

# **IL D.L. 92 DEL 2014 E LE MODIFICHE DELLA DISCIPLINA DELLA CUSTODIA CAUTELARE IN CARCERE**

**Roma, 9 ottobre 2014**

**Scuola Superiore della Magistratura – Struttura Didattica Territoriale della Corte di Appello di Roma – e Consiglio dell’Ordine degli Avvocati di Roma**

**Intervento del dr. Piergiorgio Ponticelli, Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Arezzo**

## **La premessa**

Il 28 giugno 2014 è entrato in vigore il D.L. 92/2014 che ha modificato, come noto, anche l’art. 275, comma 2 bis, c.p.p. in tema di criteri di scelta delle misure cautelari.

Il D.L. è intitolato "Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'articolo 3 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché di modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all'ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e all'ordinamento penitenziario, anche minorile.

Da quella che è la scheda di lettura del Servizio Studi della Camera dei Deputati relativa al D.L. 92/2014 emerge che:

“ Il decreto-legge 26 giugno 2014, n. 92, introduce una serie di misure relative alla situazione carceraria. In particolare:

- prevede rimedi di tipo risarcitorio in favore di detenuti e internati che siano stati sottoposti a trattamenti inumani o degradanti, in violazione dell’articolo 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo – CEDU;
- stabilisce che il magistrato di sorveglianza possa avvalersi dell’ausilio di personale volontario;
- introduce nuovi obblighi di comunicazione con riguardo ai provvedimenti degli uffici di sorveglianza, relativi alla libertà personale di soggetti condannati da corti internazionali;
- disciplina le modalità di esecuzione del provvedimento che dispone gli arresti domiciliari, compresa l’applicazione del controllo tramite il c.d. “braccialetto elettronico”;
- estende ai maggiorenni di età inferiore a 25 anni la disciplina dell’esecuzione di provvedimenti limitativi della libertà personale nei confronti dei minorenni;
- modifica l’ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria, con misure concernenti l’organico, la disciplina della formazione del personale e il divieto per un biennio di ogni comando o distacco presso altre amministrazioni;
- amplia i presupposti che non consentono l’applicazione della custodia cautelare in carcere e degli arresti domiciliari;
- introduce meccanismi di monitoraggio e salvaguardia della copertura finanziaria degli oneri.

**L’articolo 3 della Convenzione europea** per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, dedicato alla proibizione della tortura, stabilisce che <<Nessuno può essere

sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti>>.

La violazione dell'art. 3 è alla base di numerose decisioni di condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo relative alle condizioni di detenzione. Le pronunce più rilevanti contro l'Italia sono le note sentenze *Sulejmanovic* (16 luglio 2009) e la più recente sentenza-pilota *Torreggiani e altri* (8 gennaio 2013).

Con la sentenza 16 luglio 2009 la Corte ha affermato che sebbene non sia possibile quantificare, in modo preciso e definitivo, lo spazio personale che deve essere concesso a ciascun detenuto ai sensi della Convenzione, in quanto esso dipende da diversi fattori, come la durata della privazione della libertà personale, la possibilità di accesso alla passeggiata all'aria aperta nonché le condizioni mentali e fisiche del detenuto, la **mancaza evidente di spazio personale** costituisce violazione dell'art. 3 CEDU, relativo al divieto di **trattamenti inumani e degradanti**. In via equitativa, la Corte ha riconosciuto all'istante la somma di 1.000,00 € a titolo di risarcimento per i danni morali patiti.

Con la **sentenza-pilota Torreggiani contro Italia dell'8 gennaio 2013** la Corte europea ha certificato il malfunzionamento cronico del sistema penitenziario italiano accertando, nei casi esaminati, la violazione dell'art. 3 della Convenzione a causa della situazione di **sovraffollamento carcerario** in cui i ricorrenti si sono trovati.

Si ricorda che l'istituto della sentenza pilota è una procedura, inizialmente di origine giurisprudenziale, che permette alla Corte, attraverso la trattazione del singolo ricorso, di identificare un problema strutturale, rilevabile in casi simili, e individuare pertanto una violazione ricorrente dello Stato contraente. Infatti, qualora la Corte riceva molteplici ricorsi derivanti da una situazione simile in fatto e imputabile alla medesima violazione in diritto, vi è la possibilità per la Corte stessa di selezionare uno o più ricorsi per una trattazione prioritaria in applicazione dell'articolo 61 del proprio regolamento di procedura. La disposizione, introdotta nel 2011, stabilisce come condizione che "i fatti all'origine d'un ricorso presentato davanti ad essa rivelano l'esistenza, nello Stato contraente interessato, d'un problema strutturale o sistemico o di un'altra simile disfunzione che ha dato luogo alla presentazione di altri analoghi ricorsi". La trattazione di una questione attraverso la procedura pilota permette il congelamento degli altri casi simili in attesa della pronuncia della Corte al fine di consentire una trattazione più rapida e offre allo Stato contraente la possibilità di sanare la propria posizione prima di ulteriori condanne.

Nella causa citata, Torreggiani e altri sei ricorrenti, detenuti negli istituti penitenziari di Busto Arsizio e Piacenza, avevano adito la Corte EDU lamentavano che le loro rispettive **condizioni detentive** costituissero trattamenti inumani e degradanti ai sensi dell'articolo 3 della Convenzione. Essi **avevano denunciato la mancaza di spazio vitale nelle rispettive celle** (nelle quali avrebbero avuto a disposizione uno spazio personale di 3 metri quadri), l'esistenza di gravi problemi di distribuzione di acqua calda e una insufficiente aereazione e illuminazione delle stesse celle.

La CEDU, con la sentenza 8 gennaio 2013 ha dichiarato sussistente la violazione dell'articolo 3 CEDU, avendo accertato che le condizioni detentive descritte avevano sottoposto gli interessati a un livello di **sofferenza d'intensità superiore a quello inevitabile insito nella detenzione**. La Corte rileva che «la violazione del diritto dei ricorrenti di beneficiare di condizioni detentive adeguate non è la conseguenza di episodi isolati, ma trae origine da un **problema sistemico risultante da un malfunzionamento cronico proprio del sistema penitenziario italiano**, che ha interessato e può interessare ancora in futuro numerose persone».

Per questo la Corte ha deciso di applicare al caso di specie la procedura della sentenza pilota, ai sensi dell'articolo 46 della Convenzione, ed **ha ordinato alle autorità nazionali di approntare, nel termine di un anno** dalla data in cui la sentenza in titolo sarebbe divenuta definitiva, **le misure necessarie** che avessero effetti preventivi e compensativi e che garantissero realmente una riparazione effettiva delle violazioni della Convenzione risultanti dal sovraffollamento carcerario in Italia. La Corte EDU, con tale decisione, ha ingiunto allo Stato italiano di adeguarsi e di garantire *"un ricorso o un insieme di ricorsi interni idonei ad offrire un ristoro adeguato e sufficiente per i casi di sovraffollamento carcerario, in conformità ai principi stabiliti dalla giurisprudenza della Corte"*.

Il termine annuale – il cui decorso è iniziato alla data in cui la sentenza è divenuta definitiva, ossia dal 28 maggio 2013, a motivo della reiezione dell'istanza di rinvio alla *Grande Chambre* della Corte, presentata dall'Italia al fine di ottenere un riesame della sentenza – è spirato il **28 maggio 2014**. Nelle more dell'adozione delle misure sul piano nazionale, la Corte ha disposto il rinvio dell'esame di altri ricorsi, presentati ma non comunicati, aventi come unico oggetto il sovraffollamento carcerario in Italia.

La Corte EDU, inoltre il 1° luglio 2014 è tornata sul tema – nel senso di ribadire il proprio orientamento in materia carceraria, con riferimento all'art. 3 della Convenzione - pervenendo ad accertare, nella sentenza **Mihailescu c. Romania** (ric. 46546/12), la violazione di questo parametro per le condizioni carcerarie irrispettose di un *minimum* spaziale entro le celle.

Sulla questione carceraria, il 7 ottobre 2013, il Presidente della Repubblica ha trasmesso alle Camere un messaggio sui cui temi la Commissione Giustizia ha presentato una Relazione sulla questione carceraria,

che è stata discussa il 4 marzo 2014 dall'Assemblea. Quest'ultima ne ha condiviso i contenuti, approvando una risoluzione (6-0049).

La **Corte costituzionale (sentenza 22 novembre 2013)** - pur dichiarando l'inammissibilità di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 147 c.p. (in materia di possibile rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità.) - ha affermato, nella motivazione, la gravità della situazione di sovraffollamento derivante dal malfunzionamento cronico proprio del sistema penitenziario italiano. La Consulta, richiamandosi alla citata sentenza Torreggiani, ha ritenuto che il carattere inderogabile del principio dell'umanità del trattamento rende necessaria **"la sollecita introduzione di misure specificamente mirate a farla cessare"**.

Allo scopo di ridurre il **sovraffollamento** ed approntare una serie di misure organiche che potessero soddisfare le richieste della CEDU (come quelle della Consulta) sono in particolare intervenuti i **decreti-legge 78/2013 e 146/2013**.

Tra le novità introdotte a fini deflattivi, si segnalano:

- l'innalzamento da 4 a 5 anni del limite di pena che consente l'applicazione della custodia cautelare in carcere (delitti per i quali sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, cui si aggiunge il delitto di finanziamento illecito dei partiti);
- l'ampliamento della possibile applicazione di misure alternative e dell'ambito applicativo della liberazione anticipata nonché l'introduzione della liberazione anticipata speciale;
- la prescrizione da parte del giudice del c.d. braccialetto elettronico, come regola generale nell'applicazione sia degli arresti domiciliari che della detenzione domiciliare;
- la modifica dell'art. 380 c.p.p. in modo che per il piccolo spaccio non sia applicabile l'arresto obbligatorio in flagranza;
- la stabilizzazione della disposizione che consente di scontare presso il domicilio la pena detentiva non superiore a 18 mesi, anche se parte residua di maggior pena;
- l'estensione dell'ambito applicativo dell'espulsione come misura alternativa alla detenzione, prevista dal testo unico immigrazione.

In particolare, il decreto-legge 146/2013 ha previsto, in relazione ai **diritti dei detenuti**:

- maggiori garanzie per i soggetti reclusi nel procedimento di reclamo in via amministrativa e in quello giurisdizionale davanti alla magistratura di sorveglianza (presso la quale è previsto anche un giudizio per assicurare l'ottemperanza dell'amministrazione penitenziaria alle prescrizioni del giudice);
- l'istituzione presso il Ministero della giustizia del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale;
- una procedura semplificata nella trattazione di alcune materie di competenza della magistratura di sorveglianza.

La più recente **legge n. 67 del 2014** - sempre con finalità complessive di deflazione delle presenze in carcere - ha poi delegato il Governo a disciplinare le pene detentive non carcerarie o da eseguire presso il domicilio; a realizzare una depenalizzazione; ad introdurre la messa alla prova nel processo penale.

E', infine, tuttora all'esame della Camera, una proposta di legge (**A.C. 631-B**) - già approvata dalla Camera e modificata dal Senato - diretta a delimitare, con un effetto di riduzione del sovraffollamento negli istituti penitenziari, l'ambito di applicazione della custodia cautelare in carcere.

Tutti questi provvedimenti (uniti alle misure di edilizia penitenziaria previste dal Piano Carceri) hanno portato il **Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa**, nella decisione del **5 giugno 2014** sull'esecuzione della citata sentenza Torreggiani, a valutare positivamente gli interventi del Governo italiano per migliorare la situazione carceraria.

Il Comitato ha, tra l'altro, preso atto con interesse «del rimedio risarcitorio immaginato per mezzo di un "imminente" - perché non ancora licenziato dal Consiglio dei ministri - decreto legge del governo in materia».

Il Comitato ha **rinvio al giugno 2015 un'ulteriore valutazione** sui progressi fatti nell'attuazione delle misure italiane per affrontare il problema del sovraffollamento".

Anche gli interventi modificativi di alcune disposizioni in tema di custodia cautelare in carcere, dunque, si può fondatamente affermare che siano stati effettuati nell'ambito del più generale scopo di ridurre il sovraffollamento carcerario.

Tuttavia non si può pretermettere che il preambolo del D.L. così recita, testualmente: “...Ritenuta, ulteriormente, la straordinaria necessità e urgenza di modificare il comma 2-bis dell'articolo 275 del codice di procedura penale, al fine di rendere tale norma coerente con quella contenuta nell'articolo 656, in materia di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva.”

Cercheremo di capire, nel prosieguo, se tale ulteriore dichiarata finalità sia stata effettivamente raggiunta o meno, tenendo presente fin d'ora, quanto alla modifica dell'art. 275, comma 2 bis, c.p.p., che dalla relazione illustrativa del provvedimento normativo emerge chiaramente essa è “*a propria volta sistematicamente conseguente al vigente testo dell'articolo 656 del codice di procedura penale...Tale innovazione, oltre che a esigenze di coerenza, è anche ispirata dalla finalità di disporre rimedi strutturali idonei a prevenire ulteriori situazioni di sovraffollamento carcerario (in rispondenza con altre disposizioni contenute nel decreto)*”.

## **L'art. 4 D.L. 92/2014 (art. 97 bis disp. Att. C.p.p.)**

Il 21 agosto 2014 è entrata in vigore la legge 117/2014, di conversione, con modificazioni, del D.L. 92/2014.

Sono stati modificati o aggiunti, in sede di conversione, alcuni articoli del D.L., tra i quali **l'art. 4**, intitolato “*Modifiche alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale*”

1. L'articolo 97-bis delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, adottate con decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, e' sostituito dal seguente:

**«Art. 97-bis (Modalità di esecuzione del provvedimento che applica gli arresti domiciliari).** - 1. A seguito del provvedimento che sostituisce la misura della custodia cautelare in carcere con quella degli arresti domiciliari, l'imputato raggiunge senza accompagnamento il luogo di esecuzione della misura, individuato ai sensi dell'articolo 284 del codice; del provvedimento emesso, il giudice informa il pubblico ministero e la polizia giudiziaria che possono, anche di propria iniziativa, controllare l'osservanza delle prescrizioni imposte.

2. Qualora il giudice, anche a seguito della segnalazione operata dal pubblico ministero, dal direttore dell'istituto penitenziario o dalle forze di polizia, ritenga sussistenti specifiche esigenze processuali ovvero altre esigenze di sicurezza, con il provvedimento di sostituzione di cui al comma 1 dispone che l'imputato venga accompagnato dalle forze di polizia presso il luogo di esecuzione degli arresti domiciliari.

3.(( **soppresso**). )) ».

**Il comma 3 dell'art. 97 disp. Att. C.p.p.**, introdotto con il D.L. 92/2014 e vigente dal 28 giugno al 20 agosto 2014, come si vede è stato soppresso in sede di conversione.

**Il comma 3, nel periodo di sua vigenza, così recitava:** “3. Qualora, con il provvedimento di sostituzione di cui al comma 1, sia stata disposta l'applicazione delle procedure di controllo tramite gli strumenti previsti dall'articolo 275-bis, comma 1, del codice, il direttore dell'istituto penitenziario, nel trasmettere la dichiarazione dell'imputato prevista dall'articolo 275-bis, comma 2, del codice, può rappresentare l'impossibilità di dare esecuzione immediata alla scarcerazione in considerazione di specifiche esigenze di carattere tecnico; in tal caso, il giudice può autorizzare il differimento dell'esecuzione del provvedimento di sostituzione sino alla materiale disponibilità del dispositivo elettronico da parte della polizia giudiziaria.».

Rispetto alla previgente disciplina, **il nuovo articolo 97-bis** delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale:

- **fissa come regola** che l'imputato lasci il carcere e si rechi presso il domicilio senza accompagnamento;

- **prevede l'eccezione**, ovvero l'accompagnamento, quando il giudice ritenga sussistere specifiche esigenze processuali o altre esigenze di sicurezza.
- **chiarisce** che la segnalazione delle esigenze di accompagnamento potrà essere fatta al giudice **anche**: a) dal pubblico ministero; b) dal direttore del carcere; c) dalle forze di polizia.

Questo il **testo previgente dell'art. 97 bis disp. Att. C.p.p.**:

“1. Con il provvedimento che sostituisce la misura di custodia cautelare in carcere con quella degli arresti domiciliari, **il giudice, se ritiene di non dover disporre l'accompagnamento per salvaguardare comprovate esigenze processuali o di sicurezza ovvero altre esigenze evidenziate dal pubblico ministero, dal direttore di custodia o dalle forze di polizia**, autorizza l'imputato a raggiungere il luogo dell'arresto individuato a norma dell'articolo 284 del codice fissando i tempi e le modalità per il raggiungimento. Del provvedimento dato, il giudice informa il pubblico ministero e la polizia giudiziaria che possono, anche di propria iniziativa, controllare l'osservanza delle prescrizioni imposte”.

Si è già detto che in sede di conversione in legge del D.L., e più precisamente nel corso dell'esame alla Camera dei Deputati, **è stato soppresso il comma 3, originariamente introdotto nel nuovo articolo 97-bis** che prevedeva la permanenza in carcere dell'indagato quando non fossero stati materialmente disponibili i dispositivi di controllo elettronico eventualmente prescritti dal giudice (c.d. braccialetto elettronico) in attesa che la polizia li mettesse a disposizione.

Si noti che, a confronto con il testo dell'art. 97 bis disp. att. C.p.p. precedente al D.L. 92/2008, è stato **cancellato il riferimento**, funzionale all'eventuale statuizione sull'accompagnamento del detenuto, **alle "altre esigenze" diverse da quelle processuali o di sicurezza**.

Secondo una certa dottrina (M. Daniele, Diritto Penale Contemporaneo del 22 settembre 2014, “Il palliativo del nuovo art. 275, comma 2 bis, c.p.p., contro l'abuso della custodia cautelare”) quella relativa alle “altre esigenze” “era una prescrizione vuota di significato, considerato che la formula <<esigenze processuali o di sicurezza>> è in grado di ricomprendere qualsiasi **pericula libertatis**”.

Non si può però fare a meno di rilevare che le “altre esigenze” diverse da quelle processuali o di sicurezza potevano essere proprio quelle stesse esigenze cautelari che, pur affievolite al punto da indurre il giudice a sostituire la custodia in carcere con gli arresti domiciliari, non erano tuttavia venute meno e non legittimavano, dunque, la cessazione di qualsivoglia forma di cautela.

Può esserne considerata una riprova il fatto che l'art. 22 disp. Att. C.p.p. - che disciplina come eccezionali le ipotesi di accompagnamento o traduzione della persona in stato di arresti domiciliari o di detenzione domiciliare ai fini della sua comparizione, per ragioni di giustizia, davanti all'autorità giudiziaria e che non è stato modificato dalla nuova disciplina - non prevede la valutabilità di “altre esigenze” diverse da quelle, comprovate, “processuali o di sicurezza”, ma prevede, tuttavia, la necessità del parere del pubblico ministero allorché il giudice adito, e quindi competente ai sensi dell'art. 279 c.p.p., sia il Giudice per le Indagini Preliminari. Siccome l'art. 22 richiama l'art. 279 c.p.p. e poiché quest'ultimo, prima dell'esercizio dell'azione penale, assegna al G.i.p. la competenza funzionale sulle misure cautelari, sembra sufficientemente chiaro che la necessità del parere del P.M. riguardi solo e proprio la fase delle indagini preliminari, allorché l'intensità e il grado delle esigenze cautelari sono maggiori.

Non sembra che le esigenze cautelari rivenienti dal **concreto ed attuale pericolo di recidiva** specifica, possano rientrare *sic e simpliciter* nelle “esigenze processuali o di sicurezza”, che è terminologia legislativa non riscontrabile in alcuna norma riguardante le esigenze cautelari medesime o in norme connesse. Le esigenze di tutela della collettività e di difesa sociale cui è funzionale la misura cautelare applicata ai sensi dell'art. 274, lett. C), c.p.p., non hanno collegamento con quelle processuali, e del resto, quanto al concetto di “sicurezza”, esse possono

rientrarvi solo se interpretate in senso molto lato ed a condizione che la nozione di “sicurezza” la si possa far coincidere con quella di “prevenzione sociale”.

Maggior spazio interpretativo sembra invece esservi per le esigenze cautelari rivenienti dal **pericolo di inquinamento probatorio**, le quali hanno un collegamento piuttosto evidente con le esigenze processuali.

Infine, quanto al **pericolo di fuga**, laddove si ritenga in concreto compatibile la tutela di tale esigenza con la misura custodiale domestica, anche per essa si riscontra un’oggettiva difficoltà interpretativa nel poterla collegare alle esigenze processuali, non potendo ovviamente considerarsi tale la presenza del prevenuto alle udienze nel corso del procedimento o del processo e a meno che, di contro, l’esigenza processuale, con non poco artificio esegetico, sia ravvisata nell’impedire che il provvedimento che definisce il giudizio rimanga solo sulla carta a causa della sopravvenuta irreperibilità del giudicabile e che, quindi, le conseguenze giuridiche della condotta criminosa oggetto del vaglio giudiziale siano di fatto vanificate.

La prospettiva non sembra mutare per la **modalità esecutiva degli arresti domiciliari con braccialetto elettronico (art. 275 bis c.p.p.)**.

Siffatta procedura di controllo elettronico costituisce una mera modalità di esecuzione degli arresti domiciliari e rappresenta una cautela che il giudice può adottare non già ai fini della adeguatezza della misura più lieve, vale a dire per rafforzare il divieto di non allontanarsi dalla propria abitazione, ma ai fini del giudizio sulla capacità effettiva dell’indagato di autolimitare la propria libertà personale di movimento assumendo l’impegno di installare il braccialetto e di osservare le relative prescrizioni (cfr. Cass. II n. 47413/2003, Bianchi; Cass. V n. 40680/2012, Botton), tanto da fare correttamente affermare che con la previsione di tale procedura di controllo il legislatore abbia introdotto, nel codice di procedura penale, solo una condizione sospensiva della custodia in carcere (cfr. Cass. II n. 47413/2003 e Cass. V, n. 40680/2012, citate). La natura discrezionale della scelta del giudice di prescrivere o meno le dette procedure di controllo pare essere rimasta tale anche dopo la modifica legislativa apportata all’art. 275 bis c.p.p. dall’art. 1, comma 1, lett. a) del D.L. 146/2013, vigente dal 24 dicembre 2014. La natura discrezionale della scelta del giudice di prescrivere o meno le dette procedure di controllo è rimasta tale anche dopo la modifica legislativa di cui sopra e, quindi, anche dopo i pronunciamenti giurisprudenziali ora citati, sebbene siffatta modifica legislativa imponga, adesso, un onere motivazionale maggiormente stringente. Ne consegue che l’eventuale applicazione del braccialetto elettronico rimane finalizzata, anche adesso, al giudizio sulla effettiva capacità dell’indagato di autolimitare la propria libertà personale di movimento.

La soppressione del riferimento alle “altre esigenze”, dunque, comporta ora un più marcato sforzo interpretativo da parte del giudice e comunque sembra avere determinato un **notevole restringimento** della possibilità di disporre l’accompagnamento del detenuto al proprio domicilio, anche nel caso di arresti domiciliari monitorati elettronicamente.

Si noti poi che, a confronto con il testo dell’art. 97 bis disp. att. c.p.p. precedente al D.L. 92/2008, è stato espressamente previsto che l’imputato venga **accompagnato “dalle forze di polizia”**, locuzione che non compariva nel testo previgente. Tale espresso riferimento “alle forze di polizia”, se nulla sposta, rispetto a prima, circa la possibilità di disporre la traduzione da parte della polizia penitenziaria così come definita dall’art. 42 bis, comma 1 e comma 2, della legge di ordinamento penitenziario n. 354/1975 (“1.Sono traduzioni tutte le attività di accompagnamento coattivo, da un luogo ad un altro, di soggetti detenuti, internati, fermati, arrestati o comunque in condizione di restrizione della libertà personale. 2.Le traduzioni dei detenuti e degli internati adulti sono eseguite, nel tempo più breve possibile, dal Corpo di polizia penitenziaria, con le modalità stabilite dalle leggi e dai regolamenti e, se trattasi di donne, con l’assistenza di personale femminile”), apre adesso un notevole spiraglio interpretativo sull’ulteriore possibilità di disporre che l’accompagnamento coattivo al domicilio venga eseguito da forze di polizia diverse dalla polizia penitenziaria, quale per esempio lo stesso organo di polizia incaricato dei controlli e della vigilanza sugli arresti domiciliari, potendosi ritenere che nel caso di specie possa operare la previsione dell’art. 132 c.p.p. siccome implicitamente richiamata, solo ai fini della legittimità dell’istituto e non anche per le sue finalità, dal nuovo testo dell’art. 97 bis disp. Att. C.p.p.

**Un'ulteriore questione** si pone, poi, in relazione alla **soppressione**, con la legge di conversione, del **comma 3** dell'art. 97 bis disp. att. C.p.p., inserito dall'art. 4 D.L. 92/2014.

Seconda una certa dottrina (M. Daniele, sopra citato) "Questa prescrizione è stata soppressa dalla l. n. 117/2014 perché, tenuto conto dell'attuale indisponibilità di un sufficiente numero di dispositivi di controllo elettronico, avrebbe condotto al differimento sine die dei provvedimenti di sostituzione della custodia in carcere con gli arresti domiciliari in un numero eccessivo di casi".

L'interpretazione pare senz'altro condivisibile, ma va aggiunto che la questione è forse più ampia e riguarda la **differibilità** - da parte del giudice della sostituzione - dell'esecuzione della nuova misura monitorata elettronicamente, **differibilità che ma si conciliava** con l'obbligo del giudice - stabilito dall'art. 275 bis c.p.p. - di accertare preventivamente la disponibilità di braccialetti elettronici da parte della polizia giudiziaria.

In ogni caso va rilevato che l'interpretazione testuale del soppresso comma 3 porta a ritenere che l'intervento normativo aveva per presupposto **specifiche esigenze di carattere tecnico collegate alla materiale indisponibilità del dispositivo elettronico** da parte della polizia giudiziaria, **non anche le esigenze di carattere tecnico collegate, invece, alla materiale applicazione dello strumento di controllo e quindi ai tempi tecnici di sua installazione.**

Sono queste ultime le più pressanti esigenze, sotto il profilo strettamente pratico, che il giudice della sostituzione deve necessariamente affrontare nel disporre la modalità esecutiva del controllo elettronico e su cui il D.L. 92/2014 non è intervenuto.

Dunque la successione normativa che ha riguardato le esigenze tecniche correlate alla procedura di controllo elettronico **non è indicativa della voluntas legis di inibire, sempre e comunque, il differimento** dell'esecuzione della misura prevista dall'art. 275 bis c.p.p. e perciò, rebus sic stantibus, non sembrano esservi ostacoli normativi a che il giudice, con l'ordinanza di sostituzione, disponga siffatto differimento per un tempo ragionevole e comunque per il tempo strettamente indispensabile a consentire agli organi tecnici la materiale installazione del braccialetto elettronico;

**-altri articoli** del D.L. modificati in sede di conversione, che qui si indicano solo per scrupolo di completezza e lasciando per un attimo da parte l'art. 8, sono l'art. 5 (Modifiche all'articolo 24 del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 272), l'art. 5 bis (Disposizioni in materia di attribuzione di funzioni a magistrati), l'art. 6 bis (Disposizioni in materia di gestione dei programmi di edilizia penitenziaria) e l'art. 9 (Disposizioni di natura finanziaria).

## **L'art. 8 D.L. 92/2014**

Va da sé, ovviamente, che le modifiche più rilevanti, anche ai fini del tema trattato, sono quelle apportate dalla legge di conversione 117/2014 **all'art. 8 del D.L., che attualmente così recita:**

"1. Il comma 2-bis dell'articolo 275 del codice di procedura penale e' sostituito dal seguente:

«2-bis. Non puo' essere applicata la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena. (( **Salvo quanto previsto dal comma 3 e ferma restando l'applicabilita' degli articoli 276, comma 1-ter, e 280, comma 3,** )) non puo' applicarsi la misura della custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva (( **irrogata** )) non sara' superiore a tre anni. (( **Tale disposizione non si applica nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 423-bis, 572, 612-bis e 624-bis del codice penale, nonche' all'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, e quando, rilevata l'inadeguatezza di ogni altra misura, gli arresti domiciliari non possano essere disposti per mancanza di uno dei luoghi di esecuzione indicati nell'articolo 284,**

comma 1, del presente codice. ))

Il testo dell'art. 8 del D.L. prima delle modifiche apportate dalla legge di conversione 117/2014, e che è stato vigente dal 28 giugno al 20 agosto 2014, era il seguente:

«1. Il comma 2-bis dell'articolo 275 del codice di procedura penale è sostituito dal seguente:

«2-bis. Non può essere applicata la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena. Non può applicarsi la misura della custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva da eseguire non sarà superiore a tre anni».

Dunque, **in sede di conversione** è rimasta **invariata la prima parte della norma**, che perciò vige dal 28 giugno 2014 e che ha espressamente previsto, in relazione al giudizio prognostico collegato alla concedibilità della sospensione condizionale della pena, il riferimento agli arresti domiciliari.

Tale espresso riferimento è stato interpretato da alcuni, sia nella giurisprudenza pratica che in quella teorica, come meramente recettizio e codificatore del consolidatissimo orientamento giurisprudenziale che equipara gli arresti domiciliari alla custodia cautelare in carcere proprio ai fini del predetto giudizio prognostico (ex plurimis: Cass. III, n. 58/1997, Siciliano; Cass. I, n. 3607/1997, Difato; Cass. IV, n. 2389/2000, Vincente; Cass. VI, n. 18683/2008, Pepe; Cass. VI, n. 39976/2013, Pepe).

Altri interpreti, invece, hanno visto in quell'espresso riferimento alla custodia cautelare in carcere e agli arresti domiciliari, stante la chiara disciplina normativa prevista dall'art. 284, comma 5, c.p.p. - a tenore del quale "L'imputato agli arresti domiciliari si considera in stato di custodia cautelare" - l'intento innovativo del legislatore di tenere fuori dalla portata applicativa della prima parte del nuovo art. 275, comma 2 bis, c.p.p., **la custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri (art. 285 bis c.p.p.) e la custodia cautelare in luogo di cura (art. 286 c.p.p.)**, che perciò sarebbero oggi applicabili dal giudice anche nel caso in cui ritenesse, con giudizio prognostico, la concedibilità della sospensione condizionale della pena.

In effetti il precedente testo dell'art. 275, comma 2 bis, c.p.p. prevedeva (solo ed unicamente) il divieto di custodia cautelare nel caso di concedibilità della sospensione condizionale della pena, sicché nel suo ambito applicativo ricadevano non solo la custodia cautelare in carcere ma anche gli arresti domiciliari (art. 284, comma 5, c.p.p.), la custodia cautelare per detenute madri (art. 285 bis c.p.p.) e la custodia cautelare in luogo di cura (art. 286 c.p.p.).

Come rilevato dal Servizio Studi del Senato, *“Con riguardo alla prima delle modifiche apportate al comma 2-bis dell'articolo 275 del codice di procedura penale, si osserva che - stante l'esplicito riferimento testuale alla sola custodia "in carcere" e ai soli "arresti domiciliari" - nelle indicate ipotesi risulterà possibile l'applicazione della custodia cautelare in istituti a custodia attenuata per detenute madri (art. 285-bis c.p.p.), nonché in luoghi di cura (art. 286 c.p.p.). La disposizione vigente, anteriormente alle modifiche apportate dal decreto legge in conversione, faceva infatti riferimento alla "custodia cautelare" nel cui ambito rientrano sia gli arresti domiciliari ai sensi dell'articolo 284 del codice di procedura penale - il comma 5 dell'articolo 284 prevede espressamente che l'imputato agli arresti domiciliari "si considera in stato di custodia cautelare" - sia la custodia cautelare in carcere di cui al successivo articolo 285, sia la custodia cautelare in luogo di cura di cui agli articoli 285-bis e 286....La finalità della previsione di cui al primo periodo del comma 2-bis dell'articolo 275 del codice di procedura penale è quella di evitare che subisca una situazione detentiva di qualsiasi tipo a fini di cautela chi, ad una simile situazione, non sarà assoggettato in fase di esecuzione della pena, potendo presumibilmente beneficiare della sospensione condizionale della stessa. Rispetto a tale finalità potrebbero ritenersi non univocamente chiare, ad una prima lettura, le ragioni della modifica apportata sul punto alla disposizione codicistica dall'articolo in esame...”*.

**Il contrasto** di siffatta interpretazione con la dichiarata finalità di “rendere tale norma coerente con quella contenuta nell'articolo 656, in materia di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva”, è **evidente** e difficilmente componibile, e si aggiunge all'altra questione, strettamente correlata, sulla **natura ed autonomia della custodia cautelare in luogo di cura**, la quale, secondo il tenore letterale dell'art. 286 c.p.p., è misura che viene disposta “in luogo della custodia in carcere”, sicché, quale modalità esecutiva meramente sostitutiva di questa, ne seguirebbe in toto la disciplina e le sorti (cfr. Cass. I, n. 4374/1993, Romano, secondo cui le due forme di custodia cautelare sono in realtà due diverse modalità di un'unica misura, quella custodiale carceraria, sicché l'applicazione della custodia cautelare in luogo di cura non necessita di specifica richiesta del P.M.; si veda anche Cass. V, n. 4639/1996, Bartolini, che equipara del tutto la custodia cautelare in carcere alla custodia cautelare in luogo di cura).

Rimane, dunque, **con riguardo all'art 286 c.p.p., l'incertezza interpretativa**, dovuta soprattutto al dichiarato intento di rendere coerente l'art. 275, comma 2 bis, c.p.p. con la norma di cui all'art. 656 c.p.p., mentre agli arresti giurisprudenziali sopra citati, peraltro un po' datati, si potrebbero **opporre le seguenti considerazioni**:

-che l'art. 286, comma 2, c.p.p. prevede espressamente l'applicabilità degli artt. 285, comma 2 e comma 3, c.p.p., previsione espressa che non sarebbe stata necessaria nell'ottica dell'identità ontologica tra custodia cautelare in luogo di cura e custodia cautelare in carcere;

-che la non necessità di specifica richiesta del P.M. per l'applicazione della custodia cautelare in luogo di cura è comunque un corollario del principio della domanda cautelare, trattandosi di misura cautelare meno grave della custodia cautelare in carcere.

**Ben minore incertezza**, invece, sembra esservi con riguardo alla norma che disciplina la custodia attenuata per le detenute madri. Il tenore letterale dell'art. **285 bis c.p.p., in combinato disposto con l'art. 275, comma 4, c.p.p.** – e quindi con l'espresso divieto di custodia cautelare in carcere per le detenute madri – autorizza a ritenere con ragionevole certezza che, allo stato delle cose, la custodia attenuata ivi prevista possa ora essere disposta anche se il giudice ritenga che sarà concedibile la sospensione condizionale della pena, ciò che costituisce una prima evidente contraddizione rispetto alla dichiarata finalità di adeguare la norma rispetto a quella contenuta nell'art. 656 c.p.p.

**E' variata, invece, la seconda parte dell'art. 8 D.L. 92/2014, convertito, con modificazioni, nella legge 117/2014.** Nell'art. 275, comma 2 bis, c.p.p., infatti, è stato mantenuto (rispetto al testo originario del D.L.) il divieto di applicazione della sola custodia cautelare in carcere allorché il giudice ritenga, con giudizio prognostico, che all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata (non da eseguire, come nel periodo di vigenza del D.L. dal 28 giugno 2014 al 20 agosto 2014) non sarà superiore a tre anni, ma sono state previste alcune espresse eccezioni nelle quali il divieto non opera:

- **“ferma restando l'applicabilità degli articoli 276, comma 1-ter, e 280, comma 3”**

1) Art. 276, comma 1 ter, c.p.p.: si tratta dell'ipotesi di trasgressione degli arresti domiciliari per la violazione della prescrizione ad essi consustanziale, cioè quella che proibisce l'allontanamento non autorizzato dal luogo di esecuzione della custodia domestica. L'espressa previsione di applicabilità dell'art. 276, comma 1 ter, c.p.p., si può ritenere necessaria perché tale norma ha una ratio squisitamente sanzionatoria, sulla cui base l'applicazione

della custodia in carcere – obbligatoria e non facoltativa - prescinde del tutto dalle valutazioni del giudice che non siano quelle – puramente ricognitive – relative all'accertamento della trasgressione della prescrizione consustanziale alla misura degli arresti domiciliari. Non si deve compiere alcuna valutazione sull'adeguatezza o sulla proporzionalità della misura, né sulle esigenze cautelari, tanto che è poi inibita, nel corso dell'esecuzione della misura carceraria, qualsiasi rivalutazione delle primigenie esigenze di cautela (*“La trasgressione alle prescrizioni concernenti il divieto di allontanarsi dal luogo di esecuzione degli arresti domiciliari determina, ex art. 276, comma primo ter, cod. proc. pen., la revoca obbligatoria degli arresti domiciliari, seguita dal ripristino della custodia cautelare in carcere, senza che al giudice, una volta accertata la trasgressione, sia riconosciuto un potere di rivalutazione delle esigenze cautelari”* (ex plurimis, Cass. V, n. 1821/2012, Algieri; Cass. VI, 3744/2013, Sina). La necessità dell'espressa previsione può dunque giustificarsi con l'intento di mantenere la previsione sanzionatoria anche nel caso di prognosi “negativa” (pena irroganda inferiore od uguale a tre anni di reclusione). La modificazione apportata in sede di conversione in legge del D.L. pare peraltro in linea con l'intento di rendere coerente l'art. 275, comma 2 bis, c.p.p. con l'art. 656 c.p.p., perché i soggetti attinti dall'aggravamento di cui all'art. 276, comma 1, ter c.p.p. - ancorché presumibilmente destinatari di una condanna a pena detentiva non superiore a tre anni - potranno comunque trovarsi in stato di custodia cautelare in carcere al momento in cui la sentenza diventerà definitiva (cfr. art. 656, comma 9, lett. b).

2) Art. 280, comma 3, c.p.p.: si tratta delle ipotesi (residuali rispetto a quella che precede) di trasgressione alle prescrizioni inerenti ad una misura cautelare. L'espressa previsione di applicabilità dell'art. 280, comma 3, c.p.p., si può ritenere necessaria perché nella diversa ipotesi di cui all'art. 276, comma 1, c.p.p., la funzione pur sempre sanzionatoria dell'eventuale custodia cautelare in carcere presuppone una valutazione discrezionale del giudice sull'entità, i motivi e le circostanze della violazione, che peraltro, a sua volta, presuppone una misura cautelare, quella oggetto di trasgressione, non necessariamente custodiale. La necessità dell'espressa previsione può dunque giustificarsi con l'intento di mantenere la previsione sanzionatoria di cui all'art. 276, comma 1, c.p.p. in relazione all'accertata violazione di misure custodiali (arresti domiciliari, allorquando la trasgressione non riguarda la prescrizione consustanziale di cui al punto che precede) o non custodiali anche nel caso di prognosi “negativa” (pena irroganda inferiore od uguale a tre anni di reclusione), nonché con l'intento di stabilire che il giudice – allorché compie le suddette valutazioni discrezionali – non sia vincolato dalla citata prognosi, non essendo finanche vincolato neppure dalle condizioni di applicabilità previste dall'art. 280, comma 2, c.p.p.. Anche in questo caso, per gli stessi motivi indicati al punto che precede, la modificazione apportata in sede di conversione in legge del D.L. pare in linea con l'intento di rendere coerente l'art. 275, comma 2 bis, c.p.p. con l'art. 656 c.p.p.

**- “Tale disposizione non si applica nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 423-bis, 572, 612-bis e 624-bis del codice penale, nonché all'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni”**

3) delitti di cui agli articoli 423-bis, 572, 612-bis e 624-bis del codice penale: si tratta delle ipotesi di reato di incendio boschivo, anche aggravate; del reato di maltrattamenti in famiglia, nella fattispecie base e in quella aggravata; del reato di atti persecutori, nella fattispecie base e in quella aggravata; del reato di furto in abitazione o in altro luogo destinato in tutto o in parte a privata dimora e di quello di furto con strappo, nella fattispecie base e in quella aggravata. La modifica legislativa è solo parzialmente in linea con l'art. 656, comma 9, lett. a) c.p.p. – che prevede il divieto di sospensione dell'esecuzione nei casi ivi disciplinati – poiché, all'evidenza, non vi è perfetta corrispondenza per quanto riguarda i reati di maltrattamenti in famiglia e di atti persecutori:

per le fattispecie base, perciò non aggravate, di tali delitti, è possibile applicare la custodia cautelare in carcere ancorché per esse sia possibile, una volta divenuta definitiva la sentenza di condanna, disporre la sospensione dell'esecuzione

4) delitti di cui all'art. 4-bis della legge di ordinamento penitenziario: si tratta di reati particolarmente gravi tra i quali si annoverano quelli di associazione di tipo mafioso, terrorismo, omicidio volontario, sequestro di persona a scopo di estorsione, reati associativi finalizzati al traffico di droga e di tabacchi, riduzione in schiavitù, tratta di persone, violenza sessuale semplice e di gruppo. In questo caso la modifica legislativa è del tutto in linea con l'art. 656, comma 9, lett. a), c.p.p.

**- "Tale disposizione non si applica.....quando, rilevata l'inadeguatezza di ogni altra misura, gli arresti domiciliari non possano essere disposti per mancanza di uno dei luoghi di esecuzione indicati nell'articolo 284, comma 1, del presente codice"**

5) Si tratta di una clausola di salvaguardia delle esigenze cautelari allorché sia accertata l'inadeguatezza di eventuali misure non custodiali e manchi uno dei luoghi indicati nell'art. 284, comma 1, c.p.p. (un'abitazione o altro luogo di privata dimora ovvero un luogo pubblico di cura e assistenza o una casa famiglia protetta). Trova la sua *ratio*, molto probabilmente, nel fatto che anche i soggetti che versano in tale situazione - ancorché presumibilmente destinatari di una condanna a pena detentiva non superiore a tre anni - potranno comunque trovarsi in stato di custodia cautelare in carcere al momento in cui la sentenza diventerà definitiva (cfr. art. 656, comma 9, lett. b). Sotto questo profilo, dunque, la modifica legislativa è in linea con la dichiarata necessità di coordinamento con l'art. 656, comma 9, lett. b), c.p.p.

Nella prassi applicativa ed in via interpretativa dovrà verificarsi se la nozione di "mancanza" di uno dei luoghi di esecuzione degli arresti domiciliari sia limitata alla mancanza fisica e materiale ovvero se sia estensibile alla mancanza per così dire "giuridica", tenuto conto di quanto il legislatore ha previsto con il D.L. 78/2013, convertito, con modificazioni, nella legge 94/2013, con il quale ha introdotto il comma 1 bis dell'art. 284 c.p.p. che stabilisce che "Il giudice dispone il luogo degli arresti domiciliari in modo da assicurare comunque le prioritarie esigenze di tutela della persona offesa dal reato": si dovrà insomma verificare se la mancanza di un domicilio giuridicamente idoneo – per tale intendendosi quello che garantisca le prioritarie esigenze di tutela della persona offesa – consenta l'applicazione della custodia cautelare in carcere anche quando la pena che si ritiene sarà irrogata all'esito del giudizio non sarà superiore a tre anni di reclusione.

**- "Salvo quanto previsto dal comma 3"**

6) La modifica legislativa, in questo caso, pare volere ribadire espressamente che la custodia in carcere è misura cautelare di extrema ratio, con una precisazione normativa che, probabilmente, si è resa necessaria al fine di dare risalto alla natura eccezionale ed extra ordinem delle deroghe alla vincolatività del giudizio prognostico previsto dal comma 2 bis. Non può però escludersi a priori, in via interpretativa, che il richiamo all'intero comma 3 dell'art. 275 c.p.p. – e non solo alla sua prima parte – voglia significare che per taluni reati – quelli richiamati appunto da esso ma non anche dall'art. 4 bis della legge di ordinamento penitenziario n. 354/1975 – quale, per esempio, il delitto previsto dall'art. 260 d. lgs. 152/2006 – il divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere disciplinato dal

comma 2 bis non operi, giustappunto per la presunzione di adeguatezza (solo relativa, come più volte ormai ribadito dalla Corte Costituzionale) della custodia cautelare in carcere. Anche in questo caso non vi sarebbe alcun coordinamento con l'art. 656 c.p.p., ciò che, tuttavia, si è visto già accadere, in parte, per gli artt. 572 e 612 bis c.p., e, come si vedrà subito di seguito, per gli artt. 90 e 94 d.P.R. 309/90, questa volta in modo eclatante.

### **L'art. 275, comma 2 bis, c.p.p. e gli artt. 90 e 94 d.P.R. 309/90**

Nessun raccordo con l'art. 656 c.p.p., infatti, vi è stato con riguardo alle ipotesi normative previste dagli **artt. 90 (Sospensione dell'esecuzione della pena detentiva) e 94 (Affidamento in prova in casi particolari) del D.P.R. 309/1990**, in materia di disciplina degli stupefacenti e delle sostanze psicotrope, pur espressamente previste dal comma 5 dell'art. 656 suddetto e per le quali il limite di pena entro cui è sospendibile l'ordine di carcerazione è di sei anni. Ne consegue che, in questi casi, potrà essere applicata la custodia cautelare in carcere a soggetti tossicodipendenti allorché il giudice riterrà che, all'esito del giudizio, la pena irrogata sarà superiore a tre anni di reclusione ma prevedibilmente non superiore (com'è in molti casi) a sei anni, e quindi nonostante la precisa consapevolezza che, una volta divenuta definitiva la sentenza di condanna, molto probabilmente l'ordine di esecuzione sarà sospeso. Il difetto di coordinamento è qui evidente e, per certi versi, inspiegabile, tanto più se si consideri che sia l'art. 90 che l'art. 94 consentono la sospensione dell'ordine di carcerazione anche per l'espiazione di pena residua.

### **La pena "da eseguire" nel testo primigenio del D.L. 92/2014**

Proprio il riferimento all'espiazione di pena residua consente di effettuare alcune brevi considerazioni sul **testo originario del D.L. 92/2014**, così come è stato vigente dal 28 giugno al 20 agosto 2014; considerazioni che sul piano pratico sono adesso superate dalla legge di conversione n. 117/2014 - che, come è noto, ha modificato il riferimento alla **pena detentiva "da eseguire"** con quello alla **pena detentiva "irrogata"** - ma che durante il periodo di vigenza suddetto ha determinato non pochi problemi interpretativi, dovendo il giudice pronosticare non solo quale sarebbe stata la pena irrogata ma anche quale sarebbe stata quella materialmente da eseguire, quindi dovendo tenere conto del presofferto e della sopravvenienza di ulteriori fattori successivi alla sentenza di primo grado e finanche alla sua irrevocabilità.

- a) Si è ritenuto, da parte di alcuni interpreti, di differenziare la nozione di pena da eseguire da quella di pena residua da espianare e, pertanto, di ritenere irrilevante il presofferto da parte del giudice della cognizione nel fare applicazione del giudizio prognostico di cui al comma 2 bis dell'art. 275 c.p.p.. La base normativa di tale interpretazione starebbe nell'art. 656, comma 4 bis, c.p.p., indicativo del fatto che, allorché il legislatore ha voluto fare riferimento alla pena residua da espianare, l'ha espressamente menzionata come tale. Pena da eseguire, pertanto, coinciderebbe con pena irrogata, ferma restando l'inevitabilità di revocare o sostituire la custodia in carcere, previo necessario parere e/o richiesta del P.M. se del caso sollecitato con atto d'impulso del giudice, nei casi in cui, a partire dal 28 giugno 2014, vi fosse sentenza non irrevocabile di condanna a pena della reclusione uguale o inferiore a tre anni.

- b) Altri interpreti hanno invece respinto l'ipotesi che la norma introdotta dal D.L. 92/2014 imponesse automaticamente la revoca o la sostituzione della custodia cautelare in carcere, anche nel caso di sentenza di condanna non irrevocabile alla pena della reclusione uguale o inferiore a tre anni, facendo leva sulla collocazione della nuova disposizione e valorizzando i criteri previsti dall'art. 133 c.p. nonché il dichiarato intento di rendere coerente l'art. 275, comma 2 bis, c.p.p. con l'art. 656 dello stesso codice
- c) Altri ancora, poi, hanno ritenuto l'obbligatorietà della revoca o della sostituzione, previo il necessario parere o la necessaria richiesta del P.M. eventualmente sollecitati con atto d'impulso del giudice, nel caso di sentenza di condanna non irrevocabile alla pena detentiva uguale o inferiore a tre anni, ed hanno altresì ritenuto la necessità di calcolare il presofferto – anche prima dell'emissione della sentenza di primo grado – identificando il concetto di pena da eseguire con quello di pena residua da espiare.
- d) Una quarta categoria di interpreti ha finanche ritenuto che il presofferto continuasse a dovere essere calcolato dopo la sentenza di condanna non irrevocabile alla pena detentiva superiore a tre anni, dunque anche durante la decorrenza del termine di fase previsto dall'art. 303, comma 1, lett. c): con il conseguente ed insidioso onere del giudice che procede di dovere emettere l'ordine di liberazione provvisorio tenendo conto non solo del presofferto ma anche della scadenza del periodo eccedente i tre anni nonché dell'eventuale interposizione di appelli da parte del P.M. (esempio pratico presentatosi al sottoscritto: sentenza di condanna alla pena di quattro anni di reclusione pronunciata il 13 maggio 2014, con scadenza del termine di fase al 12 maggio 2015; l'imputato era stato arrestato in flagranza di reato il 12 gennaio 2014, dunque alla data della sentenza il presofferto è di 4 mesi e 1 giorno: residuano 3 anni, 7 mesi e 29 giorni. Questa eccedenza, di 7 mesi e 29 giorni, calcolata dal 13 maggio 2014, scade l'11 gennaio 2015, molto prima della scadenza del termine di fase, salvo verificare, come detto, l'interposizione di eventuali appelli del P.M.).

A questa ultima interpretazione potevano tuttavia opporsi le seguenti considerazioni:

- il D.L. 92/2014 non ha modificato l'art. 300, comma 4, c.p.p. ("La custodia cautelare perde altresì efficacia quando è pronunciata sentenza di condanna, ancorché sottoposta a impugnazione, se la durata della custodia già subita non è inferiore all'entità della pena irrogata");
- né ha introdotto, nell'art. 300 c.p.p., ipotesi ulteriori di perdita di efficacia della misura;
- neppure ha modificato l'art. 303, comma 1, lett. c), c.p.p., il quale, diversamente opinando, parrebbe sostanzialmente oggetto di interpretatio abrogans;
- non ha nemmeno introdotto norme analoghe o simili a quella dell'art. 300, comma 4, c.p.p., anche solo in riferimento alle condizioni di applicabilità (che è evidentemente questione diversa rispetto alla perdita di efficacia).

Questa che segue, in sintesi, l'interpretazione data dal sottoscritto giudice durante il periodo di vigenza della norma:

- il giudizio prognostico, in fase di indagini preliminari, era collegato all'esito del giudizio, dunque non vi era la necessità di tenere conto, durante il decorso del termine di fase, del presofferto via via maturato;
- in fase di giudizio, invece, il giudice aveva piena cognizione di quella che sarebbe stata la pena da eseguire, cioè quella irrogata al netto del presofferto, che pertanto andava computato al momento della sentenza di condanna ai fini di quanto previsto dalla nuova norma, con tutto ciò che ne conseguiva. Se al momento della sentenza di condanna la pena da eseguire fosse stata superiore a tre anni, il giudice, in assenza di norme che lo

- autorizzavano – in corso di custodia cautelare in carcere legittimamente applicata e legittimamente mantenuta – a rivalutare (non i gravi indizi di colpevolezza o le esigenze cautelari ma) le condizioni di applicabilità della misura medesima e a derogare al termine di fase previsto dall'art. 303, comma 1, lett. c) c.p.p., non poteva e non doveva computare, durante il decorso di tale termine, il presofferto accumulatosi dopo la condanna;
- quando poi una sentenza già fosse stata pronunciata alla data del 28 giugno 2014 e la pena irrogata con sentenza fosse stata uguale o inferiore a tre anni di reclusione (sicché fosse stato matematicamente e logicamente certo che anche la pena da eseguire sarebbe stata uguale o inferiore a tre anni), la custodia in carcere andava revocata o sostituita, non d'ufficio ma su richiesta del P.M. o del difensore, salva la necessità di eventuali atti d'impulso del giudice nei confronti del P.M. medesimo in caso di sua inerzia. La giurisprudenza di legittimità è infatti sufficientemente consolidata nell'affermare che in ogni caso, anche quando il giudice procede al giudizio, debba richiedere il parere del P.M., a pena di nullità per inosservanza delle disposizioni concernenti la partecipazione del P.M. stesso al procedimento, sia in caso di revoca che in caso di sostituzione della misura cautelare (ex plurimis, Cass. I, n. 13981/2003, Molè; Cass. II, n. 39495/2005, Condio; Cass. II, n. 19549/2006, Nicoletti ed altro; Cass. VI, n. 38138/2008, Passalacqua; Cass. I, n. 45313/2008, Di Bucci; Cass. VI, n. 44904/2013, Lenoci). Ugualmente consolidata è la giurisprudenza di legittimità che richiede il parere del P.M. anche per revocare la misura nel caso di mancanza, pure per fatti sopravvenuti, delle condizioni di applicabilità della singola misura. Il termine "immediatamente" viene infatti interpretato nel senso della celerità della procedura, non in quello di implicita autorizzazione al giudice a procedere d'ufficio e senza parere del P.M. e quindi senza contraddittorio (ex plurimis, Cass. II, n. 39495/2005, Condio; Cass. I, n. 13981/2003, Molè).

## **La questione dello ius superveniens**

Va da sé che se lo specifico argomento relativo al primigenio testo del D.L. 92/2014 concernente la “pena da eseguire” ha perso rilevanza dopo l'entrata in vigore della legge n. 117/2014, ciò che invece non ha perduto rilievo è la questione dei rapporti tra **ius superveniens e misure cautelari**, così come affrontata prima da **Cass. Sez. Un. n. 27919/2011, Ambrogio**, poi da **Cass. sez. VI, n. 48462/2013, Staffetta**, e infine da **Cass. sez. V, n. 31839/2014, Florio**, che ha ben composto il contrasto, per la verità solo apparente, generatosi tra le prime due, decidendo in una fattispecie che riguardava i rapporti tra la custodia cautelare in carcere applicata a soggetto indagato per il reato di cui all'art. 612 bis c.p. e l'entrata in vigore della legge 94/2013, di conversione, con modificazioni, del D.L. 78/2013 (modificativa, tra l'altro, degli artt. 280, comma 2, c.p.p. e 612 bis c.p.).

Ecco, in sintesi, i principali passaggi della motivazione della **sentenza Florio** ed i principi di diritto che sono stati con essa fissati, con la premessa:

- che al collegio di legittimità del caso Ambrogio era stata sottoposta una fattispecie riguardante un provvedimento di revoca degli arresti domiciliari e di contestuale applicazione della custodia cautelare in carcere per il reato p. e p. dall'art. 74 d.P.R. 309/90, per effetto del D.L. 11/2009 convertito, con modificazioni, nella legge 38/2009 e della conseguente modifica dell'art. 275 c.p.p.;

- che al collegio di legittimità del caso Staffetta era stata sottoposta una fattispecie relativa ad un'ordinanza del tribunale del riesame che, prima dell'entrata in vigore della legge n. 94/2013 (modificativa anche dell'art. 280, comma 2, c.p.p.), aveva confermato la misura custodiale per il reato di violenza privata, in relazione alla quale il massimo edittale previsto è pari a quattro anni.
- che al collegio di legittimità del caso Florio era stata sottoposta una fattispecie in cui il Giudice per le Indagini Preliminari aveva ritenuto che la nuova norma cautelare così come modificata dalla legge 94/2013 dovesse trovare applicazione immediata, in quanto norma più favorevole, mentre l'innalzamento di pena per il reato p. e p. dall'art. 612-bis non dovesse operare per il principio di irretroattività di cui all'art. 2 cod. pen. e, conseguentemente, aveva ritenuto che non sussistessero più le condizioni per il mantenimento della misura.

### Principali passaggi della motivazione della sentenza Florio

“Il regime di applicabilità temporale della norma penale rinviene il suo discrimine negli effetti che produce in carico al reo, dovendo sempre trovare applicazione il regime sanzionatorio meno afflittivo (tra quello vigente al momento del fatto e quello operante al momento di applicazione della pena)”.

“Il suddetto principio, che trova il suo referente normativo nell'art. 2 del codice penale, non è automaticamente esportabile nel diritto processuale, dove si può fare unicamente riferimento all'art. 11 delle preleggi e quindi al tempus regit actum, principio che non significa solo che il Giudice deve applicare la legge regolatrice del processo in vigore nel momento in cui compie un determinato atto (indipendentemente dalla data in cui il reato è stato commesso), ma comporta altresì che legittimità e regolarità dell'atto precedentemente compiuto debbano essere valutate alla stregua della normativa allora vigente, senza che possano assumere rilievo successive modifiche della regola processuale. Dunque, si tratta di verificare se la disposizione di favore contenuta nell'art. 2 cod. pen. sia applicabile in via analogica o estensiva al diritto processuale”.

“Al predetto quesito, le Sezioni Unite (in caso Ambrogio) hanno dato risposta negativa, affermando che << In tema di successione di leggi processuali nel tempo, il principio secondo il quale, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato, non costituisce un principio dell'ordinamento processuale, nemmeno nell'ambito delle misure cautelari, poiché non esistono principi di diritto intertemporale propri della legalità penale che possano essere pedissequamente trasferiti nell'ordinamento processuale (Vedi Corte cost. 14 gennaio 1982, n.15) >>”

“Nel caso sottoposto al vaglio delle Sezioni Unite si trattava dell'inapplicabilità di una modifica legislativa peggiorativa; pur tuttavia dalla motivazione della sentenza delle Sezioni Unite, che richiama anche l'art. 7 CEDU e la sentenza Scoppola del 17 settembre 2009 della Corte EDU, si evince un principio di portata generale, giacché con essa le Sezioni Unite affermano chiaramente che il principio della retroattività della legge meno severa, che si applica per i reati e per le pene, non è, però, un principio generale dell'ordinamento processuale, tanto meno nell'ambito delle misure cautelari (sul punto, si veda anche Cass. III, n. 15378/2010)”.

“La sentenza Staffetta, successiva a quella del caso Ambrogio, dovendo risolvere una fattispecie relativa al D.L. 78/2013, ha ritenuto che sia applicabile anche ai procedimenti in corso alla data della sua entrata in vigore la nuova disciplina dell'art. 280, comma secondo, cod. proc. pen., la quale - per effetto delle interpolazioni effettuate dalla legge di conversione n. 94/2013 - ha innalzato da quattro a cinque anni il limite minimo del massimo edittale necessario per disporre la custodia cautelare in carcere. Nel caso di specie, la Corte ha annullato un'ordinanza del tribunale del riesame che, prima dell'entrata in vigore della legge n. 94/2013, aveva confermato la misura custodiale per il reato di violenza privata, in relazione alla quale il massimo edittale previsto è pari a quattro anni”.

“La sentenza Staffetta ha così fissato il seguente principio di diritto: << Pur in assenza di una specifica disposizione transitoria, deve ritenersi che la modifica normativa in esame sia senz'altro applicabile ai procedimenti cautelari in corso al momento dell'entrata in vigore della su citata legge n. 94/2013, venendo in rilievo, nel caso in esame, la trasformazione di un profilo essenziale di legittimità della misura della custodia cautelare in carcere, ossia quello dotato di valenza propriamente "costitutiva", inerente alle sue condizioni generali di applicabilità, la cui presenza non può, per qualsiasi ragione, venir meno in corso di esecuzione, se non al prezzo di un'inammissibile violazione del quadro costituzionale dei presupposti e delle condizioni di legalità delle limitazioni che possono essere tassativamente imposte alla libertà della persona (ex artt. 13, comma 2, Cost. e 272 c.p.p.) >>”.

“La sentenza Staffetta (sesta sezione) ha ritenuto di non porsi in contrasto con le Sezioni Unite sulla considerazione che l'evenienza da quest'ultime considerata aveva ad oggetto un'ipotesi di variazione del tutto diversa del tessuto normativo, siccome destinata ad incidere in malam partem sull'ambito di applicabilità delle restrizioni alla sfera della libertà personale, laddove, nell'ipotesi esaminata dalla sesta sezione, le modifiche processuali incidevano sulle stesse condizioni generali di legalità delle possibili limitazioni dello *status libertatis*, determinando un'oggettiva situazione di favore nella valutazione della regolarità del vincolo imposto alla libertà personale dell'indagato”

“Il contrasto tra la recente sentenza delle sezioni Unite e quella ancor più recente della sezione sesta è solamente apparente, o meglio può essere composto considerando le differenze tra i due casi. I casi esaminati dalla sentenza Ambrogio (Sezioni Unite) e dalla sentenza Staffetta (sezione sesta) sono diversi perché nel primo caso si trattava di norma di carattere processuale, nel secondo veniva in considerazione una modifica idonea ad influire sullo status libertatis”.

“Le differenze tra i due casi non vanno ricercate negli effetti più o meno sfavorevoli della legge successiva, quanto piuttosto nella natura dell'intervento normativo: la sopravvenienza presa in esame dalla sentenza Ambrogio aveva chiaramente natura processuale perché regolava le modalità applicative della misura, mentre nel caso esaminato dalla sentenza Staffetta il cambiamento influiva sulle stesse condizioni di applicabilità e cioè su un presupposto sostanziale, di legalità, della misura cautelare. La nuova norma restringeva i casi in cui la misura poteva essere concessa e quindi incideva, restrittivamente, sulle sue condizioni di applicabilità. Di modo che la differenza tra il prima e il dopo non era sul cosa si doveva valutare o come si doveva applicare la misura (differenza processuale), ma sul se applicarla o meno. E poiché la custodia cautelare in carcere, pur non avendo finalità sanzionatoria, ha comunque pesanti effetti afflittivi nei confronti del destinatario, non si può disconoscere la natura anche sostanziale”

“Anche una norma del codice di procedura penale e destinata ad applicarsi nel corso del processo può avere natura - anche solo in parte - sostanziale, laddove, come nel caso di

specie, intervenga sulle condizioni di applicabilità (e, quindi, di permanenza) di una misura che incide sullo *status libertatis* del soggetto, perché la natura di una norma non deve essere valutata esclusivamente con riferimento alla sua collocazione formale al momento applicativo all'interno del processo, bensì avuto riguardo (anche) ai concreti effetti pratici che produce”.

“Per l'applicabilità della misura cautelare la legge non fa riferimento ad una misura di pena concretamente irrogabile nei confronti di un determinato indagato, ma ad una tipologia di reati individuati *quoad poenam*. Si vuole dire, cioè, che il riferimento contenuto nell'art. 280 c.p.p. al massimo della pena edittale non vale ad individuare i soggetti cui è applicabile la misura, ma piuttosto i reati per i quali la cautela carceraria può operare. Ciò è reso evidente dalla *lettera legis* (art. 280 comma 1 e comma 2 c.p.p.). Non, dunque, un riferimento alla pena che può essere inflitta al soggetto, ma un riferimento alla pena edittale del reato”.

“Il legislatore ha scelto di ancorare i presupposti di legittimità della misura al reato e non alla persona; per l'individuazione dei reati non ha fatto ricorso ad un elenco specifico e tassativo, ma ha fornito un parametro legato ad una caratteristica del reato (la misura della sanzione). La soluzione ha l'indubbio pregio di evitare la necessità di una continua rivisitazione (quando si prevede un nuovo reato) di un elenco chiuso e tassativo. La custodia cautelare in carcere può essere disposta per determinati reati; tali reati non sono specificati, ma si debbono individuare con riferimento alla misura della pena prevista. In tale contesto, resta indifferente la misura della pena concretamente irrogabile nei confronti del singolo indagato, tanto più che ove il legislatore ha voluto considerare tale dato, lo ha fatto espressamente (art. 275, co. 2-bis, c.p.p.)”.

Quanto al caso specifico (modifiche all'art. art. 612 bis c.p. e all'art. 280, comma 2, c.p.p.), “Occorre tener conto della *voluntas legis*; tale dato assume particolare rilevanza nei casi in cui la norma sia oscura o si presti a più interpretazioni, giacché laddove il significato è chiaro od incompatibile con il dichiarato fine del legislatore, il concreto interesse perseguito perde di rilevanza, posto che la legge, una volta emanata, perde ogni legame con il suo autore e vive di vita propria, autonoma. Ma, nel caso di specie, ci troviamo di fronte ad una modifica priva di disciplina transitoria e, dunque, aperta a più soluzioni; il dichiarato fine del legislatore (nel prevedere altresì l'aumento della pena per il reato di atti persecutori) di voler mantenere la custodia cautelare per tale reato, non solo non contrasta con la *ratio* oggettiva della legge, ma, anzi, è con essa assolutamente compatibile; è la stessa contestualità dell'intervento modificativo delle due norme (art. 280 c.p.p. e art. 612-bis c.p.) ad assegnare al decreto legge, oggettivamente, la volontà di mantenere la possibilità di irrogare la custodia in carcere per tale reato. La soluzione è anche impeccabile sotto un profilo logico, se si pensa che per il reato di *stalking* l'applicabilità della custodia cautelare era prevista fino al d.l. 78/2013 ed è altresì prevista dopo la predetta modifica. Se si poteva applicare prima e si può applicare dopo, per quale motivo si dovrebbe revocare una misura legittimamente emessa? ”.

“La nuova norma "processuale" (art. 280, comma 2, c.p.p.) prevede che si può disporre la custodia cautelare in carcere quando si procede per reati che sono puniti, nel massimo, con pena non inferiore ad anni cinque; e l'attuale testo dell'art. 612-bis c.p. soddisfa tale requisito. Dunque, anche oggi per lo *stalking* può essere irrogata (e dunque mantenuta) la custodia carceraria”

I principi di diritto fissati dalla sentenza Florio

"In tema di successione di leggi processuali nel tempo, il principio secondo il quale, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato, non costituisce un principio dell'ordinamento processuale, nemmeno nell'ambito delle misure cautelari. Tale principio è però applicabile alla norma cautelare che, al di là della sua collocazione formale, produce effetti afflittivi per l'indagato/imputato, qualora la modifica successiva, incidendo sulle condizioni di applicabilità, possa determinare il venir meno di tali effetti".

"E' applicabile anche ai procedimenti in corso alla data della sua entrata in vigore la nuova disciplina dell'art. 280, comma secondo, cod. proc. pen., la quale - per effetto delle interpolazioni effettuate dalla legge 9 agosto 2013, n. 94, che ha convertito con modificazioni il D.L. 1 luglio 2013, n. 78 - ha innalzato da quattro a cinque anni il limite minimo del massimo edittale necessario per disporre la custodia cautelare in carcere".

"Le condizioni di applicabilità delle misure coercitive devono essere valutate con riferimento alla pena edittale del reato, piuttosto che a quella concretamente irrogabile nei confronti dell'indagato".

"Per il reato di cui all'art. 612-bis c.p. continua ad essere applicabile la custodia cautelare in carcere, pur dopo le modifiche introdotte all'art. 280 c.p.p. dalla legge 9 agosto 2013, n. 94, che ha convertito il D.L. 1 luglio 2013, n. 78. Le misure già disposte nella vigenza del testo anteriore dell'art. 280, per fatti anteriormente commessi, mantengono efficacia".

**L'art. 275, comma 2 bis, c.p.p. e l'udienza di convalida(art. 391, comma 5, c.p.p. e art. 3 D.L. 152/1991).**

L'art. 8 del D.L. 92/2014, così come modificato dalla legge di conversione 117/2014, nulla prevede - quale specifica deroga al divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere in caso di giudizio prognostico che faccia ritenere che, all'esito del giudizio, la pena irrogata non sarà superiore a tre anni - per quanto riguarda la decisione sullo status libertatis in sede d'udienza di convalida dell'arresto in flagranza di reato.

Questa la norma dell'art. 391, comma 5, c.p.p.:

"Se ricorrono le condizioni di applicabilità previste dall'articolo 273 e taluna delle esigenze cautelari previste dall'articolo 274, il giudice dispone l'applicazione di una misura coercitiva a norma dell'articolo 291. Quando l'arresto è stato eseguito per uno dei delitti indicati nell'articolo 381, comma 2, ovvero per uno dei delitti per i quali è consentito anche fuori dai casi di flagranza, l'applicazione della misura è disposta anche al di fuori dei limiti di pena previsti dagli articoli 274, comma 1, lettera c), e 280".

A sua volta l'art. 381, comma 2, c.p.p., così dispone:

"Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria hanno altresì facoltà di arrestare chiunque è colto in flagranza di uno dei seguenti delitti:

a) peculato mediante profitto dell'errore altrui previsto dall'articolo 316 del codice penale;

b) corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio prevista dagli articoli 319 comma 4 e 321 del codice penale;

- c) violenza o minaccia a un pubblico ufficiale prevista dall'articolo 336 comma 2 del codice penale;
- d) commercio e somministrazione di medicinali guasti e di sostanze alimentari nocive previsti dagli articoli 443 e 444 del codice penale;
- e) corruzione di minorenni prevista dall'articolo 530 del codice penale;
- f) lesione personale prevista dall'articolo 582 del codice penale;
- f-bis) violazione di domicilio prevista dall'articolo 614, primo e secondo comma, del codice penale;
- g) furto previsto dall'articolo 624 del codice penale;
- h) danneggiamento aggravato a norma dell'articolo 635 comma 2 del codice penale;
- i) truffa prevista dall'articolo 640 del codice penale;
- l) appropriazione indebita prevista dall'articolo 646 del codice penale;
- l-bis) offerta, cessione o detenzione di materiale pornografico previste dagli articoli 600-ter, quarto comma, e 600-quater del codice penale, anche se relative al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater.1 del medesimo codice;
- m) alterazione di armi e fabbricazione di esplosivi non riconosciuti previste dagli articoli 3 e 24 comma 1 della legge 18 aprile 1975 n. 110.
- m-bis) fabbricazione, detenzione o uso di documento di identificazione falso previsti dall'articolo 497-bis del codice penale.
- m-ter) falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri, prevista dall'articolo 495 del codice penale;
- m-quater) fraudolente alterazioni per impedire l'identificazione o l'accertamento di qualità personali, previste dall'articolo 495-ter del codice penale.

Non c'è alcun dubbio, naturalmente, che la prognosi sull'entità della pena irrogata all'esito del giudizio, prevista dal nuovo testo dell'art. 275, comma 2 bis, c.p.p., attenendo ai criteri di scelta della misura come già atteneva ai criteri di scelta quella sulla concedibilità della sospensione condizionale, debba trovare precisa e puntuale applicazione anche in sede di udienza per la convalida dell'arresto.

La questione che si pone è quella dell'operatività o meno del nuovo divieto legislativo di applicazione della custodia cautelare in carcere allorché l'arresto facoltativo in flagranza sia stato eseguito dalla polizia giudiziaria per uno dei delitti previsti dall'art. 381, comma 2, c.p.p. ovvero l'arresto sia stato eseguito per uno dei delitti per i quali esso è consentito anche fuori dai casi di flagranza, vale a dire in tutti i casi in cui una misura cautelare coercitiva può essere disposta dal giudice anche al di fuori dei limiti di pena previsti dagli artt. 274, comma 1, lett. c) (non inferiore nel massimo a cinque anni se si tratta di custodia cautelare in carcere) e 280 c.p.p. (anche in questo caso non inferiore, nel massimo, a cinque anni, se si tratta di custodia in carcere, fatta salva l'espressa eccezione per il delitto di finanziamento illecito dei partiti).

L'art. 391, comma 5, c.p.p., nonostante l'intervento normativo del D.L. 92/2014, non è stato modificato. Rimane, dunque, la possibilità di applicare la custodia cautelare in carcere al di fuori dei limiti di pena previsti dagli artt. 274, comma 1, lett. c) e 280 c.p.p., ma tale possibilità è evidentemente esclusa allorché il giudice ritenga, con giudizio prognostico, che la pena irrogata all'esito del giudizio non sarà superiore a tre anni di reclusione, stante il divieto legislativo posto dall'art. 275, comma 2 bis, c.p.p., che è quindi pienamente operativo.

Non si può dare affatto per scontato un difetto di coordinamento legislativo e, piuttosto, sembra doversi applicare il principio "ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit". E ciò anche in considerazione di quella che è la funzione della nuova norma, che è pure quella di ribadire ed anzi rafforzare il concetto secondo cui la custodia cautelare in carcere è misura di extrema ratio, anche al fine di arginare il sovraffollamento carcerario.

Insomma, rebus sic stantibus, se il giudice dell'udienza di convalida riterrà che la sospensione

condizionale della pena non sarà concedibile ma che, all'esito del giudizio, la pena irrogata sarà uguale o inferiore a tre anni di reclusione, non potrà applicare la custodia cautelare in carcere.

Analoga conclusione vale per la convalida dell'arresto (eseguito per i delitti previsti dall'art. 381, comma 2, c.p.p.) con presentazione dell'imputato per il giudizio direttissimo monocratico o collegiale, stanti le norme dell'art. 558, comma 4, e dell'art. 449, comma 1, c.p.p. che richiamano, in quanto compatibili, le disposizioni dell'art. 391 c.p.p. e considerata l'assoluta compatibilità, a questo scopo, delle diverse disposizioni.

Naturalmente la questione non si pone proprio:

-nel caso di convalida del fermo d'indiziato di delitto;

-nel caso di convalida dell'arresto obbligatorio in flagranza (art. 380 c.p.p.);

-nel caso di convalida dell'arresto facoltativo in flagranza eseguito per delitti diversi da quelli indicati nell'art. 381, comma 2, c.p.p.;

giacché per tali casi non opera la deroga prevista dall'art. 391, comma 5, ultimo periodo, c.p.p.

Identica questione di diritto, con non pochi risvolti pratici particolarmente rilevanti, si pone invece in relazione all'arresto, anche fuori dei casi di flagranza, del soggetto che abbia posto in essere una condotta punibile a norma dell'art. 385 c.p., cioè per il reato di evasione, e alla relativa udienza di convalida.

La norma di riferimento è l'art. **3 D.L. 152/1991**, non toccato, nemmeno esso, dalle modifiche introdotte con il D.L. 92/2014 o con la legge 117/2014, e che così testualmente recita:

*“E' consentito l'arresto anche fuori dei casi di flagranza della persona che ha posto in essere una condotta punibile a norma dell'articolo 385 del codice penale. Nell'udienza di convalida il giudice, se ne ricorrono i presupposti, dispone l'applicazione di una delle misure coercitive previste dalla legge anche al di fuori dei limiti previsti dall'articolo 280 del codice di procedura penale”.*

Questione preliminare da risolvere (ancorché, come vedremo nel prosieguo, abbia sostanzialmente perduto di rilevanza dopo l'intervento normativo del D.L. 92/2014) è quella, a confronto dell'art. 391, comma 5, c.p.p., della previsione di deroga solo rispetto ai limiti di pena previsti dall'art. 280 c.p.p. e non anche rispetto ai limiti di pena previsti dall'art. 274, comma 1, lett. c), c.p.p..

La questione sembra risolta dalla prevalente e più recente giurisprudenza di legittimità nel senso che *“A seguito di convalida dell'arresto per il delitto di evasione il giudice può disporre, una volta riscontrate le esigenze cautelari, la misura della custodia in carcere anche al di fuori dei limiti di pena previsti dall'art. 274, comma primo lett. c), oltre che a quelli fissati dall'art. 280, cod. proc. pen., in applicazione dell'art. 391, comma quinto cod. proc. pen. cod.proc. pen.”*, rilevando in motivazione che *“Va ribadito al fine che l'evasione, stante quanto disposto dalla L. n. 203 del 1991, art. 3 va annoverata tra i delitti per i quali è consentito l'arresto anche fuori dalle ipotesi di flagranza. Ne consegue che, come peraltro già evidenziato da questa Corte (cfr l'arresto di questa stessa sezione n 30009/08), una volta riscontrate la presenza delle esigenze cautelari ex art. 274 c.p.p. (nel caso sub specie del rischio di reiterazione) in siffatte ipotesi trova applicazione l'art. 391 c.p.p., comma 5 in forza al quale, laddove l'arresto sia stato eseguito per uno dei delitti indicati nell'art. 381 c.p.p., comma 2, ovvero per uno dei delitti per i quali è consentito anche fuori dai casi di flagranza, l'applicazione della misura coercitiva appare consentita anche al di fuori dei limiti di pena previsti dall'art. 274 c.p.p., comma 1, lett. c) e art. 280 c.p.p.”* (Cass. VI, n. 1680/2014, Sanna, cui sono conformi Cass. VI, n. 30009/2008, Cannavò, e Cass. VI n. 47302/2009, Rubino, e rispetto alla quale, invece, risultano

difformi Cass. VI n. 46724/2007, Zullo, Cass. Vi n. 1888/2000, Mecì, e Cass. VI n. 3402/1997, Viotti).

Bisogna però registrare, come detto, che con la modifica dell'art. 275, comma 2 bis, c.p.p. è ad oggi inibito applicare la custodia cautelare in carcere in sede di convalida d'arresto dell'evaso, alla luce del massimo di pena edittale (tre anni di reclusione) prevista per il reato di evasione di cui all'art. 385 c.p. nella sua ipotesi base, cioè non circostanziata da aggravanti, rimanendo invece spazio alla prognosi d'irrogazione di una pena superiore a tre anni di reclusione per le ipotesi aggravate. In sintesi:

- in caso di convalida dell'arresto eseguito per il **reato di evasione non circostanziato da aggravanti**, il giudizio prognostico introdotto dal nuovo testo dell'art. 275, comma 2 bis, c.p.p., non potrà che essere negativo, in considerazione del limite edittale massimo di pena che è di tre anni, e quindi **non si può applicare la custodia cautelare in carcere**;
- in caso di convalida dell'arresto eseguito per il reato di **evasione circostanziato da aggravanti**, il giudizio prognostico introdotto dal nuovo testo dell'art. 275, comma 2 bis, c.p.p., potrà astrattamente essere positivo e dunque **si può applicare la custodia cautelare in carcere**.

Anche in questo caso, probabilmente, non può darsi per scontato un difetto di coordinamento legislativo giacché l'ordinamento prevede comunque dei "rimedi" volti:

- a far sì che l'evaso, in caso di evasione determinata dall'allontanamento non autorizzato dagli arresti domiciliari e quindi di violazione della prescrizione consustanziale alla misura cautelare trasgredita, sia attinto da ordinanza di custodia cautelare in carcere: il giudice della misura cautelare violata, infatti, ne dovrà obbligatoriamente disporre l'aggravamento sanzionatorio ex art. 276, comma 1 ter, c.p.p., per il quale, come visto, non operano i limiti previsti dal nuovo testo dell'art. 275, comma 2 bis, c.p.p.;
- a far sì che l'evaso, in caso di evasione dalla detenzione domiciliare in esecuzione di pena, sia attinto dal provvedimento di revoca della misura alternativa da parte della magistratura di sorveglianza (art. 47 ter L. 354/1975);
- a far sì, infine, che l'evaso, in caso di evasione dalla detenzione carceraria (cautelare o espiativa), sia immediatamente ricondotto in carcere.

Pare rimanere scoperto dai "rimedi" di legge, invece, il caso in cui il soggetto sia stato arrestato per l'evasione da un precedente stato di legale arresto, come può accadere nell'ipotesi che la persona, in stato di arresto eseguito d'iniziativa dalla polizia giudiziaria, ne evada (*"In tema di evasione, la sussistenza del presupposto della legalità dell'arresto o della detenzione va verificata con esclusivo riferimento al momento della esecuzione della misura limitativa della libertà personale"* - In applicazione del principio, la Corte ha confermato la condanna per evasione in un caso di arresto in flagranza che, effettuato nei confronti di persona poi datasi alla fuga dai locali della Questura dove era stata condotta, non era stato convalidato per la mancata formulazione della richiesta di cui all'art. 390 cod. proc. pen.: Cass. VI, n. 34083/2013, Louri Mohamed).

### **La questione dell'art. 284, comma 5 bis, c.p.p. (con riflessioni sull'art. 299, comma 4, c.p.p. e, ancora, sull'arresto per evasione)**

L'art. 8 del D.L. 92/2014, convertito con modificazioni nella legge 117/2014, non prevede, tra le deroghe al divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere, la fattispecie in esame, appunto regolata dall'art. 284, comma 5 bis, c.p.p. che così recita:

*"Non possono essere, comunque, concessi gli arresti domiciliari a chi sia stato condannato per il reato di evasione nei cinque anni precedenti al fatto per il quale si procede. A tale fine il*

*giudice assume nelle forme più rapide le relative notizie”.*

Ci si è dunque chiesto, da parte degli interpreti, se la mancata espressa previsione, per tale fattispecie, di una clausola di salvaguardia analoga a quella stabilita per gli artt. 274, comma 1 ter, e 280, comma 3, c.p.p., stia o meno a significare che anche in siffatta ipotesi vige il divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere.

Ci si è altresì chiesto, correlatamente, se il divieto di applicazione introdotto dal D.L. 92/2014, convertito con modificazioni nella legge 117/2014, rientri tra le condizioni di applicabilità della custodia cautelare in carcere – e quindi debba essere interpretato alla stregua dell’art. 280, comma 2, c.p.p. - o se invece, attenendo in senso stretto ai criteri di scelta della misura, non rientri tra le dette condizioni. Va da sé, infatti, che se il divieto di nuova introduzione rientrasse tra le condizioni di applicabilità in senso proprio, la mancata previsione di una deroga espressa per la fattispecie dell’art. 284, comma 5 bis, c.p.p. sarebbe ostativa all’applicazione della custodia cautelare in carcere anche al soggetto che, con sentenza irrevocabile nel quinquennio, sia stato condannato per il delitto di evasione. Con l’ulteriore conseguenza, sia in fatto che in diritto, che a tale soggetto - allorquando il giudice ritenga che all’esito del giudizio la pena irrogata non sarà superiore a tre anni di reclusione - dovrebbe essere applicata la misura degli arresti domiciliari, rimanendo non operativa la norma in questione, o, secondo altre opinioni, soltanto altra misura di natura non custodiale.

Sul punto pare di potere affermare con ragionevole certezza che la novella legislativa dell’art. 275, comma 2 bis, c.p.p. introdotta dalla legge 117/2014, sia per la collocazione delle parti modificate, sia per l’intitolazione dell’art. 8 D.L. 92/2014 – mantenuta in sede di conversione in legge – attenga ai criteri di scelta delle misure e non alle condizioni di applicabilità in senso proprio, più precisamente che attenga ai requisiti di proporzione e ponga una presunzione legale di proporzionalità della custodia cautelare in carcere. Le condizioni di applicabilità sono dettate da previsioni normative che fanno riferimento alla pena edittale in astratto e che operano in modo insindacabile da parte del giudice, che non ha discrezionalità in merito. La prognosi prevista dall’art. 275, comma 2 bis, c.p.p., di contro, proprio perché tale, ha invece riguardo alla pena in concreto e, sempre perché tale, è priva di connotati di oggettività. Anche molto recentemente, come già visto, con sentenza depositata il 18 luglio u.s. (ud. 10 giugno) la Corte di cassazione, sez. V, n. 31839/2014, Florio, ha affermato con specifico principio di diritto che *“Le condizioni di applicabilità delle misure coercitive devono essere valutate con riferimento alla pena edittale del reato, piuttosto che a quella concretamente irrogabile nei confronti dell’indagato”* (cfr. pag. 11 della motivazione, in fattispecie relativa all’art. 612 bis c.p. e alla questione dello ius superveniens). Dunque sembra che si possa altresì affermare che una cosa sono i presupposti di legittimità o di applicazione della custodia cautelare in carcere, in senso lato (tra cui rientrano anche i giudizi prognostici previsti dall’art. 275, comma 2 bis, c.p.p.), altra cosa sono le condizioni di applicabilità in senso proprio, espressamente disciplinate come tali. Nei primi, in senso lato, rientrano anche le seconde, che però hanno una loro specificità categoriale e la cui ricognizione da parte del giudice, sul piano logico-sistematico, è assolutamente preliminare al resto. Ed è significativo che la novella non abbia minimamente toccato l’art. 280 c.p.p., che disciplina solo le condizioni positive ed edittali di applicabilità e che non disciplina, invece, i divieti di applicazione, che giustamente sono collocati tra i criteri di scelta delle misure e che, comunque, rientrano tra i presupposti di legittimità.

Sulla base di queste ultime considerazioni e tenendo conto di esse, allora, l’espressa previsione di applicabilità degli artt. 276, comma 1 ter, e 280, comma 3, c.p.p. ma non anche dell’art. 284, comma 5 bis, c.p.p., può giustificarsi e ritenersi necessaria:

-quanto all’art. 276, comma 1 ter, c.p.p., perché tale norma, come già detto, ha una ratio squisitamente sanzionatoria, sulla cui base l’applicazione della custodia in carcere – che è obbligatoria e non facoltativa (“In deroga a quanto previsto dal comma 1...”)- prescinde completamente dalle valutazioni del giudice che non siano quelle – puramente ricognitive – relative all’accertamento della trasgressione della prescrizione consustanziale alla misura degli arresti domiciliari. Il giudice non deve compiere alcuna valutazione sull’adeguatezza o sulla

proporzionalità della misura, né sulle esigenze cautelari, ed infatti è poi inibita, nel corso dell'esecuzione della misura carceraria, qualsiasi rivalutazione delle originarie esigenze di cautela. La necessità dell'espressa previsione può dunque giustificarsi con l'intento di mantenere la previsione sanzionatoria anche nel caso che si preveda che all'esito del giudizio la pena irrogata sarà inferiore od uguale a tre anni di reclusione;

-quanto all'art. 280, comma 3, c.p.p., perché nella diversa ipotesi di cui all'art. 276, comma 1, c.p.p., la funzione pur sempre sanzionatoria dell'eventuale custodia cautelare in carcere presuppone una valutazione discrezionale del giudice sull'entità, i motivi e le circostanze della violazione, che peraltro, a sua volta, presuppone una misura cautelare, quella oggetto di trasgressione, non necessariamente custodiale. La necessità dell'espressa previsione può dunque giustificarsi con l'intento di mantenere la previsione sanzionatoria di cui all'art. 276, comma 1, c.p.p. in relazione all'accertata violazione di misure custodiali (arresti domiciliari, allorquando la trasgressione non riguarda la prescrizione consustanziale) o non custodiali anche nel caso di prognosi "negativa" (pena irroganda inferiore od uguale a tre anni di reclusione), nonché con l'intento di stabilire che il giudice – allorché compie le suddette valutazioni discrezionali – non sia vincolato dalla citata prognosi, non essendo neanche vincolato neppure dalle condizioni di applicabilità previste dall'art. 280, comma 2, c.p.p.

Del resto la norma dell'art. 284, comma 5 bis, c.p.p., non ha alcun nesso o collegamento con le ipotesi di aggravamento disciplinate dal codice e non presuppone alcuna di esse, e questo può spiegare perché non sia stata espressamente menzionata. L'intento della legge di conversione, per questo profilo, è quello di intervenire in materia di aggravamento della misura cautelare e di fare salve, in questo ambito, solo le ipotesi di aggravamento sanzionatorio, sicché non vi è alcuna necessità di prevedere, tra le deroghe espresse, il caso dell'art. 284, comma 5 bis, c.p.p. Proprio la sua mancata previsione, anzi, sembra rafforzativa dell'intentio legis diretta al fine di cui sopra.

Una conferma a questa interpretazione può ritenersi provenire dal fatto che il nuovo testo dell'art. 275, comma 2 bis, c.p.p., così come modificato dal D.L. 92/2014 convertito, a sua volta con modificazioni, nella legge 117/2014, nulla dice per il caso di aggravamento della misura dovuto non a comportamenti trasgressivi bensì all'aggravamento delle esigenze cautelari (art. 299, comma 4, c.p.p.), ipotesi che non ha natura sanzionatoria e che infatti non è praticabile ex officio ma necessita, inevitabilmente, della richiesta del P.M, a differenza della prima ("Fermo quanto previsto dall'art. 276...") (ex plurimis, Cass. III, n. 41770/2010, Shehu). La custodia cautelare in carcere, dunque, non è applicabile allorquando, in sede di aggravamento ex art. 299, comma 4, c.p.p., il giudice ritenga che, all'esito del giudizio, la pena irrogata non sarà superiore a tre anni.

La norma dell'art. 284, comma 5 bis, c.p.p., inoltre, non contiene una presunzione legale assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, bensì una presunzione legale assoluta di pericolo di fuga o comunque di inaffidabilità del soggetto (Cass. IV, n. 31434/2013, Sanseverino, che estende il divieto all'applicazione delle meno gravose misure non custodiali; Cass. II, n. 19348/2006, Gulli; Cass. III, n. 1810/2014, Er Dardi Abderrahim, non massimata). Tale presunzione assoluta, di per sé stessa, impone ordinariamente di prescindere non solo dal giudizio di adeguatezza della misura, ma anche da quello di sua proporzionalità (tanto che è inibito applicare anche misure che sono meno afflittive rispetto agli arresti domiciliari, a prescindere dal giudizio di proporzionalità: Cass. 2013, Sanseverino, cit.). Del resto il trend della giurisprudenza costituzionale più recente (in relazione all'art. 275, comma 3, c.p.p.) è quello di escludere presunzioni assolute di adeguatezza della custodia cautelare in carcere e di trasformarle, piuttosto, in presunzioni solo relative. Inoltre è principio che sembra consolidato nella giurisprudenza di legittimità quello per cui l'art. 284, comma 5 bis, c.p.p. non è d'ostacolo alla concessione degli arresti domiciliari nel caso di cui all'art. 89 d.P.R. 309/90, proprio perché in quest'ultimo caso le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza non si individuano nel solo pericolo di fuga (Cass. II, n. 19348/2006, Gulli: "*Nei confronti del tossicodipendente che abbia in corso programmi di recupero, la condanna per il reato di evasione intervenuta nei cinque anni precedenti al fatto per il quale si procede non è d'ostacolo alla concessione degli arresti domiciliari, perché rispetto alla previsione generale di cui all'art. 284, comma quinto bis cod. proc.*

*pen., che esprime una presunzione legale del pericolo di fuga, la norma di cui all'art. 89 d.P.R. n. 309 del 1990 ha natura speciale e prescrive che solo in presenza di eccezionali esigenze cautelari, che non si individuano nel solo pericolo di fuga presunto ex art. 284, comma quinto bis, cod. proc. pen., possa essere disposta la misura più afflittiva della restrizione carceraria). Il fatto che l'art. 284, comma 5 bis, c.p.p. contenga una presunzione assoluta di pericolo di fuga e di inaffidabilità soggettiva, poi, è confermato anche dalla storia di tale norma, introdotta con l'art. 16, comma 4, D.L. 341/2000, convertito, con modificazioni, nella legge n. 4/2001, che faceva riferimento all'avere posto in essere una condotta punibile a norma dell'art. 385 c.p. (e non prevedeva il termine “comunque”), e che, pochissimo tempo dopo, fu modificata dall'art. 5 della legge n. 128/2001, che richiede, ora, il necessario accertamento giudiziale, con sentenza irrevocabile, del reato di evasione.*

Se così è – e se è vero, come pare sufficientemente assodato, che l'interpunzione dell'art. 275, comma 2 bis, c.p.p. pone una presunzione legale di proporzionalità tra custodia cautelare in carcere e sanzione che si prevede sarà irrogata – allora, nel fare applicazione della norma dell'art. 284, comma 5 bis, c.p.p. e perciò del divieto degli arresti domiciliari, come si deve prescindere dal giudizio di proporzionalità ordinariamente effettuato dal giudice ma comunque previsto ed imposto dalla legge, così si deve prescindere dal giudizio di proporzionalità effettuato direttamente dal legislatore, con conclusiva prevalenza della prima presunzione legale assoluta – che peraltro è prevista da una norma che ha carattere di specialità - sulla seconda.

Inoltre se così è, allora, la presunzione legale assoluta del pericolo di fuga automaticamente esonera il giudice – iuris et de iure – dall'effettuare il giudizio prognostico di cui all'art. 274 lett. b) c.p.p. per il quale la pena che può essere irrogata deve essere superiore a due anni di reclusione. Ne consegue – a maggior ragione – che il giudice è esonerato dall'effettuare il giudizio prognostico previsto dall'art. 275, comma 2 bis, c.p.p., per il quale la pena che si prevede sarà irrogata deve essere superiore a tre anni di reclusione: se la custodia cautelare in carcere va applicata al soggetto irrevocabilmente condannato, nel quinquennio, per il reato di evasione ancorché si ritenga che la pena irrogata non sarà superiore a due anni di reclusione, a maggior ragione la si potrà (e dovrà) applicare qualora si ritenga che la pena irrogata non sarà superiore a tre anni di reclusione.

Dunque, per converso, in caso di richiesta ex art. 299 c.p.p., la custodia cautelare in carcere non dovrebbe poter essere sostituita con gli arresti domiciliari né con altra misura meno afflittiva, ma solo revocata per la sopravvenuta cessazione dell'esigenza cautelare presunta per legge o per la sopravvenuta cessazione dell'inaffidabilità soggettiva del cautelato.

Sempre a proposito della presunzione legale prevista dall'art. 284, comma 5 bis, c.p.p., il termine “comunque” ivi contenuto non pare da sé solo, ovviamente, sufficientemente indicativo della volontà di derogare alle generali condizioni di applicabilità previste dall'art. 280 c.p.p., ancorché inserito nella norma solo con la modifica apportata dall'art. 5 della legge n. 128/2001. Ma il termine “concessi” (non “disposti”, né “applicati”) pare invece sufficientemente indicativo della volontà di fare riferimento a situazioni in cui, sulla base dei principi generali in tema di condizioni di applicabilità previsti dall'art. 280 c.p.p., sarebbe possibile disporre la custodia cautelare in carcere. Dunque pare di potere affermare, se si segue questa interpretazione, che la presunzione contenuta nell'art. 284, comma 5 bis, c.p.p. non riguarda le ipotesi in cui difettano le condizioni di applicabilità – astratte, appunto – della custodia cautelare in carcere (per esempio nel reato di violenza privata, dove gli arresti domiciliari possono essere “disposti” o “applicati”, non “concessi”, perché non è applicabile la custodia in carcere), mentre per converso, in tutte le altre ipotesi in cui tali condizioni di applicabilità sussistono, tale norma impedisce la concessione degli arresti domiciliari, anche ai sensi dell'art. 299 c.p.p. (per il qual caso cfr. Cass. III, n. 9044/13, Bajrami, non massimata). In tali ipotesi, infatti, solo la custodia cautelare in carcere garantisce contro il pericolo di fuga e contro l'inaffidabilità del soggetto, giacché gli arresti domiciliari, ancorché elettronicamente monitorati, sono e rimangono pur sempre una misura sostanzialmente fiduciaria o semifiduciaria.

In conclusione, dunque, non sembra che la mancata previsione espressa di una clausola di salvaguardia per l'art. 284, comma 5 bis, c.p.p., analoga a quella prevista per gli artt. 276, comma 1 ter, e 280, comma 3, c.p.p., sia d'ostacolo alla applicazione della custodia cautelare in carcere - nei confronti di soggetto condannato, con sentenza irrevocabile nel quinquennio, per il reato di evasione - allorché il giudice ritenga che all'esito del giudizio la pena irrogata sarà uguale o inferiore a tre anni di reclusione.

La considerazione che precede ha anche una ricaduta pratica nel caso dell'arresto dell'evaso e del relativo giudizio di convalida. In caso di arresto per la condotta punibile a norma dell'art. 385 c.p. (cfr. art. 3 D.L. 152/91), infatti, l'unica ipotesi in cui parrebbe essere applicabile la custodia cautelare in carcere (solo in sede di convalida, appunto), dovrebbe essere quella in cui l'arrestato sia stato condannato con sentenza irrevocabile, nel quinquennio, per un (precedente) reato di evasione (e si rammenta che il testo originario dell'art. 284, comma 5 bis, c.p.p., così come introdotto dall'art. 16, comma 4, D.L. 341/2000, convertito con modificazioni nella legge n. 4/2001, prevedeva che “*Non possono essere concessi gli arresti domiciliari a chi ha posto in essere una condotta punibile a norma dell'articolo 385 del codice penale nei cinque anni antecedenti al fatto per cui si procede*”, e che tale testo è stato poi sostituito, così come oggi vigente, dall'art. 5 L. 128/2001); ciò che, nella gran parte dei casi, coincide con l'ipotesi in cui non potevano essere concessi gli arresti domiciliari, considerato che nella gran parte dei casi l'evasione si sostanzia nella trasgressione alla prescrizione consustanziale a tale misura cautelare.

### **Alcune conclusive riflessioni sulla proposta di legge A.C. 631-B e sull'art. 275 bis c.p.p.**

Per completezza corre l'obbligo di rammentare che è in corso di esame presso la competente commissione della Camera dei Deputati, in seconda lettura, la proposta di legge A.C. 631-B, che affronta anch'essa, fra l'altro, l'argomento trattato, con decretazione d'urgenza, dall'art. 8 D.L. 92/2014. Tale proposta è stata approvata in prima lettura dalla Camera dei Deputati ed è stata poi in parte modificata dal Senato. Anche tale proposta si prefigge lo scopo di limitare l'ambito di applicabilità della custodia cautelare in carcere con una serie di norme che riguardano soprattutto la valutazione del giudice, i suoi obblighi di motivazione, il procedimento cautelare e l'idoneità della misura *de qua*. Anche tale proposta è dichiaratamente finalizzata a rendere coerente il sistema della custodia in carcere con l'art. 656 c.p.p. e prevede espressamente all'art. 3 - che dovrebbe (o avrebbe dovuto) sostituire l'art. 275, comma 2 bis, c.p.p. - che “*Non può essere applicata la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena o se ritiene che all'esito del giudizio l'esecuzione della pena possa essere sospesa ai sensi dell'articolo 656, comma 5* “. Da segnalare che tale norma non è stata modificata durante il suo passaggio al Senato.

Ancora: mentre il testo approvato in prima lettura alla Camera prevedeva l'abrogazione dell'art. 276, comma 1 ter, c.p.p., quello modificato dal Senato, ed ora in seconda lettura alla Camera, prevede il ripristino della norma ma anche il venire meno dell'obbligo del giudice di applicare la custodia cautelare in carcere se il fatto sia di lieve entità (art. 6).

Situazione analoga si è verificata per l'art. 284, comma 5 bis, c.p.p.: il testo modificato dal Senato e ora in seconda lettura alla Camera prevede il ripristino della norma con le seguenti interpolazioni: “*al primo periodo, dopo le parole: « per il quale si procede » sono aggiunte le seguenti: « salvo che il giudice ritenga, sulla base di specifici elementi, che il fatto sia di lieve entità e che le esigenze cautelari possano essere soddisfatte con tale misura »* (art. 7).

Sembra significativo che, con la decretazione d'urgenza vigente dal 28 giugno 2014, il testo dell'art. 284, comma 5 bis, c.p.p., non sia stato modificato e che, a differenza di quanto accaduto per il giudizio prognostico sui tre anni di pena detentiva, sia rimasto nell'ambito della proposta di

legge. Anche questo, infatti, se si vuole, è un ulteriore argomento dimostrativo del fatto che il legislatore, allo stato delle cose, non ha inteso vietare l'applicazione della custodia cautelare in carcere nei confronti dei soggetti condannati per evasione nel quinquennio quando il giudice ritenga, con giudizio prognostico, che la pena irrogata sarà uguale o inferiore a tre anni di reclusione. Il comma 5 bis non è stato minimamente cambiato dal D.L. 92/2014 né dalla legge di conversione 117/2014 e dunque, in mancanza di diverse espresse previsioni di legge, dovrebbe valere il principio ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit, tanto più in un caso in cui, come questo, si sarebbe potuto trasferire il testo della proposta di legge già giacente (A.C. 631-B) nel provvedimento d'urgenza vigente dal 28 giugno 2014 o, quanto meno, nella legge di conversione.

Quanto alle brevi ma necessarie notazioni relative all'art. 275 bis c.p.p., sempre in correlazione con il divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere previsto dal nuovo testo dell'art. 275, comma 2 bis, c.p.p., si è già visto che nell'interpretazione giurisprudenziale della norma gli arresti domiciliari con la modalità esecutiva della procedura di controllo mediante braccialetto elettronico costituiscono una condizione sospensiva della custodia cautelare in carcere.

La situazione non sembra che sia mutata dopo la modifica dell'art. 275 bis c.p.p. apportata dall'art. 1, comma 1, lett. a), del D.L. 23 dicembre 2013, n. 146, vigente dal 24 dicembre u.s., che ha semplicemente elevato l'onere motivazionale del giudice sull'effettiva capacità dell'indagato, o dell'imputato, di autolimitare la propria libertà personale di movimento.

Se si aderisce a questa interpretazione, che pare difficilmente contestabile, è inibito applicare tale modalità esecutiva nei casi in cui non è applicabile la custodia cautelare in carcere, e dunque è inibito applicare gli arresti domiciliari con la modalità del controllo elettronico anche nell'ipotesi prevista dal nuovo testo dell'art. 275, comma 2 bis, c.p.p., vale a dire quando il giudice ritenga che, all'esito del giudizio, la pena irrogata sarà uguale o inferiore a tre anni.

Gli arresti domiciliari costituiscono condizione sospensiva della custodia cautelare in carcere perché con il provvedimento che li dispone, subordinatamente al consenso dell'indagato o dell'imputato, deve essere prevista, contestualmente, anche l'applicazione di tale misura carceraria per il caso in cui vi sarà dissenso. E il dissenso, automaticamente, comporta l'applicazione o il mantenimento della custodia in carcere, sia che si tratti di provvedimento emesso come prima misura (essendo pacifico che l'art. 275 bis c.p.p. non disciplina la sola ipotesi degli arresti domiciliari in sostituzione) sia che si tratti di provvedimento emesso in sostituzione della custodia carceraria già in atto: in ogni caso, infatti, la condizione sospensiva della custodia cautelare in carcere sta proprio nel consenso, non in altro.

Non può darsi insomma per scontato che il prevenuto darà il consenso all'applicazione del braccialetto elettronico e l'eventuale dissenso determinerebbe un'impasse non superabile in diritto, con l'ulteriore conseguenza che la scelta della misura da applicare o delle sue modalità – alla fine – sarebbe sostanzialmente rimessa al prevenuto medesimo, ciò che, ovviamente, non è consentito dal sistema normativo.