



Il d.l. antiscarcerazioni alla Consulta: c'è spazio per rimediare ai profili di illegittimità costituzionale in sede di conversione

di Mitja Gialuz

Mag. Sorveglianza Spoleto, ord. 26 maggio 2020

1. Premessa. – Con l'ordinanza in esame, il Magistrato di sorveglianza di Spoleto ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 d.l. 10 maggio 2020, n. 29, per contrasto con gli artt. 3, 24, comma 2 e 111, comma 2, Cost. [1]. Il provvedimento segue, a distanza di pochissimi giorni, altre due questioni di legittimità costituzionale, riguardanti la legislazione d'urgenza dettata dalle necessità di far fronte all'epidemia di COVID-19[2]. Com'è ben noto, tale normativa, che ha avuto il suo fondamento nella categoria giuridica dell'emergenza [3], ha inciso profondamente anche sulla materia penale, mettendo spesso a dura prova la tutela dei diritti fondamentali della persona. Pertanto, le sollecitazioni di un intervento della Corte costituzionale non possono che essere salutate positivamente.

Esse consentiranno al giudice delle leggi di chiarire la legittimità costituzionale di interventi normativi talora certamente giustificati dall'emergenza sanitaria, talaltra invece soltanto **ricollegati indirettamente agli effetti della pandemia**. Questo sembra francamente il caso del d.l. n. 29 del 2020[4], che ha avuto una genesi nelle roventi polemiche politico-mediatiche generate dalla scarcerazione di esponenti di associazioni di stampo mafioso, talora sottoposti al regime detentivo speciale *ex* art. 41-*bis* ord. penit.[5].

Per rispondere a tali attacchi, il 30 aprile 2020, il Governo aveva adottato un **primo decreto-legge, ossia il n. 28 del 2020**, con il quale aveva (tra le altre cose) introdotto un aggravamento dell'*iter* procedurale per pervenire alla concessione dei permessi *ex* art. 30-*bis* ord. penit. e della detenzione domiciliare di cui all'art. 47-*ter*, comma 1-*ter*, ord. penit., nei confronti dei detenuti per uno dei delitti previsti dall'art. 51, commi 3-*bis* e 3 *quater*, c.p.p. o sottoposti al regime *ex* art. 41-*bis* ord. penit. [6]. Siccome il volume delle critiche non accennava affatto a scemare, l'esecutivo ha deciso di intervenire con un nuovo provvedimento d'urgenza a distanza di soli dieci giorni.

Per quanto qui rileva, l'art. 2 d.l. n. 29 del 2020 ha imposto un **monitoraggio continuo dei provvedimenti che hanno disposto la detenzione domiciliare o il differimento della pena** «per motivi connessi all'emergenza sanitaria», nei confronti di condannati o internati per determinati gravi delitti – tra cui la partecipazione ad associazione a delinquere di stampo mafioso – o sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit.

Siffatta valutazione, avente ad oggetto la permanenza dei motivi legati all'emergenza da COVID-19, è rimessa al magistrato di sorveglianza o al tribunale di sorveglianza che ha emesso il provvedimento e deve essere compiuta, dapprima, entro un **termine di quindici giorni** dall'adozione della decisione

e, successivamente, a **intervalli mensili**. Deve avvenire **immediatamente**, invece, quando il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria «comunica la disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta adeguati alle condizioni di salute del detenuto o dell'internato ammesso alla detenzione domiciliare o ad usufruire del differimento della pena».

La disposizione prevede altresì precisi adempimenti istruttori in capo alla magistratura di sorveglianza. Per un verso, sulla falsariga di quanto previsto dal d.l. n. 28 del 2020, deve essere acquisito il parere del Procuratore distrettuale antimafia del luogo di commissione del reato e del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo nei casi di cui all'art. 41-bis ord. penit. Per altro verso, si prevede che il giudice di sorveglianza debba sentire l'autorità sanitaria regionale, in persona del Presidente della Giunta della Regione, in ordine alla condizione sanitaria locale e debba acquisire dal DAP informazioni sulla eventuale disponibilità di strutture penitenziarie o di «reparti di medicina protetta», tali da permettere che l'interessato possa riprendere la detenzione o l'internamento senza pregiudicare le sue condizioni di salute.

La finalità del procedimento di rivalutazione è candidamente dichiarata dallo stesso art. 2, comma 3, il quale chiarisce che «il provvedimento con cui l'autorità giudiziaria revoca la detenzione domiciliare o il differimento della pena è immediatamente esecutivo» (art. 2, comma 3, d.l. n. 29 del 2020). Non serve essere raffinati esegeti per comprendere che l'obiettivo è **indurre a revocare le decisioni che hanno applicato la misura della detenzione domiciliare o il differimento**: insomma, «la magistratura viene invitata a far rientrare il più presto possibile in cella i detenuti mafiosi già scarcerati» [7].

2. Le specifiche censure di legittimità costituzionale. – Ebbene, con l'ordinanza in esame, il Magistrato di sorveglianza di Spoleto ha considerato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità di cui all'art. 2 d.l. n. 29 del 2020 «nella parte in cui, onerando il magistrato di sorveglianza della rivalutazione, prevede un procedimento senza spazi di adeguato formale coinvolgimento della difesa tecnica dell'interessato, senza alcuna comunicazione formale dell'apertura del procedimento e con una conseguente carenza assoluta di contraddittorio, rispetto alla parte pubblica, qui rappresentata in modo inedito dal Procuratore Distrettuale antimafia individuato in relazione al luogo del commesso reato, che deve fornire un obbligatorio, seppur non vincolante, parere sulla permanenza dei presupposti di concessione della misura».

Nel caso di specie, il 21 marzo 2020, il magistrato di sorveglianza di Spoleto aveva **concesso provvisoriamente** – secondo quanto disposto dagli artt. 684 c.p.p. e 47-*ter*, comma 1-*quater*, ord. penit. – la detenzione domiciliare di cui all'art. 47-*ter*, comma 1-*ter*, ord. penit., surrogatoria del rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena per gravi motivi di salute *ex* art. 147 c.p. Destinatario della misura domiciliare era un condannato per reato di cui all'art. 416-*bis* c.p., affetto da gravi patologie che lo avrebbero particolarmente esposto a rischio in caso di contagio da COVID-19.

Sennonché, **nelle more dell'assunzione della decisione definitiva** da parte del tribunale di sorveglianza *ex* art. 684 c.p.p., interveniva il citato d.l. n. 29 del 2020. Considerata la portata retroattiva della novella, il magistrato di sorveglianza provvedeva a instaurare il procedimento di rivalutazione ivi contemplato, con acquisizione del parere della Procura distrettuale antimafia (risultato contrario alla protrazione della misura domiciliare in considerazione del pericolo di reiterazione di reati) e adempimento delle prescritte richieste istruttorie. Tuttavia, al momento della decisione, il giudice *a quo*, in considerazione dei dubbi di legittimità costituzionale della disciplina, ha sottoposto alla Corte costituzionale la questione di legittimità sopra richiamata.

Difatti, secondo il giudice rimettente, la procedura introdotta dalla novella sarebbe, anzitutto, censurabile in ordine agli artt. 24, comma 2 e 111, comma 2, Cost.

Al riguardo, il magistrato di sorveglianza ha avuto cura di precisare che, nel caso di specie, il provvedimento oggetto di rivalutazione era stato assunto provvisoriamente, in attesa della pronuncia definitiva da parte del tribunale di sorveglianza. Proprio in considerazione della natura interinale e urgente di tale provvedimento, dettata dall'esigenza di assicurare l'effettiva tutela del diritto alla salute, esso era stato pronunciato *de plano*. Tuttavia, il **contraddittorio sarebbe stato ripristinato**, secondo le forme tipiche del procedimento di sorveglianza di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p., **in sede di udienza dinanzi al tribunale di sorveglianza**. Quest'ultimo sarebbe stato tenuto a pronunciarsi *ex* art. 47, comma 4, ord. penit., in forza del rinvio effettuato dall'art. 47-*ter*, comma 1-*quater*, ord. penit, entro il termine ordinatorio di sessanta giorni dall'adozione del provvedimento provvisorio.

Ebbene, ciò premesso, è stato osservato come il nuovo procedimento introdotto dall'art. 2 d.l. n. 29 del 2020 presenterebbe **tratti assai differenti** rispetto a quelli descritti, poiché risulterebbe connotato dalla **totale assenza di un qualsiasi coinvolgimento da parte della difesa**[8].

In particolare, secondo il giudice *a quo*, non solo non sarebbe prevista alcuna comunicazione dell'avvio del procedimento, ma si potrebbe perfino dubitare – in mancanza, in questo caso, di un atto introduttivo di parte – della stessa **legittimazione dell'interessato o del suo difensore a produrre eventuali memorie e documentazioni**, considerata l'adozione del provvedimento *de plano*. Peraltro, – ha continuato il giudice rimettente – anche nell'ipotesi in cui tale legittimazione fosse riconosciuta (come avvenuto nel caso di specie), il patrocinatore **non sarebbe comunque a conoscenza di alcun elemento acquisito mediante l'istruttoria** prescritta dalla procedura in esame. Per di più, il magistrato di sorveglianza ha messo in luce la totale atipicità del procedimento, mediante la previsione di un parere della pubblica accusa, rispetto a cui mancherebbe «una piena interlocuzione con la difesa dell'interessato».

A supporto di quanto osservato, il giudice rimettente richiama tutta una serie di procedimenti, nell'ambito della giurisdizione di sorveglianza, in cui il contraddittorio subirebbe delle limitazioni.

Viene anzitutto considerata la **procedura di cui all'art. 69-bis ord. penit.** in materia di liberazione anticipata, che prevede una decisione in camera di consiglio, senza, però, la presenza delle parti e previo parere del pubblico ministero. Proprio a fronte di tale disciplina, il giudice ha ricordato le questioni di legittimità costituzionale sollevate in ordine alla supposta lesione delle prerogative difensive; dal canto suo, la Consulta ne ha sempre dichiarato la manifesta infondatezza, alla luce della **facoltà di proporre reclamo**, con conseguente **pieno recupero del contraddittorio**, avverso l'ordinanza emessa[9]. In aggiunta, la Corte costituzionale ha valorizzato l'oggetto peculiare del procedimento *ex* art. 69-*bis* ord. penit., attinente a una **mera riduzione quantitativa della pena, in una chiara ottica favorevole** per il condannato[10].

Alla luce di quanto emerso, si è quindi sostenuto che le considerazioni espresse dalla Consulta non sarebbero in alcun modo invocabili in ordine alla procedura di cui all'art. 2 d.l. n. 29 del 2020. Secondo il giudice rimettente, infatti, non solo il procedimento non verrebbe instaurato su istanza di parte, ma avrebbe anche una **chiara connotazione sfavorevole per l'interessato**, in quanto sarebbe palesemente orientato verso la revoca del provvedimento. A venire in gioco, oltretutto, non sarebbe una modifica del *quantum* di pena, ma «un drammatico nuovo cambiamento nelle modalità di esecuzione della pena».

In secondo luogo, il giudice *a quo* ha considerato i **procedimenti di cui agli artt. 35-bis e 35-ter ord. penit.**, rispetto ai quali opera la disciplina di cui all'art. 666, comma 2, c.p.p. Come noto, la previsione

prevede che, a fronte di una richiesta manifestamente infondata o alla mera riproposizione di un'istanza precedentemente rigettata, basata sui medesimi elementi, il giudice ne dichiara l'inammissibilità *de plano*, sentito esclusivamente il pubblico ministero.

Ebbene, con riferimento a tale disposizione, il giudice rimettente ha osservato che, avverso il provvedimento *ex* art. 666, comma 2, c.p.p. sarebbe, in ogni caso, **proponibile ricorso per cassazione**; per di più, in linea con la consolidata giurisprudenza formatasi in materia, si è rimarcato che la disciplina in analisi verrebbe in rilievo esclusivamente nel caso in cui **non siano necessari accertamenti di tipo cognitivo o valutazioni discrezionali**. Insomma, una situazione nient'affatto paragonabile a quella prevista dal meccanismo introdotto dal d.l. n. 29 del 2020.

Ancora, il giudice di Spoleto ha richiamato i **riti di cui agli artt. 678, comma 1, ultima parte, e 678, comma 1-bis, c.p.p.,** i quali rinviano alla disciplina di cui all'art. 667, comma 4, c.p.p., nonché i procedimenti *ex* **artt. 678, comma 1-ter, c.p.p. e 51-bis ord. penit**. Sulla falsariga di quanto finora emerso, si è rilevato che, pure in questi casi, si tratterebbe di fattispecie in cui l'oggetto della decisione comporta un **limitato tasso di discrezionalità o che sono caratterizzate da valutazioni di segno favorevole per l'interessato[11]**. Inoltre, le prerogative difensive verrebbero salvaguardate dalla **facoltà di presentare opposizione** avverso le ordinanze adottate; ma non solo: queste ultime diverrebbero esecutive esclusivamente decorso il termine per opporvisi. Da ultimo, con particolare riferimento alla provvisoria sospensione delle misure alternative di cui **all'art. 51-ter ord. penit.**, è stato precisato che la limitazione del diritto di difesa troverebbe un **bilanciamento nella perdita di efficacia del provvedimento**, qualora non intervenga la decisione del tribunale di sorveglianza entro il termine perentorio di trenta giorni.

In definitiva, alla luce dell'ampia disamina, si può sostenere che il giudice rimettente abbia messo puntualmente in evidenza il **carattere assolutamente atipico della procedura di revoca** di cui al d.l. n. 29 del 2020, non riscontrabile in alcun modello procedimentale previsto dinanzi alla magistratura di sorveglianza. In aggiunta, si è puntualmente rilevato che, proprio in **materia di revoca di misure alternative**, la pienezza del contraddittorio apparirebbe quale «**caratteristica indefettibile**». Al riguardo, sono state opportunamente ricordate le indicazioni della legge delega 23 giugno 2017, n. 103, la quale, nell'indirizzare gli interventi di modifica dell'ordinamento penitenziario, prevedeva una semplificazione delle procedure, con l'unica eccezione di quelle relative alla revoca delle misure alternative alla detenzione.

Peraltro, il giudice *a quo* ha preso atto degli arresti della Corte costituzionale, secondo cui sarebbero compatibili con i diritti di difesa procedimenti a **contraddittorio eventuale o differito**, vale a dire caratterizzati da una decisione assunta *de plano* a cui segue il contraddittorio pieno. Tuttavia, secondo quanto emerge dalla pronuncia, nel caso di specie ciò non si verificherebbe, in quanto il procedimento in esame si inserirebbe «in una sequenza che ha già attraversato una fase interinale del procedimento».

Ma vi è di più. È stato osservato che anche a voler ammettere che alla revoca del provvedimento faccia seguito una pronuncia del tribunale di sorveglianza, in analogia con quanto disciplinato dall'art. 684 c.p.p., ciò avverrebbe in un tempo alquanto lungo, pari a sessanta giorni ai sensi del combinato disposto degli artt. 47-ter, comma 1-quater e 47, comma 4, ord. penit. Termine, peraltro, meramente ordinatorio, alla cui inosservanza non seguirebbe, dunque, alcuna inefficacia del provvedimento.

In aggiunta a tali rilievi, il giudice ha **contestato la portata retroattiva** della novella, secondo quanto previsto dall'art. 5 d.l. n. 29 del 2020, pur senza eccepire formalmente la violazione dell'art. 25, comma 2, Cost. Nello specifico, si è osservato che le carenze descritte apparirebbero ancora più gravi rispetto a rivalutazioni che devono intervenire con riferimento a provvedimenti emessi anteriormente all'entrata in vigore della disciplina. In queste ipotesi, infatti, l'interessato si vedrebbe privato, come

del resto avvenuto nel caso di specie, di una rivalutazione ampia della sua posizione, condotta unicamente dinanzi al tribunale di sorveglianza, nel pieno rispetto del contraddittorio.

Per concludere, è stato prospettato un **contrasto della nuova disciplina con l'art. 3 Cost.**, sotto due differenti profili.

In primo luogo, è stata riscontrata una disparità di trattamento della fattispecie in esame rispetto ai casi in cui sia già stata adottata in via definitiva la decisione sull'ammissione alla detenzione domiciliare surrogatoria da parte del tribunale di sorveglianza. Evidentemente, in quest'ultima ipotesi, secondo quanto emerge dal ragionamento del giudice, il procedimento di rivalutazione sarebbe condotto nel pieno rispetto del contraddittorio. Sicché, in sostanza, la violazione dell'art. 3 Cost. verrebbe in rilievo nella misura in cui si applicherebbe la procedura di rivalutazione secondo le forme del contraddittorio pieno o, viceversa, senza alcuna facoltà della difesa o dello stesso interessato di replicare sui risultati istruttori, «soltanto in base al dato del tutto casuale che rispetto alla pronuncia interinale del magistrato di sorveglianza sia già intervenuta la decisione in via definitiva dinanzi al tribunale di sorveglianza, oppure la stessa risulti calendarizzata in tempi successivi, in connessione ad esempio con ruoli d'udienza particolarmente gravati».

In secondo luogo, – ha proseguito il giudice *a quo* – il contrasto della novella con l'art. 3 Cost. si manifesterebbe anche sotto un profilo soggettivo, in quanto riferita specificamente ai **condannati di determinate tipologie di delitti**, non corrispondenti, oltretutto, all'elenco di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. In sostanza, per effetto di tale previsione, opererebbe solo nei confronti degli autori di tali reati, secondo una scelta che è stata ritenuta irragionevole, «un procedimento meno garantito e fortemente orientato verso il ripristino della detenzione». Verrebbe, in definitiva, attribuito alla presunzione di speciale pericolosità derivante da questi delitti un rilievo tale da superare il giudizio compiuto in maniera individualizzata nel provvedimento provvisorio adottato dal magistrato di sorveglianza. E ciò – ha chiarito il giudice rimettente – in un contesto che non attiene al trattamento, ma alla tutela dei diritti fondamentali di cui agli artt. 32 e 27, comma 3, Cost.

3. Una questione fondata. – L'ordinanza in esame appare condivisibile nel suo nucleo fondamentale. In effetti, la disciplina contenuta nell'art. 2 d.l. n. 29 del 2020 sembra attribuire al magistrato di sorveglianza un potere-dovere di intervenire *de plano* per disporre la revoca del precedente provvedimento provvisorio con cui aveva disposto la misura, in assenza di alcun contraddittorio.

Né pare percorribile la strada – valutata solo implicitamente dal giudice – di un'interpretazione costituzionalmente orientata. L'unica via sarebbe quella che passa per l'art. 51-ter ord. penit.: si potrebbe insomma ritenere che la disciplina introdotta dall'art. 2 d.l. n. 29 – laddove richiama il magistrato di sorveglianza – si limiti a prospettare semplicemente una nuova ipotesi di attivazione ufficiosa del magistrato di sorveglianza ai fini dell'adozione di un provvedimento provvisorio di sospensione della misura simmetrico a quello adottato in precedenza e fatta comunque salva la decisione del tribunale da adottare entro trenta giorni. Così interpretata, la norma sarebbe compatibile con il dettato costituzionale perché l'attivazione del contraddittorio verrebbe soltanto differita: il tribunale, insomma, non dovrebbe pronunciarsi sulla concessione provvisoria della misura ma, alla luce del mutamento fattuale che ha indotto il magistrato a ritornare sui propri passi, sul nuovo provvedimento di revoca. Il punto è il tenore letterale dell'art. 2, comma 3: laddove parla espressamente di "revoca della misura", anche da parte del magistrato, sembra frapporre un ostacolo insormontabile rispetto a tale lettura costituzionalmente orientata.

Non resta dunque che prendere atto che la saldatura di due **paradigmi normativi emergenziali** – quello collegato alla criminalità organizzata e quello del coronavirus[12] – ha indotto il governo a plasmare un procedimento di revoca della detenzione domiciliare surrogatoria o del differimento dell'esecuzione della pena – concesso provvisoriamente dal magistrato di sorveglianza – privo dei connotati basilari della giurisdizionalità. Di fronte all'urgenza di rivalutare la posizione di centinaia di soggetti scarcerati[13], si è pensato di poter **derogare ai canoni fondamentali desumibili dagli artt. 13, 24, comma 2, 27, comma 3, 111 Cost.**, come se quella esecutiva fosse una **vicenda puramente amministrativa, nella quale non vengono in gioco i beni più preziosi dell'individuo, quali la salute e la libertà personale dell'individuo, ma solo interessi pubblici la cui valutazione può essere affidata esclusivamente alle amministrazioni pubbliche. Prima tra tutte quella chiamata a promuovere la repressione dei reati (art. 73 ord. giud.).**

Peraltro, già nel lontano 1968, la Corte costituzionale aveva riconosciuto che non contano le etichette formali, bensì «l'interesse umano oggetto del procedimento»: quando viene in gioco «quello supremo della libertà personale», va riconosciuto al soggetto interessato «il diritto allo svolgimento di una integrale difesa»; insomma, «secondo lo spirito della norma costituzionale si deve [...] ritenere necessaria la conoscenza delle investigazioni e degli accertamenti compiuti dal giudice e dei loro risultati relativamente all'intero corso del procedimento, e [...] l'assistenza tecnica di un difensore, da rendersi, oltre tutto, obbligatoria e non facoltativa»[14].

Per di più, secondo l'orientamento dottrinale prevalente sono pacificamente applicabili ai procedimenti di sorveglianza i **principi generali riconosciuti nei primi due commi dell'art. 111 Cost.**, tra i quali il canone di parità delle parti^[15]; il quale è destinato a venire in rilievo soprattutto nei casi in cui la giurisdizione di sorveglianza si configuri come **processo di parti**, ossia specificamente **nel caso di revoca delle misure alternative**[16].

Tanto basta a ritenere la previsione introdotta nel maggio 2020 costituzionalmente illegittima nella parte in cui prevede un procedimento *sui generis* di revoca della detenzione domiciliare o del differimento di pena affidato allo stesso magistrato di sorveglianza, non coordinato in alcun modo con il procedimento instaurato presso il tribunale e privo delle garanzie basilari per la difesa dell'interessato, che non è posta in grado di interloquire in modo informato e in condizioni di parità con il rappresentante l'accusa. È ben vero che si tratta di una disciplina di carattere eccezionale, destinata ad applicarsi solo per i provvedimenti adottati per motivi connessi all'emergenza sanitaria da COVID-19; ma ciò non ha alcun rilievo, posto che la Costituzione non consente di sospendere i diritti e i principi fondamentali (quali il diritto di difesa e il canone del contraddittorio) nel caso di emergenza.

Peraltro, la stessa **disparità di trattamento** derivante dalla circostanza che le misura sia già stata o meno ratificata dal tribunale di sorveglianza costituisce ulteriore argomento pienamente condivisibile a sostegno dell'illegittimità. **Meno convincente** invece il passaggio dell'ordinanza che fa leva sull'**applicazione retroattiva della nuova disciplina**: è ben vero che recentemente la Corte costituzionale ha ridisegnato il perimetro applicativo del principio di irretroattività di cui all'art. 25, comma 2, Cost., estendendolo in modo assolutamente innovativo anche alla disciplina dell'esecuzione[17]. La condizione però è che la legge sopravvenuta «comporti, rispetto al quadro normativo vigente al momento del fatto, una trasformazione della natura della pena e della sua incidenza sulla libertà personale»[18]. Ciò che non può dirsi accaduto con una novella di rilevanza strettamente processuale come quella in esame.

4. L'auspicio di un intervento correttivo in sede di conversione. – In conclusione, non si può che auspicare che il Parlamento corregga la *défaillance* in sede di conversione del decreto-legge n. 29, intervenendo sull'ipotesi – che genera la problematica segnalata dall'ordinanza in esame – nella quale la misura alternativa sia stata disposta in via provvisoria dal magistrato di sorveglianza.

Si potrebbe prevedere che, in tal caso, la decisione del magistrato di sorveglianza di caducazione del precedente provvedimento provvisorio abbia natura speculare alla concessione e sia quindi un **provvedimento meramente interinale**, destinato a perdere effetto non appena intervenga la decisione del tribunale. Ad ogni modo, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 51-ter ord. penit., si potrebbe stabilire un termine perentorio di trenta giorni per la decisione in contraddittorio: nel caso di mancato rispetto di tale cadenza, il provvedimento provvisorio di revoca perderebbe efficacia [19].

Per altro verso, tenuto conto che le tempistiche di attivazione del tribunale di sorveglianza sono incompatibili con i termini contemplati dal d.l. n. 29 per la rivalutazione, forse avrebbe senso introdurre un **meccanismo speciale di sospensione cautelativa** – riferito ai delitti di criminalità organizzata e per l'emergenza sanitaria – **analoga a quella dell'art. 51-ter ord. penit**. Si potrebbe insomma chiarire esplicitamente – onde prevenire altri problemi nella prassi – che il magistrato di sorveglianza ha il potere di attivarsi in via provvisoria anche per i provvedimenti adottati dal tribunale, salva la decisione (da adottare entro il termine perentorio di trenta giorni) del tribunale stesso.

Giova infine rilevare che, visto che la Commissione giustizia del Senato ha deciso di procedere in parallelo alla conversione dei d.l. n. 28 e 29 del 2020[20] e poi il Governo ha fatto confluire il testo del d.l. n. 29 nel disegno di legge di conversione del d.l. n. 28[21], avrebbe senso rendere omogeneo l'ambito di applicazione dei meccanismi considerati dai due provvedimenti. Per un verso, sarebbe ragionevole estendere il parere del procuratore distrettuale e del procuratore nazionale, contemplato dal secondo decreto, anche alla fattispecie di differimento della pena previsto dal primo decreto. Per altro verso, sarebbe opportuno uniformare il richiamo alle fattispecie delittuose, se è vero che il primo provvedimento d'urgenza fa riferimento - con riguardo al parere del procuratore distrettuale e del procuratore nazionale previsto a monte per la concessione del permesso di necessità e della detenzione domiciliare surrogatoria – ai reati di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater c.p.p., mentre il secondo – in ordine al parere degli stessi organi contemplato a valle in sede di rivalutazione della misura adottata nel periodo dell'emergenza – allude ai delitti di cui agli articoli 270, 270-bis, 416-bis c.p. e 74, comma 1, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, o ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione mafiosa, o al delitto commesso con finalità di terrorismo ai sensi dell'articolo 270-sexies c.p. Disparità che appaiono davvero singolari e che si possono spiegare solo pensando che il governo abbia provveduto, di volta in volta, avendo in mente specifiche fattispecie e provvedimenti puntuali della magistratura di sorveglianza. Ciò che non è evidentemente consentito, anche nello stato d'emergenza che stiamo vivendo.

- [1] Per un primo commento all'ordinanza di rimessione, v. M. Bortolato, *Alla Corte costituzionale il decreto-legge sulle "scarcerazioni"*, in *Quest. giust.*, 29 maggio 2020.
- [2] Ci si riferisce alle due ordinanze, di pari tenore, emesse dal Tribunale di Siena, con cui è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 83, comma 4, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, per contrasto con l'art. 25, comma 2, Cost.: cfr. ord., Trib. Siena, 21 maggio 2020, n. 1; ord., Trib. Siena, 21 maggio 2020, n. 2, in questa *Rivista*,

- 27 maggio 2020, con nota di G.L. Gatta, <u>Sospensione della prescrizione ex art. 83, co. 4 d.l. n. 18/2020: sollevata questione di legittimità costituzionale</u>. Inoltre, è della medesima data l'ordinanza del Tribunale di Spoleto, con cui è stata rimessa questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, lett. *d*), d.l. 30 aprile 2020, n. 28, per contrasto con gli artt. 70 e 77 Cost. (Trib. Spoleto, ord. 21 maggio 2020, in *questa Rivista*, 1° giugno 2020, con nota di G. Santalucia, <u>I ripensamenti sul processo da remoto all'esame della Corte costituzionale</u>). Più di recente, va segnalato che, il 27 maggio 2020, pure il Tribunale di Spoleto, sulla falsariga del Tribunale di Siena, ha sollevato con due ordinanze una questione di legittimità costituzionale dell'art. 83, comma 4, d.l. n. 18 del 2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27 del 2020, per contrasto con gli artt. 25, comma 2 e 117, comma 1, Cost., rispetto all'art. 7 CEDU: v. Trib. Spoleto, ord. 27 maggio 2020, n. 1; Trib. Spoleto, ord. 27 maggio 2020, n. 2, in *questa Rivista*, 2 giugno 2020, con commento di F. Lazzeri, <u>Regime intertemporale della sospensione della prescrizione nel d.l. 18/2020: anche il Tribunale di Spoleto solleva questione di legittimità costituzionale</u>.
- [3] In termini molto equilibrati, sulla catena normativa dell'emergenza, per tutti, M. Luciani, <u>Il</u> sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza, in Consultaonline, 11 aprile 2020.
- [4] Tra i primi commenti al d.l. 10 maggio 2020, n. 29, v. G. Fiandaca, <u>Scarcerazione per motivi di salute, lotta alla mafia e opinione pubblica</u>, in questa Rivista, 19 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 Giustizia Insieme, 12 maggio 2020; G. Pestelli, D.L. 29/2020: obbligatorio rivalutare periodicamente le scarcerazioni connesse all'emergenza Covid-19, in Quotidiano Giuridico, 13 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 Leg. pen., 26 maggio 2020, p. 31 e ss.
- [5] Si vedano, in particolare, le efficaci considerazioni svolte da G. Fiandaca, *Scarcerazione per motivi di salute*, cit.
- [6] In argomento, cfr. P. Canevelli, La magistratura di sorveglianza tra umanità della pena e contrasto alla criminalità organizzata: le soluzioni contenute nel D.L. 30 aprile 2020, n. 28, in Giustizia Insieme, 8 maggio 2020; A. Della Bella, Emergenza COVID e 41 bis: tra tutela dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche, in questa Rivista, 1° maggio 2020; nonché, volendo, M. Gialuz, L'emergenza nell'emergenza: il decreto-legge n. 28 del 2020, tra ennesima proroga delle intercettazioni, norme manifesto e "terzo tempo" parlamentare, in questa Rivista, 1° maggio 2020.
- [7] In questi termini, G. Fiandaca, Scarcerazione per motivi di salute, cit.
- [8] Profilo che era stato censurato dalla Giunta dell'Unione delle Camere Penali Italiane, <u>I penalisti sul DL scarcerazioni: una vergogna</u>, 10 maggio 2020; nonché <u>Memoria per l'audizione dinanzi alla Commissione Giustizia del Senato della Repubblica del 13 maggio 2020. Le considerazioni dell'Unione delle Camere Penali Italiane.</u>
- [9] In particolare, è stata richiamata Corte cost., ord. 5 dicembre 2003, n. 352, in www.cortecostituzionale.it.
- [10] V. Corte cost., ord. 19 luglio 2005, n. 291, in www.cortecostituzionale.it.

- [11] Cfr., da ultimo, F. Della Casa G. Giostra, *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2020, p. 277.
- [12] Cfr. G.L. Gatta, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in questa *Rivista*, 2 aprile 2020, secondo il quale «così come il diritto del terrorismo o della criminalità organizzata, il diritto del coronavirus è un diritto dell'emergenza, che comprime libertà fondamentali».
- [13] Cfr. L. Milella S. Palazzolo, *Mafiosi e trafficanti, in 376 fuori dal carcere per l'emergenza virus*, in *repubblica.it*, 3 maggio 2020.
- [14] Così, Corte cost., 9 maggio 1968, n. 53, in www.cortecostituzionale.it.
- [15] Si vedano, tra i tanti, G. Dean, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, p. 10; F. Della Casa, *I riflessi del "nuovo" art. 111 Cost. sul procedimento di sorveglianza*, in *Rass. penit. crim.*, 2002, p. 144; P. Dell'Anno, *L'intervento della giurisdizione esecutiva*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, vol. IV, a cura di L. Kalb, Milano, 2015, p. 638; C. Fiorio, *Procedimenti e provvedimenti penitenziari*, in *Trattato di procedura penale. Modelli differenziati di accertamento*, t. I, a cura di G. Garuti, Torino, 2011, p. 706.
- [16] In tal senso, F. Della Casa, I riflessi del "nuovo" art. 111 Cost., cit., p. 141.
- [17] Ci si riferisce a Corte cost., 12 febbraio 2020, n. 32, in questa *Rivista*, 23 marzo 2020, con nota di V. Manes F. Mazzacuva, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale.*
- [18] Testualmente, Corte cost., 12 febbraio 2020, n. 32, § 4.
- [19] In tal senso, sembra apprezzabile nell'intento l'emendamento 2.0.1/10 presentato il 3 giugno in Commissione giustizia del Senato dai relatori, secondo il quale «quando il magistrato di sorveglianza procede alla valutazione del provvedimento provvisorio di ammissione alla detenzione domiciliare o del differimento della pena, i pareri e le informazioni acquisiti ai sensi dei commi 1 e 2 e i provvedimenti adottati all'esito della valutazione sono trasmessi immediatamente al tribunale di sorveglianza, per unione a quelli già inviati ai sensi degli articoli 684, comma 2, del codice di procedura penale, e 47-ter, comma 1-quater, della legge 26 luglio 1975, n. 354. Nel caso in cui il magistrato di sorveglianza abbia disposto la revoca della detenzione domiciliare o del differimento della pena adottati in via provvisoria, il tribunale di sorveglianza decide sulla ammissione alla detenzione domiciliare o sul differimento della pena entro trenta giorni dalla ricezione del provvedimento di revoca, anche in deroga al termine previsto dall'articolo 47, comma 4, legge 26 luglio 1975, n. 354. Se la decisione del tribunale non interviene nel termine prescritto, il provvedimento di revoca perde efficacia»
- [20] Cfr. l'intervento del Presidente della 2^a Commissione permanente nella seduta del 14 maggio 2020 (Resoconto sommario n. 164).
- [21] Cfr. l'emendamento 2.0.1. depositato dal Governo in Commissione Giustizia al Senato (3 giugno 2020).



Ufficio di Sorveglianza di Spoleto

N. SIUS 2020/2725

Gal 0881 NASO

IL MAGISTRATO DI SORVEGLIANZA

rilevato che, ai sensì dell'art. 2 d.l. 10.05.2020 n. 29, è iscritto procedimento relativo a nato a già ristretto presso la Casa Circondariale di

in esecuzione della pena di cui alla sentenza Corte Appello Napoli 30.10.2014, irrevocabile il 21.07.2017, per anni 5 di reclusione, per la rivalutazione del provvedimento con il quale il magistrato di sorveglianza di Spoleto gli ha provvisoriamente concesso la detenzione domiciliare di cui all'art. 47 ter comma 1 ter ord. penit., surrogatoria della sospensione della pena di cui all'art. 147 cod. pen.;

decorrenza pena: 23.07.2017; fine pena: 28.06.2021 (tenuto conto della liberazione anticipata concessagli e della fungibilità riconosciutagli);

vista la documentazione in atti;

acquisito il parere del Procuratore Distrettuale antimafia di Napoli;

OSSERVA

Con provvedimento in data 21.03.2020 il magistrato di sorveglianza di Spoleto concedeva provvisoriamente al la sospensione della pena ex art. 147 cod. pen. nelle forme di cui alla detenzione domiciliare ex art. 47 ter comma 1 ter ord. penit., secondo le disposizioni contenute negli art. 684 cod. proc. pen. e 47 ter comma 1 quater ord. penit. (come novellato con d.l. 146/2013, poi convertito il L. 21 febbraio 2014, n. 10).

Nelle motivazioni di quel provvedimento si leggono i seguenti elementi: espia la pena in relazione ad una condanna per associazione a delinquere di stampo mafioso con condotte realizzate tra il 1998 ed il 1994, per la quale gli sono stati comminati anni 5 di reclusione. Segnatamente, è attestata la sua partecipazione ad un gruppo camorristico denominato clan

a marcata connotazione familiare. Il ruolo ricoperto dall'interessato è descritto come di primo piano, quale braccio destro di in particolare nel settore della esazione di tangenti, predisposizione degli stipendi agli associati e verifica dell'afflusso dei proventi illeciti

nelle casse del gruppo. Le sue condizioni di salute sono state più volte valutate dalla competente magistratura di sorveglianza, sino al provvedimento di marzo 2020, con giudizio di compatibilità con la prosecuzione dell'espiazione pena in carcere, pur rilevandosene la gravità, ma evidenziandosi pure la possibilità di fare accesso ai presidi sanitari anche sul territorio mediante autorizzazioni ex art. 11 ord. penit.

Nelle relazioni sanitarie pervenute per la valutazione sul differimento della pena di marzo scorso si legge che il detenuto è affetto da esiti di trapianto di fegato del '96 per pregressa cirrosi, in buon riscontro clinico ma con necessità di continuare il trattamento con immunosoppressore e immunoglobuline anti-HBV, diabete mellito tipo II, portatore di pacemaker, ipertensione arteriosa sistemica. A novembre 2019 risultava sottoposto a visita dermatologica per pregresso epitelioma vasocellulare superficiale alla coscia destra, già curato con terapia farmacologica in grado di far regredire la lesione, mentre si procedeva ad asportazione con crioterapia di una cheratosi seborroica del torace.

Con l'ultima relazione sanitaria del 20.03.2020, il responsabile medico affermava che il condannato, pur non presentando situazioni di attuale incompatibilità con il regime carcerario, in considerazione delle patologie da cui è affetto, in particolare l'immunodeficienza, potrebbe essere particolarmente a rischio in caso di contagio da COVID19.

Nella sua istanza la difesa chiedeva in quella sede un provvedimento urgente, anche ricordando la pendenza presso il Tribunale di sorveglianza di Perugia di un procedimento per l'eventuale differimento della pena rinviato per l'effettuazione di perizia, che l'emergenza sanitaria in corso impediva di ultimare in tempi brevi, attese le restrizioni all'ingresso di tutti gli esterni al penitenziario per ridurre il rischio di diffusione del contagio, e comunque evidenziandosì i tempi lunghi di attesa, incompatibili con l'emergenza.

In atti era inoltre pervenuta nota dell'area trattamentale che documentava come il condannato, di anni 66, ristretto nella sezione Alta Sicurezza dell'istituto penitenziario, mantenesse buona condotta, seppur limitata dalle condizioni patologiche che vive. Si allegavano riferimenti anche al coeso nucleo familiare, che lo ha sempre supportato nel corso della detenzione. Veniva indicata la disponibilità domiciliare della moglie dell'interessato,



sorvegliabilità da parte delle forze dell'ordine preposte ai controlli e confermavano la disponibilità della congiunta e della famiglia a dargli ospitalità. I familiari, aggiungevano le forze dell'ordine, sono immuni da precedenti o pendenze penali. In ulteriori note di p.s., pure in atti in relazione a pregresse decisioni, ne veniva evidenziata la pericolosità sociale deducibile dal reato commesso e dal carisma esercitato in passato dal fratello, esponente della locale criminalità organizzata, ma si aggiungeva pure che, pur non potendosi escludere in relazione al curriculum criminale, non erano in atti elementi per dedurne collegamenti attuali con la criminalità organizzata. In altra nota si diceva che la compagine di appartenenza risultava disfatta a seguito di arresti e collaborazioni con la giustizia, anche se alcuni componenti erano stati attinti da ordinanze di custodia cautelare ancora nel 2014.

Sulla base del descritto compendio istruttorio il magistrato di sorveglianza disponeva, per come già ricordato, la detenzione domiciliare surrogatoria della sospensione dell'esecuzione della pena per gravi motivi di salute, con la seguente motivazione: "tenuto conto delle informazioni pervenute dall'area sanitaria di nonché della sussistenza dell'emergenza epidemiologica legata al COVID19, appare a questo magistrato di sorveglianza che sia necessario disporre il differimento facoltativo della pena in favore del almeno per il tempo dell'emergenza sanitaria e fino a valutazione del competente Tribunale di sorveglianza, in presenza di condannato con patologie gravi e necessitanti costanti contatti con le aree sanitarie territoriali per tenere sotto controllo i valori relativi, che allo stato appare, per come evincibile dall'ultima relazione sanitaria pervenuta il 20.03.2020, particolarmente a rischio per la condizione di immunodeficienza collegata al trapianto di fegato, nel caso auspicabilmente scongiurato di una diffusione del COVID19 nel contesto penitenziario. D'altra parte l'interessato è ristretto in sezione detentiva dove è difficile mantenere il distanziamento sociale richiesto dalle disposizioni emanate per la prevenzione del contagio e rispetto ai contatti con le aree sanitarie esterne vede inevitabilmente ridotta la possibilità di farvi accesso, è inoltre dato drammaticamente noto che l'incidenza sugli adulti ultrasessantacinquenni (come l'interessato), di tale epidemia è negativa, ove all'età si associno alcune delle patologie da cui il è affetto."

La misura ha avuto regolarmente inizio e sono pervenute, anche in occasione dell'odierno procedimento, note dai Carabinieri di che attestano una condotta in tutto corrispondente alle stringenti prescrizioni proprie della misura domiciliare impostagli (autorizzato

ad allontanarsi dall'abitazione esclusivamente per il tempo strettamente necessario a recarsi presso i presidi sanitari territoriali, con l'accompagnamento di un familiare, dando notizia dell'allontanamento alle forze dell'ordine preposte ai controlli).

Il d.l. 10.05.2020 n. 29 ha previsto nel suo art. 2, per quanto qui di interesse, che quando un condannato per uno dei delitti ivi puntualmente indicati, tra i quali figura anche la partecipazione ad associazione a delinquere di stampo mafioso, reato commesso dall'odierno interessato, è ammesso alla detenzione domiciliare o usufruisce del differimento della pena per motivi connessi all'emergenza sanitaria da COVID-19, il magistrato di sorveglianza (come nel caso di specie) o il tribunale di sorveglianza che ha adottato il provvedimento, acquisito il parere del Procuratore distrettuale antimafia del luogo in cui e' stato commesso il reato, valuta la permanenza dei motivi legati all'emergenza sanitaria entro il termine di quindici giorni dall'adozione del provvedimento e, successivamente, con cadenza mensile. La valutazione è effettuata immediatamente, anche prima della decorrenza dei termini sopra indicati, nel caso in cui il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria comunica la disponibilita' di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta adeguati alle condizioni di salute del detenuto o dell'internato ammesso alla detenzione domiciliare o ad usufruire del differimento della pena.

Sotto il profilo istruttorio si precisa che, prima di provvedere l'autorita' giudiziaria sente l'autorita' sanitaria regionale, in persona del Presidente della Giunta della Regione, sulla situazione sanitaria locale e acquisisce dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria informazioni in ordine all'eventuale disponibilita' di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta in cui il condannato o l'internato ammesso alla detenzione domiciliare o ad usufruire del differimento della pena puo' riprendere la detenzione o l'internamento senza pregiudizio per le sue condizioni di salute.

La decisione dell'autorita' giudiziaria è assunta sulla base della valutazione relativa alla permanenza dei motivi che hanno giustificato l'adozione del provvedimento di ammissione alla detenzione domiciliare o al differimento di pena, nonche' alla disponibilita' di altre strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta idonei ad evitare il pregiudizio per la salute del detenuto. Il provvedimento con cui l'autorita' giudiziaria revoca la detenzione domiciliare o il differimento della pena è immediatamente esecutivo.

L'art. 5 del d.l. prevede poi alcune disposizioni transitorie, alla luce delle quali la rivalutazione

predetta deve essere effettuata anche circa le misure domiciliari già assunte per motivi connessi all'emergenza COVID19 a far data dal 23.02.2020, con decorrenza dei quindici giorni per la prima rivalutazione dal giorno dell'entrata in vigore del decreto legge, avvenuta l'11.05.2020.

Considerati i già succinti contenuti del provvedimento di detenzione domiciliare surrogatoria concessa al nonché della data di emissione, il magistrato di sorveglianza di Spoleto ha dunque proceduto alle richieste istruttorie ai fini dell'odierna rivalutazione, mediante l'acquisizione di una relazione sanitaria aggiornata richiesta per il tramite dei Carabinieri di luogo dove si è stabilito in misura il condannato, di una nota sull'attuale condizione epidemiologica in presso la Regione, interpretata la disposizione di cui all'art. 2 d.l. 29/2020 come riferibile al luogo nel quale l'interessato era ristretto, ed ove, in mancanza di diverse proposte del Dap, potrebbe essere ricollocato in caso di eventuale revoca del provvedimento, di una nota dal Dap sui contenuti richiesti dalla disposizione normativa, ed infine mediante acquisizione di parere da parte della Procura Distrettuale antimafia competente, cui è stata fatta pervenire la documentazione in precedenza acquisita, ai fini della elaborazione di un atto motivato, effettivamente poi trasmesso all'ufficio di sorveglianza.

Il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, con nota pervenuta il 20.05.2020, ha attestato che l'interessato, secondo il sanitario del Dipartimento, è persona in buone condizioni di salute, ma comunque ad elevato rischio di contagio quale trapiantato di fegato. Per questi motivi, in caso di ripristino della detenzione, dovrebbe essere allocato in una struttura dotata di SAI (Assistenza Intensiva) per assicurargli un ambiente maggiormente controllato dal punto di vista igienico. Non può però, si aggiunge, indicarsi anticipatamente con precisione il luogo, poiché le presenze in tali istituti variano continuamente.

La Procura Distrettuale antimafia, informata mediante due successivi invii dei contenuti istruttori raccolti, ha fatto pervenire, in data 25.05.2020, parere contrario alla protrazione della misura domiciliare, corredandolo di ampia nota nella quale afferma di non poter esprimere un giudizio positivo di prognosi circa il pericolo di reiterazione di reati, descrivendo il come persona certamente pericolosa, che ha avuto un ruolo di rilievo in un gruppo criminale estremamente radicato nel territorio di cui trattasi e che, pur avendo visto molti suoi componenti originari tratti in arresto, si è continuamente e sino a data recente rigenerato. Circa i rischi da COVID 19, la DDA aggiunge di aver richiesto alla Casa Circondariale di opportune

informazioni, acquisendole con nota effettivamente poi pervenutale dall'istituto penitenziario, che le consente di affermare che, seppur il ha condiviso la stanza a con altri detenuti, tuttavia nell'istituto penitenziario in oggetto sono state adottate opportune misure di protezione e non si sono ad oggi riscontrati casi di positività né tra il personale né tra la popolazione detenuta.

Dato atto dell'istruttoria documentale che è stato necessario effettuare, il magistrato di sorveglianza ritiene di dover sollevare questioni di legittimità costituzionale relative alla disciplina della rivalutazione periodica frequente della detenzione domiciliare concessa a particolari categorie di condannati ex art. 47 ter comma 1 ter ord. penit. per motivi connessi all'emergenza COVID19, come contenuta nell'art. 2 del d.l. 10.05.2020 n. 29.

In punto di rilevanza appare sufficiente richiamarsi alla ricostruzione della vicenda del per come sopra succinta, aggiungendo che allo scadere in data odierna del quindicesimo giorno dall'entrata in vigore del descritto testo normativo, è richiesto al magistrato di sorveglianza di effettuare la rivalutazione della concessione della misura domiciliare, avendo compiuto le richieste istruttorie predette e previa adeguata considerazione del parere negativo sulla persistenza delle ragioni della concessione pervenuto dalla Procura Distrettuale competente.

E' dunque questa la sede in cui il magistrato di sorveglianza è chiamato a decidere in ordine alla rivalutazione prevista e deve perciò sollevare questione di legittimità costituzionale, che ritiene non manifestamente infondata, dinanzi al Giudice delle leggi, dell'art. 2 del d.l. 29/2020 nella parte in cui, onerando il magistrato di sorveglianza della rivalutazione, prevede un procedimento senza spazi di adeguato formale coinvolgimento della difesa tecnica dell'interessato, senza alcuna comunicazione formale dell'apertura del procedimento e con una conseguente carenza assoluta di contraddittorio, rispetto alla parte pubblica, qui rappresentata in modo inedito dal Procuratore Distrettuale antimafia individuato in relazione al luogo del commesso reato, che deve fornire un obbligatorio, seppur non vincolante, parere sulla permanenza dei presupposti di concessione della misura.

La descritta procedura appare censurabile ai sensi degli art. 24 comma 2 e 111 comma 2 Cost., in particolare appunto poiché si svolge senza adeguato coinvolgimento della difesa e senza il necessario contradditorio delle parti in condizioni di parità.

Occorre premettere che il provvedimento che oggi si è chiamati a rivalutare è stato assunto dal magistrato di sorveglianza ai sensi dell'art. 684 cod. proc. pen. in via provvisoria, in attesa che si

pronunci sul differimento della pena, e la concessione eventuale della detenzione domiciliare, il competente Tribunale di sorveglianza.

Il provvedimento ha dunque, secondo la ricostruzione offerta pacificamente in dottrina, natura interinale ed urgente, 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. Ne risultano derogate, mediante un procedimento caratterizzato da marcati tratti di atipicità, le forme normalmente previste per il procedimento di sorveglianza dagli art. 666 e 678 cod. proc. pen., che tuttavia contraddistinguono la procedura che successivamente si svolge dinanzi al Tribunale di sorveglianza.

Il magistrato di sorveglianza, apprezzata la sussistenza di un fumus boni iuris in ordine alla sussistenza dei presupposti perché il tribunale disponga il rinvio, nonché di un periculum in mora per la salute dell'interessato nella protrazione dello stato detentivo, provvede de plano, senza il coinvolgimento del pubblico ministero e neppure della difesa, che tuttavia può aver avviato, e ordinariamente avvia (anche se è prevista la possibilità di una iniziativa officiosa), il procedimento mediante l'istanza, cui è allegata la documentazione che ritiene utile.

La sede per il ripristino di un contradditorio pieno, garantito dalle disposizioni tipiche del procedimento di sorveglianza, è quella dell'udienza dinanzi al tribunale di sorveglianza, che segue necessariamente quella provvisoria, mentre il provvedimento conserva effetti fino a quella decisione, senza che il legislatore abbia imposto con l'art. 684 cod. proc. pen. al tribunale un termine acceleratorio, entro il quale provvedere, a prescindere dall'esito eventualmente liberatorio della pronuncia interinale.

Si ritiene tuttavia che, in relazione alla istanza di detenzione domiciliare surrogatoria, possa trovare applicazione il richiamo contenuto nell'art. 47 ter comma 1 quater alle disposizioni di cui all'art. 47 comma 4 ord. penit. in quanto compatibili, e tra esse la previsione di un termine acceleratorio, ma meramente ordinatorio, di sessanta giorni dall'emissione del provvedimento provvisorio, che comunque aon perde efficacia fino alla decisione del tribunale di sorveglianza anche se la pronuncia giunga tardivamente.

Le caratteristiche peculiari del procedimento urgente dinanzi al magistrato di sorveglianza e la natura interinale dello stesso giustificano anche l'assenza di previsti mezzi di impugnazione del provvedimento emesso, poiché la sede per il più ampio apprezzamento delle ragioni delle parti è considerata il procedimento che si avvia, ai sensi e con le modalità previste dagli art. 666 e 678 cod. proc. pen., dinanzi al Collegio. E' quella la fase nella quale si assiste al ripristino pieno del contradditorio nella parità delle parti.

Il procedimento per la rivalutazione frequente dei provvedimenti di differimento della pena, introdotto con il d.l. 10 maggio 2020 n. 29, presenta tratti di marcata differenza rispetto a quelli sin qui descritti. E' infatti previsto che sia il magistrato di sorveglianza ad iscriverlo d'ufficio, ad acquisire l'istruttoria per come descritta, ed infine a trasmetterla per il parere sulla persistenza delle ragioni giustificative del differimento o della misura domiciliare alle competenti DDA e, nel solo caso di detenuti ristretti in regime differenziato in peius di cui all'art. 41 bis ord. penit., alla DNA.

Il provvedimento di revoca, eventualmente emesso, è immediatamente esecutivo.

La competenza del magistrato di sorveglianza a rivalutare il proprio provvedimento concessivo permane, all'evidenza, sino a che il tribunale di sorveglianza non provveda in via definitiva e, ove sopravvenga la revoca del provvedimento interinale, non è precisato se si incardini la competenza del Collegio e l'uso dell'espressione "revoca" sembrerebbe deporre, per la verità, in senso negativo.

Se tuttavia si dovesse ritenere percorribile una soluzione affermativa, per uniformità con l'ipotesi di rigetto di un provvedimento provvisorio favorevole, allora il Collegio sarebbe chiamato a pronunciarsi, ma ancora una volta in tempi tutt'altro che esigui (sessanta giorni), e comunque senza il presidio di un'eventuale perdita di efficacia della revoca se il provvedimento non intervenisse, a fronte dell'immediato reingresso in carcere da parte del soggetto, che aveva ottenuto per gravi motivi di salute una misura domiciliare.

Dalla descrizione dei passaggi essenziali della procedura, per come sin qui riassunti, emerge all'evidenza l'assenza, che in tal senso non appare ragionevole, di qualsiasi formale coinvolgimento della difesa dell'interessato, nonostante dalla decisione del magistrato di sorveglianza derivi l'eventuale ripristino della massima privazione della libertà rappresentata dal rientro in carcere, per altro di una persona affetta da rilevanti patologie e già destinataria di una misura volta essenzialmente alla tutela del diritto alla salute (art. 32 Cost.) e ad una detenzione conforme al senso di umanità (art. 27 comma 3 Cost.).

Innanzitutto non è previsto che sia comunicata alla parte l'instaurazione del procedimento. Nel procedimento di rivalutazione, poi, in assenza di un atto introduttivo di parte (cfr. cass. 5 novembre 2013 n. 269), potrebbe persino dubitarsi della legittimazione di quest'ultima o della sua difesa a

produrre memorie e documentazione, tenuto conto della prevista assunzione della decisione senza formalità, de plano e non con lo schema minimale della camera di consiglio. Anche volendo ammetterla tuttavia, come avvenuto nel caso di specie, in cui al fascicolo è stata acquisita memoria del difensore (nominato nel procedimento ex art. 684 cod. proc. pen. già concluso dinanzi al magistrato di sorveglianza, che ha trasmesso gli atti al tribunale di sorveglianza compente per la decisione definitiva), in cui si ribadisce la necessità di una misura domiciliare per consentire all'assistito di curarsi e si ricorda l'inadeguatezza della presa in carico da parte dell'area sanitaria di

la stessa è assolutamente all'oscuro degli elementi essenziali, acquisiti mediante l'istruttoria, e sui quali verterà il giudizio.

Non è infatti previsto che alla difesa sia data contezza dei risultati istruttori e la stessa è privata della facoltà di confrontarsi con i contenuti delle note pervenute: non può ad esempio sapere dove il DAP ritenga che cure adeguate possano essere svolte in favore dell'assistito, ed in qual modo. Non può verificare se queste cure siano le stesse che i medici dell'interessato considerano efficaci e risolutive. Non può confrontarle con quelle che, in ipotesi, abbia già intrapreso durante il periodo trascorso in detenzione domiciliare. Non può, soprattutto, prendere atto dei contenuti del parere della parte pubblica, che invece ha potuto leggere l'intera istruttoria pervenuta e svolgere autonomi approfondimenti istruttori (come avvenuto nel caso di specie, ad esempio mediante nota richiesta direttamente dalla DDA alla Casa Circondariale di e fornire al magistrato di sorveglianza le proprie repliche.

L'intervento della Procura, mediante il suo parere, ed in assenza di una piena interlocuzione con la difesa dell'interessato, appare contraddistinguere della più marcata atipicità la procedura, tanto da non avere eguali nel pur variegato panorama di modelli procedimentali, più o meno semplificati, previsti dinanzi alla magistratura di sorveglianza.

Potrebbe in tal senso richiamarsi il procedimento in materia di liberazione anticipata ex art. 69 bis ord. penit, in cui è comunque prevista una decisione in camera di consiglio, ma senza la presenza delle parti e con richiesta di parere al pubblico ministero, parere che però può non essere atteso ulteriormente, se non interviene entro quindici giorni dalla richiesta.

Non a caso furono sollevati dubbi su tale rito semplificato, introdotto dall'art. 1, comma 2, della legge 19 dicembre 2002, n. 277, dinanzi alla Corte Costituzionale, che li ha sciolti con ordinanze di manifesta infondatezza delle questioni, evidenziando sostanzialmente che la descritta carenza di

contraddittorio, o meglio il sacrificio del diritto di difesa dell'interessato, doveva considerarsi, a fronte di una successiva fase, seppur eventuale, di reclamo a contraddittorio pieno, compatibile con il principio di cui all'art. 24 comma 2 Cost. poiché rispondente ad "esigenze di snellimento procedurale fortemente sentite nella prassi, tenuto conto anche dell'elevato numero delle istanze di cui si discute", a fronte di una istanza di parte che avvia il procedimento e comunque di un numero molto elevato di accoglimenti (cfr. ord. 5 dicembre 2003 n. 352). Soprattutto, i giudici della Consulta riconoscevano che il procedimento avesse un oggetto peculiare: "traducendosi in una mera riduzione quantitativa della pena, finalizzata a «premiare» il condannato che abbia dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione, cui non si accompagna alcun regime «alternativo» a quello carcerario" (cfr. ord. 19 luglio 2005 n. 291).

Sembra dunque che nel caso che ci occupa i rilievi fatti propri dalla Corte Costituzionale per escludere una incompatibilità della disposizione con il diritto di difesa non trovino spazio in questa sede, sia perché il procedimento di rivalutazione ex d.l. 29/2020 non interviene a istanza di parte, ed anzi senza alcun avviso alla stessa, sia perché le richieste istruttorie previste, restringendo il campo della valutazione del magistrato di sorveglianza alla sussistenza di una struttura penitenziaria o di un reparto di medicina protetta in cui possa riprendere l'esecuzione penale intramuraria dell'interessato senza pregiudizio per la sua salute, sollecita evidentemente verso la revoca, incidendo in senso restrittivo rispetto al perimetro valutativo e al giudizio di bilanciamento sotteso al disposto dell'art. 147 cod. pen., sia infine perché in questione non è una mera mutazione favorevole del quantum di pena, come premio di una condotta partecipativa, ma un drammatico nuovo cambiamento nelle modalità di esecuzione della pena, che per altro non conduce dal "dentro" al "fuori", ma in direzione opposta.

Proseguendo nella ricognizione dei molteplici riti che, nel susseguirsi delle modifiche normative, possono leggersi nella materia della sorveglianza, si incontrano diversi profili semplificatori, a volte dettati da esigenze di celerità connesse agli endemici problemi di sovraffollamento ed alle difficoltà dei tribunali di sorveglianza a far fronte alia mole di lavoro. Anche se su alcuni di essi la dottrina da tempo discute della compatibilità con i principi costituzionali, tema che esula dall'orizzonte della presente questione, può apprezzarsi come gli stessi presentino sempre caratteri più garantiti del procedimento disegnato dal d.l. 29/2020, in particolare se si controverte de libertate, e salvo forse soltanto quando ci si occupi di questioni che

comunque non incidono su quell'area di indefettibile contraddittorio, che è proprio quella delle revoche di misure alternative al carcere.

Nell'ambito particolarmente presidiato dal rito di cui agli art. 666 e 678 cod. proc. pen., dopo le novelle che hanno introdotto gli art. 35 bis e ter ord. pen., del procedimento in materia di tutela dei diritti, è previsto ad esempio il meccanismo, per altro assai criticato in dottrina, di cui all'art. 666 comma 2 cod. proc. pen. Il giudice, a fronte di una richiesta che appaia manifestamente infondata per difetto delle condizioni di legge o perché mera riproposizione di una richiesta già rigettata, provvede de plano alla declaratoria di inammissibilità, sentito solo il pubblico ministero.

Tuttavia intanto il provvedimento è qui assunto su impulso della parte e comunque avverso il decreto emesso è proponibile ricorso per cassazione. Inoltre, la S.C. con giurisprudenza consolidata, ha chiarito che "le cadenze procedurali previste dall'art. 35-bis ord. pen. e la scelta legislativa del contraddittorio nel doppio grado di merito impongono, perciò, «di considerare come la possibilità per il magistrato di sorveglianza di emettere un provvedimento fuori dal modello partecipato sia limitata alla sola eccezione prevista dallo stesso art. 35-bis comma 1 ord. pen. laddove fa salvi i casi di "manifesta inammissibilità della richiesta a norma dell'art. 666, comma 2,"» e «soltanto nei casi in cui risulti che la richiesta é "manifestamente infondata per difetto delle condizioni di legge ovvero costituisce mera riproposizione di una richiesta già rigettata, basata sui medesimi elementi». il magistrato di sorveglianza potrà dichiarare con decreto de plano il reclamo inammissibile.» In altri termini, «l'esercizio da parte del magistrato di sorveglianza del potere di cui all'art. 666, comma 2, cod. proc. pen. deve essere limitato alle ipotesi in cui la "presa d'atto" dell'assenza delle condizioni di legge non richieda accertamenti di tipo cognitivo, né valutazioni discrezionali» e «la dichiarazione di inammissibilità risulta possibile solo quando facciano difetto nell'istanza i requisiti posti direttamente dalla legge che non implicano alcuna valutazione discrezionale (Sez. 1, n. 277 del 13/01/2000, rv. 215368).» Sicché, onde evitare il «pericolo che la ricognizione dei presupposti di ammissibilità della domanda involga una implicita valutazione dei merito con la adozione di provvedimenti di sostanziale rigetto in assenza della esplicazione del regolare contraddittorio», «la ... carenza delle condizioni di legge deve essere rilevabile ictu oculi, non deve comportare valutazioni discrezionali, né valutazioni negative fondate su argomentazioni complesse o rese opinabili da possibili differenti ricostruzioni della situazione di fatto posta a base della richiesta». (cass. 16 luglio 2015, n. 876/2016)

E più di recente, sempre la Suprema Corte ha affermato che le carenze che sole giustificano l'inammissibilità della domanda debbono risiedere "nella palmare evidenza di tali difetti nel senso che il loro accertamento non deve richiedere alcun giudizio di merito e apprezzamento discrezionale, né implicare la soluzione di questioni controverse (si confrontino, in linea con l'orientamento qui espresso: Sez. 1, n. 35045 del 18/04/2013, Giuffrida, Rv. 257017; Sez. 1, n. 277 del 13/01/2000, Angemi, Rv. 215368; Sez. 1, n. 2058 del 29/03/1996, Silvestri, Rv. 204688; Sez. 3, n. 2886 del 3/11/1994, Sforza, Rv. 200724). Laddove, invece, non sia rilevabile ictu oculi l'infondatezza della domanda, il decreto di inammissibilità rischierebbe di soppiantare l'ordinanza camerale di rigetto in tutti i casi, anche complessi e delicati, di mancato accoglimento della richiesta, con evidente violazione dei diritti di contraddittorio e di difesa previsti dall'art. 666. commi 3 e 4 cod. proc. pen.. (...) (Le) considerazioni implicanti giudizi di merito e apprezzamenti discrezionali non sono consentiti' nel provvedimento di inammissibilità, emesso ai sensi dell'art. 666, comma 2, cod. proc. pen. senza fissare l'udienza camerale e, quindi, eludendo il procedimento in contraddittorio previsto dall'art. 666 commi 3 e 4 cod. proc. pen., interamente richiamato dall'art. 35 bis ord. oen. in tema di reclamo proposto a norma dell'art. 69, comma 6, ord. pen.." (cass. 23 marzo 2018 n. 43241).

Dunque assai ristretto rispetto a quello di cui all'istituto oggi in esame è il perimetro minimale in cui un sacrificio del contraddittorio (realizzato in forma meramente cartolare, comunque nel confronto tra l'istanza di parte e il parere del p.m.) è in tale contesto consentito, limitato ai casi in cui non vi siano da svolgere accertamenti cognitivi di sorta né debbano compiersi valutazioni discrezionali.

Anche il rito previsto nell'art. 678 comma 1 ult. parte e comma 1 bis cod. proc. pen., mediante il richiamo all'art. 667 comma 4 cod. proc. pen., appare assai differente, perché è assente il coinvolgimento di entrambe le parti nella prima fase del procedimento, che precede la valutazione de plano, e dunque permane una parità delle armi tra difesa e parte pubblica e perché le materie sulle quali è consentito alla magistratura di sorveglianza il rucorso a rale procedura semplificata è evidentemente ritagliato sulle fattispecie (si vedano ad esempio le ipotesi di differimento della pena ai sensi dell'art. 146 comma 1 n. 1 e 2) in cui il merito della decisione è legato a valutazioni a bassissimo tasso di discrezionalità oppure è largamente maggioritaria una valutazione di segno favorevole (si veda l'utilizzabilità del rito semplificato per la valutazione circa la declaratoria di

estinzione pena per positivo esito dell'affidamento, che si giustifica in connessione con l'elevatissimo tasso di successo di quella misura alternativa, per la capacità degli affidati di rispettare le prescrizioni ed evitare la recidiva nel reato). Ad ogni modo, per le ipotesi in cui non si pervenga ad una soluzione favorevole all'interessato, vale la regola generale per la quale le ordinanze de plano adottate ai sensi dell'art. 667 comma 4, in assenza della deroga generale prevista nell'art. 666 comma 7 cod. proc. pen. al principio di cui all'art. 588 comma 1 cod. proc. pen., non sono immediatamente esecutive e, in caso di mancata opposizione, lo diventano alla scadenza del termine di quindici giorni previsto dalla seconda parte dell'art. 667 comma 4 cod. proc. pen. (cfr. cass. 18 giugno 2015, 36754).

Così non è, con ogni conseguenza in termini di ragionevolezza, tenuto conto della materia sensibilissima di cui si parla, , per la revoca del provvedimento concessivo della misura domiciliare per motivi di salute, immediatamente esecutiva, attesa l'espressa previsione contenuta nell'art. 2 d.l. 10 maggio 2020, n. 29.

Il rito previsto nell'art. 678 comma 1 ter cod. proc. pen., recentemente introdotto con d.lgs. 123/2018, in relazione a peculiari ipotesi di valutazione dell'eventuale concessione di misure alternative alla detenzione nei confronti di persone non ristrette in carcere che debbano espiare pene non superiori a diciotto mesi, consente pure l'emissione di una ordinanza provvisoria da parte del magistrato relatore individuato dal Tribunale di sorveglianza, ma ancora una volta l'emissione del provvedimento (che solo se concessiva di una misura alternativa al carcere è comunque suscettibile di essere adottato in questa forma semplificata) segue una istanza della parte, si riscontra l'assenza di contradditorio nel decidere riferibile alla difesa e alla parte pubblica, ma sono previste opportune successive comunicazioni e termini per proporre l'opposizione, in cui viene ripristinato l'ordinario rito a contraddittorio pieno di cui all'art. 666 comma 4 cod. proc. pen., con esecuzione sospesa dell'ordinanza fino alla pronuncia sulla stessa da parte del tribunale di sorveglianza, con il rito pienamente garantito.

La decisione inaudita attera parte ai sensi dell'art. 51 bis ord. pen. in presenze di sopravvenuti nuovi titoli di privazione della libertà sembra trovare giustificazione nella mera valutazione aritmetica che il magistrato di sorveglianza deve compiere, su richiesta del pubblico ministero, tenuto conto del cumulo delle pene sopravvenuto, circa la permanenza delle condizioni di applicabilità della misura in esecuzione, e dunque anche in questo caso con un quasi inesistente

tasso di discrezionalità residua.

La procedura ai sensi dell'art. 51 ter ord. pen. (rubricato sospensione cautelativa delle misure alternative) è rivolta ai casi in cui la persona in misura alternativa ponga in essere comportamenti suscettibili di determinarne la revoca e prevede, per altro, per come costruita all'esito della novellazione avvenuta con il d.lgs. 123/2018, che in tali casi il magistrato di sorveglianza dia comunicazione al tribunale di sorveglianza affinché decida, nel contradditorio delle parti, sulla prosecuzione, sostituzione o revoca della misura. Soltanto eventualmente, e residualmente, si direbbe, può essere disposta, con decreto motivato, la provvisoria sospensione della misura alternativa e ordinato l'accompagnamento in istituto del trasgressore, ma con provvedimento che comunque perde efficacia se la decisione del tribunale non interviene entro trenta giorni dalla ricezione degli atti.

Si apprezza in questi casi residuali, dunque, da un lato la necessità particolarmente spiccata di una azione urgente da parte del magistrato di sorveglianza, in correlazione con comportamenti del tutto incompatibili con la prosecuzione della misura posti in essere dal condannato, l'assenza di interventi della parte privata e di quella pubblica, in parità, prima del provvedimento di eventuale sospensione, e comunque l'imposizione di uno stringente termine acceleratorio per la valutazione, nel pieno contraddittorio delle parti, dinanzi al Tribunale di sorveglianza, il cui mancato rispetto comporta la perdita di efficacia del provvedimento di sospensione emesso.

Non a caso, per altro, il legislatore utilizza la nozione di sospensione, che rinvia alla natura interinale del provvedimento, in attesa del pieno ripristino del contraddittorio, e che è ben diversa da quella utilizzata nell'art. 2 del d.l. 29/2020, in cui si parla di revoca e che del carattere di quest'ultima ha una certa stabilità senza garanzie di un sollecito, immancabile, sversarsi nella valutazione del tribunale di sorveglianza.

D'altra parte il campo delle revoche di misure alternative alla detezione è proprio quello in cui la pienezza dei contraddittorio appare caratteristica indefettibile. Le si evince, ancora una volta, da ultimo, dalle indicazioni contenute nella legge delega 23 giugno 2017, n. 103, nella parte in cui, nell'art. 1 comma 85, indirizzava gli interventi di modifica dell'ordinamento penitenziario, poi solo in parte attuati anche per come sopra significativamente ricordato, prevedendo che si approntasse una "semplificazione delle procedure, anche con la previsione del contraddittorio differito ed eventuale, per le decisioni di competenza del magistrato e del Tribunale di sorveglianza,

fatta eccezione per quelle relative alla revoca delle misure alternative alla detenzione".

Per queste ultime la garanzia fornita dalla valutazione operata esclusivamente dal Tribunale di sorveglianza è infatti sia connessa alla collegialità del giudicante, con la sua più ampia e ponderata capacità di apprezzamento, sia determinata dallo spazio pieno che vi trova il contraddittorio nella parità delle parti e innanzitutto il ruolo indefettibile della difesa, presidiato dal rito di cui agli art. 666 e 678 cod proc. pen. e dalla nullità assoluta che interviene a fulminare il provvedimento assunto in presenza di vicende patologiche che l'abbiano in qualche modo compromesso (cfr., tra le altre, cass. 24 settembre 2018, n. 50475 e cass. 18 settembre 2019 n. 43854).

Dalla disamina di queste differenti ipotesi emerge l'assoluta atipicità della procedura oggi disegnata dal d.l. 10 maggio 2020 n. 29, che per altro dispiega i suoi effetti anche retroattivamente, per quanto impone l'art. 5 (disposizioni transitorie).

Ne deriva che un condannato per particolari tipologie di reati che, come l'odierno interessato, abbia ottenuto un provvodimento di sospensione dell'esecuzione della pena nelle forme della detenzione domiciliare per gravi motivi di salute connessi all'emergenza sanitaria COVID19, e che sia stato perciò reimmesso in luogo esterno di cura o presso la propria abitazione, ritenuti luoghi idonei alla miglior cura delle proprie condizioni patologiche, possa oggi vedersi revocato il provvedimento accordato, senza essere stato neppure formalmente informato dell'apertura di questo procedimento, che deriva da una disposizione normativa sopravvenuta alla sua fuoriuscita dal carcere e che sconvolge la prospettiva descritta nel provvedimento concessivo del magistrato di sorveglianza.

Il provvedimento provvisorio di concessione prevedeva infatti espressamente che la sua posizione sarebbe stata rivalutata, ed eventualmente confermata, dinanzi al Tribunale di sorveglianza nel pieno contraddittorio delle parti. Oggi invece, con l'odierno procedimento, una rivalutazione avviene senza che lui stesso e la sua difesa abbiano preso cognizione dei contenuti istruttori raccolti e soprattutto del parere obbligatorio richiesto alla Procura distrettuale antimafia, e senza aver potuto adeguatamente interloquire in modo conseguente.

Non ignora il magistrato di sorveglianza rimettente l'insegnamento della Corte Costituzionale relativo alla piena compatibilità con il diritto di difesa dei "modelli processuali a contraddittorio eventuale e differito: caratterizzati cioè – in ossequio a criteri di economia processuale e di massima speditezza – da una decisione de plano seguita da una fase a contraddittorio pieno" (cfr., in questo

senso, ex plurimis, ordinanze n. 292 del 2004; n. 257, n. 132, n. 131 e n. 32 del 2003) "e ciò conformemente al 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" (cfr. ord. 19 luglio 2005, n. 291).

Nel caso di specie tuttavia si apprezza l'innesto di una ulteriore nuova fase, per altro dai tratti urgenti e provvisori dubbi, in una sequenza che ha già attraversato una fase interinale del procedimento avente ad oggetto la concessione di una misura di sospensione dell'esecuzione della pena, anche nelle forme della detenzione domiciliare ex art. 47 ter comma 1 ter ord. penit., e che avrebbe trovato il suo naturale sbocco nella successiva fase, a contraddittorio pieno, dinanzi al tribunale di sorveglianza, con salvezza delle sue conseguenze, in senso reiettivo o concessivo, sino a quel momento.

Questa fase di nuova introduzione, in cui fa accesso, per la prima volta, con un suo parere obbligatorio, la parte pubblica, senza alcuna possibilità di replica della controparte, sfocia in un provvedimento che sembra persino caratterizzato da stabilità, portando il nome di revoca del provvedimento inizialmente emesso, invece che di sospensione, e che ha in ogni caso l'effetto dirompente di ricondurre in vinculis il condannato, che era stato ammesso alla misura extramuraria.

Tale quadro mostra elementi di carente tutela, sol che si riporti alla mente che, anche a voler estendere a tale revoca la garanzia di un passaggio obbligatorio dinanzi al Tribunale di sorveglianza, in analogia con quanto previsto per la pronuncia emessa ex art. 684 cod. proc. pen., ciò avviene in un tempo lungo (sessanta giorni, ove applicabile il termine richiamato dagli art. 47 ter comma 1 quater e 47 comma 4 ord. penit.) e senza che il provvedimento che ha inciso la libertà personale subisca alcuna inefficacia, ove tale tempistica non sia rispettata. E ciò senza aggiungere che assai dubbio finisce per diventare l'oggetto della valutazione collegiale, chiamata ad abbracciare tanto l'iniziale provvisoria concessione della misura, quanto la sua revoca.

Tali criticità, costituzionalmente rilevanti alla luce degli art. 24 comma 2 e 111 comma 2 Cost., sembrano configurare vulnera ai diritto alla difesa tecnica ed al principio del contraddittorio nella parità delle parti imposti perché si configuri un giusto processo, non ragionevoli e particolarmente gravi perché ciò accade in relazione ad un procedimento di rivalutazione che può condurre alla revoca di una misura extramuraria concessa per motivi di salute ed al ripristino della privazione della libertà in carcere.

Se ciò determina dunque dubbi di costituzionalità che il rimettente non può che sottoporre al vaglio del Giudice delle leggi, e che si pongono anche rispetto a provvedimenti di provvisoria concessione della misura domiciliare concessi dal magistrato di sorveglianza a partire dall'entrata in vigore del decreto legge, l'11 maggio 2020, per le ragioni sopra enunciate, le gravi carenze descritte si appalesano ancor più critiche con riferimento alle rivalutazioni che intervengano su provvedimenti già emessi, come pure previsto dalla disposizione transitoria di cui all'art. 5 d.l. 10 maggio 2020 n. 29, poiché in tali casi si determina l'azzeramento della previsione che il condannato destinatario doveva farsi, prima dell'entrata in vigore del decreto legge, di una rivalutazione più ampia della sua posizione, unicamente dinanzi al Tribunale di sorveglianza nel pieno contraddittorio delle parti.

Deve dunque porsi all'esame della Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 del d.l. 10 maggio 2020 n 29, nella parte in cui prevede che proceda a rivalutazione del provvedimento di ammissione alla detenzi. ne domiciliare o di differimento della pena per motivi connessi all'emergenza sanitaria da COVID-19, il magistrato di sorveglianza che lo ha emesso, anche in data antecedente all'entrata in vigore del d.l., alterando, con i descritti vulnera al diritto di difesa ed al contraddittorio in condizioni di parità, l'ordinaria scansione procedimentale che richiede che, alla fase interinale, segua quella dinanzi al Tribunale di sorveglianza con le garanzie previste dal rito di cui agli art. 666 e 678 cod. proc. pen.

Si apprezza sotto tale profilo anche un contrasto con l'art. 3 Cost, nella misura in cui il condannato ammesso alla detenzione domiciliare surrogatoria subisce il procedimento di frequentissima rivalutazione con rito a contraddittorio pieno, oppure senza alcuna possibilità di replica sui contenuti istruttori per sé e per la sua difesa, soltanto in base al dato del tutto casuale che rispetto alla pronuncia interinale del magistrato di sorveglianza sia già intervenuta la decisione in via definitiva dinanzi al tribunale di sorveglianza, oppure la stessa risulti calendarizzata in tempi successivi, in connessione ad esempio con ruoli d'udienza particolarmente gravati.

Il contrasto con l'art. 3 Cost, d'altra parte, sembra porsi anche con riferimento al perimetro soggettivo di tali rivalutazioni, concernenti i soli provvedimenti ammissivi connessi all'emergenza COVID19, quando riferiti ai condannati per alcune tipologie di delitti, secondo un elenco, per altro diverso da quello di cui all'art. 4 bis ord. penit., contenuto nell'art. 2 d.l. 29/2020 (i condannati e gli internati per i delitti di cui agli art. 270, 270-bis, 416-bis cod. pen. e 74, comma 1 dP.R. 309/90, o

per un delitto commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione mafiosa, o per un delitto commesso con finalita' di terrorismo ai sensi dell'art. 270-sexies cod. pen., nonche' i condannati e gli internati sottoposti al regime previsto dall'art. 41-bis ord. penit.).

Pur essendo stati tutti adottati dal magistrato di sorveglianza sulla base di un giudizio di bilanciamento, previsto dall'art. 147 cod. pen., tra esigenze di cura in connessione con l'emergenza sanitaria e profili di pericolosità concreta, soltanto i provvedimenti concessivi relativi ai condannati per i gravi reati rientranti nell'elenco da ultimo citato dovranno essere frequentemente rivalutati, con le carenze di contraddittorio sin qui evidenziate, e sino a che il tribunale di sorveglianza non si pronunci.

In tal senso non può non rilevarsi come questa opzione normativa finisca per assegnare ad alcuni autori di reato soltanto, senza che questa cernita si colleghi in alcun modo ad una speciale incidenza sugli stessi dell'emergenza sanitaria da COVID19, e con scelta della cui ragionevolezza si dubita, un procedimento meno garantito e fortemente orientato verso il ripristino della detenzione, attribuendo alla presunzione di speciale pericolosità derivante dalla commissione di un certo reato (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.) una portata che finisce per travalicare il giudizio in concreto già compiuto sul punto, in modo individualizzato, nel provvedimento provvisorio emesso dal magistrato di sorveglianza.

Ad avviso del magistrato di sorveglianza scrivente, sussiste dunque contrasto dell'art. 2 d.l. 10 maggio 2020 n. 29, per come sin qui illustrato, con gli art. 3, 24 comma 2 e 111 comma 2 Cost. e pertanto, presuppostane la rilevanza per l'odierno procedimento, deve sollevarsi questione di legittimità costituzionale che si ritiene non manifestamente infondata.

P. Q. M.

Visti gii artt. 134 della Costituzione, 23 e ss. legge 11 marzo 1953, n. 87;

dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 del d.l. 10 maggio 2020 n. 29, nella parte in cui prevede che proceda a rivalutazione del provvedimento di ammissione alla detenzione domiciliare o di differimento della pena per motivi connessi all'emergenza sanitaria da COVID-19, il magistrato di sorveglianza che lo ha emesso, per violazione degli artt. 3, 24 comma 2 e 111 comma 2 Cost.

Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

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

Ordina che a cura della cancelleria la presente ordinanza di trasmissione degli atti sia notificata alle parti in causa ed al pubblico ministero nonché al Presidente del Consiglio dei Ministri e comunicata ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Spoleto, 26.05.2020

Il Magistrato di sorveglianza

Fabir Gianfilippi

Il Funzionabio Giudiziario Dr. Lorena Pelazzari

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
SPOLETO, 26 105 100 20

Il Funzionario Giudiziario
Dr. Loranzi Palazzari