

## **CSM: parere sul decreto-legge n. 29/2020**

Il plenum del Consiglio superiore della magistratura, nella seduta del 17 giugno 2020, ha approvato il [parere sul decreto-legge n. 29 del 2020](#) esaminando anche il contenuto del decreto-legge n. 28, nella parte in cui contiene disposizioni in materia penitenziaria.

In particolare il Consiglio, con riferimento al permesso per gravi motivi, rileva che l'introdotta parere, obbligatorio e non vincolante, del Procuratore del capoluogo del distretto ove è stata emessa la condanna e del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, pur considerando la brevità dei termini e quindi la difficoltà di procedere ad una approfondita istruttoria sulla pericolosità del detenuto, è utile a condizione che contenga informazioni concrete ed attuali, risolvendosi altrimenti in un aggravio procedurale (anche in ragione del fatto che, per i detenuti in esecuzione di pena per più titoli, potrebbero essere coinvolti più procuratori).

Il parere, inoltre, rileva la mancanza di una analoga previsione per i detenuti in custodia cautelare, rendendo necessario chiarire in sede di conversione se tale mancanza sia effettivamente frutto di una espressa volontà del legislatore.

**PARERI E PROPOSTE**

1) **Fasc. 20/PP/2020** – Parere sul Decreto legge 10 maggio 2020 n. 29 recante “misure urgenti in materia di detenzione domiciliare o differimento dell'esecuzione della pena, nonché in materia di sostituzione della custodia cautelare in carcere con la misura degli arresti domiciliari, per motivi connessi all'emergenza sanitaria da COVID-19, di persone detenute o internate per delitti di criminalità organizzata di tipo terroristico o mafioso, o per delitti di associazione a delinquere legati al traffico di sostanze stupefacenti o per delitti commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione mafiosa o con finalità di terrorismo, nonché di detenuti e internati sottoposti al regime previsto dall'articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, nonché, infine, in materia di colloqui con i congiunti o con altre persone cui hanno diritto i condannati, gli internati e gli imputati.”

**(relatore Consigliere MARRA)**

La Commissione propone al *Plenum*, con l'astensione del Consigliere Gigliotti, di adottare la seguente delibera:

«Il Consiglio,

visto il disegno di legge n. 1786 Atto Senato di conversione del Decreto legge 30 aprile 2020 n. 28 recante “*misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta COVID-19*”, ed in particolare l'art. 2 dell'indicato Decreto legge, relativo all'ordinamento penitenziario;

visto il disegno di legge n. 1799 Atto Senato di conversione in legge del Decreto legge 10 maggio 2020 n. 29 recante “*misure urgenti in materia di detenzione domiciliare o differimento dell'esecuzione della pena, nonché in materia di sostituzione della custodia cautelare in carcere con la misura degli arresti domiciliari, per motivi connessi all'emergenza sanitaria da COVID-19, di persone detenute o internate per delitti di*”

*criminalità organizzata di tipo terroristico o mafioso, o per delitti di associazione a delinquere legati al traffico di sostanze stupefacenti o per delitti commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione mafiosa o con finalità di terrorismo, nonché di detenuti e internati sottoposti al regime previsto dall'articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, nonché, infine, in materia di colloqui con i congiunti o con altre persone cui hanno diritto i condannati, gli internati e gli imputati”;*

osserva

## **I. Introduzione. Sintesi degli interventi normativi d’urgenza.**

Il D.L. n. 28/20 del 30 aprile 2020 contiene disposizioni relative ai procedimenti civili e penali e all’ordinamento penitenziario.

Trattandosi di un intervento normativo ampio, riguardante più settori attinenti all’amministrazione della giustizia, nella presente delibera il Consiglio esprime il proprio parere esclusivamente in merito alle innovazioni normative riguardanti l’ordinamento penitenziario, avendo già espresso in precedenza un parere in merito alle norme riguardanti il processo civile e riservando, invece, un separato parere sulle altre norme contenute nel D.L. 28/2020.

Con particolare riferimento al settore penitenziario, con l’art. 2, intitolato “*Disposizioni urgenti in materia di detenzione domiciliare e permessi*”, sono stati implementati gli approfondimenti istruttori da svolgere prima della concessione dei permessi umanitari e della detenzione domiciliare in surroga del differimento pena, prevedendosi la necessità del parere del Procuratore Distrettuale quando i richiedenti siano detenuti per specifici reati commessi in contesti di criminalità organizzata (quelli di cui all’art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p.) e, se sottoposti al regime detentivo differenziato di cui all’art. 41 bis Ord. Pen., anche quello del Procuratore Nazionale Antimafia e Antiterrorismo.

Con il successivo D.L. 29 del 10 maggio 2020 il legislatore d’urgenza, a pochi giorni di distanza dalla pubblicazione del D.L. n. 28/2020, è nuovamente intervenuto nel settore penitenziario, a seguito della concessione di misure domiciliari a condannati, internati e imputati, detenuti per gravi reati di criminalità organizzata.

Con l’art. 1 è stato esteso l’ambito applicativo del co. 7 dell’art. 47 ter dell’Ord. Pen. all’istituto della detenzione domiciliare in surroga del differimento pena di cui all’art. 47 ter, co. 1 ter Ord. Pen. del quale, quindi, è obbligatoria la revoca al cessare delle condizioni che

ne hanno motivato la concessione.

Con gli artt. 2 e 3 - che costituiscono il fulcro dell'intervento - è stato previsto uno specifico procedimento volto alla rivalutazione periodica dei provvedimenti con i quali è differita l'esecuzione della pena, è concessa la detenzione domiciliare ovvero è sostituita la misura della custodia in carcere con quella degli arresti domiciliari per ragioni connesse all'emergenza da COVID 19, allorché a beneficiare di dette misure siano state persone, condannate, internate o imputate per gravi reati di criminalità organizzata.

Con l'art. 4 sono stati regolamentati, dal 19 maggio 2020 e sino al 30 giugno 2020, i colloqui degli imputati, condannati o internati con i congiunti o con le altre persone autorizzate.

Con l'art. 5 si è disposto che le previsioni di cui agli artt. 2 e 3 sono applicabili anche ai provvedimenti di differimento pena, di concessione della detenzione domiciliare o sostitutivi della custodia in carcere con gli arresti domiciliari adottati dopo il 23 febbraio 2020, facendo decorrere il termine di 15 giorni per la rivalutazione dalla data di entrata in vigore del decreto.

## **II. L'art. 2 del D.L. 28/2020 – Disposizioni urgenti in materia di detenzione domiciliare e permessi.**

Con l'art. 2 del D.L. 28/2020 sono state apportate modifiche all'Ordinamento Penitenziario, relativamente agli istituti dei permessi cd. di necessità di cui all'art. 30 e della detenzione domiciliare in surroga del differimento pena, prevista all'art. 47 *ter*, co. 1 *ter*.

Le novità introdotte incidono sull'*iter* istruttorio che segue alle istanze, essendosi previsto che, allorché queste riguardino detenuti per uno dei reati di cui all'art. 51, co. 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p., l'autorità giudiziaria competente a decidere deve richiedere il parere al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto in cui ha sede il Tribunale che ha emesso la sentenza di condanna e, se i detenuti siano soggetti al regime differenziato di cui all'art. 41 *bis* Ord. Pen., anche al Procuratore Nazionale Antimafia e Antiterrorismo.

Il parere, per espressa indicazione normativa, concerne i profili dell'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata e della pericolosità del richiedente il permesso.

La finalità del nuovo incombente istruttorio è, dunque, quella di veicolare alla magistratura giudicante un bagaglio di informazioni più completo per il vaglio di istanze riguardanti detenuti con un più accentuato profilo di pericolosità, connesso al contesto di criminalità organizzata in cui si inseriscono i reati commessi o contestati (così quelli di cui

all'art. 51, co. 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p) ovvero alla ricorrenza di elementi idonei a far ritenere la sussistenza di un loro collegamento con associazioni criminali, terroristiche o eversive (così per i detenuti in regime di 41 *bis* Ord. Pen.).

### **II.1. L'istruttoria in materia di permessi per gravi motivi**

La nuova disposizione, nel prevedere che il permesso previsto dall'art. 30 Ord. Pen. non può essere concesso prima che siano decorse 24 ore dalla richiesta dei pareri al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto ove ha sede il Tribunale che ha emesso la sentenza di condanna ed anche al Procuratore Nazionale Antimafia e Antiterrorismo se il richiedente il permesso sia sottoposto anche al regime speciale di cui all'art. 41 *bis* Ord. Penit., fa, comunque, salva l'ipotesi in cui ricorrano esigenze di motivata eccezionale urgenza, nel qual caso il magistrato può decidere anche prima.

Il parere, obbligatorio, ma non vincolante, per espressa previsione normativa, verte in ordine all'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata del detenuto e alla pericolosità di quest'ultimo.

Nell'indicare le circostanze oggetto dell'interlocuzione da parte del Procuratore Distrettuale e Nazionale il legislatore ha conferito rilievo anche al profilo della pericolosità del detenuto. A questo riguardo deve tuttavia evidenziarsi che la giurisprudenza di legittimità, sul presupposto della diretta riconducibilità della *ratio* sottesa all'art. 30 Ord. Pen. al principio, di valenza costituzionale, di 'umanizzazione' della pena, ritiene che le condizioni per fruire del permesso sono quelle indicate nella citata norma, pur da intendersi in senso restrittivo (eventi familiari gravissimi che incidono sulla vicenda umana del detenuto) in ragione dell'eccezionalità dell'istituto, mentre l'aspetto della pericolosità del detenuto rileva prevalentemente ai fini della scelta delle modalità con le quali eseguire il provvedimento.

Ove si consideri la brevità del termine entro il quale i pareri dovranno essere espressi (24 ore), appare difficile che il loro rilascio possa essere preceduto da un'approfondita istruttoria, ma essi potranno risultare effettivamente utili all'autorità che dovrà decidere se conterranno informazioni di carattere concreto e attuale circa i collegamenti del detenuto con la criminalità organizzata e la sua pericolosità, risolvendosi diversamente in un passaggio procedurale formale e di appesantimento della procedura, soprattutto se si considera che, in caso di detenuto in esecuzione pena per più titoli emessi da tribunali diversi, dovranno essere richiesti pareri a più Procuratori Distrettuali.

Occorre poi evidenziare che, pur a fronte della sicura possibilità di concedere i permessi di necessità anche a detenuti in stato di custodia cautelare e in attesa di essere giudicati, per i quali la competenza a decidere spetta ai giudici di merito, secondo quanto indicato all'art. 11 dell'Ordinamento Penitenziario, il tenore testuale del periodo aggiunto al primo comma dell'art. 30 *bis* Ord. Pen. limita l'obbligatorietà della richiesta di parere ai soli casi in cui il permesso debba essere concesso a persona già condannata, anche se con sentenza non definitiva, con esclusione, quindi, dei detenuti in stato di custodia cautelare ed in attesa di giudizio.

Poiché tale diversità dell'*iter* procedurale non sembra trovare spiegazione nella relazione illustrativa del disegno di legge di conversione, per evitare che la formulazione della norma possa dar luogo a dubbi interpretativi e a disomogenee soluzioni applicative, sarebbe opportuno che il legislatore intervenisse a chiarire se il riferimento alla sentenza di condanna sia frutto di un'imprecisione o se, invece, si sia voluto adottare un diverso *iter* per chi è stato condannato rispetto a chi, in stato di custodia cautelare, attende di essere giudicato.

## **II.2. L'istruttoria in materia di differimento della pena nelle forme della detenzione domiciliare**

La modifica normativa concerne la detenzione domiciliare cd. "in surroga" o per motivi umanitari prevista dall'art. 47 *ter*, co. 1 *ter*, Ord. Pen., che mutua i presupposti applicativi dagli artt. 146 e 147 c.p., potendo essere concessa nei casi in cui ricorrono le condizioni per far luogo al rinvio, obbligatorio o facoltativo, dell'esecuzione della pena.

A normativa vigente, in ordine alla richiesta di applicazione della detenzione domiciliare in surroga, provvede, in via ordinaria, il Tribunale di Sorveglianza, nei casi di urgenza (grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione ovvero fondate ragioni per ritenere che sussistono i presupposti per il rinvio dell'esecuzione), il magistrato di sorveglianza che applica la misura alternativa in via provvisoria, con obbligo di immediata trasmissione degli atti al Tribunale di Sorveglianza che deve assumere la decisione finale entro 60 giorni (art. 47 *ter* 1, co. 1 *quater*, Ord. Pen. e 684 c.p.p.)

Con l'aggiunta del comma 1 *quinquies* all'art. 47 *ter* Ord. Pen. è stato previsto che, quando la concessione o la proroga della detenzione domiciliare in deroga riguardi persona detenuta per i reati di cui all'art. 51, co. 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p., è obbligatoria la richiesta di parere al Procuratore Distrettuale del Tribunale che ha emesso la sentenza di condanna e, nel caso in cui i detenuti siano sottoposti al regime speciale di cui all'art. 41 *bis* dell'Ord. Pen.,

anche al Procuratore Nazionale Antimafia e Antiterrorismo, attesa l'attività di coordinamento che essi svolgono nel settore della criminalità organizzata a livello distrettuale e nazionale.

Come nel caso di cui all'art. 30 *bis*, anche in questo, i pareri sono obbligatori, ma non vincolanti, e devono essere espressi in due giorni al magistrato di sorveglianza, quando interviene d'urgenza, e in quindici giorni al Tribunale di Sorveglianza, in caso di procedimento ordinario.

Se i pareri non pervengono nei termini previsti, il magistrato o il Tribunale di sorveglianza provvedono, fermo restando che è possibile prescindere quando ricorrano “*esigenze di motivata eccezionale urgenza*”.

Anche in questo caso il parere dovrà avere ad oggetto i collegamenti del condannato con la criminalità organizzata e la sua pericolosità.

Come già osservato nel paragrafo precedente con riferimento all'art. 30 Ord. Pen., affinché i pareri del Procuratore Distrettuale e del Procuratore Nazionale Antimafia possano essere effettivamente utili alla magistratura di sorveglianza occorre che essi si concretino in dati fattuali specifici e recenti, capaci di riscontrare la certezza e l'attualità di contatti controindicati, secondo quanto già affermato dalla giurisprudenza di legittimità a proposito di quanto previsto dal comma 3 *bis* dell'art. 4 *bis* O.P. (con il quale, peraltro, sarebbe opportuno coordinare la nuova previsione).

Sul piano della formulazione della norma, deve evidenziarsi che il suo tenore depone nel senso che detti pareri sono dovuti solo nell'ipotesi in cui sia disposta la detenzione domiciliare in surroga o la proroga, non anche quando l'esecuzione della pena sia semplicemente differita, obbligatoriamente o facoltativamente.

E, come rilevato anche nella relazione della Commissione Mista di Sorveglianza, una tale diversità nell'*iter*, a fronte dei maggiori rischi che, in astratto, si riconnettono alla condizione di libertà del condannato e di totale assenza di controlli da parte delle forze dell'ordine, risulterebbe non completamente plausibile.

Sicché, anche in relazione a questo profilo, sarebbe opportuno un intervento integrativo del legislatore in sede di conversione volto a prevedere un simmetrico *iter* procedimentale per il caso che il differimento pena avvenga senza l'adozione di alcuna misura.

### III. Le previsioni del D.L. 29/2020

#### III.1. Art. 1 - Modifiche urgenti all'ordinamento penitenziario

L'articolo 1<sup>1</sup> è direttamente intervenuto sull'Ordinamento Penitenziario, ampliando l'ambito applicativo del comma 7 dell'art. 47 *ter* dell'Ord. Pen., integrato con il richiamo al comma 1-*ter*.

In conseguenza, come per la detenzione domiciliare concessa ai sensi dell'art. 47 *ter*, co. 1 e 1-*bis*<sup>2</sup> Ord. Pen., anche per quella in surroga del differimento pena sussiste l'obbligo di revoca quando vengano a cessare i presupposti in relazione ai quali è stata concessa.

La misura di cui all'art. 47-*ter*, comma 1-*ter* è temporanea e prorogabile se, all'esito della rivalutazione, da effettuarsi alle scadenze fissate dal Tribunale di Sorveglianza nel provvedimento concessivo, permangono quelle speciali condizioni di salute che ne hanno motivato l'applicazione.

Probabilmente, in ragione di questo, con la L. n. 62/2011, che ha inserito il comma 1-*ter* all'articolo 47-*ter*, non si era ritenuto di modificare l'art. 47 *ter*, co. 7 Ord. Pen.

Con l'integrazione del comma 7 dell'art. 47 *ter* si è evidentemente inteso dissipare ogni dubbio in ordine all'operatività dell'obbligo di una immediata revoca della misura di cui all'art. 47 *ter*, co. 1 *ter* dell'Ord. Pen., anche anticipata rispetto al momento fissato per la rivalutazione nel provvedimento applicativo, se le condizioni in base alle quali sia stata concessa vengano a cessare.

In coerenza con i principi affermati dalla Corte Cost. con la sentenza n. 32/2020, è stato previsto che tale disposizione può spiegare effetti solo per il futuro e, dunque, per i provvedimenti che saranno adottati dopo l'entrata in vigore del Decreto Legge. Va infatti evidenziato che l'art.5 del D.L. n.29, norma che disciplina il regime intertemporale, non si applica all'art.1 ma solo agli articoli 2 e 3, come si vedrà di seguito.

---

<sup>1</sup> D.L. n. 29/20, art. 1, *Modifiche urgenti all'ordinamento penitenziario*.

*All'articolo 47-ter, comma 7, della legge 26 luglio 1975, n. 354, le parole «nei commi 1 e 1-bis» sono sostituite dalle seguenti: «nei commi 1, 1-bis e 1-ter».*

<sup>2</sup> Il comma 1 prevede che possa essere acceduto a questa misura chiunque debba scontare una condanna all'arresto o una pena anche residua inferiore a quattro anni e sia: donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente; padre, esercente la potestà, di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente, quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole; persona in condizioni di salute particolarmente gravi, che richiedano costanti contatti con i presidi sanitari territoriali; persona di età superiore a sessanta anni, se inabile anche parzialmente; persona minore di anni ventuno per comprovate esigenze di salute, di studio, di lavoro e di famiglia. Ai sensi del comma 1-*bis* può altresì espiare presso il proprio domicilio la pena chiunque debba scontare una pena anche residua inferiore ai due anni anche senza i requisiti richiesti dal comma 1 ma purché non sia stato condannato per uno dei reati previsti dall'art. 4-*bis* O.P. quando non ricorrono i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale e sempre che tale misura sia idonea ad evitare il pericolo che il condannato commetta altri reati.

### **III.2. Art. 2 - Misure urgenti in materia di detenzione domiciliare o di differimento della pena per motivi connessi all'emergenza sanitaria da COVID-19**

L'art. 2 prevede che, quando è concessa la detenzione domiciliare o il differimento pena per motivi connessi all'emergenza da COVID-19 ai condannati o agli internati per i delitti di cui agli articoli 270, 270-bis, 416-bis c.p., 74, comma 1, D.P.R. n. 309/90, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione mafiosa, o con finalità di terrorismo ai sensi dell'articolo 270-sexies del codice penale, nonché a condannati o internati soggetti al regime detentivo differenziato di cui all'art. 41 bis dell'Ord. Pen., il magistrato di sorveglianza o il Tribunale di sorveglianza che ha adottato il provvedimento valuta la permanenza dei motivi legati all'emergenza sanitaria la prima volta entro il termine di quindici giorni dall'adozione del provvedimento, successivamente con cadenza mensile. La valutazione è effettuata anche prima che tali termini siano decorsi nel caso in cui il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria comunichi la disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta adeguati alle condizioni di salute del detenuto o dell'internato ammesso alla detenzione domiciliare o al differimento pena.

Prima di provvedere l'autorità giudiziaria, oltre ad acquisire i pareri del Procuratore Distrettuale del luogo in cui è stato commesso il reato e anche quello del Procuratore Nazionale antimafia e antiterrorismo per i condannati e gli internati sottoposti al regime di cui all'art. 41 bis Ord. Pen., sente l'autorità sanitaria, in persona del Presidente della Giunta Regionale, sulla situazione sanitaria locale ed acquisisce dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria informazioni in ordine all'eventuale disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta in cui il condannato o l'internato, ammesso alla detenzione domiciliare o ad usufruire del differimento della pena, può riprendere la detenzione o l'internamento senza pregiudizio per le sue condizioni di salute.

L'autorità giudiziaria provvede valutando se permangono i motivi che hanno giustificato l'adozione del provvedimento di ammissione alla detenzione domiciliare o il differimento pena, nonché la disponibilità di altre strutture penitenziarie o di altri reparti di medicina protetta idonei ad evitare il pregiudizio per la salute del detenuto o dell'internato. Il provvedimento con il quale l'autorità giudiziaria revoca la detenzione domiciliare o il differimento della pena è immediatamente esecutivo.

Per effetto dell'art. 5, tale disposizione si applica anche ai provvedimenti adottati prima dell'entrata in vigore del D.L. in esame e dopo il 23 febbraio 2020.

### III.2.1. I presupposti oggettivi

Il tenore letterale della disposizione sembra estenderne l'ambito applicativo, oltre che ai provvedimenti di differimento della esecuzione della pena senza prescrizioni, a tutti quelli concessivi della detenzione domiciliare purché motivati da ragioni di salute connesse all'emergenza sanitaria da COVID 19.

Nondimeno, tenuto conto dei presupposti soggettivi (natura dei reati per cui è intervenuta condanna o regime detentivo di cui all'art. 41 *bis* Ord. Pen.), le tipologie di misure evocate dalla disposizione sono, tuttavia, da ritenere quelle di cui agli artt. 146 e 147 c.p., in tema di differimento pena, e all'art. 41 *ter*, co. 1 *ter*, Ord. Pen., in tema di detenzione domiciliare in surroga.

Richiamando molto sinteticamente i connotati essenziali degli istituti di interesse, deve evidenziarsi come il differimento, obbligatorio e facoltativo, dell'esecuzione della pena e la detenzione domiciliare 'in deroga' di cui all' art. 41 *ter*, co. 1 *ter*, Ord. Pen. hanno presupposti applicativi comuni.

Ai fini del differimento obbligatorio della pena, ai sensi dell'art. 146 c.p., rileva la ricorrenza di una sindrome da immunodeficienza acquisita conclamata, o di grave deficienza immunitaria, o di altra malattia particolarmente grave, giunte in ogni caso ad una fase così avanzata da escludere la rispondenza del soggetto ai trattamenti disponibili o alle terapie curative; il rinvio dell'esecuzione della pena è, invece, facoltativo, ai sensi dell'art. 147, primo comma, n. 2), cod. pen., quando il condannato versi in uno stato di grave infermità fisica.

Nel primo caso l'esecuzione pena "è differita", mentre nel secondo può esserlo, dovendo il differimento essere negato e, se disposto, revocato qualora sussista il concreto pericolo di commissione di delitti.

Per effetto del differimento, se il condannato è libero l'esecuzione della pena viene rinviata, se, invece, è detenuto è rimesso in libertà senza prescrizioni.

Tuttavia, qualora, nel decidere sull'istanza di differimento, l'autorità giudiziaria ravvisi situazioni, connesse alla natura del reato e alla personalità del condannato, che rendono necessario il controllo dello stesso per ragioni di tutela della collettività, in luogo del differimento pena in stato di libertà, può essere concessa la detenzione domiciliare cd. in surroga, ai sensi dell'art. 47 *ter*, co. 1 *ter* Ord. Pen.

La ragione che ha spinto il legislatore a introdurre con la L. n. 165/1998 la detenzione domiciliare "in deroga" è stata, quindi, quella di creare uno strumento intermedio e più duttile tra il mantenimento della detenzione in carcere e la piena liberazione del condannato

(conseguente al rinvio), permettendo così di contemperare, nei casi di accertata pericolosità sociale dello stesso, la tutela del diritto alla salute con la salvaguardia della sicurezza pubblica.

Questa forma di detenzione, proprio perché giustificata da preminenti esigenze di salute, può essere concessa al condannato per qualunque reato, anche se sottoposto al regime di cui al 41 *bis* Ord. Pen., e quale che sia l'entità della pena da espiare.

In conseguenza delle novità introdotte, per i provvedimenti da adottarsi *ex art. 47 ter*, co. 1 *ter*, se motivati da ragioni connesse all'emergenza COVID 19, non è più necessaria l'apposizione di un termine; per quelli già adottati con analoghe motivazioni dopo il 23 febbraio 2020 il termine apposto è vanificato, come osservato in chiave critica anche dalla Commissione Mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza e dell'esecuzione penale istituita presso questo Consiglio, che ha evidenziato come la retroattività della norma “*appare problematica sotto il profilo del confliggere con le deliberazioni già assunte dal Tribunale di Sorveglianza, che avevano già definito un diverso tempo per le cure all'esterno prima di una rivalutazione*”.

Con riferimento al diverso istituito del differimento della pena, la formulazione della norma non fornisce indicazioni univoche circa il suo esatto ambito applicativo; in particolare è dubbio se essa trovi applicazione al solo caso in cui il differimento sia concesso a persona che abbia già iniziato l'esecuzione della pena o se invece valga anche per i casi in cui l'esecuzione pena non abbia avuto inizio.

L'uso dell'espressione ‘condannato’ sembrerebbe compatibile con l'opzione interpretativa più ampia, in base alla quale anche il differimento pena concesso prima dell'inizio dell'esecuzione è soggetto a rivalutazione. Nondimeno, nel testo della norma, detta espressione pare essere stata utilizzata con una certa imprecisione e, comunque, in maniera fungibile con le espressioni ‘detenuto’ o ‘internato’, le quali evocano una condizione restrittiva.

Inoltre al comma 2 dell'art. 2, D.L. n. 29/20, si legge “*Prima di provvedere l'autorità giudiziaria sente l'autorità regionale ....e acquisisce informazioni in ordine all'eventuale disponibilità di strutture penitenziarie ..... .. in cui il condannato o l'internato ammesso alla detenzione domiciliare o al differimento della pena può riprendere l'esecuzione della detenzione o l'internamento senza pregiudizio per le sue condizioni di salute*”, utilizzando quindi un sintagma che appare significativo del ripristino della preesistente detenzione intramuraria.

Sarebbe, pertanto, auspicabile che, in sede di conversione del decreto, il legislatore precisasse se la rivalutazione sia obbligatoria in tutti i casi di differimento o solo in quelli in cui il condannato era già detenuto.

### III.2.2. L'iter procedurale

In merito all'*iter* procedurale vale evidenziare che la competenza a disporre la rivalutazione è stata attribuita all'organo che ha adottato il provvedimento, ossia al magistrato di sorveglianza o al Tribunale di Sorveglianza: il primo organo è competente in via d'urgenza a concedere il differimento dell'esecuzione o la detenzione domiciliare, rispettivamente, se vi è fondato motivo per ritenere che sussistano i presupposti perchè il Tribunale disponga il rinvio dell'esecuzione ovvero se la protrazione della detenzione in carcere può cagionare grave pregiudizio al condannato; il secondo organo è invece competente in via ordinaria.

Il provvedimento del magistrato di sorveglianza conserva effetti fino alla decisione del Tribunale di sorveglianza, che deve provvedere entro il termine ordinatorio di sessanta giorni dalla trasmissione degli atti.

Ebbene, l'attribuzione al magistrato di sorveglianza - che ha deciso in via d'urgenza - della competenza a procedere alla rivalutazione non appare ben coordinata con le attribuzioni del Tribunale di Sorveglianza nell'ipotesi in cui la revoca sia disposta prima dell'adozione, da parte di quest'ultimo organo, del provvedimento definitivo.

Difetta in sostanza un raccordo tra la decisione del magistrato di sorveglianza e le competenze del Tribunale di Sorveglianza analogo a quello di cui all'art. 51 *ter* ord. pen., in base al quale, quando il magistrato di sorveglianza dispone, con decreto motivato, la provvisoria sospensione della misura alternativa per comportamenti suscettibili di determinarne la revoca tenuti dalla persona che vi è sottoposta, il provvedimento di sospensione deve essere trasmesso al Tribunale di Sorveglianza e perde efficacia se questo non decide entro il termine perentorio di trenta giorni, a decorrere dalla ricezione degli atti.

Poichè la previsione di cui all'art. 51 *ter* cit. non appare agevolmente estendibile, in via interpretativa, al caso che interessa, tenuto conto della diversità dei presupposti per l'operatività dell' art. 2 del D.L. 29/2020 (il venir meno di quel complesso di situazioni che avevano determinato l'incompatibilità con la detenzione in carcere in costanza dell'emergenza COVID-19), sarebbe auspicabile che, in sede di conversione, fosse previsto un migliore raccordo in tema di competenza del magistrato di sorveglianza e del Tribunale di Sorveglianza per il caso di 'revoca' dei benefici.

Sempre con riferimento all'*iter* procedurale si è già detto che, prima di provvedere, l'autorità giudiziaria deve richiedere il parere al Procuratore Distrettuale del luogo in cui è stato commesso il reato ed anche al Procuratore Nazionale se si tratti di detenuto soggetto al regime speciale del 41 *bis* Ord. Pen.

Con riguardo a questo aspetto, si osserva innanzitutto che nelle ipotesi in cui sia richiesta la detenzione domiciliare in deroga, il parere deve essere espresso dal Procuratore distrettuale del luogo in cui è stata emessa la sentenza di condanna, mentre, ai fini della rivalutazione, il parere deve essere reso dal Procuratore distrettuale del luogo in cui è stato commesso il reato. Tali diverse competenze determinano un disallineamento nel flusso delle informazioni del tutto irrazionale, laddove invece la concentrazione della competenza in capo alla stessa autorità requirente risulterebbe maggiormente funzionale allo scopo di consentire una migliore valorizzazione delle informazioni acquisite per interloquire sull'una e sull'altra istanza, fornendo in tempi più celeri elementi di conoscenza più coerenti.

Inoltre, non è indicato il termine in cui i pareri devono intervenire, nè il loro oggetto.

Al riguardo, la Commissione Mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza e dell'esecuzione penale istituita presso questo Consiglio, ha osservato quanto segue: *“a differenza delle previsioni del D.L. 28 che specificano come il parere preventivo del Pubblico Ministero debba vertere “in ordine all’attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata ed alla pericolosità del soggetto”, il D.L. 29 non fornisce indicazioni. Ne discende che il nuovo parere, che preferibilmente non si risolva nella reiterazione del precedente, potrà riguardare il merito del procedimento, e quindi il permanere delle condizioni di emergenza sanitaria nel luogo di esecuzione della detenzione domiciliare in rapporto alla pericolosità del condannato”*.

Oltre a richiedere i prescritti pareri, l'autorità giudiziaria dovrà sentire anche l'autorità sanitaria regionale, nella persona del Presidente della Giunta della Regione, sulla situazione sanitaria locale.

L'oggetto dell'interlocuzione è individuato in maniera piuttosto generica. Tenuto conto della natura della decisione rimessa alla magistratura di sorveglianza, appare però ragionevole che essa debba riguardare la situazione epidemiologica del territorio, nonché la disponibilità di presidi medici onde valutare quale sia il livello di rischio connesso alla possibilità di contagi in carcere.

La genericità della previsione è stata segnalata anche nel parere reso dalla Commissione Mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza e dell'esecuzione penale, nel quale si è peraltro evidenziato che *“...non è però opportunamente chiarito se si tratti della Regione ove era detenuto l'interessato o di quella, eventualmente diversa, dove sia andato a domiciliare”*.

### **III.2.3 Valutazione dell'autorità giudiziaria**

Circa gli elementi valutabili per ripristinare la detenzione in carcere o dar luogo

all'esecuzione della pena, dal tenore della disposizione si comprende che, nell'accertare se permangono le condizioni alla stregua delle quali la misura del differimento o della detenzione in ambiente extramurario sono stati concessi, l'autorità giudiziaria dovrà tener conto non solo dell'eventuale evoluzione *in melius* del quadro clinico del detenuto o dell'internato, ma anche della possibilità di prestare allo stesso le cure e l'assistenza medica di cui necessita in strutture penitenziarie e in reparti di medicina protetta idonei ad accoglierlo, assicurandosi, al contempo, che l'allocazione in essi non sia di pregiudizio per le condizioni di salute dello stesso.

In quest'ottica l'autorità giudiziaria competente dovrà considerare le informazioni che riceverà direttamente dall'Amministrazione Penitenziaria circa la disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta adeguati alle condizioni di salute del detenuto o dell'internato, sollecitandole nel caso in cui dette informazioni non gli siano pervenute nei quindici giorni entro i quali dovrà intervenire la prima rivalutazione o nei trenta giorni entro i quali dovranno intervenire le rivalutazioni successive.

Sul punto nel parere della Commissione Mista è stato altresì osservato che: *“Deve essere acquisita inoltre informazione del DAP circa la sussistenza della disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta ove il detenuto o l'internato possa riprendere la detenzione o l'internamento senza pregiudizio per le proprie condizioni di salute. Si tratta però di espressione che non chiarisce forse efficacemente che il DAP debba indicare la sussistenza di un posto letto concretamente disponibile per l'interessato ed interloquire sulle specifiche esigenze di cura del singolo interessato, interlocuzione che, all'esito del riparto di competenze con le sanità regionali, non può non prevedere un passaggio comunicativo con i sanitari del luogo di eventuale destinazione. Deve aggiungersi che la nozione di “reparti di medicina protetta” risulta di non immediata comprensibilità ed andrebbe verificato se la stessa sia mai stata in precedenza utilizzata in testi normativi. Ci si riferisce presumibilmente a reparti detentivi istituiti presso Centri ospedalieri. In realtà la concessione di misura alternativa per ragioni di salute, soprattutto se adottata ai sensi dell'art 147 c.p., dovrebbe presupporre - come evento eccezionale - l'indisponibilità di strutture interne al circuito penitenziario, almeno nel bilanciamento tra le ragioni di sicurezza sociale (si parla di condannati per gravi delitti associativi) e quelle di una adeguata tutela della salute del detenuto. La questione assume dunque una rilevante dimensione amministrativa, poiché' e' la mancata prestazione dei servizi sanitari adeguati a determinare l'inconveniente che attraverso l'intervento legislativo vorrebbe impedire. Ma le contestuali informazioni da richiedere al Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria in ordine all'eventuale*

*disponibilità di strutture penitenziarie o di “reparti di medicina protetta” in cui l’interessato possa riprendere la detenzione, senza pregiudizio per le sue condizioni di salute, includono l’ipotesi che il condannato possa essere indirizzato presso istituti o strutture sanitarie di altri territori. Si richiede dunque una preventiva istruttoria al magistrato di sorveglianza, da ripetere a scadenze ravvicinate, per ottenere informazioni che potrebbero rivelarsi inutili. Le suddette informazioni dovrebbero, invece, pervenire al magistrato di sorveglianza attraverso il Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria, tenuto a coordinarsi e ad assumere informazioni presso le autorità regionali competenti e presso le Asl”.*

La decisione che compete all’autorità giudiziaria circa la ricorrenza o meno delle condizioni per revocare le misure si presenta perciò certamente complessa, dovendo cadere su una pluralità di elementi, tra i quali, come già evidenziato, anche l’evoluzione che, nel frattempo, potrebbero aver subito le condizioni di salute del condannato. Ebbene, dette condizioni, dopo che il detenuto è stato dimesso dal carcere, sfuggono al monitoraggio dell’Amministrazione Penitenziaria e per vero anche della magistratura di sorveglianza che, quando procede alla rivalutazione, prevedibilmente non disporrà di un quadro clinico aggiornato, a meno che non sia il detenuto a fornire documentazione sanitaria.

A ciò aggiungasi che il legislatore d’urgenza, non solo non ha previsto che tra gli accertamenti che l’autorità giudiziaria dovrà effettuare sia compresa anche l’acquisizione della documentazione sanitaria necessaria, ma neppure ha espressamente riconosciuto alla stessa, come invece ai giudici del merito, il potere di disporre accertamenti medici informali o nelle forme della perizia. Sebbene una siffatta possibilità è pacificamente ammessa tutte le volte in cui l’autorità giudiziaria non sia in grado di decidere in ordine alle condizioni di salute del detenuto, essa appare tuttavia poco compatibile con l’osservanza del termine entro cui deve essere effettuata la rivalutazione.

Il procedimento delineato dal legislatore d’urgenza sembra, infatti, essere stato ispirato dall’intento di rendere l’*iter* rapido e snello e, in questa ottica, non sembra casuale la mancata previsione che la rivalutazione debba svolgersi in udienza camerale partecipata che, tuttavia, appare il rito più adeguato alla tutela del diritto di difesa, tenuto conto della necessità di garantire spazi di interlocuzione agli interessati in ordine all’avverarsi delle condizioni che possono determinare il ripristino della detenzione in carcere.

Conclusivamente deve ritenersi che il sistema di rivalutazioni previsto dall’art. 2, esteso anche ai provvedimenti adottati dopo il 23 febbraio 2020, per la serrata tempistica con la quale essi devono intervenire e per la complessità degli accertamenti da svolgere periodicamente, determinerà un notevole aggravio del lavoro della magistratura di

sorveglianza, le cui attività hanno subito un notevole incremento in concomitanza dell'emergenza COVID-19.

Appare, quindi, condivisibile la considerazione conclusiva espressa dalla Commissione Mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza e dell'esecuzione penale che, a proposito delle attività richieste alla magistratura di sorveglianza al fine di procedere alla rivalutazione, ha osservato come *“Se così è, ancora una volta si deve constatare come la magistratura di sorveglianza, - dapprima investita del compito di risolvere il cronico problema del sovraffollamento delle carceri, con il DL che le ha offerto ridotti strumenti/argomenti per valutare i presupposti dell'applicazione di misure alternative con dichiarata funzione deflativa - venga ora investita del compito di offrire una supplenza rispetto al problema del reperimento di strutture interne al circuito penitenziario”*.

### **III.3. Art. 3 – Misure urgenti in materia di sostituzione della custodia cautelare in carcere con la misura degli arresti domiciliari per motivi connessi all'emergenza sanitaria da COVID-19**

L'istituto introdotto dall'art. 3 è motivato da finalità identiche a quelle sottese all'art. 2: ripristinare la custodia in carcere quando questa sia stata sostituita con la misura degli arresti domiciliari per ragioni connesse all'emergenza COVID-19. In questa ipotesi, tuttavia, come sarà di seguito meglio evidenziato, l'*iter* procedimentale è diverso. Compete, infatti, innanzitutto al P.M. verificare se permangono le ragioni che hanno dato luogo alla sostituzione della misura e, quando acquisisce elementi in ordine al sopravvenuto mutamento di queste o alla disponibilità di strutture penitenziarie o reparti di medicina protetta adeguati alle condizioni di salute dell'imputato, richiedere al giudice il ripristino della custodia cautelare in carcere, se reputa che permangono le originarie esigenze cautelari.

Il giudice, salvo che non debba revocare la misura, sentita l'autorità regionale, acquisite le informazioni dal DAP, effettuati, se necessari, accertamenti, informali o peritali, sulle condizioni di salute del detenuto, provvede valutando la permanenza dei motivi che hanno giustificato l'adozione del provvedimento sostitutivo della misura nonché la disponibilità delle altre strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta idonei ad evitare il pregiudizio per la salute dell'imputato.

#### **III.3.1. I presupposti soggettivi e oggettivi**

L'ambito soggettivo di applicazione della nuova disposizione coincide con quello di cui all'art. 2, richiedendosi che i detenuti per cui la misura degli arresti domiciliari è stata

disposta in sostituzione della custodia in carcere siano imputati per i delitti di cui agli articoli 270, 270-bis, 416-bis del codice penale, 74, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, o di delitti commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione mafiosa, o con finalità di terrorismo ai sensi dell'articolo 270-sexies del codice penale, ovvero di detenuti sottoposti al regime detentivo speciale di cui all'articolo 41-bis dell'Ord. Pen.

Sul piano dei presupposti oggettivi, la speciale disciplina introdotta dall'art. 3 trova applicazione se:

- gli arresti domiciliari siano stati disposti non già con l'ordinanza genetica, ma in sostituzione della primigenia misura della custodia cautelare in carcere;

- la motivazione posta a fondamento della decisione di sostituire la misura custodiale intramuraria con quella extramuraria fondi su esigenze di salute del detenuto collegate all'emergenza COVID-19.

Con riguardo al primo presupposto, va osservato che per i detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41 bis ord. pen. la norma non può che trovare applicazione esclusivamente nelle ipotesi di sostituzione della misura cautelare, atteso che lo speciale regime detentivo può essere disposto con decreto del Ministro della Giustizia esclusivamente a soggetti che si trovino già in stato di detenzione intramuraria. La detenzione in carcere, cioè, rappresenta uno dei presupposti per l'applicazione del regime di cui all'art. 41 bis ord. pen..

Con riferimento alle altre ipotesi, invece, la *ratio* della disposizione appare poco chiara.

Sembra ragionevole ipotizzare che il legislatore d'urgenza abbia voluto escludere dall'ambito di applicazione della previsione quei casi in cui gli arresti domiciliari sono stati disposti con l'ordinanza genetica della misura verosimilmente sul presupposto che, in una siffatta ipotesi, la scelta della misura cautelare non è collegata all'emergenza COVID 19.

Tuttavia non può escludersi in assoluto che, anche per i delitti indicati dalla norma in commento, la misura degli arresti domiciliari possa disporsi anche con l'ordinanza primigenia in considerazione dell'incompatibilità delle condizioni di salute dell'imputato con la detenzione in carcere per motivi connessi al COVID-19. Per dissipare questi dubbi sarebbe utile in sede di conversione che il legislatore chiarisse la portata applicativa della norma.

Sempre con riguardo a questo aspetto, deve poi darsi conto che la sostituzione della misura della custodia in carcere con quella degli arresti domiciliari per ragioni di cura connesse all'emergenza da COVID-19 potrebbe essere disposta dal Tribunale del Riesame nel decidere sull'impugnazione dell'ordinanza genetica ovvero del provvedimento del giudice di

rigetto della richiesta di sostituzione della misura.

Vero è che l'art. 3 rinvia ai provvedimenti di sostituzione della misura della custodia in carcere con gli arresti domiciliari senza altra specificazione; nondimeno in questa ipotesi la decisione è assunta all'esito di un giudizio di impugnazione, secondo un *iter* diverso e non assimilabile a quello di sostituzione della misura e da un organo che certamente non può essere chiamato ad effettuare alcuna rivalutazione, esaurendosi la competenza dello stesso con la conclusione della procedura incidentale di impugnazione.

Tutti gli elementi evidenziati sembrano ostare ad una interpretazione estensiva della disposizione sino a ricomprendervi le decisioni dell'organo del riesame, pur se, a fronte di identiche motivazioni, la loro esclusione dal novero dei provvedimenti 'da rivalutare' può dar luogo ad una disparità di trattamento non giustificata alla luce della *ratio* sottesa all'intervento normativo.

Problematicità appaiono poi ravvisabili anche con riguardo al secondo requisito oggettivo, costituito dalla necessità che il provvedimento sostitutivo della misura della custodia in carcere con gli arresti domiciliari sia stato adottato "*per motivi connessi all'emergenza sanitaria da COVID-19*". L'individuazione della tipologia dei provvedimenti soggetti a rivalutazione, anche in questo caso, come già nell'art. 2, è avvenuta, infatti, con rinvio al dato contenutistico, il che richiederà che il P.M. valuti e interpreti la motivazione dei provvedimenti, operazione questa non agevole, in particolare con riferimento a quelli adottati prima dell'entrata in vigore del DL e dopo il 23 febbraio.

### **III.3.2. L'iter di rivalutazione: iniziativa e obblighi del P.M.**

Come premesso, l'organo tenuto a monitorare la permanenza dei motivi che hanno giustificato l'adozione del provvedimento sostitutivo della custodia in carcere con gli arresti domiciliari è il P.M. che dovrà farlo entro quindici giorni dalla data di adozione della misura degli arresti domiciliari, successivamente con cadenza mensile, prima ancora che tali termini siano decorsi se il DAP comunica la disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta adeguati alle condizioni di salute dell'imputato.

La disposizione che onera il P.M. del monitoraggio non precisa se lo stesso debba o meno svolgere accertamenti che, comunque, dovrebbero riguardare le condizioni di salute del detenuto e la disponibilità delle strutture penitenziarie o dei reparti di medicina protetta a prestargli cure senza pregiudizio per la sua salute. E tuttavia, a prescindere dall'assenza della previsione che il P.M. debba acquisire elementi concernenti l'evoluzione delle condizioni di salute del detenuto nel periodo da questi trascorso agli arresti domiciliari, comunque un

siffatto adempimento appare di difficile esecuzione, a meno di non voler ritenere che, nel breve periodo che intercorre tra le varie scadenze, lo stesso debba nominare un consulente per effettuare detta verifica.

Sarà, pertanto, pressoché inevitabile, in difetto della produzione di documentazione sanitaria da parte dell'interessato, che la verifica del P.M. avrà ad oggetto principalmente la possibilità di prestare all'imputato le cure in carcere, senza tuttavia disporre di un quadro aggiornato circa le condizioni cliniche dello stesso, che pure costituisce elemento necessario per stabilire, anche in costanza della disponibilità di strutture di cura penitenziarie, se la situazione che ha giustificato la sostituzione della misura sia o meno modificata.

Se all'esito di tale verifica il pubblico ministero *"...acquisisce elementi in ordine al sopravvenuto mutamento delle condizioni che hanno giustificato la sostituzione della misura cautelare o alla disponibilità di strutture penitenziarie o reparti di medicina protetta adeguate alle condizioni di salute dell'imputato, chiede al giudice il ripristino della custodia cautelare in carcere, se reputa che permangono le originarie esigenze cautelari"*.

### **III.3.3. La valutazione del giudice**

Come indicato, il giudice, escluso il caso in cui debba revocare la misura per la sopravvenuta carenza dei presupposti applicativi (gravi indizi di colpevolezza ed esigenze cautelari), prima di provvedere sente l'autorità sanitaria regionale, in persona del Presidente della Giunta della Regione, sulla situazione sanitaria locale; inoltre, acquisisce dal DAP informazioni in ordine all'eventuale disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta in cui l'imputato può essere nuovamente sottoposto alla custodia cautelare in carcere senza pregiudizio per le sue condizioni di salute.

Se dopo tali interlocuzioni il giudice non è in grado di decidere allo stato degli atti, può effettuare, anche d'ufficio e senza formalità, accertamenti in ordine alle condizioni di salute dell'imputato ovvero può disporre perizia, nelle forme di cui all'art. 220 c.p.p., acquisendone gli esiti nei successivi quindici giorni.

Quindi, il giudice dovrà provvedere sulla richiesta del P.M. di 'ripristino della misura', *"valutando la permanenza dei motivi che hanno giustificato l'adozione del provvedimento di sostituzione della custodia cautelare in carcere nonché la disponibilità di altre strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta idonei ad evitare il pregiudizio per la salute dell'imputato"*.

Non è stato ripetuto per il giudice quanto previsto per il P.M., e cioè che il ripristino della custodia in carcere va richiesto se permangono le originarie esigenze cautelari, ma si può

ritenere che tale omissione sia attribuibile solo ad un difetto di coordinamento tra i commi 1 e 2 dell'art.3, in quanto la regola di giudizio prevista per il P.M. ai fini della richiesta di ripristino (ossia la permanenza delle originarie esigenze cautelari) vale inevitabilmente anche per il giudice che deve decidere su tale richiesta.

Con riguardo all'art. 299 c.p.p., che disciplina l'*iter* per la revoca e la sostituzione delle misure, è stato richiamato solo il comma 1, non anche il comma 4 che, ai fini della modifica del regime cautelare con l'applicazione di una misura più afflittiva, richiede un aggravamento delle esigenze cautelari o la violazione delle prescrizioni imposte con la misura più lieve. Ancora, sono stati espressamente attribuiti al giudice poteri istruttori mirati a verificare le condizioni di salute del detenuto che gli sono già riconosciuti, in via generale, dall'art. 299, co. 4 *ter* c.p.p., in tutte le ipotesi in cui è chiamato a decidere in merito a istanze di sostituzione delle misure, motivate anche da ragioni di salute, qualora non sia in grado di farlo allo stato degli atti.

Da tali elementi sembra dedursi che il legislatore abbia voluto delineare un *iter* decisorio autonomo e diverso rispetto a quello previsto all'art. 299 c.p.p., il che induce a ritenere che la richiesta rivolta al giudice dal P.M. è stata qualificata come di "*ripristino della custodia in carcere*" non per un atecnicismo, ma per differenziarla dalla richiesta di aggravamento della misura degli arresti domiciliari con la custodia in carcere e così sottrarla alle condizioni richieste dagli artt. 276 e 299, co. 4, c.p.p., costituite, rispettivamente, dalla violazione delle prescrizioni imposte con una misura più lieve e dall'aggravamento delle esigenze cautelari.

In sostanza, l'assetto delineato dal legislatore di urgenza sembra sottendere l'idea che la misura degli arresti domiciliari disposta in sostituzione della custodia in carcere per l'emergenza COVID-19 sia 'a tempo' e 'condizionata' al permanere delle necessità di tutela della salute per cui è stata autorizzata; in quest'ottica, il 'ripristino della custodia in carcere' non integrerebbe una modifica del regime cautelare, ma la reviviscenza di quello originario, solo temporaneamente sospeso per la contingente incompatibilità delle condizioni di salute del detenuto, connesse alla pandemia, con il regime carcerario.

In questi termini si può affermare che l'intervento normativo di urgenza ha sanato un vuoto di disciplina che, in ossequio al principio di legalità, impediva ai giudici di ripristinare la custodia in carcere nei casi di affievolimento o scomparsa del rischio sanitario legato all'emergenza COVID-19.

#### **III.4. Art. 4 – Misure urgenti anti-COVID 19 per gli istituti penitenziari e gli istituti penali per i minorenni.**

Con l'art. 4, in continuità con quanto già disposto con il D.L. n. 18/20, conv. nella L. n. 27/20, al fine di assicurare il rispetto delle condizioni igienico-sanitarie negli istituti penitenziari e negli istituti penali per minorenni e in tal modo prevenire il rischio di diffusione COVID-19 negli stessi, è stato previsto che, a decorrere dal 19 maggio 2020 e fino al 30 giugno 2020, i colloqui dei condannati, degli internati e degli imputati con i familiari e le altre persone autorizzate possono essere svolti, ove possibile, a distanza, mediante apparecchiature e collegamenti di cui dispone l'amministrazione penitenziaria e minorile o mediante corrispondenza telefonica che può essere autorizzata anche oltre i limiti.

Al secondo comma dell'art. 4 è stato previsto che i condannati, gli internati e gli imputati hanno diritto, almeno una volta al mese, a colloqui in presenza con i congiunti e le altre persone autorizzate, demandando al contempo al direttore dell'istituto penitenziario e dell'istituto penale per minorenni, l'indicazione - sentiti, rispettivamente, il provveditore regionale dell'amministrazione penitenziaria e il dirigente del centro per la giustizia minorile, nonché l'autorità sanitaria regionale in persona del Presidente della Giunta della Regione - del numero massimo di colloqui da svolgere con modalità in presenza.

La Commissione Mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza e dell'esecuzione penale, istituita presso il Consiglio superiore della Magistratura, con riguardo alla norma in commento, ha rilevato l'opportunità che i colloqui visivi svolti mediante postazioni da remoto siano consentiti anche oltre i limiti temporali oggi indicati, tenuto conto dei rilevanti benefici derivanti dall'accesso a tali strumenti, che hanno permesso di riallacciare rapporti familiari (ai sensi dell'art. 28 ord. pen.) con congiunti impossibilitati a recarsi fisicamente in carcere.

#### **III.5. Art. 5 – Disposizioni transitorie**

L'articolo 5 prevede che le disposizioni di cui agli artt. 2 e 3 si applicano anche ai provvedimenti di ammissione alla detenzione domiciliare, di differimento della pena o di sostituzione della custodia cautelare in carcere con gli arresti domiciliari emessi a partire dal 23 febbraio 2020. Con riferimento a questi provvedimenti il termine di 15 giorni per la prima verifica decorre dalla data di entrata in vigore del D.L..

Con riferimento agli aspetti di diritto intertemporale, le modifiche riguardanti la detenzione domiciliare e il differimento pena si sono concretate solo nel prevedere una più serrata frequenza temporale delle verifiche volte ad accertare la permanenza delle condizioni

in base alle quali detti benefici sono stati concessi, vanificando, quindi, il diverso termine fissato dal giudice.

Un elemento di criticità è costituito dal fatto che, per l'individuazione dei provvedimenti da revocare, occorrerà aver riguardo alla motivazione, dovendo emergere da questa che le misure sono state adottate esclusivamente per motivi di salute collegate all'emergenza COVID. Poichè la magistratura di sorveglianza deve attivare d'ufficio il procedimento di rivalutazione, con riferimento ai provvedimenti emessi dopo il 23 febbraio e prima dell'entrata in vigore del D.L., la stessa dovrà ricercarli, affidandosi al ricordo dei giudici e valutare se l'emergenza sanitaria connessa al COVID-19 abbia avuto portata dirimente per la decisione, il che richiederà un impegno aggiuntivo e, peraltro, da assolvere in un breve arco di tempo.

Inoltre, nel caso in cui siano in espiazione pene per effetto del cumulo, la magistratura di sorveglianza dovrà procedere ad un'attenta selezione delle posizioni da avviare alla rivalutazione, verificando se il beneficio si riferisca ad una porzione di pena riferibile ad uno dei delitti di cui al D.L. n. 29/2020.

Analoghi rilievi, come già evidenziato, valgono evidentemente per il P.M. il quale dovrà ricercare, *ex post*, i provvedimenti precedenti l'entrata in vigore del D.L. ed emessi dopo il 23 febbraio, relativi alle misure da monitorare.

Tutto ciò premesso

delibera

di approvare il presente parere e di trasmetterlo al Ministro della Giustizia.»