GIUSTIZIA INSIEME

Diritto dell"emergenza Covid-19 e recovery fund

Il Covid-19 e le nuove frontiere tecnologiche: l'app Immuni e (il ritorno dei) braccialetti elettronici?

di Francesca Bailo

24 giugno 2020

Il Covid-19 e le nuove frontiere tecnologiche: l'app Immuni e (il ritorno dei) braccialetti elettronici?

di Francesca Bailo

Sommario: "*Immuni*", il contagiato e l'esposto al contagio: è configurabile qualche responsabilità penale? – 2. Non solo "*Immuni*": il braccialetto elettronico come "supporto" per il distanziamento sociale. 3. Le alterne (s)fortune del braccialetto elettronico come strumento di "sorveglianza domiciliare": un primo quadro d'insieme. – 4. L'emergenza Covid-19 nelle carceri e i più recenti provvedimenti assunti per fronteggiarla.

1. *"Immuni", il contagiato e l'esposto al contagio: è configurabile qualche responsabilità penale?*

Stante le riscontrate criticità in ordine alla *governance* stessa dell'*app* Immuni e il potenziale impatto sui diritti fondamentali delle persone (e, su tutti, la protezione dei dati personali più sensibili, quali sono quelli sanitari)[1], converrà almeno segnalare che non paiono esservi evidenti dubbi in ordine alla facoltatività e, dunque, della volontarietà dell'applicazione, con la conseguente assenza di pregiudizi per coloro che non possano o, comunque, decidano di non farne impiego e, viceversa, di premialità per coloro che decidano di installarla.

Sembra però non del tutto scontato domandarsi se, al contrario, per questi ultimi possano configurarsi ipotesi di condotte penalmente rilevanti, dal momento che, in una prospettiva comparata, può osservarsi che alcuni Paesi europei – suscitando, peraltro, non pochi dubbi sulla legittimità delle misure adottare – hanno previsto forme di uso più o meno obbligatorio di *app* di tracciamento poste, tra l'altro, in diretto contatto con le forze dell'ordine in caso di violazione degli obblighi di quarantena**[2]**.

Il riferimento è, dunque, alla posizione rivestita da colui che sia risultato positivo al Covid-19 e a colui a cui venga notificato di essere stato "esposto" al contagio.

In ottemperanza a quanto stabilito dall'art. 6, comma 2, del d.l. 30 aprile n. 28 del 2020, la valutazione d'impatto sulla protezione dei dati personali presentata dal Ministero della Salute relativa ai trattamenti effettuati nell'ambito del sistema di allerta Covid-19 inviata con nota del 28 aprile al Garante per la protezione dei dati personali chiarisce che al paziente risultato positivo ad un tampone verrà chiesto, per il tramite dell'operatore sanitario del Dipartimento di prevenzione dell'Azienda Sanitaria locale competente, se voglia rendere disponibili le proprie TEK al fine di allertare del rischio di contagio gli utenti con cui è entrato in contatto stretto nei giorni precedenti la diagnosi o la manifestazione dei sintomi.

Dovendo il consenso ad un tal tipo di attività essere espresso, oltretutto con una condotta attiva, e potendo essere sempre facoltativo, non pare al proposito configurabile alcuna possibile responsabilità penale in caso di diniego, fermo restando che nei confronti dello stesso varranno pur sempre, in via generale come per tutti coloro che siano risultati positivi al virus, gli obblighi connessi alla "quarantena", con l'applicazione del relativo regime sanzionatorio.

Così, a quest'ultimo proposito e sia pur incidentalmente può segnalarsi che, secondo quanto stabilito dall'art. 4, comma 6, del d.l. 25 marzo 2020, n. 19 (conv., con modif., nella l. 22 maggio 2020, n. 35), salvo che il fatto costituisca violazione dell'articolo 452 c.p. (delitto colposo contro la salute pubblica) o, comunque, più grave reato, la violazione dell'obbligo della quarantena è punita, ai sensi dell'articolo 260 del r.d. 27 luglio 1934, n. 1265, con l'arresto da tre a diciotto mesi e con l'ammenda da euro 500 ad euro 5.000**[3][4]**.

Sennonché detta disciplina, applicabile già alla c.d. "fase 1", deve essere coordinata con quanto disposto dall'art. 1, comma 6, del d.l. 16 maggio 2020, n. 33 per la c.d. "fase 2", secondo cui "è fatto divieto di mobilità dalla propria abitazione o dimora alle persone sottoposte alla misura della quarantena per provvedimento dell'autorità sanitaria in quanto risultate positive al virus Covid-19, fino all'accertamento della guarigione o al ricovero in una struttura sanitaria o altra struttura

allo scopo destinata". Divieto, quest'ultimo, peraltro anch'esso sanzionato, sia pur autonomamente ai sensi dell'art. 2, comma 3, del d.l. n. 33/2020, con la medesima pena già disposto dall'art. 4, comma 6, del d.l. n. 19/2020**[5]**.

Più complessa risulta, invece, la situazione di colui a cui sia notificata l'esposizione al contagio.

Come stabilito nella citata nota del Ministero della salute del 28 maggio 2020, infatti, per ricevere tale notifica l'interessato deve fornire uno specifico consenso al momento stesso dell'installazione dell'applicazione e, però, sono state rilevate dallo stesso Garante per la protezione dei dati personali criticità sia in ordine all'affidabilità dell'algoritmo con cui viene ad individuarsi il "contatto stretto" in virtù del quale la notifica viene inviata, sia in ordine alla presa in carico, dal punto di vista sanitario, dell'esposto al contagio.

L'art. 6 del d.l. n. 28 del 2020 dispone, infatti, più precisamente, che il sistema di allerta debba avere l'obbiettivo non solo di allertare il potenziale contagiato ma anche di "tutelarne la salute attraverso le previste misure di prevenzione nell'ambito delle misure di sanità pubblica legata all'emergenza Covid-19" e, a tal fine, è conferito al Ministero della sanità il compito di porre in essere gli ulteriori adempimenti necessari alla gestione del ridetto sistema di allerta, in coordinamento con i diversi soggetti previsti dall'art. 6, comma 1, del medesimo d.l. E, sempre quest'ultimo deve stabilire dei criteri, nell'ambito delle misure "tecniche e organizzative contenute nella valutazione d'impatto", sulla base delle quali individuare il "contatto stretto", rilevante ai fini dell'allerta.

Nel provvedimento di autorizzazione ad avviare il trattamento relativo a Immuni del 1° giugno 2020, tuttavia, si rileva che nella nota del Ministero inviata in data 28 maggio 2020 non risultano ancora puntualmente individuati "i criteri epidemiologici di rischio e i modelli probabilistici su cui si basa l'algoritmo, né i parametri di configurazione impiegati corredati dalle assunzioni effettuate", ritenendosi, in particolare, che "la valutazione della distanza fra dispositivi è intrinsecamente suscettibile di errori in quanto l'intensità del segnale *bluetooth* dipende da fattori diversi come l'orientamento reciproco di due dispositivi o la presenza di ostacoli fra essi (compresa la presenza di corpi umani)".

Il rischio concreto è, dunque, quello che l'applicazione rilevi «falsi positivi» e «falsi negativi» e che l'*app* generi notifiche di esposizione che non sempre riflettono un'effettiva condizione di contagio. Il che ha, quindi, spinto il Garante ad ammonire circa la possibilità che ciò comporti una compromissione della fiducia degli utenti nell'affidabilità di Immuni e, soprattutto, a prescrivere che sia reso chiaro all'interessato che "in nessun caso la ricezione di un messaggio di

allerta proveniente dall'*app* significa automaticamente che l'utente è stato sicuramente contagiato".

Lo stesso Garante, nel richiamato provvedimento autorizzatorio, ha, inoltre, rappresentato la possibilità di altri profili che potrebbero mettere in discussione l'affidabilità della notifica, non essendo da escludere che, per errore, vengano caricati Tek non riferiti a soggetti positivi a causa di errori materiali, omonimia, scambio di referti. E, nella valutazione d'impatto pubblicata il 3 giugno 2020, sono state riscontrate altre criticità derivanti, più in generale, dalla vulnerabilità delle soluzioni di *exposure notification* dovute, tra le altre, a *malware*, a *sniffer*, a eventuali limiti spaziali del dispositivo e ad attacchi di re-identificazione di tipo inferenziale nonché, più specificamente per i sistemi delocalizzati, a "*paparazzi attack*"**[6]**.

Parimenti problematica, poi, rispetto alle più puntuali indicazioni disposte dall'art. 6 del d.l. n. 28 del 2020, pare, come accennato, la presa in carico, dal punto di vista sanitario, dell'esposto al contagio dal momento che questo parrebbe dover ricevere semplici raccomandazioni sul comportamento da assumere e l'invito a consultare il proprio medico di medicina generale/pediatra di libera scelta che, a sua volta, dovrà provvedere a contattare il Dipartimento di prevenzione della Azienda sanitaria locale territorialmente competente, senza ulteriormente chiarirsi se il soggetto in questione sarà sottoposto ad ulteriori accertamenti e se questi rimarranno a sue spese o a carico del sistema sanitario nazionale.

Ad ogni modo, viste tutte le richiamate incognite sull'affidabilità della notifica di esposizione al contagio e, ancora una volta, la facoltà – e non già l'obbligo – posta in capo all'interessato di rivolgersi al proprio medico curante (con l'ulteriore incognita sul da farsi una volta che, per l'appunto, quest'ultimo ne sia stato informato), in assenza di prescrizioni nello stesso d.l. n. 28 del 2020 (che non è ancora stato convertito), parrebbe, dunque, non potersi ravvisare per questi neppure l'obbligo della quarantena "precauzionale"**[7]** di cui all'art. 1, comma 2, lett. d), del d.l. n. 19 del 2020 (ma anche, e sempre in via autonoma, per la c.d. "fase 2", dall'art. 1, comma 7, del d.l. n. 33 del 2020) che, peraltro, è punita, ai sensi dell'art. 4, comma 1, del medesimo d.l. (richiamato anche dall'art. 2, comma 1, del d.l. n. 33 del 2020), con la sola sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 400 a euro 1.000.

Ciò anche se occorre almeno segnalare che dai primi esiti della sperimentazione – e, val la pena di ribadire, malgrado i moniti del Garante in ordine al rischio di "falsi positivi" e in assenza di alcun dato normativo che disponga sul punto – parrebbe che ad almeno alcuni "esposti" al contagio sia stata applicata dalla Asl proprio la misura dell'isolamento precauzionale, ponendosi invece a carico dell'interessato la facoltà (e, soprattutto, i costi) di un controllo della propria

effettiva condizione di salute[8].

2. *Non solo* "Immuni"*: il braccialetto elettronico come "supporto" per il distanziamento sociale.*

Ciò posto, può ancora osservarsi che, accanto alle *app* sul c.d. *contact tracking*, com'è noto, sono stati realizzati e/o sono in fase di progettazione altri sofisticati sistemi di sorveglianza sia "generali", perché approntati su categorie indistinte di individui[9], sia "individuali", perché elaborati per l'uso personale, con il comune obiettivo di monitorare la temperatura corporea e/o il rispetto del distanziamento sociale.

Tra questi ultimi, il braccialetto elettronico parrebbe avere maggiori probabilità di impiego, almeno nel nostro ordinamento (ma anche in altri dove, peraltro, è già una realtà concreta: si pensi a Hong Kong, ove è stato applicato a coloro che si trovavano in quarantena domestica obbligatoria al fine di scongiurare eventuali spostamenti[10], ma anche, ad esempio, all'Australia [11]), perché meglio in grado, rispetto agli altri, di affiancare "*Immuni*", al fine di colmare quei problemi di efficienza che la stessa, all'evidenza, presenterebbe se non fosse adottata da almeno il 60% della popolazione interessata.

Esso, infatti, da un lato, si presterebbe a essere di più agevole accesso, specie per le categorie "digitalmente escluse"[12] che pure presterebbero il proprio consenso all'installazione della *app* ma che non ne avrebbero l'opportunità per motivi non dipendenti dalla loro volontà. E, dall'altro, sarebbe un efficace mezzo per ovviare a quei problemi di compatibilità con i sistemi operativi di alcuni modelli di *smartphone Android* e *IoS* che si sono presentati nel primo periodo di sperimentazione in alcune regioni.

Così, tra i vari progetti di utilizzo di detto dispositivo che stanno prendendo forma, si possono segnalare il "*Safety Bubble Device*" (SBD), prodotto da un'azienda marchigiana, che parrebbe essere impiegato da un'azienda romana per il distanziamento sociale dei propri dipendenti nei settori dell'edilizia e dei prefabbricati; il "*proximity sensor*", che sarebbe programmato con analoghe finalità per un'azienda bresciana; e, infine, *iFeel-You*, creato dall'IIT di Genova che, oltre al distanziamento sociale, è dotato di sensori per la misurazione della temperatura e della saturazione per il livello di ossigeno nel sangue.

Tutti questi strumenti – a differenza della *app* – parrebbero, peraltro, privi della possibilità di un qualche tracciamento al fine dichiarato di rispettare la privacy e, dunque, non dovrebbero più presentare quelle criticità che ne avevano, di fatto, bloccato la diffusione qualche anno addietro proprio in ambito lavorativo[13].

Ad ogni modo, in attesa di verificare se detti e altri progetti approntati per le ridette finalità di distanziamento sociale troveranno, a breve, una concreta realizzazione, non può trascurarsi che l'uso del braccialetto elettronico è tornato alla ribalta soprattutto perché "rilanciato" come strumento utile per sopperire alla necessità di contenere il contagio all'interno delle carceri.

È, dunque, soprattutto a questo profilo che occorre ora guardare con rinnovato interesse, anche se si ritiene convenga, sia pur per sintesi e in via preliminare, ripercorrerne le principali tappe, al fine di mettere a fuoco quali siano state le principali problematicità che, per il passato, non ne hanno, sia pur in un ben diverso contesto, permesso il definitivo decollo.

3. Le alterne (s)fortune del braccialetto elettronico come strumento di "sorveglianza domiciliare": un primo quadro d'insieme.

Può, dunque, al proposito, ricordarsi come sia stato con il d.l. 24 novembre 2000, n. 341 (conv., con modif., dalla l. 19 giugno 2001, n. 4) che è stata per la prima volta introdotta la possibilità, previo il consenso dell'interessato e a determinate condizioni, di applicare "mezzi elettronici" e "altri strumenti tecnici" alle persone sottoposte alla misura cautelare degli arresti domiciliari e ai condannati in stato di detenzione domiciliare, così da permettere che la relativa sanzione potesse venire irrogata in un luogo diverso dall'ambiente carcerario.

Le modalità di installazione ed uso sono state quindi dettate, secondo quanto disposto dall'art. 19 del citato d.l., da un apposito decreto del Ministero dell'Interno, di concerto con il Ministero della Giustizia**[14]**, che, per l'appunto, ha ritenuto che il mezzo utile a soddisfare quanto disposto dal d.l. fosse un braccialetto elettronico "applicato alla caviglia della persona" e corredato di "uno speciale cinturino che, una volta applicato, evidenzi qualsiasi tentativo di manomissione, generando specifici ed identificabili allarmi", dovendo l'intero apparato di trasmissione "essere a tenuta stagna, di materiale ipoallergico e di dimensioni e peso contenuti".

Ad un primo periodo di sperimentazione in sole cinque province**[15]** ha fatto quindi seguito, nel 2003, un accordo con Telecom per la gestione unitaria del sistema in tutto il territorio nazionale, rinnovato, dopo un annullamento del medesimo da parte del Tar Lazio**[16]**, nel 2012. Tuttavia, se questa nuova convenzione ha permesso un relativo aumento dei dispositivi messi in circolazione (passandosi da circa quattrocento a duemila braccialetti elettronici), di questi se ne è continuato a fare uno scarso (se non nullo) impiego malgrado gli elevati costi sostenuti**[17]**.

Neppure particolarmente dirimente**[18]** è risultato quanto disposto, per la fase cautelare, dall'art. 1, comma 1, lett. a), del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 (conv., con modif., dalla l. 21 febbraio 2014, n. 20), che, sulla scorta della pronuncia della Corte Edu *Torreggiani c. Italia***[19]**, ha

novellato l'art. 275-*bis*, comma 1, primo periodo, c.p.p., con l'obiettivo di favorire gli arresti domiciliari "elettronici" in sostituzione della custodia cautelare in carcere, ottenendo il solo risultato di obbligare il giudice a dover motivare la scelta del ricorso ai domiciliari "semplici", senza nel contempo incidere sull'ambito di applicazione delle misure custodiali detentive.

L'impiego del braccialetto elettronico è stato, invece, ampliato, sempre dal 2013, alle ipotesi di cui all'art. 282-*bis* c.p.p. (e, cioè nei confronti di coloro che siano stati sottoposti alla misura dell'allontanamento dal domicilio familiare)**[20]** e, poi, con l'introduzione, nel 2015, dell'art. 275, comma 3-*bis*, c.p.p.**[21]**, è stato ancora stabilito che, nel disporre la custodia cautelare in carcere, il giudice debba indicare le specifiche ragioni per cui ritenga inidonea, nel caso concreto, la misura degli arresti domiciliari con le procedure di controllo di cui all'articolo 275-*bis*, comma 1, c.p.p.

A tali sensibili riforme non ha, tuttavia, corrisposto un'adeguata disponibilità materiale dei dispositivi, così che è dovuta intervenire, nel 2016, la Corte di cassazione, a sezioni unite**[22]**, per chiarire che, in mancanza di braccialetti elettronici, il giudice "escluso ogni automatismo nei criteri di scelta delle misure", debba rivalutare l'opportunità di ricorrere agli arresti domiciliari "semplici" o, viceversa, alla misura coercitiva, in relazione alle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto, nel rispetto dei canoni di "idoneità, adeguatezza e proporzionalità" della misura prescelta.

Così che la già non particolarmente brillante vicenda dei braccialetti in questione ha subito, se possibile, un'ulteriore battuta d'arresto sino a che, conclusasi la convenzione con Telecom il 31 dicembre 2018, il nuovo bando di gara è stato aggiudicato (per un costo superiore ai 19 milioni) a Fastweb, che si è, altresì, impegnata a implementare l'infrastruttura, in modo da allineare i dispositivi alle più moderne tecnologie Gps, con l'obiettivo dichiarato (dalle parti in convenzione) di far sì che il nuovo sistema di controllo a distanza consentisse il rilascio di circa mille detenuti al mese, per un totale di ventiduemila detenuti nei trentasei mesi di durata della convenzione stessa.

Ma anche quest'ultimo progetto non è decollato a causa, a quanto pare, dei ritardi, da parte del Ministero dell'Interno, nella nomina della commissione di collaudo del sistema (quindi l'infrastruttura, la sede di controllo e i *devices*), così che ancora il 30 novembre 2019 l'Unione delle Camere Penali Italiane, in occasione della V giornata nazionale dei braccialetti, denunciava questa situazione di sostanziale stallo.

4. L'emergenza Covid-19 nelle carceri e i più recenti provvedimenti assunti per fronteggiarla.

Un'improvvisa accelerazione, come anticipato, pare sia stata dettata dall'emergenza sanitaria in corso.

Anche alla luce di alcuni spunti in questo senso provenienti dal Consiglio d'Europea[23], il d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (conv., con modif., dalla l. 24 aprile 2020, n. 27) ha, infatti, da un lato, istituito il Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19, a cui è stata data facoltà di procedere all'acquisto di dispositivi finalizzati a contrastare l'emergenza. E, nel contempo, in deroga a quanto disposto dall'art. 1, commi 1, 2 e 4 della l. 26 novembre 2010, n. 199, l'art. 123 del citato d.l. ha stabilito che, fino al 30 giugno 2020, la pena detentiva possa essere eseguita, su istanza, presso l'abitazione del condannato o in altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza, ove la pena non sia superiore a diciotto mesi, anche se costituente parte residua di maggior pena, fatte salve enumerate ipotesi di preclusione per fattispecie di reato più gravi, oppure qualora gli interessati siano incorsi in individuate infrazioni disciplinari.

Ciò, si badi, a condizione che sia applicata "la procedura di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici resi disponibili per i singoli istituti penitenziari", potendo la stessa essere esclusa e/o disattivata solo in caso di detenuti minorenni o per coloro che debbano scontare una pena residua non superiore ai sei mesi. E, a tal fine, è stato disposto che, con provvedimento del capo del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria del Ministero della giustizia, d'intesa con il capo della Polizia-Direttore Generale della Pubblica Sicurezza, debba essere adottato entro il termine di dieci giorni dall'entrata in vigore del d.l. e periodicamente aggiornato il numero dei mezzi elettronici e degli altri strumenti tecnici, nei limiti delle risorse finanziarie disponibili a legislazione vigente, da utilizzarsi per l'esecuzione della pena con le modalità così stabilite, tenuto conto anche delle emergenze sanitarie rappresentate dalle autorità competenti.

Tuttavia, se, già in fase di conversione del d.l., si erano levate critiche, specie nell'ambito della dottrina processual-penalistica[24], a motivo della mancata previsione di una analoga disciplina per i detenuti non definitivi, le maggiori polemiche sono sorte per la scarcerazione, tra gli altri, di detenuti sottoposti al regime di isolamento di cui all'art. 41-*bis* dell'ord. penit. che, oltretutto, avevano ricoperto posizioni apicali all'interno di associazioni di stampo mafioso[25].

Così, anche al fine di arginare dette polemiche, si è provveduto all'emanazione, dapprima, del d.l. 30 aprile 2020, n. 28 che, all'art. 2, prevede che per la concessione di permessi premio *ex* art. 30-

bis dell'ord. penit., o per il rinvio dell'esecuzione della pena ai sensi degli artt. 146 o 147 c.p. con applicazione della detenzione domiciliare ex art. 47-*ter*, comma 1-*ter*, ord. penit., per i condannati per determinati delitti, si richieda anche il parere dei procuratori presso il tribunale del capoluogo del distretto ove ha sede il tribunale che ha emesso la sentenza e, nel caso di detenuti soggetti al regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit., del procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, per essere sentito in ordine all'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata ed alla pericolosità del soggetto**[26]**. E, dipoi, all'adozione, dopo appena dieci giorni **[27]**, del d.l. 10 maggio 2020, n. 29, con cui si è ulteriormente stabilito che, nelle fattispecie sopra indicate (ma anche per altre specificamente enumerate) il magistrato di sorveglianza, nel termine di quindici giorni dall'adozione dei provvedimenti di concessione della detenzione domiciliare, degli arresti domiciliari**[28]** o del differimento della pena, possa ri-valutare la permanenza dei motivi legati all'emergenza sanitaria entro il termine di quindici giorni dall'adozione del provvedimento e, successivamente, con cadenza mensile (dopo aver sentito anche l'autorità sanitaria regionale, in persona del Presidente della Giunta della Regione, sulla situazione sanitaria locale) o ancor prima, nel caso in cui il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria comunichi la disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta adeguati alle condizioni di salute del detenuto.

Mentre, per i detenuti che fanno ora ingresso negli istituti penitenziari e negli istituti penali per i minori, l'art. 1, comma 1, lett. cc), del d.p.c.m. 17 maggio 2020 (così come sostituito, peraltro, dal d.p.c.m. del 18 maggio 2020) dispone, oltre al contenimento della diffusione tramite appositi presidi sanitati, che i sintomatici siano tenuti in condizioni di isolamento dagli altri detenuti.

Provvedimenti tutti, questi ultimi, che, se non hanno evitato la presentazione delle mozioni di sfiducia individuali nei confronti del Ministro della Giustizia, anche per la discussa nomina del capo del Dipartimento della amministrazione penitenziaria**[29]**, hanno quantomeno contribuito (unitamente al paventato rischio di una vera e propria crisi di governo) a determinarne il respingimento. Occorre, peraltro, incidentalmente segnalare come l'art. 2 del d.l. n, 29/2020 sia già stato fatto oggetto di una questione di legittimità costituzionale da parte del Magistrato di sorveglianza di Spoleto per l'asserito contrasto con gli artt. 3, 24, comma 2 e 111, comma 2, Cost., in particolare "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"**[30]**. Mentre un'altra ordinanza di rimessione del Tribunale di sorveglianza di Sassari ha censurato la stessa norma, nonché l'art. 5 del medesimo d.l., per la presunta lesione degli artt. 3 e 27, comma 3, 32, 102, comma 1, e 104, comma 1, Cost.**[31]**

In attesa, dunque, degli esiti di detto sindacato di costituzionalità, per quanto più ora interessa, va peraltro rimarcato il più recente intento del legislatore di invitare la magistratura "a far rientrare il più presto possibile in cella i detenuti mafiosi già scarcerati"[32], con la conseguenza, più o meno indiretta, di una sensibile riduzione delle ipotesi di ricorso, in genere, alla "sorveglianza domiciliare" al posto di quella detentiva. Conferma ne è, da ultimo, la sospensione, con circolare del Dap del 16 giugno 2020, della precedente circolare del 21 marzo con cui, a pochi giorni dall'entrata in vigore del citato d.l. n. 18/2020, erano state date disposizioni per la comunicazione alla Autorità giudiziaria, "per le eventuali determinazioni di competenza", dei nominativi dei ristretti in condizioni di salute tali da comportare un elevato rischio di complicanze in caso di contagio.

Così la "questione" braccialetti elettronici – di cui ad oggi non è dato, a quanto consta, conoscere i dati di effettivo utilizzo, malgrado gli obblighi normativamente imposti al proposito – potrebbe essere nuovamente messa in ombra.

Al di la della situazione contingente appena segnalata, deporrebbero, infatti, in questo senso anche le prime riscontrate difficoltà nell'applicare la disciplina di cui all'art. 123 del d.l. n. 18/2020 proprio per il lamentato "ingabbiamento" della concessione della misura all'impiego di un dispositivo elettronico la cui disponibilità permarrebbe (purtroppo) scarsa[33], in assenza di una specifica previsione di spesa che ne aumenti la dotazione[34].

Ciò senza contare che, almeno ad avviso di una parte della dottrina penalistica, la stessa obbligatorietà dell'impiego dei ridetti dispositivi potrebbe essere giudicata lesiva del principio di ragionevolezza, essendo la misura rimasta invece facoltativa per condannati in astratto più pericolosi o perché trovatisi a dover espiare una pena (di ben più lunga durata ma ormai) inferiore ai sei mesi, o perché comunque, abbiano avuto accesso, indipendentemente dalla situazione emergenziale attuale, alla misura della detenzione domiciliare *ex* art. 47-*ter*, commi 1 e 1-*bis*, ord. penit[35].

[1] Al proposito v. L. Trucco, *App Immuni: una storia stran(ier)a e incompiuta,* in questa Rivista.

[2] Il riferimento è in particolare, alla Polonia, dove sarebbe stata rilasciata un'*app* denominata "quarantena domestica", obbligatoria per chiunque abbia contratto il virus o sia potenzialmente infetto e che deve, tra l'altro, inviare periodicamente *selfie* localizzati per provare che sia a casa, in caso contrario dovendosi allertare la polizia. In Bulgaria, inoltre, è stata approvata una legge

che consente alla polizia di richiedere i dati degli operatori telefonici e delle compagnie internet per monitorare i movimenti delle persone e far rispettare la quarantena obbligatoria. In Croazia, poi, è stata votata una proposta di legge per facilitare l'accesso delle autorità ai dati sulla localizzazione delle persone e, analogamente, in Slovenia è stata discussa una proposta di legge che consentirebbe alla polizia di monitorare la posizione delle persone che optano per l'autoisolamento invece della quarantena obbligatoria. Sul punto, e per maggiori approfondimenti, cfr., volendo, all'indirizzo telematico *https://www.aduc.it/notizia/1984+braccialetti+droni+obbligo+selfie+domestici_136912.php*.

[3] Per alcune osservazioni critiche su detto regime sanzionatorio (e, in particolare, sulla configurabilità dei più gravi reati di cui agli artt. 438 e 452 c.p.), cfr., tra gli altri, I. Pardo, *Gli illeciti amministrativi, il nuovo reato di infrazione dell'obbligo di quarantena e il delitto di epidemia colposa. Effetti del DL 19/20 su procedimento e misure in corso*, in questa *Rivista*, 28 marzo 2020; L. Agostini, *Pandemia e "penademia": sull'applicabilità della fattispecie di epidemia colposa alla diffusione del covid-19 da parte degli infetti*, in *Sistema penale* (*www.sistemapenale.it*) 4/2020, 229 ss.; R. Bartoli, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive*, *ivi*, 24 aprile 2020; M. Grimaldi, *Covid-19: la tutela penale dal contagio*, in *Giurisprudenza penale web* (*www.giurisprudenzapenale.com*), 4/2020, 1 ss.; S. Raffaele, *Delitto di epidemia: l'affaire coronavirus*, in *Diritto Penale Uomo* (*www.dirittopenaleuomo.org*), 4/2020.

[4] Al proposito, cfr. anche le osservazioni di G.L. Gatta, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena,* in *Consulta OnLine* (*www.giurcost.it*), *Studi*, I/2020, 6 aprile 2020, 200 ss., spec. 206, secondo cui nulla dice il d.l. "a proposito dei provvedimenti, individuali e concreti, che applicano la misura della quarantena: né in merito all'autorità competente, né a riguardo dei doveri di informazione, della durata e dell'eventuale revisione periodica e revoca, né circa la convalida della misura e i rimedi per contestarne l'applicazione": aspetti, tutti, che avrebbero dovuto essere regolati da una fonte primaria e che, invece, sono stati rimessi, in parte, ad una fonte secondaria (e, in particolare, alla Circolare del Ministero della Salute del 22 febbraio 2020). In senso analogo, cfr. anche G. Lattanzi, in *La pandemia aggredisce anche il diritto?*, in questa *Rivista,* 2 aprile 2020, 15.

[5] Sulle possibili criticità derivanti dal coordinamento tra i due d.l. (e con la l. di conversione n. 35/2020), cfr. G.L. Gatta, *Emergenza COVID-19 e "fase 2": misure limitative e sanzioni nel d.l. 16.5.2020, n. 33 (nuova disciplina della quarantena)*, in *Sistema penale* (*www.sistemapenale.it*), 18 maggio 2020.

[6] Al proposito, cfr., ancora, L. Trucco, *App Immuni: una storia stran(ier)a e incompiuta*, cit.

[7] Per alcune osservazioni critiche sulla quarantena "precauzionale", cfr., volendosi, la dottrina richiamata, *supra*, alla nota 60.

[8] Al proposito, cfr. M. Seclì, *La «app» fa una prigioniera. In quarantena senza motiv*o, in *Gazzetta del Mezzogiorno*, 20 giugno 2020. Il rischio era già stato, peraltro, preconizzato da F. Sarzana, *Immuni, scaricano più FaceApp che l'app anti-Covid. E il motivo è molto semplice*, in *Il Fatto Quotidiano*, 17 giugno 2020.

[9] Tra questi, può segnalarsi che a Singapore va sperimentandosi un cane-robot (dal nome "*Spot* ") teleguidato e dotato di telecamera che ha il compito di ricordare ai *runner* nei parchi, con messaggio preregistrato tramite altoparlante, di mantenere le distanze. Nella città di Burgas, in Bulgaria, pare che la polizia abbia usato un drone con una termocamera per misurare la temperatura delle persone in un quartiere popolato prevalentemente da persone appartenenti alla minoranza rom. Presso l'aeroporto di Genova, inoltre, sta prendendo forma uno vero e proprio "studio-pilota" su di un *software* (denominato "*Social distancing*") sviluppato dall'Istituto Italiano di Tecnologia (IIT) funzionale a monitorare automaticamente il rispetto del distanziamento sociale attraverso l'uso di telecamere di sorveglianza in grado di generare una mappatura dell'ambiente sfruttando l'intelligenza artificiale e, quindi, circoscrivere un raggio intorno a tutte le persone presenti, sì da segnalare quando siano troppo vicine. Ciò tra l'altro, nel pieno rispetto della privacy dal momento che i video verrebbero preventivamente anonimizzati grazie a un *software* che trasformerebbe automaticamente l'immagine umana in sagome bidimensionali rendendo del tutto irriconoscibili le persone riprese.

[10] E per cui, peraltro, parrebbero essersi riscontrati problemi di funzionamento: sul punto, cfr., *amplius*, all'indirizzo telematico *https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-03-24/hong-kong-s-faulty-wristbands-allow-quarantined-to-wander-free*.

[11] Al proposito, cfr., *amplius*, al seguente indirizzo telematico *https://www.theregister.co.uk/2020/04/01/west_australia_isolation/?fbclid=IwAR0_PqQSR4CZRLVLxFbtCw0c X3xzu-UxLP7VwqtQ87qR8STfY*.

[12] Sul punto, cfr. anche il libro bianco della *eHealth Network*, del 15 aprile 2020 (reperibile all'indirizzo telematico *https://d110erj175o600.cloudfront.net/wp-content/uploads/2020/04/covid-19_apps_en.pdf*), ove si suggerisce che le categorie "digitalmente escluse" vengano dotate di soluzioni "*mobile*".

[13] A tal proposito, si può, infatti, segnalare che già nel 2018 una società che si occupava della raccolta dei rifiuti per conto della municipalizzata di un comune toscano aveva creato

braccialetti dotati di GPS da far indossare a dipendenti addetti alla pulizia delle strade, al fine di effettuare la lettura delle etichette elettroniche collocate sui cestini getta rifiuti e segnalare l'eventuale spostamento di quelli non ancorati al suolo, con l'obbiettivo di rendicontare il lavoro svolto all'Azienza municipalizzata comunale. Sul punto era, tuttavia, intervenuto il Garante per la protezione dei dati personali che, pur giudicando tale configurazione non in contrasto con i principi di necessità e proporzionalità del Gdpr rispetto alle finalità perseguite dalla società, aveva tuttavia ritenuto necessario individuare ulteriori misure maggiormente rispettose della dignità dei lavoratori (cfr. all'indirizzo telematico *https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9094427*).

Guardando, poi, a imprese di dimensioni internazionali, può ricordarsi che progetti volti alla realizzazione di braccialetti elettronici in grado di monitorare (in modo più o meno palese) i movimenti dei dipendenti e controllarne i ritmi di operatività erano stati brevettati, dal 2016, per *Amazon* ma non si erano poi concretizzati proprio per la prospettata incompatibilità con le regole dettate dal citato Gdpr.

[14] Il riferimento è al Decreto del Ministero dell'Interno del 2 febbraio 2001, recante *"Modalità di installazione ed uso e descrizione dei tipi e delle caratteristiche dei mezzi elettronici e degli altri strumenti tecnici destinati al controllo delle persone sottoposte alla misura cautelare degli arresti domiciliari nei casi previsti dall'art. 275-bis del codice di procedura penale e dei condannati nel caso previsto dall'art. 47-ter, comma 4-bis, della legge 26 luglio 1975, n. 354"* (pubblicato nella G.U., Serie Generale, 15 febbraio 2001, n. 38).

[15] E, precisamente, nelle province di Milano, Torino, Roma, Napoli e Catania, con una disponibilità di 375 dispositivi di controllo remoto.

[16] Cfr. Tar Lazio, sez, I-*ter*, sent. 24 maggio 2012, n. 4997. La sentenza è stata poi sostanzialmente confermata, dopo un previo rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia (sez. V, sent. 11 settembre 2014, nella causa C- 19/13) da Consiglio di Stato, sez. III, sent. 20 novembre 2014 (4 febbraio 2015), n. 540.

[17] Sul punto, cfr. anche Corte dei Conti, delibera del 13 settembre 2012, n 11/2012/G, 51 ss., laddove si sottolineava, in particolare, che nei primi dieci anni dall'introduzione del braccialetto elettronico "il costo del sistema ha superato i dieci milioni annui", a fronte di soli 14 dispositivi utilizzati.

[18] Ma anzi, se possibile, ancor più problematiche: in tal senso e per maggiori approfondimenti, cfr. E. Valentini, *Arresti domiciliari e indisponibilità del braccialetto elettronico: è il momento delle*

Sezioni Unite, in *Diritto Penale Contemporaneo* (all'indirizzo telematico *https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/*), 27 aprile 2016, 3.

[19] Corte Edu, sez. II, sent. 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, req. n. 43517/09 (e al.). Cfr. poi anche la Raccomandazione CM/REC del 19 febbraio 2014 del Comitato dei Ministri sulla Sorveglianza elettronica, con cui gli Stati membri sono stati sollecitati a potenziare l'istituto.

[20] Così come modificato dall'art. 2, comma 1, lett. a), del d.l. 14 agosto 2013, n. 93 (conv., con modif., dalla l. 15 ottobre 2013, n. 119).

[21] Il comma è stato, infatti, introdotto dall'art. 4, comma 3, della l. 16 aprile 2015, n. 47.

[22] Il riferimento è a Cass. pen. S.U., sent. 19 maggio 2016, n. 20769.

[23] Il riferimento è, in particolare alla raccomandazione del 20 marzo 2020 dell'*European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (CPT), che ha indicato come «*imperative, in particular, in situation of overcrowding*» a «*greater use of alternatives to pre-trial detention*».

[24] Al proposito, cfr. il documento approvato dal Direttivo dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo penale "G.D. Pisapia" il 30 marzo 2020.

[25] Per una puntuale analisi sulla complessa dinamica venutasi a determinare nei rapporti tra informazione giornalistica, opinione pubblica, ruolo/orientamenti della magistratura e decretazione d'urgenza da parte del governo, cfr., in dottrina, G. Fiandaca, *Scarcerazione per motivi di salute, lotta alla mafia e opinione pubblica*, in *Sistema penale* (*www.sistemapenale.it*), 19 maggio 2020

[26] Per un primo commento all'art. 2 del d.l. n. 28/2020, cfr. le osservazioni di G. Santalucia, *Un altro decreto legge – n. 28 del 30 aprile 2020 – in materia di giustizia penale per l'emergenza sanitaria e non solo*, in questa *Rivista*, 30 aprile 2020; A. Della Bella, *A proposito delle polemiche in corso e dell'art. 2 d.l. 30 aprile 2020, n. 28*, in *Sistema penale* (*www.sistemapenale.it*), 1° maggio 2020; M Gialuz, *L'emergenza nell'emergenza: il decreto-legge n. 28 del 2020, tra ennesima proroga delle intercettazioni, norme manifesto e "terzo tempo" parlamentare*, *ivi*; E. Novi, (Intervista a) *Giovanni Maria Flick: "Al 41bis la salute è un optional, diritti banditi dal carcere"*, in *Il Dubbio* (*www.ildubbio.news*), 1° maggio 2020; 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 questa *Rivista*, 8 maggio 2020; F. Gianfilippi, *Emergenza sanitaria in carcere, provvedimenti a tutela di diritti fondamentali delle persone detenute e pareri sui collegamenti con la criminalità*

organizzata nell'art. 2 del dl 30 aprile 2020 n. 28, in *Giur. pen.* (*www.giurisprudenzapenale.com*), 2020; V. Manca, *Umanità della pena, diritto alla salute ed esigenze di sicurezza sociale: l'ordinamento penitenziario a prova di (contro)riforma*, *ivi*.

[27] Peraltro, una posizione critica è stata assunta nell'immediatezza dalla Giunta dell'Unione delle Camere penali Italiane: al proposito, cfr. *I penalisti sul DL scarcerazioni: una vergogna,* 10 maggio 2020 (il cui testo è reperibile in *Sistema Penale*, all'indirizzo telematico *www.sistemapenale.it*); nonché *Memoria per l'audizione dinanzi alla Commissione Giustizia del Senato della Repubblica del 13 maggio 2020. Le considerazioni dell'Unione delle Camere Penali Italiane* (reperibile all'indirizzo telematico *http://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_comm* . In dottrina, cfr. poi le osservazioni critiche di 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 questa Rivista), 12 maggio 2020; G. Pestelli, *D.L. 29/2020: obbligatorio rivalutare periodicamente le scarcerazioni connesse all'emergenza Covid-19*, in *Quotidiano Giuridico* (*www.quotidianogiuridico.it*), 13 maggio 2020; G. Fiandaca, *Scarcerazione per motivi di salute, lotta alla mafia e opinione pubblica*, cit.; 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.* (*www.lalegislazionepenale.eu*), 26 maggio 2020, 31 e ss.

[28] Per maggiori approfondimenti sui provvedimenti al proposito intrapresi, cfr. la Scheda di lettura dell'A.S. n. 1799, di conversione del d.l. n. 29/2019 (Dossier n. 252, reperibile all'indirizzo telematico *http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/18/DOSSIER/0/1151621/index.html?part=dossier_dossier1-sezione_sezione13*).

[29] Nella seduta presso il Senato del 20 maggio 2020, n. 219 sono state, infatti, discusse e respinte sia la mozione presentata dai sen. Romeo (L-SP), Ciriani (FdI) e Bernini (FI) (con 160 voti contrari, 131 voti favorevoli e un'astensione), sia la mozione presentata dalla sen. Bonino (Misto) e altri (con 158 voti contrari, 124 voti favorevoli e 19 astensioni). Sulla vicenda, volendo, cfr., *amplius*, G. Fiandaca, *Estremismo dell'antimafia e funzione di magistrato*, in *Diritto di difesa* (*www.dirittodidifesa.eu*), 6 maggio 2020

[30] Per un primo commento all'ordinanza di rimessione del Magistrato Sorveglianza Spoleto del 26 maggio 2020, cfr. le osservazioni di M. Bortolato, *Alla Corte costituzionale il decreto-legge sulle*

"scarcerazioni", in *Quest. giust.*, 29 maggio 2020, nonché di M. Gialuz, *Il d.l. antiscarcerazioni alla Consulta: c'è spazio per rimediare ai profili di illegittimità costituzionale in sede di conversione*, in *Sistema penale* (*www.sistemapenale.it*), 5 giugno 2020, secondo cui "la saldatura di due paradigmi normativi emergenziali – quello collegato alla criminalità organizzata e quello del coronavirus – ha indotto il governo a plasmare un procedimento di revoca della detenzione domiciliare surrogatoria o del differimento dell'esecuzione della pena – concesso provvisoriamente dal magistrato di sorveglianza – privo dei connotati basilari della giurisdizionalità. Di fronte all'urgenza di rivalutare la posizione di centinaia di soggetti scarcerati, si è pensato di poter derogare ai canoni fondamentali desumibili dagli artt. 13, 24, comma 2, 27, comma 3, 111 Cost., come se quella esecutiva fosse una vicenda puramente amministrativa, nella quale non vengono in gioco i beni più preziosi dell'individuo, quali la salute e la libertà personale dell'individuo, ma solo interessi pubblici la cui valutazione può essere affidata esclusivamente alle amministrazioni pubbliche. Prima tra tutte quella chiamata a promuovere la repressione dei reati (art. 73 ord. giud.)".

[31] Per un primo commento alla citata ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Sassari, cfr. le osservazioni di A. Cabiale, *Un'altra questione di legittimità costituzionale si abbatte sul d.l. antiscarcerazioni: questa volta entra in gioco il diritto alla salute*, in *Sistema Penale* (*www.sistemapenale.it*), 10 luglio 2020.

[32] In questo senso, cfr. G. Fiandaca, *Scarcerazione per motivi di salute, lotta alla mafia e opinione pubblica*, cit.

[33] Al proposito, cfr. C. Minnella, *Coronavirus ed emergenza carceri: la via del ricorso alla Corte di Strasburgo*, in *Sistema penale* (*www.sistemapenale.it*), 15 maggio 2020.

[34] Sul punto, cfr. A. Pulvirenti, *COVID-19 e diritto alla salute dei detenuti*, cit., 17.

[35] In questo senso, cfr. E. Dolcini, G.L. Gatta, *Carcere, coronavirus, decreto 'Cura Italia': a mali estremi, timidi rimedi*, in *Sistema penale* (*www.sistemapenale.it*), 20 marzo 2020. *Contra*, cfr. A. Pulvirenti, *COVID-19 e diritto alla salute dei detenuti*, cit., 17.