GIUSTIZIA INSIEME

Diritto dell"emergenza Covid-19 e recovery fund

Le disposizioni emergenziali del DL 17 marzo 2020 n. 18 per contenere il rischio di diffusione dell'epidemia di COVID19 nel contesto penitenziario

di Fabio Gianfilippi

18 marzo 2020

Le disposizioni emergenziali del DL 17 marzo 2020 n. 18 per contenere il rischio di diffusione dell'epidemia di COVID19 nel contesto penitenziario

di Fabio Gianfilippi

Sommario: 1.Disposizioni emergenziali e carcere. – 2.L'esecuzione domiciliare in deroga: requisiti e preclusioni. – 3.La nuova misura alla prova del sovraffollamento e del rischio sanitario. – 4.Le licenze straordinarie per i semiliberi.

1. Disposizioni emergenziali e carcere

Il DL "cura Italia" approvato ieri contiene, all'interno di una vasta congerie di interventi legati alle più varie necessità connesse all'emergenza che stiamo attraversando, anche alcune disposizioni relative al carcere (art. 123 e 124), che si aggiungono a quelle, per la verità di portata

assai limitata, contenute nel DL 8 marzo 2020 n. 11.

2. L'esecuzione domiciliare in deroga: requisiti e preclusioni

L'innovazione più significativa è la previsione di una misura, temporanea ed emergenziale, di detenzione domiciliare, secondo la terminologia usata nella rubrica, per i condannati a pena non superiore a 18 mesi, anche residui.

La nuova misura opera mediante alcune deroghe, previste con l'intento di incrementarne la concessione e semplificare l'istruttoria necessaria, con alcuni correttivi conseguenti, rispetto alla esecuzione domiciliare della pena non superiore a 18 mesi introdotta, anche in quel caso per ragioni emergenziali, con legge 26 novembre 2010 n. 199, poi in seguito modificata e ampliata e da ultimo stabilizzata nell'ordinamento con il D.L. 23 dicembre 2013 n. 146.

Si prevede che siano eseguite presso il domicilio o in altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza, le pene residue non superiori a 18 mesi. Il primo fondamentale requisito per usufruire della misura è dunque la disponibilità di un domicilio. Se la pena, anche residua, supera i sei mesi, occorre applicare all'interessato un dispositivo di controllo, ed è condizione dirimente che l'interessato presti il consenso all'attivazione del dispositivo. Inoltre quando, nel corso dell'esecuzione della misura concessa, la soglia di pena espianda scende al di sotto dei sei mesi la procedura di controllo viene disattivata.

Quest'ultima scelta si collega direttamente alla consapevolezza di dover operare con strumenti di controllo insufficienti per numero, e dunque della necessità da un lato di contingentarne l'uso allo stretto indispensabile, e dall'altro di intervenire mediante un apposito provvedimento del Capo DAP d'intesa con il capo della Polizia-Direttore Generale della Pubblica Sicurezza, che indirizzi le risorse verso gli istituti penitenziari maggiormente gravati e con evidenze di rischio epidemiologico più alto.

L'esecuzione in questi casi è quindi subordinata al concreto reperimento del mezzo di controllo ed è data priorità all'esecuzione in favore dei condannati che presentino un residuo pena inferiore.

Viene prevista, analogamente a quanto accade per la misura adottata ai sensi della L. 199/2010, una serie di eccezioni all'applicazione, che esclude innanzitutto i condannati per uno dei delitti inseriti nell'art. 4-*bis* ord. penit..

Si riproporrà, in questa sede, l'annosa *querelle* relativa alla possibilità di sciogliere il cumulo in caso di compresenza di titoli di condanna che comprendano quote di pena legate a reati di 4-*bis* e quote invece riferibili a reati comuni. La cassazione ha assunto nel tempo posizioni negative con riferimento all'esecuzione domiciliare ex L. 199 (cfr. indirizzo inaugurato con sent. Cass. 13.01.2012 n. 25046) ma larga parte della giurisprudenza di merito, sulla scorta del principio generale deducibile dall'insegnamento della cassazione (cfr. SU 30.06.1999, Ronga), lo ritiene possibile anche in questa ipotesi. Una simile strada appare percorribile pure con riferimento alla nuova misura, tanto più che, a fronte delle condizioni emergenziali che la determinano, deve ritenersi urgente darle la massima applicazione, tenendo anche conto della scelta operata dal legislatore di non esprimersi espressamente per la non operabilità dello scioglimento del cumulo (come accaduto nell'art. 41-*bis* co. 2 ult. parte ord. penit.) oppure di non utilizzare formule, pure leggibili in altre disposizioni in materia di misure alternative, che lo escludano (cfr. art. 94 Dpr 309/90: non concedibile ai condannati a pena superiore ai 4 anni, se relativa a "titolo esecutivo comprendente reato di cui all'art. 4-*bis*"; vd. anche l'orientamento della S.C. sul punto: sent. cass. 13.09.2016 n. 51882).

All'esclusione dei reati contenuti nell'elenco del 4-*bis*, si aggiunge, in controtendenza rispetto al proposito che la misura debba espandere l'ambito di applicabilità dell'esecuzione domiciliare, quella dei delitti di maltrattamenti in famiglia (art. 572 cod. pen.) e di atti persecutori (art. 612-bis cod. pen.), che.

Sempre similmente all'esecuzione domiciliare di cui alla L. 199, sono esclusi i destinatari di declaratoria di delinquenza abituale, professionale o per tendenza e chi sia sottoposto al regime di sorveglianza particolare, con l'aggiunta di un riferimento, che appare ultroneo, per il quale ciò non accade ove "sia stato accolto il reclamo previsto dall'articolo 14-*ter* della medesima legge", ipotesi nella quale evidentemente il regime non è già più in essere.

Il legislatore aggiunge con il DL 18/2020 ulteriori deroghe, che appaiono inedite: al posto del requisito di una positiva condotta penitenziaria, deducibile dalla necessità di acquisire una relazione sul punto dall'istituto penitenziario (cfr. art. 1 co. 4 sec. per. L. 199), si richiede qui che l'istante non sia stato sanzionato per una serie di fattispecie di rilevanza disciplinare per comportamenti francamente violenti: la promozione o la mera partecipazione a disordini o sommosse, l'evasione e i fatti previsti dalla legge come reato, commessi in danno di compagni, operatori penitenziari o visitatori, fattispecie quest'ultima che forse, a differenza delle altre tre, avrebbe meritato una valutazione caso per caso e nel contesto della più generale condotta penitenziaria tenuta, piuttosto che una assoluta preclusione.

Di stretta attualità è poi l'ulteriore esclusione legata all'essere destinatari di un rapporto disciplinare per aver preso parte alle sommosse iniziate il 7 marzo 2020. Per tali episodi non si è potuto infatti ancora provvedere ai sensi dell'art. 81 reg. es., ma si voleva comunque evitare che i detenuti che avevano a tal punto perturbato l'ordine potessero beneficiare della misura oggi prevista. Deve però immaginarsi che, al di là del rapporto disciplinare, ove nelle prossime settimane il procedimento dovesse concludersi e, ad esempio, condurre alla non irrogazione di una sanzione, perché sia riconosciuto che il detenuto non ha apportato un proprio contributo alla sommossa, la preclusione dovrebbe intendersi superata da quell'accertamento. Allo stesso modo ove il magistrato di sorveglianza dovesse annullare nel merito il provvedimento disciplinare eventualmente irrogato, ove adito ai sensi degli art. 35-*bis* e 69 co. 6 lett. a) ord. penit.

Il magistrato di sorveglianza dispone la misura, salvo che ravvisi gravi motivi ostativi alla sua concessione. Si tratta di una formula di non semplice interpretazione.

Rispetto alla misura di esecuzione domiciliare ordinaria, la nuova disposizione emergenziale oggi in commento restringe infatti, per come visto, il campo di applicazione da un lato, mentre dall'altro elimina il riferimento chiave contenuto nell'art. 1 L. 199/2010 al più significativo accertamento che deve essere compiuto dal magistrato di sorveglianza in quella sede e cioè che l'esecuzione domiciliare si appalesi misura inidonea a fronte di una concreta possibilità di darsi alla fuga, oppure di recidiva nel delitto. La stessa relazione comportamentale richiesta da quella disposizione, qui può essere omessa, divenendo essenziale solo la verifica dell'assenza di sanzioni disciplinari nell'anno antecedente.

Si tratta di modifiche volte a semplificare l'istruttoria necessaria e a favorire applicazioni più celeri.

La residuale formula ostativa alla concessione della misura di cui al DL 18/2020 non può che essere quindi letta alla luce di questi espressi obbiettivi della legge, che precludono una valutazione prognostica sugli elementi appena sopra ricordati. Deve cioè trattarsi di un accertamento minimale, da compiersi allo stato degli atti, che ad esempio potrebbe riguardare la contemporanea sussistenza di provvedimenti cautelari, non solo in carcere, deducibili dalla posizione giuridica del condannato e certamente ostativi alla concessione. Sembra doversi escludere, in questa chiave, che si debbano richiedere informazioni circa carichi pendenti che comunque non hanno condotto all'irrogazione di misure cautelari, poiché si tratta di disporre misure domiciliari, dunque già di per sé significativamente contenitive, e che saranno presidiate, in particolare per le pene comprese tra i sei ed i diciotto mesi, anche mediante gli strumenti di controllo elettronici.

L'iniziativa sembra essere dell'interessato, come fa intendere il riferimento all'istanza, contenuto nel primo comma della disposizione, ma di fatto all'intera fase istruttoria provvede l'istituto penitenziario che, per consentire la più celere applicazione della misura, senza gravare sugli uffici di sorveglianza, già in grande difficoltà da tempo, ed ora ulteriormente in affanno in relazione all'emergenza sanitaria, verifica la pena residua dell'interessato, l'assenza delle preclusioni di cui abbiamo parlato, la disponibilità del condannato ad essere controllato mediante strumenti adeguati (ove con fine pena non inferiore a sei mesi) e trasmette il verbale di accertamento di idoneità del domicilio, da valutarsi anche rispetto alle esigenze di tutela della persona offesa dal reato. L'elemento di più significativa novità rispetto allo schema della Legge 199 sta nel fatto che tale ultimo accertamento è prioritariamente effettuato dalla medesima polizia penitenziaria e, solo eventualmente, da altri (ad esempio ove già presente agli atti in relazione a precedenti richieste). Nel caso di condannato sottoposto ad un programma di recupero dalla tossico o alcoldipendenza è inoltre previsto che sia allegata la documentazione richiesta dall'art. 94 Dpr 309/90.

Una speciale attenzione è infine dedicata al condannato minorenne. Per il suo caso infatti non è prevista la necessità di disporre l'uso del "braccialetto elettronico", anche quando la pena residua da espiare sia compresa tra i sei ed i diciotto mesi, mentre l'ufficio di servizio sociale minorenni, competente per territorio in relazione al domicilio, in raccordo con l'equipe educativa dell'istituto penitenziario, provvede a redigere, in trenta giorni dalla comunicazione che la misura è in corso, un programma educativo (art. 3 Dlgs 2 ottobre 2018 n. 121) che viene portato all'attenzione del magistrato di sorveglianza per l'eventuale approvazione.

Nell'ultimo comma dell'art. 1 è previsto infine un rinvio generale alle disposizioni contenute nell'art. 1 L. 199/2010, in quanto compatibili. Quest'ultima norma, a sua volta, rinvia per il procedimento all'art. 69-*bis* ord. penit.

Il magistrato di sorveglianza decide quindi con ordinanza adottata in camera di consiglio, senza la presenza delle parti, non prima di cinque giorni dalla richiesta di parere al pubblico ministero, ed anche nell'ipotesi che lo stesso non sia emesso. E' prevista la possibilità per il difensore, l'interessato e il pubblico ministero, di proporre, entro dieci giorni dalla comunicazione, reclamo al Tribunale di sorveglianza, che provvede ai sensi dell'art. 678 cod. proc. pen.

In forza del rinvio operato, inoltre, deve ritenersi applicabile anche a questa nuova misura il divieto di cui all'art. 58- *quater* ord. penit., di concessione per tre anni dall'avvenuta revoca di

una misura alternativa o dal momento di in cui è ripresa l'esecuzione della custodia o della pena dopo una condotta di evasione.

3. La nuova misura alla prova del sovraffollamento e del rischio sanitario

Il discostamento della misura in deroga dallo schema di cui alla L. 199/2010 (in rubrica per altro denominata detenzione domiciliare, con una scelta non operata, a ragione, in quella sede, per distinguerla opportunamente dalla misura alternativa in senso proprio, che richiede la sussistenza di ben altri requisiti, tra i quali una valutazione legata ai risultati dell'osservazione di personalità condotta in istituto penitenziario), appare comunque esiguo perché possa dal nuovo istituto derivare una sensibile implementazione delle uscite dal sistema penitenziario, oggi prioritaria per ripristinare migliori condizioni detentive e, riducendo il tasso di sovraffollamento, rendere meno grave il pericolo di diffusione del contagio negli stabilimenti penitenziari, in cui c'è il rischio che non possa garantirsi il distanziamento sociale minimo che è oggi imposto a tutti i cittadini.

C'è però da attendersi qualche passo avanti dall'affidamento alla polizia penitenziaria dell'istruttoria sin qui resa più complessa dalla pluralità di attori normalmente coinvolti e dalla rarefazione, specialmente nel presente periodo emergenziale, delle forze in campo (si pensi agli uffici esecuzione penale ma anche ai molteplici impegni delle forze di polizia sul territorio).

E c'è da immaginare che, così come avvenne dopo l'introduzione della legge 199/2010, vi sia una risposta immediata da parte degli istituti penitenziari in grado di consentire un primo, anche se limitato, numero di scarcerazioni, quasi che una nuova norma, pur sovrapponibile in larga parte ad un'altra già esistente, fosse per questo più cogente. In realtà già oggi le direzioni degli istituti penitenziari dovrebbero, non solo a istanza di parte, istruire richieste di esecuzione domiciliare delle pene detentive non superiori a diciotto mesi e, se ciò in alcuni casi non è più di recente accaduto, deve ritenersi un ulteriore frutto amaro dei tassi di sovraffollamento che da tempo affliggono di nuovo il sistema penitenziario e che l'attuale situazione epidemiologica sta ulteriormente evidenziando.

D'altra parte sembra anche urgente prendere atto che il mondo penitenziario, nel tempo dell'emergenza sanitaria, vede progressivamente ridursi la sua capacità di contribuire alla risocializzazione del reo, poiché ciò che normalmente riempie la giornata del condannato, ove

anche tutto funzioni normalmente per il meglio, è oggi di fatto sospeso (scuola, attività svolte dai volontari, percorsi terapeutici intramurari, sostegno psichiatrico, persino, almeno in alcuni istituti), per non aggravare il già elevato rischio di portare dentro il carcere il contagio, e ciò conduce con sé inevitabilmente un rarefarsi delle attività di osservazione e trattamento. Elementi in grado di incidere, più in generale, anche sul requisito del grave pregiudizio derivante dal protrarsi della detenzione che, sorregge i provvedimenti provvisori emessi dal magistrato di sorveglianza ai sensi dell'art. 47 co. 4 ord. penit.

La misura sin qui descritta, per come detto di natura emergenziale è destinata a durare dall'entrata in vigore del decreto al prossimo 30 giugno 2020. La formula è analoga a quella che fu utilizzata con la L. 199/2010, nel periodo in cui la stessa era concepita come misura temporanea. Deve quindi intendersi che sino a quella data potranno essere concesse misure domiciliari al maturare dei requisiti e che le stesse resteranno in vigore anche oltre e sino al fine pena, salvo comportamenti negativi del condannato destinatario.

Il DL 18/2020 prevede comunque mere deroghe all'ormai ordinaria esecuzione domiciliare di cui alla L. 199/2010, che continua a rimanere una opzione percorribile per quei casi che non possano rientrare nella previsione di cui al DL varato ieri. Si pensi all'ipotesi di indisponibilità dei dispositivi di controllo, quando dalla documentazione il magistrato di sorveglianza sia comunque in grado di escludere la sussistenza concreta del pericolo di fuga o di reiterazione del delitto.

4. Le licenze straordinarie per i semiliberi

Si inserisce nel solco delle disposizioni già contenute nel DL n. 11 dell'8 marzo 2020 quanto previsto nell'art. 124.

Con il primo DL citato, infatti, si consentiva alla magistratura di sorveglianza di sospendere, sino al 30 giugno 2020, la concessione di permessi premio e del regime di semilibertà, tenuto conto delle evidenze rappresentate dall'autorità sanitaria. Nel DPCM varato in pari data, inoltre, all'art. 2 (misure per il contrasto e il contenimento sull'intero territorio nazionale del diffondersi del virus COVID-19), co. 1 lett. u) venivano consegnate indicazioni in materia di protocolli sanitari per i nuovi giunti, modalità di effettuazione dei colloqui con i familiari sostitutivi dei visivi, sino al permanere del divieto di effettuarli in relazione all'emergenza, e si raccomandava, infine, di "limitare i permessi e la libertà vigilata o di modificare i relativi regimi in modo da evitare

l'uscita e il rientro dalle carceri, valutando la possibilità di misure alternative di detenzione domiciliare".

Quest'ultimo periodo della lett. u) appariva da subito segnato dall'uso di termini atecnici (il riferimento alla libertà vigilata forse rimanda al regime applicabile al semilibero in licenza ex art. 52 co. 2 ord. penit.) e da una difficoltà di riconoscerne i destinatari, se non le finalità, all'evidenza di limitare il rischio di contagio derivante dai frequenti rientri dall'esterno all'interno di persone per ciò solo maggiormente esposte.

Da quel compendio di disposizioni si è comunque tratta la convinzione che i programmi di trattamento dei semiliberi, ma anche degli ammessi al lavoro in art. 21 ord. penit., non ricordati dalle norme, ma in posizione assolutamente identica quanto alla quotidianità penitenziaria, dovessero essere sottoposti a verifica e, alla luce del susseguirsi di disposizioni emergenziali ormai estese a tutto il territorio nazionale, condurre alla eventuale sospensione, in particolare ove le attività lavorative svolte fossero comunque interrotte, come previsto dal DPCM 11 marzo 2020, perché non essenziali.

Per evitare il rientro in carcere di chi potesse continuare a svolgere l'attività lavorativa sono state sperimentate in vari uffici di sorveglianza concessioni di licenze della durata di 15 giorni e, per i detenuti in art. 21, permessi ugualmente di 15 giorni (il massimo consentito dal disposto dell'art. 30- *ter* co. 1 ord. penit.).

Tali provvedimenti, tuttavia, si scontrano inevitabilmente con la realtà di una epidemia che richiede maggior tempo per essere riassorbita e con una normativa che prevede comunque un tetto massimo di giorni di permesso premio o di licenza fissato in 45 annui.

La disposizione oggi introdotta consente di superare questo ostacolo, prevedendo che le licenze concesse al semilibero possano durare sino al prossimo 30 giugno, anche in deroga al limite complessivo fissato dall'art. 52 co 1.

L'obbiettivo della norma è, ancora una volta, di ridurre i frequenti rientri in istituto penitenziario e si apprezza anche perché consente di non compromettere i percorsi risocializzanti, mediante il lavoro, che una eventuale sospensione del regime di semilibertà altrimenti comporterebbe.

Sembra che le licenze che si possono chiedere non debbano essere necessariamente continuative e tuttavia, per realizzare il massimo contenimento del rischio, la soluzione di continuità appare decisamente da evitare.

Resta invece non risolto il nodo relativo alla concessione dei permessi premio, per i quali, come si è visto, il DL n. 11/2020 prevedeva una opportuna valutazione da parte del magistrato di sorveglianza ai fini di una eventuale sospensione. Lo strumento però avrebbe potuto, ove se ne fosse estesa la concedibilità a periodi superiori ai 45 giorni annui, almeno in casi valutati individualmente dall'a.g., costituire, come la licenza, un'altra valvola di uscita, seppur temporanea, da un carcere sovraffollato e perciò meno utile alla costruzione di percorsi rieducativi e oggi a più forte rischio di diffusione del contagio.