrato che ha emesso provvedimento interinale provvisorio sino alla trasmissione al tribunale.

<sup>8</sup> Si tratta, com'è noto, dei delitti di cui agli artt. 270, 270 *bis*, 416 *bis* c.p. e 74 co. 1 D.P.R. 309/90, o per delitti commessi 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* c.p.

virus non sceglie.

## 5. Altri orizzonti...

Così delineate le (buone) ragioni alla base dell'incidente di costituzionalità promosso dal magistrato di sorveglianza di Spoleto, i cui parametri costituzionali (*ratione materiae* di casa in questa rivista) lasciano sullo sfondo non pochi *vulnera*, appare opportuno dar conto di ulteriori aspetti di dubbia compatibilità con la Carta; senza pretesa di particolari capacità persuasive, la prospettazione che segue può essere utile per eventuali nuove questioni, atteso che il perimetro disegnato dal Giudice *a quo* segna l'ambito entro il quale (solo) potrà concentrarsi il giudizio della Corte, salve le consentite valutazioni concernenti la c.d. illegittimità consequenziale, ex art. 27, L. 87/53<sup>9</sup> e quanto si dirà in proposito *infra*.

In questo modo, considerato che il giudice rimettente deve «*individuare all'interno di un corpus normativo l'effettivo virus infettante*»<sup>10</sup> (ché in questo caso, tra l'altro, la novella si lega a decisioni assunte «*per motivi connessi all'emergenza sanitaria da Covid – 19*»), eventuali nuovi incidenti potranno arricchire il catalogo delle doglianze, non solo con riferimento ai parametri costituzionali, ma (ancor prima) alla disposizione oggetto di impugnazione.

Come si è visto, l'ordinanza (pag. 7) evidenzia la ragione del decidere in via di urgenza in capo al magistrato, in via interinale, «*giustificata dalla necessità di garantire la più rapida tutela del diritto fondamentale alla salute, in attesa dei più lunghi tempi di fissazione dell'udienza dinanzi al collegio*».

Questa la *ratio* della norma, così da intendersi da sempre il grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione, ex art. 47 *ter*, comma 1 *quater* o.p.<sup>11</sup>, non pare possibile tralasciare come il procedimento per la rivalutazione frequente introdotto dalla novella rechi (esso sì) un contrasto con l'interesse costituzionalmente tutelato del diritto alla salute, ex art. 32 Cost., nonché dalla CDFUE (art. 35). La stessa giurisprudenza alsaziana, fornendo un'interpretazione evolutiva e vivificante dell'art. 3 CEDU, a partire dalla sentenza pilota *Kudla c. Polonia*, ha ormai chiarito come sussista un obbligo negativo di astensione dal porre in essere dei trattamenti contrari al senso di umanità ed un obbligo positivo, insuscettibile di deroga, di tutelare la salute ed il benessere dei detenuti attraverso la predisposizione delle cure mediche necessarie, o attraverso la scarcerazione<sup>12</sup>. Nella decisione in commento il giudice umbro ha del resto evidenziato, come già detto, che in questione vi è «*un drammatico nuovo cambiamento nelle modalità*

9 V. Manes – V. Napoleoni, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, G. Giappichelli Editore, 2019, 241 sgg.

10 P. Gaeta, *L'ordinanza di rimessione della questione di legittimità costituzionale*, in dattiloscritto, 2018, 16

11 V. Manca, *Umanità della pena, diritto alla salute ed esigenze di sicurezza sociale: l'ordinamento penitenziario a prova di (contro) riforma*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2 maggio 2020

12 Per una enunciazione analitica degli obblighi che incombono sugli Stati in materia di assistenza e cure mediche dei detenuti, cfr. sent. Corte EDU *Xiros c. Grecia*.

*di esecuzione della pena, che per altro non conduce dal “dentro” al “fuori”, ma in direzione opposta».* Quanto al profilo della incompatibilità delle condizioni di carcerazione con lo stato di salute del detenuto, l'attenzione della Corte di Strasburgo verso il nostro Paese si è sviluppata a partire dalla sentenza *Scoppola c. Italia*, per poi proseguire (purtroppo) con altre pronunce (*Cara Damiani c. Italia*, di nuovo *Scoppola c. Italia*, *Contrada c. Italia*, *C.G. c. Italia*, *Provenzano c. Italia*).

Con la sentenza *Contrada* anche il requisito della pericolosità sociale del detenuto, in relazione alla sua appartenenza ad organizzazioni criminali, non viene più ritenuto argomento ostativo, potendo (e dovendo, vista la natura del diritto tutelato dall'art. 3) il diritto alla salute trovare protezione anche in queste ipotesi.

Insomma, le più volte tratteggiate evocazioni del superiore interesse di cui all'art. 32 Cost. («*in un ambito che per altro non concerne il trattamento, ma la tutela del diritto fondamentale alla salute ex art.32 Cost. e alla umanità delle pene ex art.27 comma 3 Cost.*» - si legge a pag. 18 dell'ordinanza) evidenziano come sia proprio detto parametro (così come quelli di cui all'art. 27 comma 3 e 117 comma 1, in relazione all'art. 3 CEDU) a dover essere portato<sup>(1)</sup> al vaglio della Consulta<sup>13</sup>.

Le questioni “coperte” da altre disposizioni costituzionali, siccome più volte evocate dal giudice *a quo*, potrebbero essere forse recuperate: ed infatti, è stato sostenuto che l'autonomia del parametro di cui all'art. 117 comma 1 Cost. verrebbe in discussione «*soltanto quando la violazione adottata non sia specificamente riferibile ad altro parametro costituzionale, sia pure interpretato evolutivamente o estensivamente, alla luce degli obblighi internazionali assunti dallo Stato*»<sup>14</sup>. Del resto, anche con la sentenza n. 236/2016 la Corte ha avuto modo di richiamare l'art. 49 della CDFUE, sebbene il rimettente tribunale di Varese non avesse indicato l'art.117, comma 1 Cost. quale parametro cui riferirsi.

Ancora, con ampi richiami a precedenti pronunce della Corte (cfr. sentt. n. 196/2010 – che pure riconosce anche la violazione dell'art.117, comma 1, Cost – n. 143/2013, n. 278/2013) è stato da ultimo evidenziato<sup>15</sup> che «*anche qualora le affermazioni della Corte di Strasburgo appaiano tali da sollecitare un innalzamento del livello di tutela del diritto o garanzia in rilievo (e/o una restrizione o una rigorizzazione delle deroghe per lo stesso ammissibili) non sarà per ciò solo necessario invocare come parametro costituzionale (asseritamente) violato l'art.117, comma 1, Cost., ben potendosi viceversa richiamare le pronunce della Corte europea in funzione interpretativa del diritto riconosciuto a livello domestico per significare la censura prospettata*».

Ad ogni buon conto, con lo spirito dell'*amicus curiae*, questo contributo si propone di allargare lo spettro di valutazione della *res iudicanda*, auspicabilmente per una decisione di accoglimento, in ogni caso

13 In proposito, cfr. F. Cecchini, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 23 gennaio 2017

14 M. Ruotolo, *L'incidenza della Cedu sull'interpretazione costituzionale. Il caso dell'art.27, comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, n.2/2013, 7

15 V. Manes, *op. cit.*, 311 e segg.

suggerendo ulteriori dubbi di costituzionalità.

## 6. ... Ed altri ancora.

L'aver pretermesso l'interesse primario alla salute con soluzioni irragionevoli ed imprevedibili offre comunque certamente il fianco ad ulteriori, specifiche doglianze, che passiamo ad analizzare qui di seguito<sup>16</sup>.

Dal punto di vista del metodo, prima ancora che del merito, non può certo essere trascurato il deficit del presupposto di cui all'art. 77, comma 2, Cost<sup>17</sup>.

A tacere della sciatteria con la quale è stato licenziato e pubblicato il testo (l'aggettivo mafioso compare erroneamente due volte nella rubrica in GU del 10 maggio, quasi a rafforzare lo spirito del tempo), non si comprende realmente come possa revocarsi in dubbio che la "vera" motivazione del decreto sia stata interamente politica. Ad ogni buon conto, sebbene l'abuso della decretazione di urgenza sia ormai tristemente invalso, è sufficiente il richiamo all'apotropaica sent. N. 32/2014, con la quale il Giudice delle Leggi spazzò via *in parte qua* la L. "Fini – Giovanardi"; come si ricorderà, in quel caso era stata accertata l'assenza di ogni nesso di interrelazione funzionale tra le disposizioni impugnate e le originarie disposizioni del decreto legge, nel mentre invece il Giudice *a quo* aveva dubitato anche della legittimità della decretazione di urgenza con la quale si era intervenuti a riformare la materia poi incisa dalla sentenza della Corte<sup>18</sup>.

Ancora, per quel che riguarda la norma della cui costituzionalità dubita il Magistrato spoletino, deve qui aggiungersi come in realtà il dubbio investa non solo l'art. 2 del decreto, effettivamente affetto dai vizi denunciati nell'ordinanza, ma anche l'art.5 (disposizioni transitorie), la cui retroattività *in malam partem* deve senz'altro ritenersi illegittima alla luce delle limpide indicazioni provenienti dalla sent. N. 32/2020 del Giudice delle Leggi<sup>19</sup>.

Ne consegue la violazione degli artt. 25, comma 2, 117, comma 1, Cost., in relazione all'art.7 CEDU, non potendosi negare come il divieto di retroattività operi quando avvenga «una trasformazione della natura

16 Sui temi qui in trattazione, più in generale, cfr. C. Minnella, *Ennesimo decreto legge per "monitorare" le scarcerazioni legate all'emergenza coronavirus di imputati e condannati*, in *Diritto e Giustizia*, 11 maggio 2020; 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 *giustiziainsieme.it*, 12 maggio 2020; L. Massari – M. Passione, *Azioni ed omissioni; far finta di essere sani*, in *Diritto di Difesa*, 12 maggio 2020; D. Pulitanò, *Pena e carcere alla prova dell'emergenza*, in *Diritto di Difesa*, 13 maggio 2020; E. Amati, *La strana genesi del c.d. "decreto scarcerazioni". Tra i due litiganti il terzo soccombe*, in *Diritto di Difesa*, 14 maggio 2020; C. Minnella, *Coronavirus ed emergenza carceri: la via di Strasburgo*, in *Sistema Penale*, 15 maggio 2020; S. Amato, *Sorvegliare, rivalutare, punire*, in *dirittopenaleuomo.org*, 21 maggio 2020; L. Cesaris, *Il d.l. n.29 del 2020: un inutile e farraginoso meccanismo di controllo*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 23 maggio 2020; E. Pasqui, *Diritto alla salute, quale garanzia del principio di umanità della pena, e tutela della sicurezza pubblica: un bilanciamento è possibile?*, in *iusinere.it*, 23 maggio 2020 M. Bortolato, *Alla Corte Costituzionale il decreto – legge sulle "scarcerazioni"*, in *Questione Giustizia*, 29 maggio 2020.

17 L. Massari, *cit.*

18 L'ordinanza di rimessione è stata pubblicata su *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 giugno 2013

19 Volendo, cfr. M. Passione, *cit.*

*della pena, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del condannato»<sup>20</sup>.*

Nel caso che ci occupa, infatti, se è vero che il provvedimento adottato in via provvisoria dal magistrato è sempre suscettibile di revoca da parte del tribunale, al quale è trasmesso per la deliberazione da compiersi entro sessanta giorni, è pur vero che la novella interviene modificando *in peius* la sequenza descritta, determinando quel passaggio a ritroso («*in direzione opposta*») già stigmatizzato dalla Corte (e poco rileva, atteso il dirompente *revirement* costituzionale, che questo riguardasse diversa vicenda processuale, concernente il divieto di applicazione retroattiva di pene non previste al momento del fatto, atteso che anche in quel caso non veniva in discussione la cornice edittale, ma le modalità esecutive della sanzione precedentemente inflitta).

Oltre a ciò, pronunciandosi sugli effetti determinati dalla L. 3/2019, la Suprema Corte<sup>21</sup> ha affermato la validità del richiamo agli artt. 111 Cost e 6 CEDU, per quel che attiene al diritto dell'interessato, nell'ambito di ciascun segmento processuale omogeneo, al mantenimento delle posizioni legittimamente acquisite e delle «*iniziali regole del gioco*»<sup>22</sup>.

Sotto altro profilo, malgrado la decisione assunta dal magistrato non consenta di radicare ancora in via definitiva in capo all'interessato il diritto a conservare stabilmente (quanto meno fino allo spirare del termine indicato per la validità della misura) la condizione extramuraria, la Corte Costituzionale ha ribadito come le misure alternative alla detenzione, compresa «*la detenzione domiciliare nelle sue varie forme*» partecipi(no) della «*accentuata vocazione rieducativa, che si esplica in forme del tutto diverse rispetto a quella che pure connota la pena detentiva*»<sup>23</sup>.

Al dunque, anche per queste ragioni il contrasto della(e) norma(e), art. 2 (e 5) del D.L. 29/2020 con l'art. 27, comma 3 Cost. appare manifesto. Vi è solo da aggiungere che la “liquidità” rafforzata dall'irragionevole ripetersi di pareri in sequenza impedisce una seria programmazione (ed effettiva esplicazione) di cure in capo all'interessato.

Quanto alla lesione del diritto di difesa ravvisata dal rimettente, può ancora aggiungersi come essa si nutra ulteriormente degli apporti provenienti dal giudice alsaziano<sup>24</sup>, poiché anche in sede esecutiva e nei procedimenti di sorveglianza debbono trovare applicazione i principi del giusto processo, ex artt. 111, 117, comma 1 Cost., in relazione all'art. 6 CEDU<sup>25</sup>.

Infine; appare irragionevole (art. 3 Cost.) la disposizione per la quale il giudice sia privato di poter

20 V. Manes – F. Mazzacuva, *Irretroattività e libertà personale: l'art.25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in Sistema Penale, 23 marzo 2020

21 Cass. Pen., Sez.I, 20.9.2019, n.48499.

22 Cass. Pen., Sez.I, 19.7.2019, n.36909

23 Corte Cost. n.32/2020, §§ 4.3.2 e 4.4.2; cfr. anche Corte Cost.. n.99/2019

24 F. Della Casa – G. Giostra, *Manuale di diritto penitenziario*, G. Giappichelli Editore, 2020, pag. 8 segg.

25 Cfr. Corte Cost. n.109/2015

valutare le informazioni provenienti dall'autorità sanitaria regionale (art. 2, comma 2 D.L. 29/2020) in ordine alla comunicazione del D.A.P. circa 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 (per quel che riguarda il tribunale, anch'esso interessato dalla novella, ciò si pone in contrasto con i poteri officiosi di cui agli artt. 666, comma 5, c.p.p., 185 att.). Infatti, se la norma citata afferma che «prima di provvedere l'autorità giudiziaria sente ... il Presidente della Giunta della Regione» (con ciò mutuando la tecnica di drafting di cui all'art. 83, comma 6, del D.L. "Cura Italia") «e acquisisce dal D.A.P.» le medesime informazioni di cui sopra, la disposizione di cui al comma 1, conferisce al dipartimento una sorta di supremazia, che limita (pur senza obliterare del tutto) l'autonomia decisionale dell'A.G. Da qui, il contrasto con gli artt. 101, comma 2, 104, comma 1 Cost.

Staremo a vedere cosa farà la Corte.

Nell'augurarsi la fine dell'"oggetto del contendere" (della pandemia), senza peraltro conoscere ancora se e quali saranno le eventuali modifiche in sede di conversione del decreto legge, la Consulta dovrà decidere quando (auspicabilmente) sarà appunto cessata l'esigenza della censurata rivalutazione periodica, per le ragioni ricordate. Non mancano i precedenti nei quali la Consulta, sebbene fosse già stata ripristinata *de facto* la situazione della cui costituzionalità dubitavano i rimettenti, ha comunque preso posizione, accogliendo le questioni sollevate<sup>26</sup>.

\* \* \*

Insomma, come ben si comprende, la *ratio* della novella è una, e una sola: «sono *mascalzoni*, e bisogna *accopparli*»<sup>27</sup>.

«*The gallows does well*»<sup>28</sup>.

1.06.20

<sup>26</sup> Cfr. sent. n.135 del 2013, in tema di conflitto di attribuzione tra i Poteri dello Stato e sent. n.187 del 2019, concernente il divieto di concessione per la durata di tre anni della detenzione domiciliare di cui all'art.47 *quinquies* o.p., qualora al condannato sia stata revocata una delle misure indicate nel comma 2 dell'art. 58 *quater* o.p.

<sup>27</sup> G. Buchner, *La morte di Danton* (1835), in Teatro, Mondadori, 1971.

<sup>28</sup> W. Shakespeare, Amleto, atto V, scena I: «*La forca fa bene...a quelli che fanno male*»>. La citazione, come quella che precede, è "rubata" a Massimo Nobili.