

23 settembre 2020



## **Il Magistrato di Sorveglianza di Spoleto non demorde: il “d.l. antiscarcerazioni” di nuovo alla Consulta, di Jacopo Della Torre**

1. Con la pronuncia qui pubblicata, il **Magistrato di sorveglianza di Spoleto** ha sollevato un’articolata questione di legittimità costituzionale dell’art. **2-bis del d.l. 30 aprile 2020, n. 28**, per violazione degli artt. **3, 24, comma 2 e 111, comma 2, Cost.**, «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»<sup>[1]</sup>. Com’è noto, tale ordinanza di rimessione si pone all’esito di un *iter* normativo e giurisprudenziale alquanto articolato, che è indispensabile ripercorrere al fine di assicurare una compiuta comprensione delle censure oggi devolute al giudice delle leggi.

2. La genesi di questo percorso va individuata nel clima di aspra **polemica politico-mediatica**, venutosi a determinare, sin dal primo periodo della pandemia da Covid-19, a seguito delle scarcerazioni, disposte per ragioni legate all’emergenza sanitaria, di noti esponenti della criminalità organizzata<sup>[2]</sup>. È proprio per placare l’allarme sociale, sviluppatosi a questo riguardo, che l’esecutivo è intervenuto sul punto tramite lo strumento della decretazione d’urgenza, emanando – con i **d.l. 30 aprile 2020, n. 28**<sup>[3]</sup> e **10 maggio 2020 n. 29**<sup>[4]</sup> – una serie di norme, volte a imporre un secco giro di vite sulle misure non detentive applicate dalla magistratura di sorveglianza.

Orbene, fra le previsioni introdotte in tale contesto, quella senza dubbio più discussa è l’**art. 2 del d.l. 29/2020**<sup>[5]</sup>. Com’è noto, quest’ultimo ha ideato un inedito sistema di “**monitoraggio continuo**” delle decisioni applicative, per motivi legati all’emergenza sanitaria, della **detenzione domiciliare o del differimento della pena** nei confronti di detenuti o internati per una serie di **gravi delitti**, tra cui l’associazione per delinquere di stampo mafioso. Più in particolare, siffatta norma ha imposto ai magistrati e ai tribunali di sorveglianza di valutare, entro precisi e assai stringenti intervalli di tempo<sup>[6]</sup>, la permanenza delle ragioni legate al COVID-19, che li abbiano portati a emanare i provvedimenti citati, essendo tenuti, se del caso, a **revocare** gli stessi mediante una decisione **immediatamente esecutiva**.

Da un punto di vista processuale, siffatto meccanismo di “rivalutazione continua” è stato configurato come un **rito officioso**, attivato *ex lege* dall’organo giudicante (monocratico o collegiale) che abbia emesso la misura, operante in assenza di uno specifico avviso all’interessato di inizio della procedura. Su un piano istruttorio, la disposizione ha previsto, inoltre, una serie di adempimenti in capo ai giudici di sorveglianza. Da un lato, questi sono stati chiamati ad acquisire un **parere** (non vincolante) in proposito dal **Procuratore distrettuale antimafia** del luogo in cui è stato commesso il reato<sup>[7]</sup> e dal **Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo** per i condannati ed internati sottoposti al regime di cui all’art. 41-*bis* ord. penit. Da un altro, si è stabilita la necessità di **sentire l’autorità sanitaria regionale**, in persona del Presidente della Giunta della regione, nonché di assumere dal Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria **informazioni** sull’eventuale **disponibilità di strutture penitenziarie** o di reparti di medicina protetta, tali da permettere all’interessato di riprendere la detenzione o l’internamento senza pregiudicare le sue condizioni di salute. Per contro, occorre rilevare che – come posto in evidenza in modo singolarmente convergente tanto dal CSM<sup>[8]</sup>, quanto dai rappresentanti dell’avvocatura<sup>[9]</sup> – la disposizione *de qua*, sin dalla sua configurazione originaria,

**non ha fatto un riferimento espresso alla necessità di coinvolgere la difesa e il condannato/internato nella procedura di revoca in questione.**

In definitiva, introducendo tale meccanismo di rivalutazione accelerata dei provvedimenti di detenzione domiciliare e di differimento, il Governo ha perseguito un **obiettivo politico chiaro**: spingere la magistratura di sorveglianza «a far rientrare il più presto possibile in cella i detenuti mafiosi già scarcerati»[\[10\]](#).

**3.** Com'era prevedibile, l'art. 2 del d.l. n. 29 del 2020 non ha tardato a suscitare plurimi dubbi esegetici, rapidamente tramutatisi in una serie di **ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale**[\[11\]](#).

A chiamare in causa la Consulta in proposito è stato, anzitutto, proprio il **Magistrato di sorveglianza di Spoleto**[\[12\]](#), il quale era intervenuto a questo riguardo già una prima volta nell'ambito del **medesimo procedimento** da cui è originata l'ordinanza di rimessione qui pubblicata. A tal proposito, è bene ricordare che già allora il giudice umbro aveva sostenuto che il rito introdotto dall'esecutivo si sarebbe posto in contrasto con i medesimi parametri oggi denunciati. In estrema sintesi, le doglianze del rimettente si erano in tale occasione concentrate, soprattutto, sul tentativo di dimostrare che il procedimento di cui all'art. 2 d.l. 29 del 2020 avrebbe dato vita, laddove si fosse svolto dinnanzi all'organo monocratico, a una **procedura de plano** – del tutto atipica rispetto alle altre previste dinnanzi alla giurisdizione di sorveglianza – confliggente con il diritto di **difesa** del condannato/internato e con il **principio del contraddittorio**. A supporto di tale tesi, il rimettente aveva, in particolare, osservato che la disciplina d'urgenza non prevedeva alcuna forma di previo coinvolgimento dell'interessato o del suo difensore rispetto alla decisione del magistrato di sorveglianza, non venendo il beneficiario informato, né dell'instaurazione del procedimento officioso finalizzato alla revoca, né del contenuto dell'istruttoria raccolta. Per di più, il giudice umbro aveva già allora sostenuto non solo che il rito in questione avrebbe leso anche il canone di **parità delle parti**, visto il coinvolgimento formale dell'accusa e non della difesa prima della decisione, ma anche che lo stesso non avrebbe potuto considerarsi conforme alla Carta fondamentale neppure facendo leva sull'orientamento della Consulta, secondo cui sarebbero compatibili con i diritti della difesa i procedimenti a contraddittorio eventuale o differito, vale a dire caratterizzati da una decisione assunta *de plano* a cui segue il contraddittorio pieno[\[13\]](#). A tal proposito, era stato, infatti, osservato, tra l'altro, che, anche a voler ammettere che alla revoca *ex art. 2 del d.l. 29/2020* facesse seguito una pronuncia del tribunale di sorveglianza, in ossequio al procedimento di cui all'**art. 684 c.p.p.**, ciò sarebbe avvenuto in un **tempo eccessivamente lungo**, essendo l'organo collegiale chiamato a intervenire **entro sessanta giorni**, ai sensi del combinato disposto tra gli artt. **47-ter, comma 1-quater e 47, comma 4, ord. penit.** Termine, quest'ultimo, meramente ordinatorio, alla cui inosservanza non sarebbe seguita, pertanto, neppure l'inefficacia del provvedimento di revoca.

Come anticipato, l'ordinanza appena richiamata non è rimasta isolata. A pochi giorni di distanza, il **Magistrato di sorveglianza di Avellino**[\[14\]](#) e il **Tribunale di sorveglianza di Sassari**[\[15\]](#) hanno, invero, a loro volta presentato due ampi provvedimenti di rimessione alla Consulta, aventi a oggetto l'art. 2 del d.l. 29 del 2020. Peraltro, senza che ci si possa dilungare sul punto in questa sede, merita rilevare che siffatti atti di promovimento alla Consulta hanno denunciato l'incompatibilità del *novum* normativo, tra l'altro, direttamente anche con l'**art. 32 Cost**; una previsione quest'ultima che, invece, era stata richiamata solo in modo incidentale dal giudice umbro, rimanendo sullo sfondo. A tal proposito, si è, più precisamente, sostenuto che la procedura officiosa di revoca di cui all'art. 2 del d.l. 29/2020 avrebbe dato vita a una disciplina del tutto **sbilanciata** sulle **esigenze di sicurezza** della collettività rispetto a quelle – ben più pregnanti – di **tutela della salute**. Il rito accelerato *de quo*, infatti, sottoponendo il condannato/internato a una rivalutazione incessante delle misure della detenzione domiciliare e del differimento, sarebbe tale da inficiare la «**continuità delle cure**», nonché

la «progettazione e la realizzazione»[\[16\]](#) di un efficace percorso diagnostico-terapeutico, rischiando pertanto di mettere in pericolo persino la vita dell'individuo, visto l'esito spesso tragicamente infausto del virus COVID-19.

4. La presentazione di questa serie di ordinanze di rimessione **non ha lasciato indifferente il Parlamento**. Quest'ultimo, preso atto dei dubbi di costituzionalità, sollevati nei confronti dell'art. 2 del d.l. 29 del 2020, è intervenuto in proposito **in sede di conversione** dell'atto d'urgenza, quantomeno onde assicurare una migliore tutela del diritto di difesa e del contraddittorio nel corso della procedura di rivalutazione *de qua*.

Se un tanto è vero, merita però precisare che le forze politiche si sono, anche in questa occasione, dimostrate **divise** sul come agire a questo riguardo.

Dalla lettura dei lavori preparatori, si desume, infatti, che alcuni parlamentari hanno proposto, tanto al **Senato**[\[17\]](#), quanto alla **Camera**[\[18\]](#), vari **emendamenti** volti a consentire un'effettiva **partecipazione del legale** del condannato/internato già nella **fase antecedente a quella della decisione del giudice sull'eventuale revoca accelerata** della misura della detenzione domiciliare o del differimento. Così, ad esempio, un emendamento al Senato aveva proposto di inserire nell'articolo un nuovo comma, volto a stabilire che il decisore avrebbe dovuto avvisare l'avvocato «dell'imputato della richiesta del Pubblico Ministero e degli elementi acquisiti dall'autorità sanitaria regionale e del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria con possibilità di visionarli e di estrarne copia e di depositare entro tre giorni proprie deduzioni e osservazioni»[\[19\]](#).

Questa linea garantista **non è stata**, però, **condivisa dalla maggioranza**, la quale ha, invece, preferito attestarsi su una **posizione più compromissoria**. Essa ha, invero, scelto di **abrogare**, mediante la **l. di conversione 25 giugno 2020 n. 70**[\[20\]](#), la regola *de qua*, riproducendola, però, solo con alcune lievi modifiche, nel vigente nuovo **articolo 2-bis del (convertito) d.l. 30 aprile 2020, n. 28**. Orbene, per quanto qui rileva, merita osservare come il cambiamento principale apportato dal Parlamento in proposito sia stata l'interpolazione di un **inedito comma 4** in tale articolo, ove si è stabilito che, «**nel caso in cui il magistrato di sorveglianza abbia disposto la revoca** della detenzione domiciliare o del differimento della pena adottati in via provvisoria», la questione è devoluta al **tribunale di sorveglianza**, il quale è chiamato a pronunciarsi «sull'ammissione alla detenzione domiciliare o sul differimento [...] **entro trenta giorni dalla ricezione del provvedimento di revoca**», pena, altrimenti, la **perdita di efficacia di quest'ultimo**. In altre parole, anche secondo la disciplina riformata la revoca è rimasta immediatamente esecutiva; «tuttavia, entro un massimo di trenta giorni, tale provvedimento appare destinato a cadere nel nulla, salvo che, nel frattempo, il Tribunale di sorveglianza si sia pronunciato, questa volta al termine di una **procedura caratterizzata da contraddittorio**»[\[21\]](#), perché svoltasi secondo le forme tipiche del rito di cui agli artt. **666 e 678 c.p.p.**

Insomma, è chiaro come la l. 70 del 2020, proprio al fine di fugare i dubbi di costituzionalità rispetto agli articoli 24, comma 2 e 111, comma 2, Cost., tratteggiati dai Magistrati di sorveglianza di Spoleto e di Avellino, abbia quantomeno cercato di assicurare con l'art. 2-bis del d.l. 28/2020 una **tutela più incisiva, seppur differita, del diritto di difesa e del contraddittorio**, nel caso in cui la decisione sulla revoca sia presa dall'organo monocratico. Un tale obiettivo è stato perseguito prevedendo la necessità di un controllo del collegio sulla pronuncia del magistrato di sorveglianza, da svolgersi entro un **arco cronologico più stringente** rispetto ai termini generali di cui al combinato disposto tra art. 684 e artt. 47-ter, comma 1-*quater* e 47, comma 4, ord. penit. Non sfuggirà, peraltro, che il legislatore, nel dare vita a tale modifica, ha creato un **meccanismo speciale** di sospensione cautelativa – riferito ai delitti di criminalità organizzata e valevole per l'emergenza da COVID-19 – chiaramente **ispirato a quello di cui all'art. 51-ter ord. pen.** Com'è noto, infatti, il comma 2 della norma da ultimo citata

prevede, in materia di misure alternative, una disciplina fondata su una decisione presa in assenza di contraddittorio dal magistrato di sorveglianza, da convertirsi entro un lasso di tempo di trenta giorni dal tribunale, pena l'inefficacia del primo provvedimento.

5. Giunti a questo punto, è necessario ricordare che, a stretto giro dall'entrata in vigore della l. n. 70 del 2020, la **Consulta** si è effettivamente pronunciata con l'**ordinanza n. 185/2020** sulle questioni di legittimità costituzionale presentate dal **Magistrato di sorveglianza di Spoleto** nei confronti dell'art. 2 del d.l. 29/2020[22]. Com'era inevitabile, la Corte costituzionale ha preso atto dell'avvenuta abrogazione della disposizione censurata, ponendo **al centro della propria analisi lo *ius superveniens***, il quale – è bene precisarlo – risulta applicabile **in modo retroattivo** anche alla fattispecie pendente di fronte al giudice umbro, in forza della disciplina intertemporale cristallizzata al comma 5 dell'art. 2-*bis* d.l. 28/2020. Quest'ultimo stabilisce, infatti, che il *novum* opera per tutti i provvedimenti di revoca della detenzione domiciliare o del differimento della pena adottati successivamente al 23 febbraio 2020. Preso atto di ciò, la Consulta ha affermato non solo che le modifiche, introdotte in sede di conversione, «**mirano a una più intensa tutela del diritto di difesa del condannato, cui è ora garantita una piena partecipazione al procedimento avanti il tribunale di sorveglianza nel termine perentorio di trenta giorni decorrenti dal provvedimento di revoca**», ma anche che le stesse «**sono orientate “nella stessa direzione dell'ordinanza di rimessione”** [...], con **un effetto che potrebbe essere ritenuto suscettibile di ridimensionare, o al limite di emendare, i vizi denunciati dal rimettente**»[23]. Orbene, partendo da tali premesse, la Corte ha sostenuto che, ferma restando la rilevanza della questione sollevata in precedenza, dovesse spettare necessariamente al magistrato umbro «la responsabilità di **valutare in concreto l'incidenza di tali modifiche in riferimento alla non manifesta infondatezza** delle questioni di legittimità costituzionale sollevate»[24]. Da qui la decisione – comunque indicativa del fatto che la Consulta abbia considerato le modifiche apportate dal legislatore, in sede di conversione, di una qualche importanza – di **restituire gli atti al giudice a quo**.

6. Ebbene, mediante la pronuncia in commento, il **Magistrato di sorveglianza di Spoleto ha adempiuto alle indicazioni della Corte costituzionale**, rivalutando la non manifesta infondatezza delle questioni di legittimità presentate, alla luce dello *ius superveniens*. Peraltro, come si è già avuto modo di anticipare, il giudice umbro ha dimostrato di non essere persuaso del fatto che il meccanismo di revoca accelerata in esame, per come modificato dalla l. 70 del 2020, si ponga ora in linea con la Carta fondamentale[25]. Nell'atto di promovimento qui pubblicato, questi ha, invero, sostenuto che anche l'**art. 2-*bis* del d.l. 28/2020 presenterebbe profili di frizione con gli artt. 3, 24, comma 2 e 111, comma 2, Cost.**, che spetterebbe al giudice delle leggi eliminare.

Ciò posto, è bene precisare che, a supporto di tale valutazione critica, il decisore ha portato molti **argomenti analoghi** a quelli **già utilizzati** nella propria originaria ordinanza di rimessione alla Consulta.

Così, ad esempio, anche nella nuova pronuncia, il giudice *a quo* ha **richiamato una serie di riti tipici della giurisdizione di sorveglianza**, in cui il contraddittorio viene a subire limitazioni, onde dimostrare come la procedura di cui all'art. 2-*bis* del d.l. 28/2020 presenti, dal punto di vista testuale, uno **standard di garanzie inferiore** rispetto ad essi, ponendosi, pertanto, oltre il filo del rasoio della legittimità costituzionale.

Per un altro verso, il rimettente ha continuato a ritenere **impraticabile un'interpretazione costituzionalmente orientata** della previsione *de qua*, secondo cui, pur in assenza di un richiamo testuale, il difensore del condannato/internato potrebbe comunque interloquire efficacemente con il magistrato di sorveglianza sulla revoca della detenzione domiciliare o del differimento. A suo dire, infatti, anche ove si ammettesse che l'avvocato fosse autorizzato a presentare una memoria in

proposito (come avvenuto nel caso di specie), tale attività difensiva non potrebbe che svolgersi “**alla cieca**”<sup>[26]</sup>, risultando, pertanto, di scarsa utilità, dal momento che l’art. 2-*bis* non attribuisce in modo espresso in capo all’interessato e al suo legale un diritto di **accedere all’istruttoria compiuta dall’autorità giudiziaria**.

Allo stesso tempo, l’ordinanza in commento ha prospettato un contrasto della nuova disciplina con l’**art. 3 Cost. sotto due profili** *in toto* sovrapponibili rispetto a quelli già indicati nell’atto di promovimento antecedente. In primo luogo, è stata, infatti, censurata la sussistenza di una **disparità di trattamento** tra la fattispecie in cui a **decidere sulla revoca sia l’organo monocratico rispetto ai casi in cui a ciò provveda il tribunale di sorveglianza**; e ciò sulla base dell’idea per cui sarebbe scorretto che, solo in tale seconda ipotesi, «il procedimento di rivalutazione [venga] condotto nel pieno rispetto del contraddittorio»<sup>[27]</sup>. Di talché, in buona sostanza, la violazione dell’art. 3 Cost. verrebbe sotto questo profilo 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”»<sup>[28]</sup>. In secondo luogo, il rimettente ha continuato a **censurare la ragionevolezza del modo in cui il legislatore ha selezionato i gravi delitti** per cui opera il procedimento di rivalutazione in esame, non essendo l’elenco ivi cristallizzato neppure corrispondente con quello di cui all’art. 4-*bis* ord. penit. In tal senso, si è, infatti, nuovamente osservato 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 [...] un procedimento meno garantito e fortemente orientato verso il ripristino della detenzione».

Peraltro, com’era inevitabile, **il cuore dell’ordinanza** in epigrafe è rappresentato dal passaggio in cui il magistrato di sorveglianza ha valutato più specificatamente l’**idoneità delle innovazioni** introdotte all’istituto in esame dalla **l. di conversione n. 70 del 2020 a fugare i dubbi** concernenti il rispetto del diritto di difesa e di quello al contraddittorio. Orbene, a questo proposito merita precisare che il rimettente è giunto a sostenere **che i profili di frizione tra l’art. 2-*bis* del d.l. 28/2020 e gli artt. 24, comma 2 e 111, comma 2, Cost. continuerebbero a permanere**, valorizzando in modo più significativo, rispetto alla sua prima ordinanza, l’incidenza negativa che l’istituto in esame è in grado di produrre sul diritto fondamentale di cui all’**art. 32 Cost.**; il quale – è bene chiarirlo – ha continuato a **non** essere però richiamato nel dispositivo tra i parametri indicati alla Consulta, ma solo nel corpo del testo.

A tal proposito, si è, più precisamente, insistito sul fatto che il **termine di trenta giorni** dalla ricezione del provvedimento di revoca della misura da parte dell’organo monocratico, entro cui il tribunale di sorveglianza è chiamato a pronunciarsi, secondo la procedura garantita di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p., sarebbe **eccessivamente lungo** rispetto al **pericolo**, potenzialmente repentino, **di contagio** dell’interessato, derivante dalla sua (re)introduzione nel circuito detentivo. A detta del magistrato di sorveglianza, infatti, «la rivalutazione collegiale di eventuale ripristino della misura diversa dalla detenzione potrebbe giungere **oramai tardivamente**», stante «la subitanea[,] implacabile rapidità» della pandemia da COVID-19. Insomma, secondo il ragionamento seguito dal giudice *a quo*, se, in linea generale, i modelli processuali a contraddittorio eventuale e differito non si porrebbero in contrasto con la Carta fondamentale, un tanto non potrebbe affatto valere per il meccanismo di frequente rivalutazione di cui all’art. 2-*bis* del d.l. 28/2020. Quest’ultimo, infatti, data la sua idoneità a **incidere in tempi brevi «anche drammaticamente sulla tutela della salute dell’interessato»**, richiederebbe per forza un coinvolgimento del condannato/internato e del suo difensore **prima di una sua riconduzione in vinculis**; e ciò in quanto il **vaglio collegiale ex post** sulla decisione di revoca

immediatamente esecutiva, presa dall'organo monocratico, correrebbe il rischio di dimostrarsi «**oramai tardivo e inefficace**» per tutelare adeguatamente l'individuo.

Il giudice *a quo* non si è peraltro limitato a tali considerazioni, ma ha anche affermato che la mancata previsione da parte dell'art. 2-*bis* del d.l. 28/2020 di un contraddittorio anticipato con il beneficiario circa la possibile revoca della misura, disposta per ragioni legate all'epidemia, sarebbe idonea a produrre esiziali **deficit di conoscenza** in capo al magistrato di sorveglianza. A parere del rimettente, infatti, il malato «**potrebbe all'esterno aver intrapreso accertamenti diagnostici od essersi sottoposto [...] a] cure, di cui [l'autorità giudiziaria] non può avere cognizione** e che, soprattutto, non può confrontare con l'offerta di cura e di protezione dal contagio propostegli dall'amministrazione penitenziaria», trovandosi, pertanto, costretta a prendere una decisione – quantomai delicata – sulla base di un **compendio istruttorio non sufficientemente esaustivo**.

Non è però tutto. Si è ulteriormente precisato che, a seguito della fissazione del termine perentorio di trenta giorni per l'intervento del tribunale di sorveglianza, da parte della l. n. 70 del 2020, siffatta situazione di «**difetto di conoscenza**» rischierebbe di affliggere anche il procedimento dinnanzi al **tribunale di sorveglianza**. A sostegno di tale affermazione è stato, in particolare, osservato che la sanzione dell'inefficacia della revoca della misura, conseguente al mancato rispetto di detto termine per l'intervento del collegio, finirebbe per porre l'autorità giudiziaria «di fronte al possibile **nodo gordiano di una valutazione tempestiva, ma privata della possibilità di svolgere, ad esempio, approfondimenti peritali**, oppure di un **rinvio a tale scopo che inevitabilmente travolge[rebbe] la intervenuta revoca** e riconduce in libertà, per un'ulteriore frazione di tempo, il condannato». Ciò posto, il rimettente ha ulteriormente precisato che, in un tale contesto, «lo **stesso intervento della difesa**, finalmente chiamata ad interloquire in questo momento collegiale, rischia [...] di apparire non soltanto **tardivo** ma, [...] rispetto ad un procedimento in cui la tutela della salute è al cuore della decisione da assumersi, **non pienamente efficace**».

7. Nonostante gli sforzi argomentativi del giudice *a quo*, l'ordinanza **non appare impeccabile**.

Anzitutto, non si può fare a meno di notare come già il *petitum* del provvedimento presenti qualche **profilo di ambiguità**. Se, infatti, dalla lettura del solo dispositivo, si sarebbe portati a pensare che il rimettente abbia inteso ottenere una pronuncia **totalmente ablativa della norma de qua** (quantomeno nella parte in cui essa affida anche all'organo monocratico il potere di revocare in modo accelerato la detenzione domiciliare e il differimento), da un'analisi complessiva della stessa le cose non sembrano stare esattamente così. Deve, infatti, essere rilevato come larga parte dell'atto pare, invece, strutturato, almeno nella sostanza, in **forma manipolativa**. Il rimettente ha, invero, fatto chiaramente trasparire l'opinione per cui, laddove il meccanismo in esame **venisse integrato**, prevedendo adeguati spazi difensivi dinnanzi al magistrato di sorveglianza prima che questi prenda le proprie determinazioni in proposito, allora sarebbero superati molti dei profili di attrito con la Carta fondamentale. Ciò nonostante, «ai fini del conseguimento di tale obiettivo, è stata omessa [pressoché] **ogni indicazione in ordine alla direzione** e ai contenuti **dell'intervento correttivo** [...], tra i molteplici astrattamente ipotizzabili»<sup>[29]</sup>. Alla luce di un tanto, non pare remota l'ipotesi che la Consulta finisca per dichiarare le censure oggi presentate **inammissibili**, sulla base della propria consolidata giurisprudenza per cui tale pronuncia in rito si impone in caso di **indeterminatezza e ambiguità del petitum** presentato dal rimettente<sup>[30]</sup>.

Ciò posto, è bene in ogni caso chiarire che uno dei punti cardine del ragionamento del giudice *a quo* sembra, effettivamente, **cogliere nel segno**. Si allude, in particolare, all'affermazione secondo cui la **strada del rafforzamento del contraddittorio differito** sulla revoca della misura disposta dal magistrato di sorveglianza, seguita dalla l. n. 70 del 2020, **non si adatta in modo soddisfacente** alla fattispecie in esame. A ben vedere, non sembra che il nuovo comma 4 dell'art. 2-*bis* del d.l. 28/2020

abbia introdotto un “**rimedio effettivo**”, se parametrato ai diritti fondamentali che vengono in gioco in questo contesto. Difatti, l’intervento del collegio ivi previsto in tempi più certi e rapidi (ma comunque a distanza di decine di giorni) rischia comunque di **essere tardivo e del tutto inefficace**, visto il pericolo, potenzialmente immediato, per la salute del condannato/internato, laddove l’organo monocratico revochi, con un provvedimento subito esecutivo, la detenzione domiciliare o il differimento, concesso per ragioni legate al COVID-19. Di talché, pare difficile negare che il **legislatore abbia fatto male a puntare su una categoria tradizionale**, quale per l’appunto, quella del contraddittorio differito, tarata solo sui diritti di cui agli artt. 24, comma 2 e 111, comma 2, Cost., quando, invece, nel caso in esame viene in gioco anche un **rischio repentino** per la salute dell’individuo. Una **situazione emergenziale inedita** e in continua evoluzione, quale quella odierna, richiede, del resto, **scelte quantomai tempestive**, che, inevitabilmente, **non si conciliano in modo armonico con l’idea di posporre in un periodo successivo garanzie fondamentali**. Se un tanto è vero risulta, a ogni modo, **criticabile** il fatto che, sebbene la **connessione tra artt. 24, comma 2/111, comma 2, Cost. e art. 32 Cost.** rappresenti la vera e propria chiave di volta dell’intero atto di promovimento, il giudice *a quo* **non abbia inserito un richiamo** a quest’ultimo parametro nel dispositivo.

8. Sennonché, i dubbi di legittimità avanzati nell’ordinanza in commento **non sembrano comunque fondati nel merito**. Ci pare, infatti, che la pronuncia del rimettente presenti un **difetto significativo**: questa non ha sperimentato con la dovuta cura **ogni tentativo ammesso dalla lettera della legge di interpretare in modo costituzionalmente orientato l’art. 2-bis del d.l. 28/2020**. Per contro, tale strada non è del tutto preclusa, dal momento che sembra possibile individuare una norma, idonea a ridurre radicalmente le frizioni tra il meccanismo in esame e le garanzie fondamentali di cui agli artt. 3, 24, comma 2, 32 e 111, comma 2, Cost.

Ci si riferisce, in particolare, all’**art. 121 c.p.p.**, il quale stabilisce, per un verso, che «**in ogni stato e grado del procedimento** le parti e i difensori possono presentare al giudice **memorie o richieste scritte**, mediante deposito nella cancelleria», e, per un altro, che «sulle richieste ritualmente formulate il giudice provvede senza ritardo e comunque, salve specifiche disposizioni di legge, entro quindici giorni». Quella appena citata è, com’è noto, una previsione caratterizzata da una **portata generale**<sup>[31]</sup>, **connessa a doppio filo ai principi di cui all’art. 24, comma 2 e 111, comma 2, Cost.**, la quale è già stata ritenuta **operante** anche dalla Cassazione **nell’ambito della giurisdizione di sorveglianza**<sup>[32]</sup>. Del resto, a tale riguardo, non si può fare a meno di notare come il legislatore, stabilendo che l’art. 121 c.p.p. si applichi «in ogni stato e grado del procedimento», ne abbia tarato la portata temporale da un punto di vista testuale esattamente **sull’art. 24, comma 2, Cost.**, il quale, senza dubbio alcuno, **opera anche in executivis**<sup>[33]</sup>. Di conseguenza, essendo la previsione codicistica una delle regole chiave previste dall’ordinamento processuale al fine di dare attuazione al diritto di difesa, non si vede perché la stessa dovrebbe avere una portata applicativa cronologica più limitata. Negare l’operatività in assoluto dell’art. 121 c.p.p. in sede di sorveglianza significherebbe, infatti, abbassare radicalmente lo *standard* di tutela di cui all’art. 24, comma 2, c.p.p. in siffatto contesto, compendosi così un’operazione esegetica del tutto incoerente rispetto ai **beni fondamentali** (come la libertà e la salute), che vengono in gioco in tale delicata fase. È, d’altra parte, del tutto ovvio che la possibilità per il condannato di “**difendersi argomentando**” tramite memorie risulta **essenziale anche dopo il formarsi del giudicato**; il che è vero tanto più nei casi in cui la giurisdizione di sorveglianza si configuri **in termini di processo di parti, come avviene proprio nel caso di revoca delle misure alternative**.

Né, è d’uopo precisarlo, all’interno dell’art. 2-bis del d.l. 28/2020 può individuarsi **alcuna norma speciale espressa, idonea a impedire l’operatività della previsione di cui all’art. 121 c.p.p.**, nel caso in cui a decidere sulla revoca sia il magistrato di sorveglianza<sup>[34]</sup>. La regola in esame è, invero, **del tutto silente** circa le forme da seguire per effettuare la rivalutazione, essendovi, di conseguenza,

lo **spazio per riempire tale lacuna** tramite una regola di portata generale, quale l'art. 121 c.p.p. E ciò, si badi, tanto più laddove un'operazione interpretativa siffatta sia in grado di riportare nell'alveo della compatibilità con i principi fondamentali un meccanismo altrimenti a rischio di legittimità costituzionale.

Applicare le garanzie di cui all'art. 121 c.p.p. nell'ambito del meccanismo di revoca accelerata in questione, in base a **un'interpretazione costituzionalmente orientata**, produce, infatti, **conseguenze evidenti** sulla tenuta dell'art. 2-bis del d.l. 28/2020 rispetto alla Carta. Ove, infatti, si ritenga possibile far operare lo stesso in questo contesto, il condannato/internato o il suo difensore potrebbero, anzitutto, **presentare una richiesta** – a cui il giudice dovrebbe necessariamente rispondere<sup>[35]</sup> – finalizzata a ottenere la **trasmissione dei pareri istruttori**, che il magistrato di sorveglianza deve raccogliere per poter decidere<sup>[36]</sup>. In secondo luogo, la difesa potrebbe **depositare una propria memoria** (se del caso avvalorata pure da **attività di indagine difensiva**, la quale – è bene ricordarlo – è esperibile anche nell'esecuzione penale **ex art. 327-bis c.p.p.**<sup>[37]</sup>), volta a spiegare al decisore perché, per le condizioni di salute dell'individuo o la tipologia di cure iniziate all'esterno, risulti ancora necessario mantenere in vigore il provvedimento di detenzione domiciliare o di differimento dell'esecuzione della pena assunto in precedenza.

Ci pare pertanto, che, mediante l'applicazione dell'art. 121 c.p.p. in questo contesto, si **risolverebbe la quasi totalità delle critiche** sollevate dal rimettente nei confronti dell'art. 2-bis<sup>[38]</sup>. In tal modo, infatti, diventerebbe, anzitutto, **possibile instaurare quantomeno un contraddittorio cartolare** tra la difesa e l'autorità giudiziaria antecedente al momento in cui il magistrato di sorveglianza è chiamato ad assumere le proprie determinazioni, dando così vita a una disciplina in linea con i crismi minimi della giurisdizionalità di cui agli artt. **24, comma 2 e 111, comma 2, Cost.** Per di più, l'organo monocratico, potendo leggere anche l'opinione dell'interessato, verrebbe messo nelle condizioni di **decidere in modo maggiormente informato** su una questione chiave per la salute dell'individuo, assicurandosi così una migliore tutela del diritto fondamentale di cui all'**art. 32 Cost.** Infine, di tutto questo materiale potrebbe, ovviamente, giovare anche il **tribunale di sorveglianza**, allorché è chiamato a confermare o meno la misura in via definitiva. A quest'ultimo avere già a disposizione la documentazione difensiva siffatta (se del caso, integrata da altra eventualmente emersa in seguito) potrebbe, invero, servire per **valutare in tempi più rapidi** la necessità di disporre eventuali approfondimenti istruttori ulteriori **ex art. 666, comma 5 e 185 disp. att. c.p.p.**<sup>[39]</sup> sulle condizioni di salute dell'interessato, ottenendosi così un risparmio di tempo utile a rispettare il termine di trenta giorni di cui all'art. 2-bis, comma 4, d.l. 28/2020.

In definitiva, se è vero che il legislatore, mediante l'articolo in esame, ha dato vita a un **istituto decisamente mal costruito**, frutto di un criticabile clima ispirato al “**populismo penale**”, non sembra che il destino della costituzionalità dello stesso sia per forza segnato.

---

<sup>[1]</sup> Per un primo commento dell'ordinanza, cfr. V. Manca, “The match goes on”: *il Magistrato di Sorveglianza solleva nuovamente questione di legittimità costituzionale sul decreto legge n. 29/2020*, in *il Penalista*, 9 settembre 2020.

<sup>[2]</sup> In tema, cfr. G. Fiandaca, *Scarcerazioni per motivi di salute, lotta alla mafia e opinione pubblica*, in questa *Rivista*, 19 maggio 2020, nonché G. Daraio, *Emergenza epidemiologica da Covid-19 e sistema penitenziario*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 947 e s.

<sup>[3]</sup> Al riguardo, 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; G. Pestelli, *D.L. 28/2020: nuove misure urgenti su intercettazioni, ordinamento penitenziario, giustizia e sanità*, in *il Quotidiano Giuridico*, 4 maggio 2020; nonché, 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.

[4] Sul quale, cfr., tra i molti, M. Brucale, *Decreto legge n. 29, 10 maggio 2020. Alcune riflessioni*, in *Penale. Diritto e Procedura*, 14 maggio 2020; L. Cesaris, *Il d.l. n. 29 del 2020: un inutile e farraginoso meccanismo di controllo*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 23 maggio 2020; F. Fiorentin, *Con controlli cadenzati sui casi blindate le procedure per i benefici*, in *Guida dir.*, 2020, n. 23, p. 114 e ss.; C. Minnella, *Ennesimo d.l. per "monitorare" le scarcerazioni legate all'emergenza coronavirus di imputati e condannati*, in *il Penalista*, 11 maggio 2020; G. Pestelli, *D.L. 29/2020: obbligatorio rivalutare periodicamente le scarcerazioni connesse all'emergenza Covid-19*, in *il Quotidiano Giuridico*, 13 maggio 2020.

[5] In proposito, v., in particolare, L. Cesaris, *Il d.l. n. 29 del 2020*, cit.; 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; 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. 32 e ss.

[6] Il magistrato o il tribunale di sorveglianza devono, infatti, procedere alla rivalutazione, di norma, entro il termine di quindici giorni dall'adozione del provvedimento e, successivamente, con cadenza mensile. Per contro, essi sono chiamati a intervenire immediatamente, anche prima della decorrenza dei termini appena indicati, nel caso in cui il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria comunichi la disponibilità di strutture o di reparti di medicina protetta adeguati alle condizioni di salute del detenuto o dell'internato ammesso alla misura.

[7] Dopo le modifiche intervenute in sede di conversione del d.l. 29/2020 (sul punto cfr. *sub* § 4) il legislatore ha stabilito, invece, che a rendere il parere sia il procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove è stata pronunciata la sentenza di condanna.

[8] Cfr. il C.S.M., *Parere sul Decreto legge 10 maggio 2020 n. 29, in materia penitenziaria*, delibera 17 giugno 2020, in [www.csm.it](http://www.csm.it), p. 9.

[9] Ci si riferisce alla nota della Giunta dell'U.C.P.I., *I penalisti sul DL scarcerazioni: una vergogna*, 10 maggio 2020, in [www.camerepenali.it](http://www.camerepenali.it), nonché al documento *Memoria per l'audizione dinanzi alla Commissione Giustizia del Senato della Repubblica del 13 maggio 2020. Le considerazioni dell'Unione delle Camere Penali Italiane*, in [www.senato.it](http://www.senato.it).

[10] La citazione è tratta da G. Fiandaca, *Scarcerazioni per motivi di salute*, cit.

[11] Cfr., in proposito, U.C.P.I., *Prime Osservazioni sulle questioni di legittimità costituzionale del decreto 29/20*, in [www.camerepenali.it](http://www.camerepenali.it), 12 giugno 2020.

[12] Ci si riferisca a Mag. sorveglianza Spoleto, ord. 26 maggio 2020, in questa Rivista, 5 giugno 2020, con nota di M. Gialuz, [Il d.l. antiscarcerazioni alla Consulta: c'è spazio per rimediare ai profili di illegittimità costituzionale in sede di conversione](#). Tra i vari commenti a tale ordinanza, cfr. S.

Amato-M. Passione, *Vuoti a perdere*, in *Diritto di difesa*, 1° giugno 2020; M. Bortolato, *Alla Corte costituzionale il decreto-legge sulle “scarcerazioni”*, in *Quest. giust.*, 29 maggio 2020; I. Conti, *L’art. 2 del D.L. n. 29/20, c.d. Scarcerazioni, è incostituzionale?*, in *il Quotidiano Giuridico*, 23 giugno 2020; L. Granozio, *Dubbi sulla costituzionalità del decreto legge in materia di “scarcerazioni”*, in *Penale. Diritto e Procedura*, 31 maggio 2020; A. Marandola, *D.l. n. 29 del 2020: sollevati i primi dubbi di legittimità costituzionale*, in *il Penalista*, 3 giugno 2020.

[13] Si veda, ad esempio, Corte cost., 5 dicembre 2003, n. 352, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

[14] Cfr. Mag. sorveglianza Avellino, 3 giugno 2020, in *Giurisprudenza penale web*.

[15] Il rinvio va a Trib. sorv. Sassari, ord. 9 giugno 2020, in questa *Rivista*, 10 giugno 2020, con nota di A. Cabiale, [Un’altra questione di legittimità costituzionale si abbatte sul d.l. antiscarcerazioni: questa volta entra in gioco il diritto alla salute](#). Sulla medesima pronuncia, cfr. anche V. Manca, *Il decreto legge n. 29/2020 non trova pace: sollevata un’altra questione di legittimità costituzionale*, in *il Penalista*, 15 giugno 2020.

[16] Le citazioni sono tratte da Trib. sorv. Sassari, ord. 9 giugno 2020, cit.

[17] Cfr., ad esempio, gli emendamenti n. 2.0.1/7 e 2.0.1/12 a firma dei Senatori Caliendo, Modena, Dal Mas, disponibile in Atti Senato, Commissione Giustizia, Seduta n. 169 (ant.) del 4 giugno 2020.

[18] V. l’emendamento 2-bis.5, proposto dall’On. Bartolozzi e a., pubblicato nel Bollettino delle Giunte e Commissioni della Camera del 22 giugno 2020.

[19] Ci si riferisce al già citato emendamento 2.0.1/12.

[20] Sulla quale cfr. A. Cabiale, [Covid e “scarcerazioni”: diventano legge, con alcune novità, i contenuti dei dd.ll. nn. 28 e 29 del 2020](#), in questa *Rivista*, 13 luglio 2020. In argomento, cfr. anche L. Cesaris, *La conversione in legge del d.l. 28 del 2020 con legge n. 70 del 2020 non elide i dubbi e le perplessità sulle scelte del legislatore*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 5 agosto 2020; G. Daraio, *Emergenza epidemiologica da Covid-19*, cit., p. 952 e s.; L. Degl’Innocenti-F. Faldi, *I decreti di primavera e le novità in materia di ordinamento penitenziario: la conversione del d.l. 28/2020 e l’“abrogazione” del d.l. 29/2020*, in *il Penalista*, 6 luglio 2020; F. Fiorentin, *Poche modifiche alle regole sui benefici a chi è recluso*, in *Guida dir.*, 2020, n. 32, p. 65 e ss.; G. Pestelli, *D.L. 28/2020 e D.L. n. 29/2020: tutte le modifiche apportate in sede di conversione*, in *il Quotidiano Giuridico*, 26 giugno 2020.

[21] Le citazioni sono tratte da A. Cabiale, *Covid e “scarcerazioni”*, cit.

[22] Ci si riferisce a Corte cost., 22 luglio 2020, n. 285, in questa *Rivista*, 1° agosto 2020, con osservazioni di E. Andolfatto, [Un’ordinanza interlocutoria della Consulta sul “decreto antiscarcerazioni”](#). In proposito, cfr. anche I. Conti, *Conversione del D.L. Scarcerazioni: la Consulta rimanda gli atti a Spoleto*, in *il Quotidiano Giuridico*, 29 luglio 2020.

[23] Cfr. Corte cost., ord. 22 luglio 2020, n. 285, cit.

[24] La citazione è tratta sempre da Corte cost., ord. 22 luglio 2020, n. 285, cit.

[25] In dottrina, nello stesso senso, cfr., ad esempio, L. Cesaris, *La conversione in legge*, cit., p. 8 e ss. *Contra*, invece, G. Pestelli, *D.L. 28/2020 e D.L. n. 29/2020: tutte le modifiche apportate in sede*

*di conversione*, cit., secondo cui le modifiche avrebbero assicurato il pieno rispetto del diritto di difesa e del contraddittorio.

[26] In termini analoghi, cfr. L. Cesaris, *Il d.l. n. 29 del 2020*, cit., p. 6.

[27] La citazione è tratta da M. Gialuz, *Il d.l. antiscarcerazioni alla Consulta*, cit.

[28] Cfr. ancora M. Gialuz, *Il d.l. antiscarcerazioni alla Consulta*, cit.

[29] La citazione è tratta da Corte cost., 17 luglio 2015, n. 269, in *www.cortecostituzionale.it* e da Corte cost., 18 luglio 2014, n. 220, *ivi*.

[30] Cfr., tra le pronunce più recenti, oltre a quelle citate alla nota precedente, Corte cost., 24 maggio 2019, n. 125, in *www.cortecostituzionale.it*.

[31] In proposito, cfr., ad esempio., Cass., sez. II, 16 maggio 2019, n. 32736, in *DeJure*.

[32] Si vedano, ad esempio, a tal proposito, Cass., sez. I, 25 marzo 2011, n. 18600, in *DeJure* (in materia di riabilitazione); Cass., sez. I, 3 marzo 2011, n. 15134, *ivi* (in materia di affidamento in prova) e Cass., sez. I, 25 febbraio 2011, n. 11481, *ivi* (in materia di reclamo), ove si afferma che «il legislatore del 1988 ha inteso accordare il diritto di presentare memorie e richieste scritte al giudice in ogni stato e grado del procedimento. Come si desume dalla relazione al testo definitivo del codice, l'originario riferimento al processo è stato rimosso, al fine di consentire l'applicazione generalizzata della norma».

[33] In proposito, cfr., da ultimo, F. Della Casa-G. Giostra, *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2020, p. 263.

[34] Nella previsione in questione non compare neppure, ad esempio, la dicitura “senza formalità di procedura”, ossia quella classicamente utilizzata dal legislatore per indicare che un rito debba svolgersi del tutto *de plano*.

[35] Cfr., Cass., sez. I, 3 marzo 2011, n. 15134, cit.

[36] A ben vedere, a fronte della possibilità che il procedimento di rivalutazione accelerato venga avviato *ex officio* “immediatamente” (e non entro il termine di quindici giorni), laddove il D.a.p. comunichi la disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta adeguati alle condizioni di salute del detenuto, sembra consigliabile alla difesa adottare una cautela. Onde essere certa di poter visionare in tempo i pareri istruttori, sembra utile che la stessa chieda all'autorità giustizia, fin dall'emissione della misura della detenzione domiciliare o del differimento, di trasmettere, non appena disponibili, i pareri di cui all'art 2-bis d.l. 28/2020.

[37] In proposito, cfr., per tutti, E. Lorenzetto, *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, Napoli, 2013, p. 746 e s.; M. Ruaro, *La magistratura di sorveglianza*, Milano, 2009, p. 381 e ss.

[38] L'unica censura su cui non impatta l'applicazione dell'art. 121 c.p.p. allo strumento in esame è quella che riguarda l'ambito di operatività dello stesso (considerato lesivo dell'art. 3 Cost.). Ciò nonostante, anche tale dubbio di legittimità non pare destinato ad avere successo, tenuto conto del fatto che, da un lato, il legislatore ha comunque un'ampia discrezionalità nello stabilire a quali reati far applicare un regime speciale quale quello in esame e, da un altro, che, avendo comunque

selezionato solo fattispecie di particolare allarme sociale, non pare aver compiuto una scelta del tutto irragionevole in proposito.

[39] Pare utile ricordare come in dottrina si sia affermato, a più voci, che il giudice potrebbe fare applicazione di tali previsioni generali in materia istruttoria anche all'interno del rito in esame: cfr., in proposito, ad esempio, L. Cesaris, *Il d.l. n. 29 del 2020*, cit., p. 6; G. Pestelli, *D.L. n. 28/2020 e D.L. n. 29/2020*, cit., nonché lo stesso F. Gianfilippi, *La rivalutazione delle detenzioni domiciliari*, cit.



## UFFICIO DI SORVEGLIANZA DI SPOLETO

N. SIUS 2020/2725

ORD 2020/1899

### IL MAGISTRATO DI SORVEGLIANZA

rilevato che, ai sensi dell'art. 2 d.l. 10.05.2020 n. 29, ora trasfuso nell'art. 2 bis d.l. 28/2020 come convertito in L. 70/2020, è iscritto procedimento relativo a \_\_\_\_\_ nato a \_\_\_\_\_

già ristretto presso la Casa Circondariale di Terni, 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);

rilevato che, vista la documentazione in atti e acquisito il parere del Procuratore Distrettuale antimafia di Napoli ai fini della decisione richiesta dalla disposizione normativa indicata, il magistrato di sorveglianza di Spoleto in data 26.05.2020 sospendeva il procedimento trasmettendo gli atti alla Corte Costituzionale, dichiarata 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.;

rilevato che la Corte Costituzionale, con ordinanza in data 22.07.2020, depositata il 30.07.2020 n. 185, pervenuta all'ufficio il 3.08.2020, ha restituito gli atti al magistrato di sorveglianza per nuovo esame della "non manifesta infondatezza delle questioni, alla luce del mutato quadro normativo determinatosi per effetto dello *ius superveniens* di cui alla legge n. 70 del 2020";

OSSERVA

Con provvedimento in data 21.03.2020 il magistrato di sorveglianza di Spoleto concedeva provvisoriamente al [redacted] 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), sulla scorta di un compendio istruttorio analiticamente descritto nell'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale in data 26.05.2020, cui integralmente ci si riporta.

Nelle motivazioni del provvedimento si evidenziava come: "teauto conto delle informazioni pervenute dall'area sanitaria di Terni, 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 [redacted] 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 [redacted] 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 [redacted] è affetto."

La misura ha avuto regolarmente inizio, non sono pervenute segnalazioni negative circa i comportamenti dell'interessato nel corso di questi mesi, ed anzi nel tempo i Carabinieri di [redacted] quando richiesti in relazione ad esempio ad istanza ex art. 54 ord. penit, hanno attestato una condotta 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 è 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 disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta adeguati alle condizioni di salute del detenuto o dell'internato ammesso alla detenzione domiciliare o ad usufruire del differimento della pena.

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

La decisione dell'autorità 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, nonché alla disponibilità 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'autorità 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 richiamati contenuti del provvedimento di detenzione domiciliare surrogatoria concessa al \_\_\_\_\_ nonché la data di emissione dello stesso, il magistrato di sorveglianza di Spoleto ha dunque proceduto alle richieste istruttorie previste dalla disposizione normativa sopravvenuta ai fini della rivalutazione da effettuarsi il 26.05.2020, a quindici giorni dall'entrata in vigore del decreto legge.

I contenuti dell'istruttoria documentale che è stato necessario effettuare sono stati ugualmente riassunti nell'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale emessa in quella sede, nella quale il magistrato di sorveglianza ha ritenuto 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 ci si richiamava alla ricostruzione della vicenda del \_\_\_\_\_ per come allora succinta, aggiungendo che allo scadere del quindicesimo giorno dall'entrata in vigore del descritto testo normativo, era 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.

Si riteneva non manifestamente infondata la questione relativa alla procedura di rivalutazione prevista dall'art. 2 del d.l. 29/2020, ai sensi degli art. 24 comma 2 e 111 comma 2 Cost., poiché si svolge senza adeguato coinvolgimento della difesa e senza il necessario contraddittorio delle parti in condizioni di parità, 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.

Veniva inoltre sollevata la questione di costituzionalità della medesima disposizione normativa anche per 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" ed ancora perché la frequente rivalutazione, con le carenze di contraddittorio sin qui evidenziate e sino a che il tribunale di sorveglianza non si sia pronunciato in via definitiva sull'originaria richiesta della misura alternativa, è

prevista per i soli provvedimenti di concessione della detenzione domiciliare connessi all'emergenza COVID-19, allorché riferiti ai soli condannati per alcune tipologie di delitti, il cui elenco peraltro non coincide neppure con quello di cui all'art. 4 bis ord. penit.

La Corte Costituzionale ha restituito gli atti al magistrato di sorveglianza con ordinanza n. 185/2020 affinché lo stesso prenda atto delle modifiche normative intervenute con la legge di conversione n. 70/2020 e possa valutarne "in concreto l'incidenza" sulla non manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate, apparendo tali modifiche "orientate nella stessa direzione dell'ordinanza di rimessione, con un effetto che potrebbe essere ritenuto suscettibile di ridimensionare, o al limite di emendare, i vizi denunciati".

In particolare, occorre premettere che l'articolo 1 comma 3 della legge 25.06.2020 n. 70 di conversione del d.l. n. 28/2020, ha abrogato l'art. 2 del d.l. n. 29/2020, precisando che resta comunque ferma la validità degli atti e dei provvedimenti adottati e fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base del medesimo decreto legge, ne ha trasfuso i contenuti nell'art. 2 bis del d.l. 28/2020, per come convertito nella legge n. 70/2020, e li ha integrati con una previsione al comma 4 riferibile proprio alla procedura di frequentissima rivalutazione, quando da effettuarsi ad opera del magistrato di sorveglianza e non del Tribunale di sorveglianza.

Vi si prevede infatti che "quando il magistrato di sorveglianza procede alla valutazione del provvedimento provvisorio di ammissione alla detenzione domiciliare o di 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 unirli a quelli già inviati ai sensi degli art. 684 comma 2 cod. proc. pen. 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 sull'ammissione alla detezione 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 della legge 26 luglio 1975, n. 354. Se la decisione del tribunale non interviene nel termine prescritto, il provvedimento di revoca perde efficacia".

L'art. 2 bis comma 5 del d.l. 28/2020 come convertito in L. 70/2020 dispone che tale disciplina si applichi a tutti i provvedimenti di revoca della detenzione domiciliare o del differimento della pena già adottati dal magistrato di sorveglianza alla data di entrata in vigore della legge di conversione e a partire dal 23 febbraio 2020.

La Corte Costituzionale rileva dunque come, per effetto della legge di conversione, quando il magistrato di sorveglianza dispone la revoca della detenzione domiciliare o del differimento della pena disposti per motivi connessi all'emergenza sanitaria COVID19, il tribunale di sorveglianza è tenuto a pronunciarsi entro il termine perentorio di trenta giorni dalla ricezione del provvedimento di revoca e dovrà farlo nelle forme di cui all'art. 666 cod. proc. pen., per come richiamato dall'art. 678 comma 1 cod. proc. pen. e dunque di "un procedimento in cui la difesa ha pieno accesso agli atti e ha la possibilità di interloquire in condizioni di parità nell'udienza all'uopo fissata".

I giudici della Consulta proseguono evidenziando come "l'evoluzione del quadro normativo prodottasi per effetto della legge di conversione lascia invero inmutata la rilevanza della questione, stante il perdurante obbligo per il giudice *a quo* di perfezionare il procedimento di <<rivalutazione>> del provvedimento di concessione della detenzione domiciliare o di differimento della pena per motivi connessi all'emergenza sanitaria da COVID-19 adottato in data successiva al 23 febbraio 2020" ma aggiungono anche che "le modifiche alla disposizione censurata introdotte dalla legge n. 70/2020 mirano a una più intensa tutela del diritto di difesa del condannato, cui è ora garantita una piena partecipazione al procedimento avanti il tribunale di sorveglianza nel termine perentorio di trenta giorni decorrenti dal provvedimento di revoca", modifiche che hanno un impatto di rilievo, valutato in relazione alla giurisprudenza costituzionale (in particolare sent. 125/2018) e che conducono alla restituzione degli atti al magistrato di sorveglianza, cui spetta la responsabilità della valutazione in concreto dell'incidenza delle modifiche rispetto alla non manifesta infondatezza delle questioni prospettate.

E' in tale contesto che il fascicolo torna alla valutazione odierna del magistrato di sorveglianza di Spoleto che, per le ragioni che saranno di seguito meglio descritte, omissa una nuova valutazione sulla rilevanza, poiché già in modo espresso autorevolmente affermata dalla stessa Corte Costituzionale, ritiene, pur alla luce dello *ius superveniens* rappresentato dalla legge di conversione n. 70/2020, che sia non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3, 24 comma 2 e 111 comma 2 Cost., dell'odierno art. 2 bis del d.l. 30 aprile 2020 n. 28, come convertito nella l. 25 giugno 2020 n. 70, nel quale è stato trasfuso con integrazioni il contenuto dell'art. 2 del d.l. 10 maggio 2020 n. 29, invece abrogato, 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.

Occorre premettere che il provvedimento che oggi il magistrato di sorveglianza di Spoleto è chiamato a

rivalutare è stato assunto da quest'ultimo 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, apprezzato un *fumus boni iuris* in ordine alla sussistenza dei presupposti perché il tribunale disponga il rinvio, nonché 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 contraddittorio 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 non perde efficacia fino alla decisione del tribunale di sorveglianza anche se la pronuncia giunge 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. È quella la fase nella quale si assiste al ripristino pieno del contraddittorio nella parità delle parti.

Il procedimento per la rivalutazione frequente dei provvedimenti di differimento della pena, introdotto inizialmente con il d.l. 10 maggio 2020 n. 29 ed oggi leggibile nell'art. 2 bis del d.l. 28/2020, come convertito in L. 70/2020, 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 limitata dalla stessa disposizione normativa, 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 provvisorio, la legge di conversione ha precisato che, nonostante l'uso dell'espressione "revoca" connesso nell'ordinamento penitenziario a provvedimenti non interinali, si incardina la competenza del Collegio, che deve pronunciarsi entro trenta giorni dalla ricezione del provvedimento di revoca, non su quest'ultima, che resta comunque di fatto priva di una autonoma valutazione collegiale (con le criticità che ne derivano, trattandosi di un provvedimento che incide sulla libertà della persona), ma sulla ammissione alla detenzione domiciliare o al differimento della pena per ragioni connesse all'emergenza COVID-19, con la conseguenza, in caso di ritardo, della perdita di efficacia della revoca con un almeno temporaneo ripristino della misura domiciliare o di differimento concessa, sino a nuova valutazione da parte del magistrato di sorveglianza, sempre con la scansione acceleratissima prevista dalla disposizione normativa, o alla, pur tardiva, valutazione in via definitiva del tribunale di sorveglianza.

Lo schema sin qui descritto, frutto delle modifiche apportate in sede di conversione in legge dei d.l. 28 e 29/2020, lascia immutata la procedura dinanzi al magistrato di sorveglianza e differisce, dunque, da quello inizialmente previsto dall'art. 2 del d.l. 29/2020, soltanto per questa accelerazione nella valutazione collegiale, che segue l'eventuale revoca della misura concessa. Dalla lettura dei lavori preparatori emerge, invece, effettivamente, la proposizione di emendamenti indirizzati ad incidere sul contraddittorio nel corso della valutazione monocratica, o consentendo avvisi al difensore o addirittura aprendo spazi per il deposito di osservazioni e documentazione alla luce della lettura da parte della difesa delle note del DAP e del parere della DDA competente (cfr. Atto Senato n. 1786, proposte di modifica n. 2.0.1/8 e 2.0.1/12), ma a tali spunti il legislatore non ha poi dato seguito, intervenendo soltanto con l'espressa previsione, in una fase successiva alla decisione sulla revoca del magistrato di sorveglianza, ancora assunta nel silenzio della parte, di una

decisione del Tribunale di sorveglianza con contraddittorio pieno.

Tuttavia il Collegio è comunque chiamato a pronunciarsi in tempi non insignificanti. Non possono infatti decorrere, pena l'inefficacia della revoca, più di trenta giorni dalla ricezione del provvedimento stesso da parte del tribunale di sorveglianza, e dunque con cadenze già sperimentate per i procedimenti, di cui si tornerà a parlare, di cui all'art. 51 ter ord. penit., che sono certamente anche più lunghe dei trenta giorni dal ripristino della carcerazione, attesi i tempi propri della formale ricezione degli atti, e che comunque, per il rispetto dei termini per gli avvisi necessari alla corretta integrazione del contraddittorio, si attestano ordinariamente sul massimo temporalmente a disposizione. La carcerazione viene invece subito ripristinata, giacché resta il carattere di immediata esecutività del provvedimento con il quale è disposta la revoca della detenzione domiciliare surrogatoria o del differimento della pena.

Ciò accade nei confronti di un condannato per il quale il magistrato di sorveglianza ha effettuato una valutazione di sussistenza di condizioni di salute di particolare gravità, poste a rischio peculiare nel corso dell'emergenza sanitaria da COVID-19, con conseguenze potenzialmente deleterie per la salute dell'interessato (si pensi alla subitanea implacabile rapidità del contagio) in relazione alle quali la rivalutazione collegiale di eventuale ripristino della misura diversa dalla detenzione potrebbe giungere ormai tardivamente e che, ove invece si incorresse in una inefficacia della revoca per tardività del giudizio del Tribunale di sorveglianza, sembra esporre al rischio, analogamente grave, di un alternarsi di reingressi in carcere e ritorni sul territorio che, se normalmente non auspicabili per le finalità di cui all'art. 27 Cost., appaiono peculiarmente controindicati a fronte di persone affette da gravi condizioni di salute, con pregiudizio del diritto di cui all'art. 32 Cost e, sotto il profilo dell'umanità della pena, dello stesso art. 27 Cost.

Per quanto concerne la fase del procedimento che si svolge dinanzi al magistrato di sorveglianza, dalla descrizione dei passaggi essenziali della procedura, per come sin qui riassunti, emerge dunque ancora dal testo di cui all'art. 2 bis d.l. 28/2020 come convertito in L. 70/2020 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, per come ricordato sopra, 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 competente 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 Terni, 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 Terni), e fornire al magistrato di sorveglianza le proprie repliche.

Occorre inoltre ricordare che, ove il DAP comunichi la disponibilità di una adeguata struttura penitenziaria, secondo il disposto dell'art. 2 bis comma 1 di 28/2020, come convertito in L. 70/2020, la valutazione sulla revoca deve essere effettuata immediatamente, anche in deroga ai pur già strettissimi termini previsti, e ciò rende dunque ancor più imponderabile per la difesa il tempo di un qualsiasi eventuale intervento, anche volesse tentarlo, pur all'oscuro dell'istruttoria compiuta.

L'intervento necessario della Procura, invece, mediante il prescritto parere obbligatorio, 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 procedurali, 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 oggi descritto nell'art. 2 bis d.l. 28/2020, come convertito in L. 70/2020, 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 (si veda pure l'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Sassari in data 4.06.2020 con la quale quel Collegio solleva, anche sul punto, questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 del d.l. 29/2020 poiché comportante una violazione del diritto alla salute dell'interessato, nella parte in cui prevede un regime di acquisizioni istruttorie dalle quali "è assente ogni riferimento ad una verifica delle condizioni di salute del detenuto malato" ed in cui piuttosto si ravvisa "una marcata tensione al ripristino della detenzione") 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 alla 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 dall'art. 2 bis comma 4 d.l. 28/2020, come convertito in L.70/2020, 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 residuale, 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 dichiaratoria 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 è "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. I, 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 del 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. I, n. 35045 del 18/04/2013, Giuffrida, Rv. 257017; Sez. I, n. 277 del 13/01/2000, Angemi, Rv. 215368; Sez. I, 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 prevede 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 ricorso a tale 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 già nell'art. 2 d.l. 10 maggio 2020, n. 29 e ribadita ora nell'art. 2 bis comma 4 d.l. 28/2020 come convertito in L. 70/2020.

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 contraddittorio 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 altera parte* ai sensi dell'art. 51 bis ord. pen. in presenza 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) assume una peculiare importanza ricostruttiva, poiché sembra che le modifiche introdotte in sede di conversione in legge del d.l. 28/2020 vi si avvicinino. Tuttavia, anche in questo caso, la procedura dinanzi al magistrato di sorveglianza di cui all'art. 2 bis per come convertito in L. 70/2020, sembra distinguersene, sia per le effettive scansioni procedurali, sia per la *ratio* che pare ispirare le due disposizioni.

Ai sensi dell'art. 51 ter ord. penit., disposizione normativa che a quanto consta al magistrato remittente non è stata comunque sottoposta allo stato ad un vaglio di costituzionalità sotto il profilo della adeguatezza delle garanzie difensive, quando la persona in misura alternativa ponga in essere comportamenti suscettibili di determinarne la revoca, il magistrato di sorveglianza può disporre con decreto motivato la provvisoria sospensione della misura alternativa e ordinare l'accompagnamento in carcere del trasgressore. Si dispone, inoltre, con termine di certo tenuto a mente dal legislatore della legge di conversione n. 70/2020, che il provvedimento di sospensione perda efficacia se la decisione del tribunale non interviene entro trenta giorni dalla ricezione degli atti.

La norma prevede, però, e assai significativamente, per come costruita all'esito della novellazione avvenuta con il d.lgs. 123/2018, che pur a fronte di comportamenti suscettibili di determinare la revoca della misura, ordinariamente il magistrato di sorveglianza dia comunicazione al tribunale di sorveglianza, omissis un provvedimento sospensivo e dunque con prosecuzione della misura in corso sino ad apposita udienza collegiale, affinché decida, nel contraddittorio delle parti, sulla prosecuzione, sostituzione o revoca della stessa.

Soltanto eventualmente, e residualmente, si direbbe, può essere disposta, con decreto motivato, la provvisoria sospensione della misura alternativa.

Ciò accade a fronte della necessità particolarmente spiccata di una azione inibitoria urgente da parte del magistrato di sorveglianza, in correlazione con comportamenti del tutto incompatibili con la prosecuzione della misura posti in essere dal condannato, comportamenti colpevoli, almeno *prima facie*, che nel caso della revoca della detenzione domiciliare o del differimento della pena per motivi di salute connessi all'emergenza sanitaria, non sono invece alla base della rivalutazione da parte del magistrato di sorveglianza prevista dalla L. 70/2020 (si instaurerebbe, se invece vi fossero, proprio il procedimento di cui all'art. 51 ter ord. penit.) e che, anche nel caso di specie, in effetti non si sono sino ad ora verificati secondo l'istruttoria sopra succinta.

Si apprezza inoltre, nel procedimento di cui all'art. 51 ter ord. penit., l'assenza di interventi della parte

privata ma anche di quella pubblica, in parità, prima del provvedimento di sospensione, con una astratta possibilità per l'interessato e la sua difesa di far comunque pervenire nell'immediatezza al magistrato di sorveglianza discolpe perspicue, poiché riferibili a comportamenti la cui spiegazione è nella sua disponibilità, valutabili con ampio margine di discrezionalità da parte dell'a.g.. Tali opportunità, per le ragioni già ricordate, non si ravvisano nel procedimento di rivalutazione del differimento della pena o della detenzione domiciliare surrogatoria, poiché la parte, quando anche consapevole dell'obbligo delle frequenti rivalutazioni, è comunque del tutto all'oscuro dell'istruttoria effettuata e dei contenuti del parere pervenuto dalla DDA o dalla DNA competenti.

Con la legge 70/2020, infine, i due procedimenti si sono avvicinati per la comune imposizione di uno stringente termine acceleratorio per la valutazione successiva, nel pieno contraddittorio delle parti, dinanzi al Tribunale di sorveglianza, il cui mancato rispetto comporta la perdita di efficacia del provvedimento emesso.

In entrambi i casi si determina il ripristino, seppur interinale, della condizione detentiva, mentre però nel caso della sospensione ex art. 51 ter ord. penit. ciò avviene nelle descritte ipotesi residuali, con apprezzamento in concreto da parte del magistrato di sorveglianza della gravità dei comportamenti, del pericolo di una loro eventuale reiterazione, ma anche delle possibili conseguenze negative derivanti alla persona dal ripristino della detenzione, nel caso della revoca ex art. 2 bis d.l. 28/2020 come convertito in L. 70/2020, la stessa interviene in ogni caso in cui il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria attesti che vi è disponibilità di una struttura penitenziaria adeguata alle condizioni di salute del detenuto, a fronte dell'esiguo compendio istruttorio già descritto. Da ciò consegue il reingresso in carcere, senza alcun confronto con le ragioni della difesa e con la documentazione con cui la stessa potrebbe contribuire a definire concretamente se il luogo di detenzione individuato dall'amministrazione sia idoneo alla prosecuzione delle cure necessarie e a preservare l'incolumità del condannato: una persona affetta da gravi patologie, in attesa della pronuncia del Tribunale di sorveglianza, che ora sappiamo dovrà intervenire in trenta giorni dalla ricezione degli atti.

Si tratta di un termine lungo, se vissuto mediante la ricondizione in carcere, nel dipanarsi di una quotidianità segnata dalla malattia e dal timore del contagio, che solo pochi giorni prima, o come nel caso di specie pochi mesi prima, avevano indotto il magistrato di sorveglianza ad allontanarlo, e che appare astrattamente idoneo ad incidere anche drammaticamente sulla tutela della salute dell'interessato (ex art. 32 Cost.). Quest'ultimo potrebbe all'esterno aver intrapreso accertamenti diagnostici od essersi sottoposto ad

iniziali cure, di cui l'a.g. non può avere cognizione e che, soprattutto, non può confrontare con l'offerta di cure e di protezione dal contagio propostegli dall'amministrazione penitenziaria.

Si tratta di un difetto di conoscenza che, per altro, sia detto qui soltanto incidentalmente, finisce paradossalmente per affliggere anche il procedimento dinanzi al Tribunale di sorveglianza, a seguito dell'intervento integrativo di cui alla L. 70/2020, poiché la censura di inefficacia che segue inevitabilmente al mancato rispetto del termine di trenta giorni dalla ricezione degli atti per la decisione dinanzi al Collegio, finisce per porre l'a.g. di fronte al possibile nodo gordiano di una valutazione tempestiva, ma privata della possibilità di svolgere, ad esempio, approfondimenti peritali, oppure di un rinvio a tale scopo che inevitabilmente travolge la intervenuta revoca e riconduce in libertà, per un'ulteriore frazione di tempo, il condannato, costretto ad una serie di reingressi in carcere che, come già evidenziato, sembrano difficilmente compatibili con la cura di gravi patologie e il rispetto del senso di umanità.

Lo stesso intervento della difesa, finalmente chiamata ad interloquire in questo momento collegiale, rischia quindi di apparire non soltanto tardivo ma, per le descritte ragioni e rispetto ad un procedimento in cui la tutela della salute è al cuore della decisione da assumersi, non pienamente efficace.

D'altra parte il campo delle revoche di misure alternative alla detenzione, proprio perché ne deriva il drammatico mutamento dell'esecuzione penale nella sua opzione intramuraria, è quello in cui la pienezza del contraddittorio è ritenuta caratteristica indefettibile. Lo 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 riconnessa 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 dall'art. 2 bis d.l. 28/2020 convertito in L. 70/2020, che per altro dispiega i suoi effetti anche retroattivamente, per quanto impone l'art. 2 bis comma 5.

Ne deriva che un condannato per particolari tipologie di reati che, come l'odierno interessato, abbia ottenuto un provvedimento 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).

Si veda da ultimo, tra l'altro, quanto in tal senso affermato, per come ricordato anche nell'ordinanza del magistrato di sorveglianza di Avellino in data 3.06.2020, che solleva questione di costituzionalità con tratti di analogia a quella che qui ora si reitera, sull'allora vigente art. 2 d.l. 29/02020, nella sentenza Corte Cost. 279/2019 in relazione alla procedura di cui all'art. 238 bis D.P.R. 115/2002, in materia di conversione della pena pecuniaria in libertà vigilata, in cui, per quanto qui di interesse, la carenza di contraddittorio nella fase

che precede la decisione del magistrato di sorveglianza, il condannato conserva comunque la facoltà di proporre opposizione davanti al medesimo giudice e di ricorrere in cassazione con l'ulteriore garanzia, di cui all'art. 660 ult.com. cod. proc. pen., dell'effetto sospensivo dell'esecuzione a far data dalla presentazione del ricorso in cassazione.

Nel caso che oggi ci occupa invece, la revoca, anche in pendenza di decisione dinanzi al tribunale di sorveglianza, è immediatamente esecutiva, e si apprezza l'innesto di una ulteriore nuova fase, per altro dai tratti urgenti dubbi, considerata la valutazione sulla pericolosità già svolta in concreto ai sensi dell'art. 147 ult. com. cod. pen. dal magistrato di sorveglianza nel provvedimento concessivo originario, in una sequenza che ha appunto già attraversato una prima 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, ove di revoca, fortemente probabile a fronte dei limiti istruttori sopra indicati, ha l'effetto dirompente di ricondurre immediatamente *in vinculis* il condannato, che era stato ammesso alla misura extramuraria.

Tale quadro continua perciò a mostrare elementi che appaiono allo scrivente magistrato di sorveglianza di carente tutela del diritto di difesa del condannato, anche con l'attuale previsione, che certamente garantisce, per come autorevolmente affermato dalla Corte Costituzionale, un passaggio obbligatorio dinanzi al Tribunale di sorveglianza in cui la tutela della difesa è maggiore, ma ciò accade in un tempo comunque troppo lungo (oltre i trenta giorni effettivi) per una persona affetta da gravi patologie, senza che il provvedimento che ha inciso la libertà personale subisca alcuna sospensione in attesa di quel vaglio collegiale e con un intervento che potrebbe essere ormai tardivo e inefficace.

È ciò senza aggiungere che permane dubbio l'oggetto della valutazione collegiale, chiamata ad abbracciare di fatto 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* al 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, seppur temporanea, di

una misura extramuraria concessa per motivi di salute ed al ripristino della privazione della libertà in carcere. Un perimetro nell'ambito del quale si dubita che possa trovare spazio costituzionale un contraddittorio differito, in cui sia data la parola al condannato malato, ed alla sua difesa, soltanto dopo che l'interessato è stato ricondotto *in vinculis*

Se ciò determina dunque dubbi di costituzionalità che il rimettente non può che tornare a 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 dall'art. 2 bis comma 5 d.l. 28/2020, per come convertito in L. 70/2020, 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 bis del d.l. 28 aprile 2020, come convertito in L. 25 giugno 2020 n. 70, 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, anche in data antecedente all'entrata in vigore del d.l. 29/2020, 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. con salvezza della provvisoria concessione sino a quel momento di ampio confronto con le parti.

Si apprezza ancora 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 se 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. E ciò a più forte ragione laddove si tenga conto della necessità di urgente decisione che soltanto per i casi che provengano dalla rivalutazione con revoca del magistrato di

sorveglianza, finiranno per imporre al Collegio, ove voglia evitare la perdita di efficacia di quel provvedimento, di decidere nel termine di trenta giorni dalla ricezione degli atti, senza poter disporre approfondimenti istruttori incompatibili con queste tempistiche, pena la perdita di efficacia della revoca.

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 già 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 finalità di terrorismo ai sensi dell'art. 270-sexies cod. pen., nonché i condannati e gli internati sottoposti al regime previsto dall'art. 41-bis ord. penit.) ed oggi trasfuso senza variazioni nell'art. 2 bis d.l. 28/2020, come convertito in L. 70/2020.

Per 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 bis d.l. 28 aprile 2020 n. 28, come convertito in legge 25 giugno 2020, n. 70, per come sin qui illustrato, con gli art. 3, 24 comma 2 e 111 comma 2 Cost. e pertanto, presupponendo la rilevanza per l'odierno procedimento, deve sollevarsi questione di legittimità costituzionale che si ritiene ancora non manifestamente infondata, valutato il mutato quadro normativo determinatosi per effetto dello *ius superveniens* di cui alla legge n. 70/2020.

P. Q. M.

Visti gli 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 bis del d.l. 30 aprile 2020 n. 28, come convertito in legge 25 giugno 2020 n. 70, 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, 18.08.2020

Il Funzionario Giudiziario  
Dr. Sabrina Guerrini

Il Magistrato di sorveglianza  
Fabio Gianfilippi

DEPOSITATO IN CANCELLERIA

Spoleto, 18.08.2020

Il Funzionario Giudiziario  
Dr. Sabrina Guerrini