



Università degli studi di Firenze

FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

Tesi di Laurea in
SOCIOLOGIA DEL DIRITTO

***DETTENZIONE DOMICILIARE
E ARRESTI DOMICILIARI
ASPETTI GIURIDICI E SOCIOLOGICI***

Relatore:

Chiar.mo prof. Emilio Santoro

Candidata

Anna Giusti

Anno Accademico 2002/2003

A Elisabetta e Niccolò

INDICE

Introduzione

p. 1

Premessa

LA *RATIO* DEI DUE ISTITUTI

p. 3

1° Capitolo

LA DETENZIONE DOMICILIARE

p. 19

**1.1 Premessa sulle misure alternative alla
detenzione e in particolare sulla
detenzione domiciliare**

p. 19

**1.2 Casi ordinari di detenzione domiciliare
(art. 47 ter O.P.)**

p. 24

**1.2.1 La detenzione domiciliare per motivi di
famiglia, di salute, di studio, di lavoro**

- (art. 47 ter, comma 1 O.P.)
p. 24
- 1.2.2 La detenzione domiciliare generica (art. 47 ter, comma 1 bis O.P.)**
p. 29
- 1.2.3 La detenzione domiciliare “umanitaria” (art. 47 ter, comma 1 ter O.P.)**
p. 35
- 1.3. Casi speciali di detenzione domiciliare**
p. 45
- 1.3.1 Misure alternative alla detenzione nei confronti dei soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria (art. 47 quater O.P.)**
p. 46
- 1.3.2 La detenzione domiciliare speciale (art. 47 quinquies O.P.)**
p. 51
- 1.3.3 La detenzione domiciliare per i collaboratori con la giustizia (art. 16 nonies L. 13 febbraio 2001 n. 45)**
p. 54

- 1.4. Regime della detenzione domiciliare**
p. 59
- 1.4.1 Contenuto della misura**
p. 59
- 1.4.2 Modalità di accesso alla misura**
p. 62
- 1.4.3 La sospensione e la revoca della detenzione domiciliare**
p. 72

- 1.5 Rapporti fra arresti domiciliari e detenzione domiciliare**
p. 77

2° Capitolo

- GLI ARRESTI DOMICILIARI**
p. 80

- 2.1 Premessa generale sulla tutela cautelare**
p. 80

- 2.2 Condizioni di applicabilità**
p. 86
- 2.2.1 Gravità del reato**
p. 86

- 2.2.2 **Punibilità in concreto del reato**
p. 88
- 2.2.3 **Sussistenza di gravi indizi di colpevolezza**
p. 90
- 2.2.4 **Esigenze cautelari**
p. 97

- 2.3 **Criteri di scelta delle misure (art. 275 e 284, c. 5 Bis)**
p. 108

- 2.4 **Regime della misura (art. 284 e 276 c.p.p.)**
p. 129

3° Capitolo

ESITI DELLA RICERCA

p. 144

- 3.1 **Le prescrizioni nella detenzione domiciliare e negli arresti domiciliari**
p. 144
- 3.2 **Analisi**
p. 158

Conclusioni

p. 163

Introduzione:

Il lavoro che qui di seguito si riporta intende confrontare sul piano giuridico e sociologico la misura alternativa della detenzione domiciliare con la misura cautelare degli arresti domiciliari.

Partendo dalle considerazioni introduttive sull'origine delle due misure si fanno dei brevi cenni storici sulla pena detentiva e sulla sua graduale trasformazione. Con l'introduzione della legge 26 luglio 1975, n° 354 si è dato attuazione al precetto costituzionale dell'art. 27 terzo comma e si è predisposto un percorso di attenuazione delle limitazioni imposte al detenuto in considerazione del suo miglioramento e della sua partecipazione all'opera rieducativa.

Tenendo sempre presente l'art. 27 della Costituzione, l'ordinamento penitenziario e la recente ordinanza della Corte Costituzionale del 18 dicembre 2002 n° 532 si cercherà di determinare quanto concretamente la detenzione domiciliare si distingua dall'apparente simile istituto degli arresti domiciliari, soprattutto a causa di quella finalità limitatamente rieducativa che persegue.

Dopo aver fatto un particolareggiato quadro giuridico dei due istituti, spiegandone le condizioni di ammissibilità, il regime e i rapporti fra le due misure ci addentreremo su quelle che sono le concrete modalità esecutive esplicitate dalle prescrizioni delle ordinanze.

Gli esiti di questa ricerca faranno chiarezza innanzitutto sul fatto che le due misure, anche se da un punto di vista normativo, hanno un identico nucleo, in concreto si diversificano molto, inoltre emerge quanto sia limitante per la detenzione domiciliare il richiamo che l'art. 47 *ter* O.P. fa all'art. 284 c.p.p..

Le conclusioni non potranno che constatare che la misura della detenzione domiciliare, oltre ad avere una finalità indiscutibilmente umanitaria, è caratterizzata rispetto agli arresti domiciliari da una finalità risocializzante che questi non hanno, e che è giusto che non abbiano perché l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva, pertanto non essendo in espiazione di pena non necessita di rieducazione.

Nelle valutazioni finali si dirà quanto questa finalità rieducativa della detenzione domiciliare è bene che emerga con tutta la sua importanza accanto alle finalità afflittive e general-preventive perché l'istituto non si riduca a mero strumento di esigenze deflative della popolazione carceraria.

Premessa:

LA *RATIO* DEI DUE ISTITUTI

Gli arresti domiciliari quale istituto di carattere generale sono stati introdotti per la prima volta nel nostro ordinamento giuridico dalla legge 12 agosto 1982: prima di allora il vecchio codice di procedura penale li prevedeva esclusivamente con riferimento ad alcune particolari situazioni personali dell'imputato espressamente indicate dalla legge e comunque con esclusione dei casi in cui si procedeva per l'accertamento dei reati per i quali era previsto il mandato di cattura obbligatorio (tanto che la casistica risultava molto scarsa).

La scelta operata dal legislatore con la tecnica della novellazione del codice di procedura penale ebbe una notevole rilevanza dovuta alla generale utilizzazione, ma creò anche gravi problemi interpretativi sia con riferimento alla possibilità di concessione nella fattispecie in cui si procedeva per reati a cattura obbligatoria sia ai rapporti con la libertà provvisoria.¹

Fu così che le disposizioni introdotte con la legge del 1982, che facevano parte di una "miniriforma" delle norme processuali sulla libertà personale dell'imputato e la procedura di riesame - il cui nucleo di maggior risonanza sul piano della opinione pubblica era costituito dalla istituzione del "Tribunale della Libertà" - furono nuovamente disciplinate con la legge del 28 luglio 1984, in modo più organico.

¹ A. Nencini, *Arresti domiciliari, detenzione domiciliare, misure obbligatorie* Milano, Giuffrè, 1989

Successivamente la operatività della misura era stata estesa anche alla fase esecutiva della pena con la legge Gozzini del 1986 recante il titolo “Modifiche alle legge sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative alla libertà”.

Gli arresti domiciliari si qualificano fin dall’origine come misura cautelare coercitiva della libertà personale a carattere custodiale e pertanto alternativa alla custodia cautelare in carcere, così come la detenzione domiciliare si è qualificata come espiazione della pena nella forma alternativa alla detenzione in carcere.

Abbastanza chiara sembra la natura giuridica degli arresti domiciliari, una natura di misura cautelare personale, istituiti come strumento processuale alternativo e sopraordinato rispetto alla misura cautelare in carcere, ritenuta *l’extrema ratio* delle misure cautelari. Pertanto gli arresti domiciliari, cui si può ricorrere quando soddisfino le esigenze cautelari presenti, possono essere applicati soltanto in base alle disposizioni previste dal codice di procedura penale nei modi e con i criteri che abbiamo già visto, nel presupposto della temporaneità e delle garanzie postulate dall’art. 13 e 27, 2° comma Costituzione.

Più complessa appare la natura giuridica della detenzione domiciliare, probabilmente perché, come si è detto essendo vera e propria sanzione penale, complesso è il concetto di pena. Cercare di analizzare l’origine, la funzione della pena nello specifico della pena detentiva, sembra necessario per capirne le finalità e quindi anche le finalità della detenzione domiciliare.

Partirei da lontano, da quando il carcere diventa il meccanismo punitivo più importante .

Nel corso del XVIII secolo, soprattutto per opera dei riformatori illuministi e dei rivoluzionari francesi si comincia a pensare al crimine come danno sociale, al criminale come nemico della società e quindi alla pena come una cosa utile socialmente perché ripristina un'utilità sociale danneggiata dalla commissione del reato. Le pene sono la pena di morte per i crimini più gravi, la deportazione, la schiavitù perpetua, l'infamia, il lavoro forzato, la pena del taglione, la pena della prigione è prevista solo per i delitti che attentano alla libertà degli individui. E' con il codice penale napoleonico del 1810, che sarà modello per i codici italiani del XIX secolo, che la prigione diventa lo strumento punitivo principale.

Il carcere diventa la pena ideale perché priva tutti coloro che la subiscono di un bene che è comune a tutti: il valore/bene tipicamente borghese della libertà che si sostituisce al valore/bene della vita. Ma il carcere è anche graduabile nella durata e nell'intensità, perciò può essere proporzionato alla gravità dell'infrazione commessa. Infine ha una funzione educativa (per gli altri) e rieducativa (per chi la subisce).

Per la verità l'idea che la pena debba avere oltre una funzione retributiva (sanzione per la responsabilità morale, per la colpa) anche una funzione rieducativa è mutuata dal diritto canonico: il delinquente è punito perché ha peccato (*punitur quia peccatum est*) ma anche perché non pecchi più (*punitur ne peccetur*).

La prigione si impone con tutta la sua forza, paradossalmente, quando viene preso in considerazione l'avvenire del condannato, il suo risentimento nella società civile, quando si comincia a considerarlo un soggetto in evoluzione e si pensa che la pena debba servire al suo

cambiamento. Il colpevole quindi, prima per la Chiesa, poi per lo stato laico, ha un avvenire.

Ma appena nasce l'istituzione carceraria, nasce subito anche la sua crisi, nascono quindi le teorie penitenziarie, i progetti di riforma, le sperimentazioni.²

Verrebbe da chiedersi allora perché il carcere? Ma cos'altro?

“Il carcere è la rappresentazione dell'idea che la borghesia del XIX secolo ha delle classi lavoratrici: sottomesse, disciplinate, laboriose, non dedite all'alcool, agli abusi sessuali, al vizio ... Sicuramente la prigione si afferma come unico modello punitivo perché nella sua finalità normalizzante assomiglia alla nostra società, richiama i modelli disciplinari cui la nostra organizzazione sociale è informata. Una società abituata a escludere e a disciplinare trova poi congeniale questo tipo di pena”³

Il nostro sistema penale, prima che venisse scritta la Carta Costituzionale e quindi prima che venisse formulata la teoria rieducativa della pena, attuata dalla legge di riforma dell'ordinamento penitenziario, attribuiva a questa una finalità essenzialmente retributiva e general-preventiva che gradualmente si era spogliata di tutto ciò che potesse peggiorare le condizioni morali dei reclusi: il trattamento disumano, la promiscuità, l'isolamento assoluto ecc.. Gli unici mezzi rieducativi vigenti nei sistemi carcerari erano costituiti dal lavoro nell'interno degli stabilimenti e anche all'aperto – poiché l'ozio era stato riconosciuto una delle principali cause che ostacolano l'emenda – e dall'istruzione, si erano istituite

² I. Rossini: *La riforma del sistema sanzionatorio penale e penitenziario*, Incontro di studio del C.S.M. Frascati, 31 maggio – 2 giugno 1999 pp. 5 ss

³ I. Rossini: *op. cit* p. 13

pertanto scuole e biblioteche. Da ricordare che era inoltre curata l'educazione religiosa. Nell'esecuzione della pena, il vecchio sistema penale aveva adottato il cosiddetto "sistema progressivo" che implicava una graduale attenuazione delle limitazioni imposte al detenuto in considerazione del suo miglioramento, al fine di prepararlo al suo ritorno in società, l'istituto della liberazione condizionale ne era l'espressione più significativa.⁴

L'interrogativo che dobbiamo porci è se oggi il carcere ma anche le misure alternative alla detenzione come la detenzione domiciliare sono in grado di adempiere a tutte quelle funzioni, retributiva, general-preventiva, rieducativa, che il nostro sistema penale gli conferisce.

Qui entrano in gioco le varie teorie riguardo ad una revisione organica del nostro ordinamento giuridico.

Alcuni auspicano una seria depenalizzazione realizzata non attraverso la sostituzione di una sanzione amministrativa a quella penale in molti reati contravvenzionali, ma addirittura come riduzione della sfera dei beni da tutelare con la massima energia, criticando il legislatore che finora ha preferito seguire un modello di pena flessibile. Inadeguato risulta infatti secondo questa tesi tutto il sistema penale, per mancanza di attualità, e non solo l'ordinamento penitenziario il quale invece è solitamente visto, anche attraverso i mezzi di comunicazione, come il solo responsabile di effetti deflagranti sulla microcriminalità.⁵

⁴ F. Antolisei *Manuale di diritto penale parte generale*, Milano, Giuffrè, 1987, pp.598 ss.

⁵ E. Delahaye: *La detenzione domiciliare da beneficio per pochi a nuova specie di pena*, Dir. Pen. E proc. N. 10/2000 p. 1396

La legge di riforma penitenziaria è vista invece come la causa di una progressiva autonomia della fase penitenziaria rispetto al giudicato, al principio di certezza e di indefettibilità della pena, sistema cardine del nostro ordinamento. “Ad una fase in cui la determinazione del castigo legale è connessa ad un giudizio sul fatto ne segue quindi una diversa connessa ad un giudizio sull’autore”⁶

Da qui muovono non solo le critiche, in parte condivisibili su un’eccessiva discrezionalità della magistratura di sorveglianza che porta ad una scarsa uniformità nella giurisprudenza di merito, ma una forte critica alla flessibilità della pena in fase esecutiva.

A queste critiche si risponde che liberarsi dalla necessità del carcere perché risultato inadeguato a svolgere il ruolo di unico e rigido strumento di prevenzione generale e speciale e credere fino in fondo nello spirito della legge Gozzini che non fa altro che tentare di rendere operativo il principio costituzionale della flessibilità dell’esecuzione della pena, non significa indebolimento del giudicato.

Un autorevole esponente della magistratura di sorveglianza ha scritto: “la giurisprudenza costituzionale ha sviluppato e fatto proprio il sistema di flessibilità della pena che deve pertanto ritenersi costituzionalmente adottato e garantito. Le sentenze della Corte su cui porto il mio esame sono quattro: n° 204/74, n° 343/87, n° 282/89, n° 125/92 ... Non sembra dubitabile che dalle sentenze costituzionali esaminate emerga un sistema, costituzionalmente garantito, di esecuzione

⁶ M. Pavarini: *Bilancio dell’esperienza italiana di riformismo penitenziario* in Quest. Giust., 1997 pp. 55 ss.

flessibile della pena, che le sentenze stesse definiscono con notevole precisione. Questi ne sono i punti essenziali:

a) esiste un diritto del condannato a vedere riesaminata la sua posizione al fine di verificare se la parte di pena espiata abbia già raggiunto le finalità rieducative che sono proprie della stessa: se questo esame è favorevole all'interessato, viene a mancare la ragione della pena detentiva”⁷

Aver però previsto un sistema penitenziario articolato in misure alternative alla detenzione, genericamente definibili di prova controllata, non è sufficiente da solo ad operare come strumento di controllo sociale e di promozione alla risocializzazione senza poter contare su strutture e risorse idonee a farlo funzionare.

L'autore sostiene ancora che: “c'è una incostituzionalità che non si concreta in norme, ma in situazioni, in sistemi di fatto, che tradiscono e violano i precetti costituzionali”.⁸

Più che di riforma del sistema penitenziario sarebbe innanzitutto doveroso parlare di attuazione, perché se non ha dato abbastanza frutti è anche perché non sono stati attuati completamente i principi quadro costituzionali, da qui ne discende anche quella sorta di eterogeneità di risposte che non è un vizio congenito del sistema ma la conseguenza della mancata realizzazione.

La magistratura di sorveglianza, bersagliata da messaggi opposti anche da parte del legislatore (vedi le decretazioni d'urgenza del 1991 e 1992) non è stata messa in grado di imparare il proprio mestiere.⁹

⁷ A. Margara: *L'evoluzione della normativa e la situazione penitenziaria dopo la riforma del 1996*, Incontro del CSM del 16 – 20 febbraio 1993, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, anno 1995 n. 80 pp. 94 ss.

⁸ A. Margara: *op. cit.* p. 100

⁹ A. Margara: *op. cit.* p. 103

Infatti per un elenco di delitti di estrema gravità, il finalismo rieducativo della pena cede il campo ad una presunzione di pericolosità, che può essere superata soltanto attraverso l'adempimento di un dovere generale di collaborazione.

Condividendo la perenne crisi del carcerario e partendo dal presupposto che la pena detentiva sia strumento sansionatorio costituzionalmente legittimo solo se concepita come parte di una pena proiettata verso il recupero del condannato attraverso una modificazione in itinere, c'è chi tende a valorizzare il ruolo della magistratura di sorveglianza. Questo giudice infatti meglio di quello di cognizione può giudicare sui progressi del condannato e sul suo prevedibile dover essere e pertanto auspica che il sistema penale non vada verso una trasformazione delle misure alternative alla detenzione in pene edittali parallele.¹⁰

Di tutt'altro avviso è chi invece, partendo dalla constatazione della perdita di effettività della pena, auspica da una parte una decisa depenalizzazione con la riduzione della pena detentiva ad *extrema ratio*, l'eliminazione della pena pecuniaria insieme alle contravvenzioni, dall'altra, pur in un contesto di diritto penale minimo in cui la pena detentiva continua ad avere il suo spazio, auspica un elevamento delle misure sostitutive e alternative al rango di pene principali. Così facendo verrebbe recuperata la certezza della pena (non più entità giuridica in divenire).¹¹

¹⁰ G. Pierro: *La nuova disciplina nel quadro della trasformazione del sistema della esecuzione penale* in AA.VV. *Sospensione della pena ed espiazione extra moenia*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 324 ss.

¹¹ P. Pittaro: *La sanzione penale come realtà giuridica in divenire* in AA.VV. *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, Cedam, Padova, 1999, pp. 265 ss.

Una visione nuova delle finalità perseguite dalle misure alternative alla detenzione, anche se con riferimento in particolare all'affidamento in prova al servizio sociale, è quella che valorizza una finalità riparativa oltre che retributiva e riabilitativa, onde cercare di rimuovere le conseguenze del reato.¹²

Sempre lo stesso indirizzo di pensiero, sottolineando l'affrancamento progressivo del sistema penitenziario dall'osservazione e dal trattamento in carcere, sostiene che il giudice di sorveglianza è divenuto un giudice profondamente diverso da quello che era stato prefigurato dalla riforma penitenziaria del 1975.

Così: “egli non è più (soltanto) il garante della legalità della esecuzione della pena, ma è (soprattutto) il garante della esecuzione della pena stessa (nella sua forma ordinaria o alternativa)in effetti questo giudice si avvicina sempre più al giudice della cognizione. In particolare quando deve decidere quale misura in concreto la persona condannata deve scontare, egli svolge esattamente le stesse funzioni del giudice di cognizione I criteri cui l'uno e l'altro devono ispirarsi sono quelli indicati dall'art. 133 c.p.p. Indubbiamente, tra questi criteri, alcuni (la condotta del reo susseguente al reato e le sue attuali condizioni di vita individuale, familiare e sociale) vengono ad assumere, in rapporto alla diversa fase del procedimento un rilievo maggiore di altri, ma l'impianto della decisione è quello, non altro”.¹³

¹² L. Monteverde: *Mediazione e riparazione dopo il giudizio: l'esperienza della magistratura di sorveglianza* in *Minori e giust.* 2, 1999, p. 96.

¹³ L. Monteverde: *Dal Tribunale di Sorveglianza al Tribunale della Pena*, in *Quest. Giust.*, 2000, pp. 11 ss.

In altri termini il Tribunale di Sorveglianza non si interessa più soltanto dei detenuti, decidendo sull'applicazione delle misure alternative in base ai risultati dell'osservazione e della personalità e del percorso trattamentale svolto in carcere, ma anche e soprattutto dei condannati liberi per i quali l'*an*, e il *quomodo* dell'esecuzione della pena dipenderà dalla decisione del Tribunale stesso.

Una riflessione importante mi sembra quella su uno degli obiettivi più importanti che si è prefissata la legge Simeone-Saraceni cioè l'accesso alle misure alternative anche ai soggetti "deboli" i quali anche per ragioni procedurali risultavano spesso esclusi, o ammessi con ritardo.

In quest'ottica la detenzione domiciliare risulta avere un "carattere" intrinsecamente diseguale, che esclude a priori dalla propria area applicativa un'ampia fascia di emarginati, che non dispongono né di una casa d'abitazione, né di un luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza, nel quale scontare la pena.¹⁴

C'è chi ritiene che: "Fruitori eccellenti ne saranno invece i condannati per reati di criminalità economica, i cosiddetti colletti bianchi, e comunque i soggetti più abbienti che troveranno nell'espiazione in regime domiciliare un vero e proprio affrancamento dalla sanzione penale oltre che un comodo *escamotage* per sottrarsi ad obblighi quali lo svolgimento di un lavoro di pubblica utilità o forme di risarcimento anche parziale dei danni cagionati con i reati commessi".¹⁵

¹⁴ E. Dolcini: *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena*, in riv. It. Dir. Proc. Pen. , 1999, p. 875

¹⁵ P. Comucci "La nuova fisionomia della detenzione domiciliare" in AA.VV. *Esecuzione penale e alternative penitenziarie* Cedam Padova 1999 p. 248

Volendo concludere e cercando di riassumere quelle che vogliono essere le finalità della detenzione domiciliare ci troviamo di fronte ad una pluralità di funzioni

La detenzione domiciliare pur partendo da un identico contenuto strutturale e da un identico riferimento normativo (l'art. 284 c.p.p.) rispetto agli arresti domiciliari, si distingue da questi per le molte finalità perseguite, legate anche allo stato del procedimento cui appartengono.

Una finalità comune ad entrambe le misure è sicuramente quella umanitaria-assistenziale, che direi essere quella originaria per cui sono stati previsti gli arresti domiciliari nel vecchio codice di procedura penale dall'art. 247, successivamente abrogato dall'art. 22 della legge 28 luglio 1984 n. 398.

Questa finalità è forse quella più significativa dell'istituto della detenzione domiciliare introdotto dalla legge Gozzini, sicuramente è quella interpretata dall'art. 47 *ter* 1° comma *ter* O.P., così come previsto dalla legge Simeone – Saraceni.

La funzione umanitaria e assistenziale, anche se estranea alla logica trattamentale, non prescinde completamente da accertamenti psicologici e prognostici, nel senso che non costituisce mai un diritto per il condannato, essendo la sua applicazione sempre subordinata ad una valutazione discrezionale affidata al giudice di merito. (Cass. II, 2/12/1992, n. 4520).¹⁶

Attualmente per la concessione degli arresti domiciliari ciò che conta non è solo una valutazione di opportunità legata ad alcune particolari situazioni personali dell'indagato-imputato la cui pericolosità sociale (che può sussistere o meno a seconda

¹⁶ Codice Penitenziario ed. Simone ott. 2000, sub art. 47 *ter* O.P. p.201

del singolo caso concreto) è ritenuta contenibile con tale misura, ma la capacità della misura stessa di soddisfare almeno una delle diverse esigenze cautelari che li legittimano.

Allo stesso modo la detenzione domiciliare non è solo modalità esecutiva attenuata della pena detentiva, giustificata da ragioni umanitarie, ma una modalità alternativa alla detenzione in carcere seppur limitatamente, rieducativa.

Tale funzione emerge fino dalla sua istituzione, infatti la detenzione domiciliare è inserita tra le misure alternative alla detenzione nel capo VI dell'ordinamento penitenziario che all'art. 1 ultimo comma recita: Nei confronti del condannato “deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda ...al reinserimento sociale”.

In pratica non sempre è agevole riconoscere nella misura un fine risocializzante, anche al di fuori dell'ipotesi prevista dall'art. 47 *ter* 1° comma *ter*, infatti è proprio attraverso le prescrizioni, che devono avere un contenuto più o meno rieducativo e non concretizzarsi nel solo obbligo di non allontanarsi dal luogo indicato nel provvedimento, che la misura può svolgere la sua funzione rieducativa e non essere solo una modalità alternativa di esecuzione della pena. Le modalità esecutive devono essere dirette a caratterizzare la condotta del soggetto in detenzione domiciliare e a favorirne la risocializzazione, per cui potranno variare estremamente da un caso all'altro.

A sostegno di una finalità rieducativa comunque sempre presente nella detenzione domiciliare è il richiamo che la norma fa agli interventi di sostegno che il Tribunale di Sorveglianza ha il compito di fissare al momento della concessione del beneficio.

Non tutti sono d'accordo nell'attribuire questa funzione alla detenzione domiciliare, riconosciuta invece, come fondamentale per l'affidamento in prova al servizio sociale, anzi ritengono che il legislatore abbia rinunciato ad ogni prospettiva risocializzante relegando la detenzione domiciliare fra gli istituti deflattivi della popolazione carceraria.¹⁷

Con l'introduzione, sempre per opera della legge Simeone-Saraceni, dell'art. 47 *ter* 1° comma *bis*, da una parte si ribadisce la finalità di recupero del condannato (opportunità per i condannati già sottoposti al regime carcerario) dall'altra quantomeno gli si deve riconoscere una finalità di prevenzione speciale e di non desocializzazione (per i condannati a pene non superiori a due anni) preservando gli interessati “dal contatto con l'ambiente criminogenetico del carcere”.¹⁸

La detenzione domiciliare ha finalità dunque anche di controllo e di contenimento della pericolosità sociale attraverso un regime *extra-moenia*, restrittivo della libertà personale, sicuramente meno afflittivo di quello carcerario, ma che per la sua realizzazione ha bisogno non solo e non tanto di adeguate funzioni di vigilanza da parte delle forze di polizia ma di una funzione di sostegno per la dissuasione dal compimento di altri reati.

E' per questo motivo, per la inidoneità ad impedire che il condannato torni a delinquere, oltre che per problemi di inefficienza tecnologica, che non ha trovato applicazione la norma introdotta con l'art. 47 *ter* 4° comma *bis*, che prevede il

¹⁷ L. Cesaris sub art. 47 *ter* O.P. : V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa, “*Ordinamento penitenziario, commento articolo per articolo*” Cedam, Padova II ed., 2000 p. 468

¹⁸ P. Comucci: *La nuova fisionomia della detenzione domiciliare*, cit. p. 243

ricorso ad un controllo elettronico dei movimenti del condannato sottoposto alla misura.

La disposizione del comma 4 *bis* dell'art. 47 *ter* prevede che tra le prescrizioni della misura possa esserci il controllo elettronico del detenuto domiciliare a cui fa da *pendant* l'art. 275 *bis* c.p.p. per l'indagato/imputato agli arresti domiciliari. Questa forma di controllo è subordinata al consenso del condannato e data la sua collocazione sistematica sembra applicabile a tutte le ipotesi di detenzione domiciliare contemplate nell'articolo citato. Al venir meno del consenso o in caso di sottrazione al controllo la conseguenza sarà la sospensione e poi la revoca della misura. L'art. 18 del D.L. 24 novembre 2000, n. 341, convertito dalla legge 19 gennaio 2001, n. 14 punisce inoltre con la reclusione fino a tre anni “il condannato o la persona sottoposta a misura cautelare che, al fine di sottrarsi ai controlli prescritti, in qualsiasi modo altera il funzionamento dei mezzi elettronici o degli altri strumenti tecnici adottati nei suoi confronti, o comunque si sottrae fraudolentemente alla loro applicazione o al loro funzionamento”.

Questa norma secondo il legislatore doveva rispondere alla necessità di adeguate forme di controllo senza gravare troppo sulle forze di polizia di fronte ad un ampliato ricorso alla detenzione domiciliare, invece ha incontrato moltissimi problemi dal punto di vista della sua attuazione pratica, ma non solo. Questo perché considerare la detenzione domiciliare solo come mera esecuzione della pena detentiva nella sua variante in forma “domestica”, facendo quindi attenzione solo ai problemi relativi all'inosservanza dell'obbligo di dimora, significa

attribuirgli una valenza assai riduttiva che postulerebbe la sua collocazione fra le pene edittali parallele.

A questo proposito è stato scritto: “quando si fantastica sulla detenzione domiciliare con il bracciale elettronico, non si pensa che una detenzione simile senza sostegno e assistenza e con il solo meccanismo di controllo si concluderà troppo spesso ancora in carcere”¹⁹

L'assenza di fantasia del legislatore ha fatto sì che la detenzione domiciliare divenisse lo strumento più importante per realizzare gli scopi di deflazione della popolazione carceraria relegandola di fatto spesso a mera modalità alternativa di esecuzione della pena detentiva senza finalità rieducative, o meglio con un desolante vuoto di fini.

E' per questo motivo che, considerando tutte le sue funzioni particolari: umanitaria, assistenziale, special-preventiva, antidesocializzante, rieducativa, direi anche afflittiva perché è pur sempre esecuzione di pena, la misura necessita di essere arricchita di un contenuto rieducativo che miri al recupero del condannato se non vogliamo che si riduca a semplice modalità di esecuzione di pena *extra-moenia*, che ampiamente utilizzata finisce inevitabilmente con il compromettere l'effettività dell'intero sistema sanzionatorio.

La detenzione domiciliare è destinata oggi a fronteggiare reati sempre più gravi quindi deve avere contenuti sanzionatori reali come reali contenuti risocializzanti se non vogliamo che si presti alla facile critica di essere una sanzione semplicemente

¹⁹ A. Margara, *Ancora sulla pena e la sua esecuzione: le parole e le cose e pietose bugie*, in *Quest. Giust.* 1997 p. 65.

sostitutiva dietro la quale si cela una sostanziale incapacità a punire dello Stato.

In quest'ottica mi sembra che si ponga il recente intervento della Corte Costituzionale che con ordinanza del 18 dicembre 2002 n. 532 ha dichiarato manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale²⁰ concernenti le limitate possibilità che l'imputato agli arresti domiciliari ha di essere autorizzato a svolgere attività lavorativa fuori dal suo domicilio, rispetto al detenuto in carcere e al detenuto domiciliare.

Come dirò nel terzo capitolo, quando parlerò delle diverse modalità esecutive in cui si articolano le prescrizioni delle due misure, con questa ordinanza si fa piena luce su quelle che sono le diversità di fondo fra la detenzione domiciliare e gli arresti domiciliari. La pronuncia della Corte Costituzionale delinea uno spartiacque fra le due misure apparentemente simili: la detenzione domiciliare è informata al principio della rieducazione, gli arresti domiciliari sono volti a neutralizzare esclusivamente i *pericula libertatis* previsti dalla legge.

Tenendo presente i principi e le finalità individuate e spiegate dalla suddetta ordinanza cercheremo di capire analizzando le singole fattispecie, come le due misure si articolano sia da un punto di vista giuridico che sociologico, ribadendo che appare ragionevole insistere sulla differenza della disciplina delle modalità esecutive.

²⁰ Corte Cost. ordinanza 18 dicembre 2002 n. 532 in Diritto e Giustizia 2003 p. 101

1° Capitolo

LA DETENZIONE DOMICILIARE

1.1 Premessa sulle misure alternative alla detenzione e in particolare sulla detenzione domiciliare

Le misure alternative alla detenzione costituiscono lo strumento più significativo nella prospettiva dell'attuazione del finalismo rieducativo della pena sancito dall'art. 27, 3° comma Cost..

Introdotte nel sistema dell'esecuzione penale e penitenziaria con la legge 26 Luglio 1975 n° 354 (c.d. ordinamento penitenziario), esse rappresentano l'espressione di quell'orientamento politico-criminale che mira a creare forme alternative di esecuzione della pena detentiva, le quali, agevolando il contatto del condannato con la realtà esterna, rendono più efficace la risocializzazione del medesimo.

Con la legge 26.07.1975, n° 354 si è determinata una radicale trasformazione dell'esecuzione penale: per effetto di tale legge si è assistito al superamento del modello tradizionale di tipo statico incentrato sulla figura della pena carceraria la cui inflizione costituiva un dato tendenzialmente imm modificabile (salvi i limiti di applicabilità della liberazione condizionale), a favore di un modello di tipo dinamico che prevede la modificazione *in itinere* del trattamento sanzionatorio stabilito dalla sentenza di condanna mediante la possibilità di restituire anticipatamente il condannato alla vita libera.

Contestualmente il legislatore, onde assicurare la verifica giurisdizionale della eventuale progressiva modificazione degli atteggiamenti antisociali del reo, ha provveduto alla istituzione di un giudice *ad hoc*, la magistratura di sorveglianza, la cui giurisdizione si esplica mediante pronunce che non riguardano il fatto criminoso, bensì l'autore di esso, e che sono adottate sulla base di giudizi prognostici formulati sulla scorta di dati conoscitivi processualmente controllabili.

Il modello introdotto dalla legge 26.07.1975, n° 354 è stato perfezionato ed affinato della 10.10.1986 n° 633 (c.d. Legge Gozzini).

Infatti prima dell'entrata in vigore di tale legge, le uniche misure alternative previste dalla legge 26.07.1975, n° 354 erano l'affidamento in prova al servizio sociale ed la semilibertà. La predetta legge ha profondamente innovato il sistema delle misure alternative alla detenzione, intervenendo lungo due diverse direttrici: da un lato ha ampliato la gamma delle misure concedibili da parte del Tribunale di Sorveglianza; dall'altro ha esteso l'ambito di applicabilità delle misure già esistenti nell'ottica della progressione del trattamento penitenziario. Lungo la prima direttrice si colloca sia l'introduzione di una particolar forma di affidamento in prova al servizio sociale destinata ai condannati alcooldipendenti e tossicodipendenti (prevista *illo tempore* dall'art. 47 *bis* legge 26.07.1975, n° 354 ed attualmente disciplinata dall'art. 94 del DPR 309/1990), che la previsione di una ulteriore misura alternativa costituita dalla detenzione domiciliare.²¹

²¹G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto Penale, Parte Generale*, Zanichelli Bologna, 1995, pp 681 ss.

La misura era allora prevista in favore dei condannati che dovevano espiare una pena inferiore a due anni, ancorchè costituente residuo di maggior pena, e che appartenessero ad una delle categorie soggettive previste dall'art. 47 *ter* legge 26.07.1975, n° 354 (donna incinta, persona in condizioni di salute particolarmente gravi, ecc....) rispetto alle quali l'esecuzione in regime carcerario potrebbe risolversi in un trattamento contrario al senso di umanità.

Lo scopo dell'inserimento di questo nuovo istituto nel sistema dell'esecuzione penale va individuato, oltre che nella necessità di ampliare il quadro delle misure concedibili dal Tribunale di Sorveglianza e di realizzare il contenimento della popolazione carceraria, anche nella opportunità di consentire il passaggio dalla fase della custodia cautelare in regime di arresti domiciliari (istituiti con la legge 28.07.1984, n° 398) a quello dell'espiazione della pena inflitta con la sentenza passata in giudicato, senza modificare *in peius* la condizione del reo che in tal modo ha la possibilità di permanere in una situazione di custodia domestica. In quest'ottica appare quindi condivisibile l'osservazione secondo cui: "La detenzione domiciliare, che chiaramente costituisce una modalità esecutiva della pena si pone come lo sviluppo logico dell'analogo istituto degli arresti domiciliari previsto nella fase di giudizio di cognizione dall'art. 284 c.p.p."²².

L'esigenza di contrastare il fenomeno del sovraffollamento carcerario è alla base degli ulteriori ampliamenti che la detenzione domiciliare ha subito, sia sotto il profilo dei presupposti di applicazione che della tipologia, ad opera della legislazione

²² M. Canepa, S. Merlo, Manuale di diritto penitenziario 2002 Giuffrè Milano p. 394

successiva: così la legge 12.08.1993, n°296 ha aumentato il limite di pena da due a tre anni; ulteriormente incrementato dalla legge 27.05.1998, n°165 (c.d. legge Simeone-Saraceni) a quattro anni; mentre con le leggi 12.07.1999 n° 231; 13.02.2001, n° 45 e 8.03.2001, n° 40 sono state introdotte nuove forme di detenzione domiciliare aventi come destinatari particolari categorie di soggetti (rispettivamente condannati affetti dal virus HIV; collaboratori di giustizia e donne con figli di età minore degli anni 10).

Un cenno particolare relativamente al processo legislativo sommariamente delineato deve essere effettuato con riguardo alla legge 165/1998 con la quale si è determinato il superamento della funzione esclusivamente umanitaria della detenzione domiciliare. Tale risultato è stato raggiunto mediante la previsione della c.d. detenzione domiciliare generica di cui all'art. 47 *ter*, 1° comma *bis* applicabile nel caso in cui il Tribunale di Sorveglianza ritenga che non vi siano le condizioni per la concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale.

La detenzione domiciliare risulta ad oggi la misura alternativa la cui disciplina sostanziale è stata più significativamente modificata. Originariamente istituita come *pendant* nella fase esecutiva agli arresti domiciliari, al fine di evitare la detenzione in carcere in ipotesi in cui ne sarebbero derivati gravi pregiudizi per beni diversi dalla libertà personale, come la maternità, la salute, la formazione della personalità o addirittura per soggetti diversi dal condannato, (come i figli in giovanissima età) rispetto a tale ipotesi si riscontra una comprensibile dilatazione fino a dieci anni del limite di età della prole convivente.

La detenzione domiciliare sembra pertanto muoversi tra un'ispirazione umanitaria, ed esigenze deflattive, proponendosi come misura ad ampio spettro a disposizione del Tribunale di Sorveglianza.

La detenzione domiciliare prevista con l'introduzione dell'art. 47 *ter* 1° comma *ter* cosiddetta umanitaria, viene a dare contenuto al differimento della pena regolato dagli artt. 146 e 147 c.p..

Per questa ipotesi poiché svolge una funzione servente, sostitutiva del differimento pena sia obbligatorio che facoltativo quando si ritiene opportuno che il condannato subisca le limitazioni proprie della misura alternativa, sorge il dubbio se introduca una diversa fattispecie di misura.²³

La misura della detenzione domiciliare dunque, si offre oggi a svolgere sia ruoli legati alla sua originaria ispirazione umanitaria, sia, per la sua attitudine sostitutiva della pena, a risolvere problemi di sovraffollamento carcerario; deviando così dalla funzione originaria delle misure alternative - quella innestata nel contesto della pena risocializzativa - e lasciando nell'incertezza circa la sua collocazione rispetto alle altre due misure alternative alla detenzione.

Ciò premesso occorre procedere all'esame delle singole figure di detenzione domiciliare.

²³ A. Presutti, *Legge 27 maggio 1998 n. 165 e alternative penitenziarie: la pena rinnegata*. In AA.VV. *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, Cedam, Padova 1999 p. 61

1.2 Casi ordinari di detenzione domiciliare (art. 47 ter O.P.)

1.2.1 La detenzione domiciliare per motivi di famiglia, di salute, di studio, di lavoro (art. 47 ter, comma 1 O.P.)

L'attuale art. 47 ter comma 1, modificato dalla legge 27 maggio 1998, n. 165 (che ha innalzato il limite di pena da tre anni a quattro) prevede che: la pena della reclusione non superiore a quattro anni anche se costituente parte residua di maggiore pena, nonché la pena dell'arresto, possono essere espiate nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in un luogo pubblico di cura, di assistenza o accoglienza, quando trattasi di:

a) donna incinta o madre di prole di età inferiore di anni dieci con lei convivente.

La ratio della norma è duplice: da un lato tutelare il bisogno di cura e di assistenza dei figli minori, e dall'altro, mediante il raddoppio dell'età rilevante da 5 a 10 anni, contribuire a contenere il fenomeno del sovraffollamento carcerario.

Per quanto concerne il rapporto di filiazione si deve senz'altro ritenere che oltre al rapporto di filiazione naturale riconosciuto assuma rilievo anche quello adottivo, perché solo così, solo prescindendo dalla natura di tale legame si può tutelare il figlio.²⁴

La scelta di raddoppiare l'età del figlio se da un lato appare pienamente legittima in quanto costituisce espressione della discrezionalità spettante al legislatore, può nondimeno risultare irrazionale perché il limite fissato è particolarmente elevato e produce uno squilibrio nella logica dell'istituto, inteso a tutelare

²⁴ L. Cesaris sub art. 47 ter O.P. : *op. cit.* p. 448

soprattutto la prole nei primi anni di vita assicurandole la presenza e l'assistenza di almeno uno dei genitori.²⁵ Si profila pertanto il rischio di un uso strumentale della norma da parte di soggetti pericolosi che per la mancanza di presupposti oggettivi o soggettivi non possono beneficiare di altra misura alternativa.

b) Padre, esercente la patria potestà, di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente, quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole.

Con questa nuova previsione introdotta dalla legge Simeone è stato codificato il principio enunciato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 215 del 13 Aprile 1990 che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale della detenzione domiciliare concedibile alla madre nella parte in cui non prevedeva che potesse essere concessa anche al padre detenuto qualora la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole.

Mette conto precisare che in questa ipotesi il padre può fruire del beneficio *de quo* soltanto se questi esercita la potestà genitoriale nei confronti del figlio. Sotto questo profilo, posto che le ipotesi di decadenza o di sospensione valgono certamente per entrambi i genitori, il fatto che il requisito in parola sia previsto solo con riferimento al padre ha suscitato qualche perplessità.

Una spiegazione parziale può consistere nel fatto che la detenzione domiciliare concessa alla madre consente una sorta di "ricongiungimento familiare" che, in considerazione del particolare rilievo che assume la figura materna nei confronti dei minori in età evolutiva, ha sempre una valenza positiva.²⁶

²⁵ P. Comucci *La nuova fisionomia della detenzione domiciliare* in *op. cit.* p. 190

²⁶ L. Cesaris *sub art. 47 ter O.P. op. cit.* p. 449

Per quanto concerne la nozione di “assoluto impedimento della madre” sembra prevalere in giurisprudenza un orientamento rigoroso soprattutto con riferimento ai casi in cui l’impedimento è fondato sulla necessità di svolgere attività lavorativa: si è così escluso che l’effettuazione di turni di notte da parte della madre integri la fattispecie prevista.²⁷

c) Persona in condizioni di salute particolarmente gravi, che richiedano costanti contatti, con i presidi sanitari territoriali.

Ai fini della concessione di questa figura di detenzione domiciliare non è dunque sufficiente che il condannato sia affetto da una patologia di rilevante gravità, ma occorre altresì che vi sia la necessità di costanti contatti con i presidi sanitari territoriali.

Come è stato puntualizzato in giurisprudenza, per essere considerate “particolarmente gravi” le condizioni di salute “non necessariamente devono consistere in patologie incompatibili con lo stato di detenzione o comunque dalla prognosi infausta, ben potendo essere ravvisate in una o più alterazioni della funzionalità fisico-psichica, caratterizzate da un elevato grado di intensità e idonee a rendere ancora più afflittiva l’espiazione della pena in istituto”²⁸

Il presupposto per la concessione della misura penitenziaria appare più vincolante di quello richiesto nell’art. 147 c.p. per il differimento dell’esecuzione anche se la patologia considerata in questa ipotesi deve essere sicuramente grave. Anzi la giurisprudenza formatasi in tema di differimento, tende ad insistere sul carattere della gravità della patologia, implicante un serio pericolo per la vita del condannato o la possibilità di altre rilevanti conseguenze dannose²⁹.

²⁷ Cass. 16 Febbraio 1994, Dossetti, G.P., 1995 II, 2101

²⁸ Cass. I sent. 1989 del 13/7/1990

²⁹ Cass. 30/1/95, De Vincenzo, C. pen. 96, 308

Va inoltre rilevato che la norma non distingue fra patologie fisiche e patologie psichiche: ne consegue che la misura *de qua* può essere applicata anche in quei casi in cui la componente psico-patologica assume un rilievo particolare quale causa di incompatibilità con il regime carcerario (mentre, come è noto, ai fini della concedibilità del differimento di esecuzione della pena ex art. 147 c.p. le patologie di natura psichiatrica sono considerate irrilevanti³⁰) Mette conto rammentare che siffatta impostazione non ha trovato riscontro nella giurisprudenza della Cassazione che con la sentenza emessa il 10 gennaio 1992 ha escluso che l'epilessia e la sindrome ansioso-depressiva siano patologie che possano giustificare la concessione della detenzione domiciliare.³¹

d) Persona di età superiore a sessanta anni se inabile anche parzialmente.

Come emerge dal tenore della norma rilevano ai fini dell'integrazione della fattispecie *de qua* due diverse condizioni: la prima legata all'età, la seconda connessa alla invalidità o inabilità del condannato, di cui per altro non viene precisata l'entità.

In giurisprudenza si è affermata una interpretazione che tende ad identificare l'invalidità con la ridotta autosufficienza del condannato così anche la dottrina ritiene che l'inabilità non è l'invalidità in senso lavorativo, ma è un decadimento, spesso legato all'età, alle condizioni di salute psico-fisiche che compongono una limitazione apprezzabile dell'autosufficienza e della vita di relazione.³²

Tuttavia il fatto che il legislatore abbia ampliato a dismisura l'ambito di applicabilità della misura rende anche siffatta

³⁰Cass. 5.12.2000, Marroccu, in Dir.Pen.Proc., 2001,p.726

³¹ G. Catelani, *Manuale dell'esecuzione penale* Giuffrè Milano 1998 V ed . nota di pag. 397

³² M Canepa, S. Merlo, *op. cit.*, p.303

interpretazione poco convincente, configurandosi come un tentativo di razionalizzare gli effetti distorsivi derivanti da una norma che riflette la scelta compiuta dal legislatore nel senso della deflazione della popolazione detenuta.³³

e) Persona minore di anni ventuno per comprovate esigenze di salute, di studio, di lavoro e di famiglia.

La norma appare chiaramente ispirata alla esigenza di ampliare il quadro degli strumenti utilizzabili per sottrarre i giovani dall'ambiente carcerario e dal c.d. contagio criminale cui sono generalmente esposti in quell'ambiente.

In quest'ottica si colloca l'interpretazione che, muovendo dalla peculiarità che connota questa *species* di detenzione domiciliare, esclude che la misura alternativa debba essere revocata, ex art. 47 *ter*, 7° comma legge 26.07.1975, n° 354, per effetto del compimento del 21° anno di età e quindi consente al condannato di proseguire l'espiazione della pena nella forma della detenzione domiciliare anche dopo il superamento di detto limite di età³⁴.

Va infine sottolineata l'estrema genericità dell'altro presupposto, costituito dalle "esigenze di salute di studio di lavoro e di famiglia", cui è subordinata la concessione del beneficio: siffatta genericità si risolve nell'attribuzione al Tribunale di Sorveglianza di un'ampio potere discrezionale in ordine alla verifica dell'esistenza del presupposto stesso e quindi in ordine all'applicazione della misura.

Nelle ipotesi esaminate, i contenuti della misura sono sicuramente di natura umanitaria e assistenziale, ma non mancano quelli di natura risocializzativa, qualora la detenzione domiciliare

³³ L. Cesaris *op. cit.* p. 452 ss.

³⁴ M. Canepa, G. Merlo *op. cit.* p. 303

venga disposta in favore di donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente e soprattutto a favore di minori degli anni ventuno.

Questo comma dell'art. 47 *ter* O.P. integra situazioni riconducibili ai principi dettati dalla Costituzione in tema di protezione della maternità, dell'infanzia e della gioventù (art. 31 Cost.) nonché in tema di tutela della salute, come diritto dell'individuo e interesse della collettività (art. 32 Cost.)

1.2.2 La detenzione domiciliare generica (art. 47 *ter*, comma 1 bis O.P.)

“La detenzione domiciliare può essere applicata per l'espiazione della pena detentiva inflitta in misura non superiore a due anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, indipendentemente dalle condizioni di cui al comma 1 quando non ricorrono i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale e sempre che la misura sia idonea ad evitare il pericolo che il condannato non commetta altri reati. La presente disposizione non si applica ai condannati per i reati di cui all'art. 4 bis”

Del tutto nuova è l'ipotesi di detenzione domiciliare disciplinata da questa norma che rappresenta una delle novità maggiormente significative introdotte dalla legge Simeone.

Le condizioni per l'applicazione della misura sono le seguenti:

- 1) il condannato deve espiazione una pena non superiore a due anni;
- 2) la pena non deve essere stata inflitta per uno dei reati ostativi di cui all'art. 4-*bis* legge 26.07.1975, n° 354;

- 3) occorre che il Tribunale di Sorveglianza ritenga che nei confronti del condannato non ricorrano i presupposti per l'applicazione dell'affidamento in prova al servizio sociale, e che comunque la misura sia idonea ad evitare il pericolo di recidiva.

Particolare attenzione meritano le condizioni di cui ai punti n° 2 e 3.

I c.d. reati ostativi sono elencati dall'art. 4-bis legge 26.07.1975, n° 354 (riformulato dalla legge 23.12.2002, n° 279) e sono così definiti perché l'accesso alle misure alternative ed ai permessi premio è subordinato alla sussistenza di condizioni particolari e cioè la collaborazione con la giustizia nei termini di cui all'art. 58-ter legge 26.07.1975, n° 354 (si profilano allora i reati assolutamente ostativi, nel senso che la mancanza della collaborazione impedisce l'accesso a qualsiasi beneficio: esempio l'associazione di tipo mafioso di cui all'art. 416 bis c.p.); ovvero all'assenza di collegamenti con la criminalità (si configurano in questo caso i reati c.d. relativamente ostativi: esempio la rapina aggravata).

Mette conto precisare che, secondo il costante e consolidato orientamento della giurisprudenza, l'ostacolo derivante dalla natura del reato può essere superato nel caso in cui il condannato abbia interamente espiato la pena imputabile al reato ostativo, ciò che può verificarsi nel caso in cui nei confronti del reo si è emesso un provvedimento di unificazione delle pene ex art. 663 c.p.p., ovvero nel caso in cui sia stato riconosciuto il vincolo della continuazione tra il reato ostativo e quello comune. In questi casi si procede a quella operazione che nella prassi dei Tribunali di Sorveglianza viene definita come "scorporo della pena" al fine di individuare il

quantum di sanzione che, non essendo più imputabile alla fattispecie ostativa consente di applicare le misure alternative e quindi anche la detenzione domiciliare.

Infatti “va tenuta presente un’importante precisazione della Corte di Cassazione (sent. 15/5/1999 n. 2529) la quale ha stabilito, in conformità ad una precedente sentenza interpretativa di rigetto della Corte Costituzionale n. 361/94 che nel caso di soggetto sottoposto ad esecuzione di pene cumulate delle quali alcune soltanto sono state inflitte per delitti che comportano, ai sensi dell’art. 4 *bis* O.P., esclusione o limitazione di misure alternative alla detenzione, il cumulo può essere sciolto ai fini della determinazione del momento in cui considerata come avvenuta l’espiazione delle pene relative a quei delitti, l’esclusione o la limitazione non devono più operare”.³⁵

Il presupposto di cui al punto n°3) presenta una struttura complessa: da un lato occorre (elemento negativo) che non ricorrano le condizioni per concedere al condannato l’affidamento in prova al servizio sociale; dall’altro è necessario (elemento positivo) che la detenzione domiciliare sia comunque idonea a prevenire il pericolo di recidiva.

Premesso che ai fini dell’accertamento di tale presupposto assumono rilievo tutti gli indici di cui all’art. 133 c.p., va osservato che in concreto la detenzione domiciliare verrà applicata, in luogo dell’affidamento, o quando il condannato presenta un grado di pericolosità sociale non adeguatamente contenibile mediante la concessione della misura meno afflittiva (si pensi al caso in cui il reo abbia commesso un

³⁵ A. Margara *Seminario sulle misure alternative* Università di Firenze facoltà di Giurisprudenza anno accademico 1999/2000

nuovo reato dopo aver terminato di espiare, in regime di affidamento, la pena inflitta per un precedente illecito: in questo caso sembra evidente che la misura di cui all'art. 47 della legge 26.07.1975, n° 354 si è rivelata inidonea a prevenire il pericolo di recidiva); ovvero quando il reo non dispone di una attività lavorativa, la cui mancanza si configura come un indice sintomatico del pericolo di recidiva in quanto induce a ritenere sussistente il pericolo che egli possa commettere ulteriori reati al fine di procurarsi i mezzi di sussistenza.

In questa prospettiva si comprendono le critiche formulate dalla dottrina che ha evidenziato come questa misura “non sembri poggiare sulla benché minima necessità di rieducazione”³⁶; ovvero come essa si presenti “priva di ogni potenzialità e valenza rieducativa, svincolata da intenti umanitari ed assistenziali, la misura risponde unicamente ad esigenze di politica criminale di deflazione carceraria, ma non costituisce alcun criterio razionale e condivisibile di scelta del regime custodiale attenuato che indiscriminatamente assicura”³⁷; o, addirittura, come essa rappresenti un “condono totale con un lenzuolino domiciliare”³⁸

In senso parzialmente contrario si può replicare a critiche così corrosive osservando che la detenzione domiciliare biennale, nella misura in cui consente di neutralizzare la pericolosità del condannato appare in grado di svolgere una funzione utile, evitando da un lato gli effetti desocializzanti connessi all'esecuzione della pena in regime carcerario e consentendo, dall'altro, un graduale e controllabile

³⁶ G. Pierro *op. cit.* p. 309

³⁷ G. Pierro *op. cit.* p. 313

³⁸ Vaudano. *Con un intervento frettoloso e approssimativo si amplia il ricorso alla detenzione domiciliare* in Guida dir. 1998 n. 23 p. 25

reinserimento sociale del condannato, soprattutto se si tiene conto del fatto che la detenzione domiciliare potrà essere sostituita con l'affidamento in prova al servizio sociale.

Non da trascurare poi è il fatto che comunque anche in questa tipologia di detenzione domiciliare è previsto l'intervento del Servizio Sociale cui spetta il compito di aiutare e sostenere il condannato.

L'assenza di presupposti precisi hanno indotto parte della magistratura di sorveglianza a ricercare contenuti che in qualche modo possono ricondurre l'istituto ai principi di ordinamento penitenziario.

Così l'obbligo del lavoro è una prescrizione prevista, quando possibile, non solo nei casi in cui sia necessario per ragioni di sopravvivenza (come invece nell'art. 284 c.p.p.) ma in funzione di verificare il graduale adeguamento del condannato alle regole del vivere sociale³⁹

Per concludere su questo punto si può osservare che la detenzione domiciliare c.d. generica di cui all'art. 47 *ter*, 1° comma *bis* costituisce, unitamente alla semilibertà c.d. sostitutiva dell'affidamento in prova al servizio sociale di cui all'art. 50, 2° comma della legge 26.07.1975, n° 354, norma modificata dalla legge Simeone-Saraceni, il punto di emersione di un nuovo e diverso modo di concepire le funzioni del Tribunale di Sorveglianza, per altro in fase ancora embrionale, di cui abbiamo accennato nell'introduzione.

Invero, proprio in forza degli istituti sopra richiamati - detenzione domiciliare generica e semilibertà sostitutiva dell'affidamento - nel caso in cui il condannato debba espiare

³⁹ P. Comucci, *Problemi applicativi della detenzione domiciliare* in riv. Diritto e proc. Pen., 2000, pp. 210 e ss.

una pena inferiore a due o tre anni, il Tribunale può scegliere fra tre, o eventualmente quattro, diverse sanzioni da applicare al reo: la pena carceraria, la semilibertà (se non ricorrono le condizioni per l'applicazione dell'affidamento in prova al servizio sociale ed il reato commesso non rientra nella categoria dei delitti ostativi), la detenzione domiciliare ed infine l'affidamento.

In questa prospettiva sembra delinearsi una radicale trasformazione, dei compiti del Tribunale di Sorveglianza la cui funzione non si esaurisce nella concessione di un beneficio penitenziario destinato certe volte a vanificare gli sforzi compiuti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero e dal giudice della cognizione per addivenire ad un giudicato di condanna, ma consiste nello scegliere, sulla scorta di una valutazione incentrata sugli elementi e le circostanze di cui all'art. 133 c.p., il tipo di sanzione penale che risulta maggiormente adeguato alla gravità del fatto ed alla personalità del suo autore.

L'ipotesi prevista dal comma 1 *bis* dell'art. 47 *ter* sicuramente induce a pensare che la detenzione domiciliare cosiddetta generica possa essere considerata una semplice modalità alternativa di esecuzione della pena, senza alcun contenuto risocializzante, al massimo con una finalità parzialmente non desocializzante.

Il legislatore, preoccupato del sovraffollamento carcerario, causato anche da una pressione punitiva cui non si vuole rinunciare su piano della comminatoria per motivi di prevenzione generale, ha creato questa norma che si presta ad interpretazioni eterogenee: da quella di puro strumento deflattivo della popolazione carceraria, a quella più o meno

rieducativa. La detenzione domiciliare “generica”, preordinata sicuramente, come recita lo stesso articolo 47 *ter* 1° comma *bis*, alla prevenzione della recidiva, costituisce una misura del tutto singolare nel quadro delle misure alternative alla pena detentiva.

L’ibridismo di tale disposizione si nota anche con riguardo al momento in cui il beneficio viene in discussione, ossia se prima dell’inizio dell’esecuzione o successivamente.

1.2.3 La detenzione domiciliare “umanitaria” (art. 47 *ter*, comma 1 *ter* O.P.)

“Quando potrebbe essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo della esecuzione della pena ai sensi degli articoli 146 e 147 del codice penale, il Tribunale di Sorveglianza, anche se la pena supera il limite di cui al comma 1, può disporre la applicazione della detenzione domiciliare, stabilendo un termine di durata di tale applicazione, termine che può essere prorogato. L’esecuzione della pena prosegue durante la esecuzione della detenzione domiciliare”.

Anche la norma in parola costituisce una delle novità più significative introdotte dalla legge Simeone, che in tal modo ha colmato una lacuna che era emersa nella previgente normativa, per la quale in presenza dei presupposti di fatto indicati negli art. 146 e 147 c.p (concernenti rispettivamente il rinvio obbligatorio e facoltativo dell’esecuzione della pena) s’impondeva, nella prima ipotesi la scarcerazione, nella seconda, ove non ricorressero le condizioni per concedere la detenzione domiciliare di cui all’art. 47 *ter*, 1° comma, una rigida alternativa tra il mantenimento dello *status detentionis* e la

piena rimessione in libertà del condannato che vedeva interrompersi l'esecuzione della pena.

L'introduzione dell'art. 47 *ter* 1° comma *ter*, ha suscitato comunque non pochi problemi interpretativi nel coordinamento con l'art. 146 c.p., ci si è chiesti a quale delle due previsioni normative debba essere data prevalenza.

La dottrina non è concorde e avanza quindi più soluzioni. Secondo alcuni l'art. 47 *ter* 1° comma *ter* dovrebbe cedere sempre il campo all'art. 146 c.p. – secondo una parte della dottrina purchè la gravidanza o il parto siano cronologicamente precedenti l'inizio dell'esecuzione della pena – secondo altri, la cui impostazione è più condivisa dalla giurisprudenza di merito, la misura alternativa dovrebbe sempre essere concessa in via prioritaria, essendo più favorevole per i suoi destinatari, perché essendo esecuzione di pena, e non una temporanea parentesi di questa, può risultare più vantaggiosa anche alla luce di ulteriori prospettive esecutive in forma di misure alternative.⁴⁰

Certamente, di contro, vi è da osservare che quanto meno di difetto di coordinamento è facile parlare se non di antinomie e contraddizioni anche perché, la considerazione che la giurisprudenza di merito fa, nel ritenere la detenzione domiciliare più favorevole per i condannati rispetto al differimento pena, non è condivisibile completamente, soprattutto considerando la possibilità della revoca dovuta ad un comportamento del soggetto contrario alla legge o alle prescrizioni dettate e le ancora più sfavorevoli preclusioni previste da una certa interpretazione dell'art. 58 *quater* O.P..

Attraverso questa ulteriore forma di detenzione domiciliare il legislatore ha inteso attuare un adeguato

⁴⁰ G. Pierro: *La nuova disciplina nel quadro della trasformazione del sistema della esecuzione penale* in *op. cit.* p. 300.

contemperamento tra il principio di certezza ed indefettibilità della pena (corollario a sua volta del principio della effettività della giurisdizione penale) e la necessità di fare in modo che l'esecuzione della pena avvenga in forme compatibili con il senso di umanità.⁴¹

E' innegabile comunque che questa ipotesi di detenzione domiciliare crei delle difficoltà di coordinamento fra l'art. 146 c.p. e l'art. 47 *ter*, 1° comma *ter*, che il Tribunale di Sorveglianza concretamente risolve nel dare di solito la preferenza alla concessione della detenzione domiciliare perché in tal modo non si interrompe l'esecuzione della pena (questa può essere vista anche come decisione a favore del condannato) e inoltre il reo (che potrebbe essere condannato anche per un reato di cui all'art. 4 *bis* O.P.) è sicuramente più controllato, realizzandosi così anche un'esigenza di controllo cui vanno sottoposti i soggetti più pericolosi. Pertanto questa ipotesi di detenzione domiciliare si configura concretamente come polifunzionale.

Per quanto concerne i presupposti di applicabilità della misura in esame occorre in primo luogo osservare che sono irrilevanti sia l'entità della pena che il tipo di reato (e quindi il fatto che il reo stia espiando una pena inflitta per un delitto compreso nel *genus* dei reati ostativi di cui all'art. 4-*bis* legge 26.07.1975, n° 354).

In secondo luogo deve profilarsi una situazione di fatto

suscettibile di integrare gli estremi del differimento di esecuzione della pena obbligatorio o facoltativo.

⁴¹ S. Seguto : *Corso di aggiornamento per l'assunzione di funzioni penali* del C.S.M., Frascati 16-20 Ottobre 2000.

I casi di differimento obbligatorio sono previsti dall'art. 146 c.p. e sono i seguenti:

- 1) quando la pena deve essere eseguita nei confronti di una donna incinta;
- 2) quando la pena deve essere eseguita nei confronti di madre di infante di età inferiore ad anni 1;
- 3) quando la pena deve essere eseguita nei confronti di un condannato affetto da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria;
- 4) quando la pena deve essere eseguita nei confronti di un condannato che a causa di una malattia particolarmente grave versa in condizioni di salute incompatibili con lo stato di detenzione, ovvero si trova in una fase della malattia così avanzata da non rispondere più ai trattamenti disponibili ed alle terapie curative.

Il differimento facoltativo può essere disposto, ex art. 147 c.p., nei seguenti casi:

- 1) quando è stata presentata domanda di grazia;
- 2) quando la pena deve essere eseguita nei confronti di condannato che versa in condizioni di grave infermità fisica;
- 3) quando la pena deve essere eseguita nei confronti di madre di prole di età inferiore a tre anni.

Sul piano applicativo le questioni di maggior interesse si sono poste con riguardo al caso in cui l'istanza di differimento viene fondata sulla sussistenza di motivi di salute.

Occorre preliminarmente osservare che in ordine alla definizione del concetto di grave infermità fisica si registrano in giurisprudenza due diversi orientamenti. Secondo un primo indirizzo ai fini del differimento assume rilievo soltanto la

oggettiva gravità della patologia di cui soffre il condannato, mentre nessun rilievo può essere attribuito alla eventuale incompatibilità dello stato patologico con la permanenza in carcere sotto il profilo della possibilità di somministrare al reo le terapie di cui necessita. Per una diversa impostazione per disporre il rinvio dell'esecuzione della pena occorre che la patologia di cui soffre il condannato necessiti di cure e trattamenti che non possono essere espletati in regime detentivo, neppure mediante il ricorso agli strumenti all'uopo previsti dall'art. 11 legge 26.07.1975, n° 354.⁴²

Ciò premesso si tratta di individuare quali sono i parametri cui il Tribunale di Sorveglianza deve attenersi nella scelta tra l'applicazione della detenzione domiciliare e la concessione del differimento di esecuzione della pena.

Si è così affermato che la nuova disciplina postula che “in presenza di una grave infermità fisica del condannato, una volta associata l'incompatibilità, alla luce dei parametri costituzionali, dell'esecuzione della pena detentiva nelle forme ordinarie, il giudice valuti se l'espiazione della pena possa invece avvenire con le alternative modalità della detenzione a domicilio, senza porsi in contrasto con i predetti parametri”⁴³.

⁴² Cfr. giurisprudenza citata in AA.VV. *Commentario Breve al Codice Penale*, Padova, 2001, sub. art. 147 c.p.; cfr. a titolo di esempio Cass. 22.11.2000, n° 8936, Piromalli, in Cass. Pen, 2002, n° 1009, secondo cui “ai fini del differimento facoltativo dell'esecuzione della pena per infermità fisica, il grave stato di salute va inteso come patologia implicante un serio pericolo per la vita o la probabilità di altre rilevanti conseguenze dannose, eliminabili o procrastinabili con cure o trattamenti tali da non poter essere praticati in regime di detenzione inframuraria neppure mediante il ricovero in ospedali civili o in altri luoghi esterni di cura ai sensi dell'art. 11 della legge 26.07.1975, n° 354”- fattispecie nella quale è stato ritenuto corretto il diniego del rinvio dell'esecuzione nei confronti di un condannato affetto da ipertensione arteriosa, ectasia aortica, cardiopatia ipertensiva in aortomiocardiosclerosi senile, pregresso adenocarcinoma prostatico e crisi renali in reni di tipo senile).

⁴³ nota Cass. 26.06.1999, Nezi, in Cass. Pen. 2000, n° 1900

Ovvero “ai fini della concessione del rinvio facoltativo dell’esecuzione della pena per grave infermità fisica, è necessario che le condizioni patologiche siano tali da rendere obiettivamente impossibile fronteggiarle in ambiente carcerario, a nulla rilevando che esse, indipendentemente dal tipo di malattia che lo ha determinato, possa essere trattato meglio in ambiente extra-carcerario”⁴⁴;

D’altra parte è indubbio che in *subiecta materia* il potere del Tribunale di Sorveglianza, stante l’assenza di parametri predeterminati, appare particolarmente ampio e “deve ancorarsi a qualsiasi ragione che abbia una certa pregnanza sul piano delle caratteristiche del reo e delle sue condizioni personali e familiari (età, condizioni di salute, esistenza o meno di garanzie di affidabilità, compatibilità degli interventi terapeutici con il regime carcerario) o sul piano della gravità e durata della pena da scontare”.⁴⁵

Sembra invece che non possano sussistere dubbi in ordine alla concessione del differimento nel caso di prognosi infausta *quoad vitam*: in tal caso le condizioni di salute del condannato sono talmente compromesse da rendere l’espiazione della pena, anche nella forma attenuata della detenzione domiciliare, priva di qualsiasi significato e contraria al senso di umanità.

⁴⁴ Cass. 31.01.2000, Carriero, in Cass. Pen. 2001, n° 222: relativa ad una fattispecie in cui il condannato era stato sottoposto ad un intervento di rivascolarizzazione arteriosa in un centro clinico specializzato; anche Cass. 4.07.2002, n°2620, Greco, secondo cui “anche se la gravità oggettiva della malattia non deve implicare un serio pericolo per la vita del condannato o la probabilità di altre rilevanti conseguenze dannose, occorre pur sempre considerare tale ‘gravità’ in modo particolarmente rigoroso, tenuto conto del principio di uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge senza distinzioni di condizioni personali: principi che implicano appunto, al di fuori di situazioni assolutamente eccezionali, la necessità della pronta esecuzione delle pene legittimamente inflitte” che ha rigettato il ricorso proposto avverso l’ordinanza emessa in data 20.12.2001 dal Tribunale di Sorveglianza di Firenze che aveva negato la concessione del differimento e della detenzione domiciliare al condannato affetto da "sindrome da pre-eccitazione ventricolare del tipo Wolff-Parkinson White"

⁴⁵Cass.30.06.1999, Hass, in CED, RV 214022.

Come già anticipato, secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza, ai fini della concessione della detenzione domiciliare sostitutiva del differimento, assume rilievo soltanto la grave infermità fisica: sono pertanto escluse dall'ambito di applicazione della misura *de qua* le patologie di natura psichica con la conseguenza che in questo caso dovrà trovare applicazione l'art. 148 c.p. che prevede il ricovero del condannato in un Ospedale Psichiatrico Giudiziario⁴⁶

Il Tribunale di Sorveglianza nell'applicare la misura deve stabilire il termine di durata, scaduto il quale, la detenzione domiciliare potrà essere eventualmente prorogata ove risulti accertata la permanenza delle condizioni che ne avevano legittimato la concessione.

Vi possono essere comunque delle eccezioni in merito, qualora ad esempio il motivo del differimento pena e quindi della detenzione domiciliare sia costituito da una malattia grave e presumibilmente irreversibile (si pensi al caso della cecità, o altre malattie croniche). In questo caso la misura può essere concessa anche per tutta la durata della pena: in proposito merita di essere segnalata la soluzione adottata dal Tribunale di Sorveglianza di Firenze che ha imposto al condannato la prescrizione di esibire periodicamente al CSSA competente per territorio che a sua volta è tenuto ad informare il magistrato di sorveglianza la certificazione della ASL circa l'evoluzione delle proprie condizioni di salute⁴⁷

⁴⁶ Cass.5.12.2000, cit. Cass. 15.10.1996, Dello Russo, in CED, RV-206328; Tribunale di Sorveglianza di Genova, ord. del 29.02.2000, Bompressi, in Cass. Pen. 2000, n° 1753; Tribunale di Sorveglianza di Genova, ordinanza del 22.01.2002, Bompressi; cfr. tuttavia l'orientamento di segno contrario espresso dal Tribunale di Sorveglianza di Firenze proprio con riguardo al caso Bompressi: ord. 18.06.1998, in Foro It., 1998,II, c.631.

⁴⁷ Trib. Sorv. Firenze, ord. n. 1687/03 del 8/4/2003

La scadenza del termine indicato nell'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza, senza che sia intervenuto un provvedimento di proroga della misura è sufficiente perché l'ufficio del pubblico ministero che cura l'esecuzione possa emettere un nuovo ordine di carcerazione. Pertanto se il condannato non ha tempestivamente proposto l'istanza tendente ad ottenere la concessione della proroga della misura vi è la concreta possibilità che possa essere nuovamente introdotto in istituto.

Con riguardo a tale problematica ci si è chiesti se il magistrato di sorveglianza possa disporre l'ammissione in via provvisoria a fruire della detenzione domiciliare ex art. 47 *ter* 1° comma *ter* O.P. nei casi in cui sussisterebbero i presupposti per concedere il differimento obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena e di conseguenza possa anche disporre la proroga della detenzione domiciliare, trasmettendo contestualmente gli atti al Tribunale di Sorveglianza per la decisione definitiva. Siffatta soluzione avrebbe infatti il pregio di evitare il "differimento secco" o il reingresso in carcere del condannato e di consentire che l'espiazione della pena avvenga senza l'interruzione dovuta al differimento.

A sostegno della soluzione negativa milita il principio della tipicità della tutela cautelare (nel caso di specie si tratta del potere di disporre in via provvisoria l'applicazione o la proroga della detenzione domiciliare), la cui esplicazione è consentita soltanto nei casi tassativamente previsti dalla legge (previsione che nel caso di specie - come si desume dell'art. 47 *ter*, 1° comma *quater* che circoscrive i casi in cui il magistrato di sorveglianza può disporre l'applicazione provvisoria della

misura alle ipotesi di cui ai commi 1 e 1 bis – non è rivenibile nel sistema normativo).

Va detto tuttavia che orientamenti favorevoli alla soluzione positiva sono emersi sia in giurisprudenza⁴⁸ che in dottrina⁴⁹

Per concludere su questo punto può essere utile osservare come le categorie soggettive cui si applica la detenzione domiciliare sostitutiva del differimento coincidono sostanzialmente (salvo l'ipotesi del condannato che ha presentato domanda di grazia ex art. 147, 1° comma, n° 1, c.p.) con quelle per le quali l'art. 275 c.p. stabilisce il divieto, derogabile soltanto in presenza di esigenze cautelari di particolare rilevanza, di applicazione della misura cautelare coercitiva della custodia in carcere.

Sul piano della disciplina positiva emerge la diversità del trattamento, su cui torneremo nel capitolo successivo, riservato ad una particolare categoria di persone, e precisamente quella rappresentata dalla donna incinta ovvero madre di prole con età inferiore ad un anno.

In tal caso si profila un'ipotesi di differimento obbligatorio ex art. 146 c.p. con la conseguenza che la condannata ha comunque diritto, nella peggiore delle ipotesi, ad ottenere la concessione della detenzione domiciliare sostitutiva ex art. 47 *ter*, 1° comma *ter*; mentre un analogo diritto, seppur proiettato verso l'applicazione degli arresti domiciliari, non è configurabile nel caso in cui la donna incinta (o con prole di età

⁴⁸ Mag. Sorv. Firenze Dec. N. 934/02 del 29/7/02: dispone l'applicazione provvisoria della detenzione domiciliare; cfr. tuttavia l'orientamento di segno contrario espresso dal Magistrato di Sorveglianza di Pisa con Dec. N. 40/03 del 29/3/03 che dichiara inammissibile l'istanza di applicazione provvisoria di detenzione domiciliare; e ancora dal Magistrato di Sorveglianza di Pisa con Dec. N° 75/03 del 10/6/03 che dichiara inammissibile l'istanza di proroga della detenzione domiciliare.

⁴⁹ P. Comucci, *La nuova fisionomia della detenzione*, in *op. cit.* p. 203

inferiore ad anni uno) sia indagata e/o imputata atteso che la misura cautelare coercitiva della custodia in carcere potrà essere applicata ove ricorrano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza.

L'eterogeneità delle situazioni poste a confronto - misura cautelare da un lato e sanzione penale alternativa al carcere dall'altro - induce tuttavia ad escludere che siffatta diversità di disciplina possa in qualche modo violare il principio costituzionale di eguaglianza sancito dall'art. 3 Cost.

Quanto appena espresso comunque non impedisce di pensare che ci sia una sorta di discrasia nel sistema dovuta ad una mancanza di coordinamento fra la fase cautelare e quella dell'esecuzione della pena per quanto concerne le stesse categorie soggettive.

Infatti durante l'espiazione della condanna come nella fase cautelare alcune situazioni sono tutelate a tal punto che ne è sempre esclusa la detenzione in carcere, ma nel primo caso può essere concessa la detenzione domiciliare, nel secondo solo se sussistono esigenze di eccezionale rilevanza sono concessi gli arresti domiciliari (persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria ovvero da altra malattia particolarmente grave).

La stessa cosa non può dirsi per le altre due categorie soggettive, per le quali solo nella fase esecutiva della pena è previsto il diritto a non essere detenute in carcere, nella peggiore delle ipotesi può essere concessa la detenzione domiciliare, mentre nella fase delle indagini preliminari e durante il dibattimento possono, per esigenze di eccezionale rilevanza, essere sottoposte alla misura della custodia cautelare

in carcere (donna incinta o madre di prole di età inferiore ad un anno).

Semberebbe quasi che la protezione della maternità e dell'infanzia sia inferiore alla protezione del diritto alla salute.

Da notare inoltre che l'eccezione prevista dalle esigenze cautelari di eccezionale rilevanza che giustificano la custodia cautelare in carcere per la donna incinta o madre di prole di età inferiore ad un anno o gli arresti domiciliari per i malati di AIDS conclamata o affetti da gravi deficienza immunitaria o da malattia particolarmente grave non è prevista per colui che il giudice ritiene possa beneficiare al momento della sentenza di condanna della sospensione condizionale della pena.

La spiegazione di questa differenza non si giustifica se non nel principio di proporzionalità delle misure cautelari con l'entità del fatto e la sanzione che si ritiene possa essere irrogata (art. 275 2° comma c.p.p.)

La finalità di questa ipotesi di detenzione domiciliare è senza dubbio umanitaria.

1.4. Casi speciali di detenzione domiciliare

La recente legislazione ha ulteriormente ampliato le figure di detenzione domiciliare. In questa prospettiva devono essere esaminate: la detenzione domiciliare concedibile ai condannati affetti da HIV conclamata o da grave deficienza immunitaria, introdotta dalla legge 12.07.1999, n°23; la detenzione domiciliare speciale applicabile alle condannate madri di prole di età non superiore ad anni 10, introdotta dalla legge 8.03.2001, n°40, ed infine la detenzione domiciliare applicabile

ai collaboratori di giustizia ai sensi dell'art. 16-*nonies* della legge 15.03.1991 n°82.

1.3.1 Misure alternative alla detenzione nei confronti dei soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria (art. 47 *quater* O.P.)

“Le misure previste dagli art. 47 e 47 *ter* possono essere applicate, anche oltre i limiti di pena ivi previsti, su istanza dell'interessato o del suo difensore, nei confronti di coloro che sono affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria accertate ai sensi dell'art. 286 bis, comma 2, del codice di procedura penale e che hanno in corso o intendono intraprendere un programma di cura e assistenza presso le unità operative di malattie infettive ospedaliere ed universitarie o altre unità operative prevalentemente impegnate secondo i piani regionali nell'assistenza ai casi di AIDS.”

Questo articolo, inserito nell'ordinamento penitenziario della legge 12 luglio 1999, n° 231 segna “ un nuovo capitolo nella farragginosa storia della detenzione domiciliare”.⁵⁰

La *ratio* della norma deve essere individuata nella necessità di evitare la permanenza in carcere dei condannati affetti da AIDS conclamata: come è stato osservato in dottrina “il carcere continua ad essere un luogo altamente a rischio di contagio non per le modalità di trasmissione del virus che non differiscono da quelle in ambiente libero, ma per l'eccessiva promiscuità, per l'affollamento che raggiunge soglie intollerabili e soprattutto per le carenze del sistema sanitario penitenziario acuite dall'inerzia del legislatore”.⁵¹

⁵⁰ E. Dolcini *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena* in *op. cit.* p 869

⁵¹ V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa, *Ordinamento penitenziario, commento articolo per articolo* Cedam, Padova II ed., 2000, sub art. 47 *quater* pp. 473 e 474

In quest'ottica si possono comprendere le ragioni che hanno indotto il legislatore a svincolare l'applicazione del beneficio alla entità della pena da espiare ed alla natura del reato commesso; e ad estenderne l'ambito di operatività anche agli internati.

Come è noto il primo tentativo diretto a disciplinare il trattamento dei soggetti colpiti da infezione HIV che versino in condizioni di salute particolarmente gravi risale al 1993.

In quella occasione fu introdotta la previsione del rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena in presenza di infezioni da HIV da ritenersi incompatibili con lo stato detentivo accertate sulla base di parametri predeterminati. La normativa (d.l. 139/1993, convertito nella legge 222/1993) venne dichiarata costituzionalmente illegittima nella parte in cui imponeva il rinvio dell'esecuzione della pena anche nel caso in cui l'espiazione poteva avvenire senza pregiudizio per la salute del condannato e per quella degli altri detenuti⁵².

I rilievi formulati dalla Corte Costituzionale sono stati in parte recepiti dal legislatore del 1999 che con la legge n°231 ha nuovamente affrontato il problema dell'applicazione delle misure limitative della libertà personale sia con riguardo al procedimento di cognizione che in ordine alla fase dell'esecuzione nei confronti dei soggetti colpiti dal virus HIV.

In particolare il legislatore da un lato ha ridisegnato la disciplina del differimento, obbligatorio e facoltativo dell'esecuzione della pena, e dall'altro ha introdotto una ulteriore figura di detenzione domiciliare il cui ambito di applicazione è circoscritto ai condannati affetti da AIDS o da grave deficienza immunitaria.

⁵²Corte Cost. 18.10.1995, n° 438, in Giur. Cost. 1995, p.3445.

L'applicazione della misura *de qua* è subordinata a tre diversi presupposti.

Il primo è di natura soggettiva ed attiene alle condizioni di salute del condannato, descritte nel 1° comma della norma, che devono essere attestate dalla certificazione del servizio sanitario pubblico o penitenziario.

Il secondo è di natura oggettiva ed è costituito dal programma di cura e di assistenza la cui “concreta attuabilità” deve essere certificata dagli organi pubblici sopra richiamati.

In tal modo il legislatore ha inteso “premiare” la volontà del condannato di intraprendere un percorso di recupero, e tale aspetto sembra l'unico elemento in grado di giustificare l'inserimento, in un sistema normativo che prevede attraverso l'art. 47 *ter* legge 26.07.1975, n° 354 due forme di detenzione domiciliare suscettibili di costituire una risposta efficace alle esigenze del tutto peculiari dei malati di AIDS, di questa nuova ipotesi di detenzione domiciliare.

Infine va ricordato il presupposto negativo di cui all'art. 47 *quater*, 5° comma, secondo cui la misura alternativa non può essere applicata se il condannato “abbia già fruito di analoga misura e questa sia stata revocata da meno di un anno”.

L'art. 47 *quater* prevede il ricorso alla detenzione domiciliare in alternativa all'affidamento in prova al servizio sociale; la norma tuttavia non contiene alcuna indicazione in merito ai criteri di valutazione cui deve attenersi il Tribunale di Sorveglianza nel decidere quale delle due misure applicare. In linea di massima si può sostenere che il Tribunale dovrà, tenendo conto delle condizioni personali del condannato, optare per quella misura che sia idonea a contemperare l'esigenza di favorire l'espletamento del programma terapeutico con quella

di prevenire il pericolo di recidiva. In questa prospettiva si è affermato che dovrà essere preferito “l’affidamento in prova, laddove non sussista pericolosità ovvero questa sia presente solo in minima parte. Si dovrà dare invece preferenza alla detenzione domiciliare nei casi in cui la pericolosità del soggetto risulti meglio contenibile attraverso l’unica prescrizione di non allontanarsi dal luogo prestabilito se non per le cure necessarie”.⁵³

Questa ipotesi di detenzione domiciliare evidenzia numerosi problemi applicativi con riferimento al coordinamento con l’art. 146 1° comma n. 3 O.P..

Va inserita nell’ampio quadro normativo varato dal legislatore con la legge 12 Luglio 1999 n. 231 in cui ha cercato di ridisciplinare il problematico binomio mali di AIDS-carcere: problemi quindi di tutelare sia il diritto alla salute del singolo condannato, sia il diritto alla salute collettiva penitenziaria, a causa del contagio che può determinare la malattia.

Dopo le pronunce della Corte Costituzionale, in particolare con la sentenza 438/1995 con cui si afferma l’illegittimità costituzionale dell’art. 146 1° comma n. 3 c.p. nella parte in cui prevedeva che il differimento dell’esecuzione della pena avesse luogo anche quando l’espiazione della stessa potesse avvenire senza pregiudizio della salute del soggetto e quella degli altri destinatari, emergeva appunto la necessità di una nuova disciplina capace di tutelare il diritto alla salute senza però annullare, attraverso rigidi automatismi la pretesa punitiva dello Stato.

La norma in questione, poiché il legislatore sembra aver eliminato le preesistenti forme di presunzione *ex lege* in materia

⁵³ P.Comucci, *Problemi applicativi della detenzione domiciliare*, cit., p. 214

di rinvio obbligatorio della pena, introduce una risposta sanzionatoria diversificata nei confronti dei condannati affetti da AIDS.

E' innegabile comunque, come già detto, che la norma presenti numerosi problemi applicativi per quanto riguarda il suo coordinamento con il differimento obbligatorio.

Allo stato attuale, la possibilità che al condannato affetto da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria sia applicato il differimento obbligatorio dell'esecuzione (ex art. 146 1° comma n. 3 O.P.) sembra ammessa solo nell'ipotesi in cui la malattia sia in una fase così avanzata da non rispondere più, secondo le certificazioni del servizio sanitario penitenziario o esterno, ai trattamenti disponibili e alle terapie curative.

Ai fini della concessione di questa tipologia di detenzione domiciliare il Tribunale di Sorveglianza è chiamato ad operare un giudizio di bilanciamento tra il diritto alla salute del detenuto e la tutela della collettività, in tal senso dovrà accertare in concreto se la malattia da cui è affetto il detenuto sia tanto grave da comportare da un lato l'incompatibilità con il regime carcerario, e dall'altro, da diminuirne la pericolosità sociale.

Di conseguenza la misura non potrà essere concessa qualora la malattia non sia così grave da determinare l'incompatibilità con lo stato detentivo e non sia in uno stato così avanzato da diminuire il pericolo di reiterazione dei reati.⁵⁴

La detenzione domiciliare disposta ex art. 47 *quater* O.P. parrebbe risultare addirittura superflua in quanto la detenzione domiciliare risultava già applicabile nei casi contemplati dall'art. 47 *ter* comma 1 *ter* O.P..

⁵⁴ Trib. Sorv. Milano: Ord. 7 maggio 2002 in Foro Ambrosiano, 2003, pp. 105 e 106.

Il fine ultimo della norma, che fa parte di un provvedimento normativo che ha un carattere emotivo ed emergenziale, sembra essere quello di voler risolvere i problemi legati all'AIDS con l'applicazione incondizionata di misure alternative. La detenzione domiciliare è ancora una volta il perno attorno cui ruota il sistema dell'esecuzione penale.

1.3.2 La detenzione domiciliare speciale (art. 47 *quinques* O.P.)

“Quando non ricorrono le condizioni di cui l'art. 47 *ter*, le condannate madri di prole di età non superiore ad anni dieci, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori reati e se vi è la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli, possono essere ammesse ad espiare la pena nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli, dopo l'espiazione di almeno quindici anni nel caso di condannata all'ergastolo”.

La norma risponde all'esigenza, in un ottica di deflazione del sovraffollamento carcerario, di consentire l'accesso alla detenzione domiciliare anche alle condannate che non sono in condizione di fruire della detenzione domiciliare di cui all'art. 47 *ter*, 1° comma lett. a) della legge 26.07.1975, n° 354, al fine di evitare che l'esecuzione della pena influisca negativamente sul rapporto madre-figlio, condizionando lo sviluppo psicologico del minore in una fase particolarmente delicata della sua crescita.

I presupposti cui è subordinata l'applicazione di questa ulteriore figura di detenzione domiciliare sono i seguenti:

- che la madre abbia espiato almeno 1/3 della pena ovvero 15 anni nel caso di condanna all'ergastolo;

- che non sussista il pericolo di recidiva e che vi sia la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli.

- che il figlio abbia un'età inferiore a 10 anni. Mette conto precisare che sulla scorta di quanto dispone l'8° comma della norma in esame, al compimento del 10 anno di età il Tribunale di Sorveglianza può disporre o la proroga del beneficio, se “ricorrono i requisiti per l'applicazione della semilibertà di cui all'art. 50, commi 2,3 e 5”; ovvero disporre l'ammissione alla assistenza all'esterno dei figli minori di cui all'art. 21-*bis* legge 26.07.1975, n° 354. Quest'ultima norma, anch'essa introdotta con la legge 8.03.2001, n°40, stabilisce infatti che “le condannate e le internate possono essere ammesse alla cura ed alla assistenza all'esterno dei figli di età non superiore ad anni 10, alle condizioni previste dall' art. 21”, il quale, come è noto, prevede l'istituto del lavoro all'esterno.

La dottrina ha evidenziato la contraddittorietà di siffatta previsione normativa: infatti mentre da un lato il legislatore ha introdotto la detenzione domiciliare speciale quale misura di maggior favore per le condannate che siano madri di prole di età non inferiore a 10 anni, dall'altro ha stabilito che la detenzione domiciliare può proseguire anche dopo il superamento di tale limite di età (che rappresenta il “bene giuridico” oggetto della tutela) purché ricorrano le condizioni per l'applicazione della semilibertà.⁵⁵

Ad una simile critica si può replicare sottolineando che la norma (si noti che questa ipotesi di detenzione domiciliare si chiama “speciale”) è stata creata con lo scopo di tutelare

⁵⁵P.Canevelli, Commento alla legge 8.03.2001, n° 40, in Dir. Pen. Proc., 2001, p.813.

l'infanzia e il suo armonioso sviluppo, tanto da prevedere espressamente che qualora questo sviluppo si stia realizzando, la legge non lo bloccherà al decimo anno di vita del bambino, permettendo a condizioni abbastanza ampie che il rapporto madre-figlio prosegua.

Se la madre è deceduta o impossibilitata, e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre, la detenzione domiciliare speciale può essere concessa anche al padre detenuto.

In giurisprudenza si è precisato che la detenzione domiciliare speciale non si sottrae ai divieti cui è soggetta la detenzione domiciliare ordinaria previsti dall'art. 58 *quater* O.P., e pertanto non può essere concessa al condannato nei cui confronti sia stata disposta la revoca dell'affidamento in prova al servizio sociale⁵⁶

L'ambito di applicazione della detenzione domiciliare speciale si sovrappone parzialmente a quello del differimento di esecuzione della pena ex art. 147 c.p., sovrapposizione accentuata dal fatto che in entrambi i casi è necessaria l'assenza del pericolo di recidiva (cfr. art. 147, 4° comma c.p.): al riguardo si può osservare che se il rinvio dell'esecuzione “garantisce al bambino migliori condizioni di vita, rispetto agli angusti spazi di libertà tipici della detenzione domiciliare”⁵⁷, quest'ultima appare decisamente più funzionale all'interesse della madre che può scontare la pena in una forma sicuramente meno afflittiva.

L'ipotesi presa qui in considerazione, che potrebbe applicarsi anche a persone in stato di libertà, perché la norma

⁵⁶ Cass. Sez I 1 luglio 2002 Pres. D'Urso Rel. Chieffi in : La giustizia penale 2003 (parte II: diritto penale) p. 126

⁵⁷P.Canevelli, *op. cit.*, p.808.

parla di madri “condannate” e non di madri “detenute”⁵⁸ è finalizzata alla tutela dei rapporti familiari, in particolare della convivenza della madre con il figlio anche quando ciò non sarebbe possibile a causa dell’entità della pena, in base all’art. 47 *ter* 1° comma O.P.:

Lo scopo del beneficio, cioè la tutela del rapporto madre-figlio durante la crescita del minore per un suo sviluppo armonioso è confermato da un più ampio coinvolgimento che ha in questa ipotesi di detenzione domiciliare il CSSA: controlla la condotta del soggetto e lo aiuta a superare le difficoltà di adattamento alla vita sociale, anche mettendosi in relazione con la sua famiglia e con gli altri suoi ambienti di vita (art. 47 *quinques* 5° comma O.P.).

1.3.3 La detenzione domiciliare per i collaboratori con la giustizia (art. 16 nonies L. 13 febbraio 2001 n. 45)

“Nei confronti delle persone condannate per un delitto commesso per finalità di terrorismo o di eversione dell’ordinamento costituzionale o per uno dei delitti di cui all’art. 51, comma 3 bis del c.p.p., che abbiano prestato, anche dopo la condanna taluna delle condotte di collaborazione che consentono la concessione delle circostanze attenuanti previste dal codice penale o da disposizioni speciali, la liberazione condizionale, la concessione di permessi premio o l’ammissione alla misura della detenzione domiciliare prevista dall’art. 47 *ter* della l. 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, sono disposte su proposta ovvero sentiti i procuratori generali presso le corti di appello interessati a

⁵⁸ M. Canepa, S. Merlo *op. cit.* p.307

norma dell'art. 11 del presente decreto o il procuratore antimafia”.

Tale norma si propone, nella prospettiva di maggior rigore in ordine alle condizioni di fruibilità dei benefici, di superare l'impostazione sperimentale ed emergenziale che aveva caratterizzato la previgente disciplina in materia di benefici concedibili ai collaboratori di giustizia, la quale aveva determinato gravi distorsioni sia con riguardo alla sicurezza dei cittadini sia in ordine alla attendibilità delle dichiarazioni accusatorie rese dai c.d. pentiti e, quindi, della genuinità della formazione della prova in sede dibattimentale.

La disciplina previgente attribuiva ai collaboratori di giustizia sottoposti a programma di protezione la possibilità di accedere all'affidamento in prova al servizio sociale e/o alla detenzione domiciliare a prescindere dall'entità della pena inflitta e dal *quantum* di sanzione effettivamente espiata. Il sistema così delineato si esponeva a numerose critiche. Da un lato esso rendeva possibile una sorta di fuga dalla pena carceraria anche per reati gravissimi, non giustificabile non solo dal punto di vista della retribuzione e della prevenzione generale, ma anche da quello della prevenzione speciale, atteso che la possibilità di espiare *extra moenia* la pena discendeva dal fatto oggettivo dell'avvenuta collaborazione e non era collegata ad una prognosi favorevole in merito ai progressi risocializzativi del condannato. D'altro lato la vecchia normativa, nella misura in cui subordinava l'accesso privilegiato ai benefici penitenziari alla ammissione al programma di protezione (art. 13 *ter* della legge 82/1991), finiva con il vincolare la decisione del Tribunale di Sorveglianza dalla preventiva emanazione di un provvedimento

di natura amministrativa finalizzato ad un altro scopo (la protezione dell'incolumità del collaborante) e per giunta fortemente condizionato dalle prospettazioni degli organi investigativi.

La legge 13.02.2001, n° 45, ha profondamente modificato la disciplina relativa alle condizioni di applicabilità dei benefici penitenziari ai collaboratori di giustizia.

La nuova disciplina si propone di separare il c.d. momento tutorio da quello penitenziario, evitando in tal modo che l'ammissione alle speciali misure di protezione divenga un facile *passpartout* per evitare la pena carceraria e/o per fruire delle misure alternative in deroga ad ogni limite previsto dalla legge.

In quest'ottica la legge disciplina in modo puntuale i presupposti cui è subordinata la concessione delle misure alternative (individuate nella detenzione domiciliare e nella liberazione condizionale, le quali si connotano per modalità esecutive funzionali alla tutela delle esigenze di sicurezza e riservatezza connesse alle peculiari condizioni soggettive dei collaboratori). A tal fine è necessario che il condannato abbia prestato, anche dopo la condanna, una attività di collaborazione che consenta l'applicazione delle circostanze attenuanti previste dal codice penale o dalle leggi speciali; che sia stato redatto il "verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione" di cui all'art. 16 *quater*; che sia intervenuta la proposta o che sia stato acquisito il parere del Procura Generale presso la Corte di Appello e del Procuratore Nazionale Antimafia (tali atti, secondo quanto prevede la legge, devono contenere ogni indicazione utile in merito alla rilevanza della collaborazione e alla lealtà della condotta processuale del reo); che sussista il

ravvedimento del reo; che sia stata accertata l'insussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata; ed infine "ciò che rappresenta una significativa differenziazione rispetto alla disciplina previgente" che il reo abbia espiato almeno 1/4 della pena (10 anni in caso di condanna all'ergastolo).

Appare dunque evidente come ai fini della concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei collaboratori di giustizia, i requisiti sopra richiamati - "verbale illustrativo della collaborazione"; entità di pena espiata; proposta o parere del Procuratore Generale e del Procuratore Nazionale Antimafia e ravvedimento del reo - abbiano sostituito, nel disegno complessivo tracciato dalla nuova legge, contrassegnata da una decisa impostazione restrittiva rispetto alla legislazione pregressa, il provvedimento amministrativo di ammissione al programma di protezione attribuivo dello *status* di collaboratore di giustizia *strictu sensu* (ora a sua volta sostituito dalla ammissione alle c.d. misure speciali di protezione). Mette conto precisare che, ai fini della concessione dei benefici, il requisito del ravvedimento deve essere accertato non solo con riguardo alla liberazione condizionale, da cui detto requisito è stato verosimilmente mutuato, ma anche, in base a quanto si desume agevolmente dal tenore letterale del 4° comma dell'art. 16 *nonies*, con riferimento alla detenzione domiciliare.

Un cenno particolare deve essere effettuato in merito al requisito del ravvedimento.

Al riguardo sembra doversi escludere che il requisito *de quo* possa essere desunto dalla condotta di collaborazione posta in essere dal reo (condotta che può dar luogo all'applicazione delle attenuanti di cui al 7° comma dell'art. 74 del D.P.R. 309/1990 e di cui all'art. 8 del d.l. 152/1991), in quanto il

ravvedimento del reo non figura tra gli elementi costitutivi delle predette circostanze attenuanti (le norme *de quibus* non richiedono infatti che la condotta di collaborazione tragga origine da motivi positivamente apprezzabili sotto il profilo etico-sociale) valutabili come sintomo di pentimento o di redenzione morale. D'altra parte è del tutto evidente che la condotta di collaborazione ben può essere frutto di valutazioni utilitaristiche finalizzate al conseguimento dei vantaggi e dei benefici che la legge vi ricollega, di talchè il giudice non è tenuto ad accertare se tale condotta costituisca o meno espressione del ravvedimento del reo.

Ciò posto può essere interessante segnalare quanto affermato in merito al requisito *de quo* in un recente provvedimento del Tribunale di Sorveglianza di Firenze, ove si osserva quanto segue: “ad avviso del Collegio l'accertamento del requisito in esame (da intendersi quanto meno come raggiungimento da parte del condannato di una piena ed effettiva revisione critica rispetto al proprio precedente operato *contra legem* e che pertanto sia suscettibile di evidenziare il definitivo abbandono dei “disvalori” e degli atteggiamenti antisociali su cui si fondavano le precedenti condotte criminose) postula una valutazione globale della condotta del condannato che non può prescindere, oltre che dalle risultanze dell'osservazione penitenziaria, dalla positiva fruizione, conformemente al principio della gradualità del trattamento penitenziario, per un congruo periodo di tempo, del beneficio dei permessi premio (circostanza ancora non integrata)”⁵⁹.

L'ipotesi esaminata di detenzione domiciliare sembra quindi configurare una sorta di premio per quei condannati per

⁵⁹ Tribunale di Sorveglianza di Firenze, ordinanza n. 6726/02 del 22.10.2002

reati particolarmente gravi da cui però hanno preso le distanze sia attraverso una condotta di collaborazione, che da luogo all'applicazione delle attenuanti, sia attraverso una condotta intramuraria rispondente positivamente al trattamento penitenziario da cui si possa desumere la revisione critica del proprio passato e quindi una sorta di ravvedimento

1.4. Regime della detenzione domiciliare

1.4.1 Contenuto della misura

La detenzione domiciliare può essere definita come la sanzione penale alternativa alla detenzione in carcere che importa per il condannato l'obbligo di trattenersi continuativamente nella propria abitazione o in un altro luogo di privata dimora, ovvero in un luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza.

L'art. 47 *ter*, 4° comma (ma cfr. anche l'art. 47 *quinquies*, 3° comma) prevede che il Tribunale di sorveglianza deve determinare le modalità di svolgimento della detenzione domiciliare, secondo quanto stabilito dall'art. 284 c.p.p; e che deve inoltre determinare le prescrizioni per l'intervento del servizio sociale, i cui compiti sono definiti dall'art. 118 del D.P.R. 30.06.2000, n° 230.

Il contenuto della detenzione domiciliare è dunque determinato dal sistema delle prescrizioni che vengono imposte dal Tribunale di Sorveglianza con l'ordinanza applicativa della misura alternativa e che possono essere modificate dal magistrato di sorveglianza quale organo deputato a sovrintendere sull'esecuzione della misura stessa.

La prescrizione principale attiene alla determinazione del tempo che il condannato può trascorre al di fuori del proprio domicilio.

Come si dirà anche più avanti, nella parte della trattazione relativa agli arresti domiciliari, il criterio cui deve attenersi il Tribunale di Sorveglianza nel definire il periodo di tempo in cui il condannato può allontanarsi dal proprio domicilio non coincide con quello, particolarmente restrittivo, dettato dall'art. 284,3° comma c.p.p. con riguardo alla misura cautelare. Nel caso della detenzione domiciliare assume un rilievo preminente la necessità di dare attuazione al finalismo rieducativo della pena, cosicché il Tribunale di Sorveglianza, ed anche il magistrato di sorveglianza in sede di gestione della misura, dovrà, se non ricorrono specifiche esigenze di segno contrario (ad esempio con riferimento alla pericolosità sociale del reo), consentire al condannato di allontanarsi dalla propria abitazione non solo per il tempo necessario allo svolgimento dell'attività lavorativa, ma anche per consentirgli di svolgere attività (culturali, assistenziali, ecc...) comunque funzionali al reinserimento sociale del medesimo.

In ogni caso il periodo di tempo che il condannato può trascorrere all'esterno del proprio domicilio deve essere determinato tenendo conto della necessità di salvaguardare quel *mimum* di afflittività consistente in una certa limitazione della libertà personale, che deve connotare l'esecuzione della pena anche quando questa avviene nella forma attenuata della detenzione domiciliare.

Tra le altre prescrizioni che possono essere imposte dal Tribunale di Sorveglianza si possono ricordare: il divieto di associarsi a pregiudicati ed a tossicodipendenti; il divieto di

detenere armi o sostanze stupefacenti; l'obbligo di concordare con il S.E.R.T. competente per territorio e di seguire un programma terapeutico finalizzato al superamento delle problematiche correlate all'uso di sostanze stupefacenti o di bevande alcoliche; l'obbligo di concordare con la ASL competente per territorio e di seguire un programma di psicoterapia,⁶⁰ il divieto di comunicare con persone diverse da quelle che con lui coabitano e che lo assistono. Siffatte prescrizioni non trovano, salvo casi assolutamente eccezionali, tuttavia riscontro nella prassi seguita dal Tribunale di Sorveglianza di Firenze, che viceversa è solito introdurre nelle ordinanze applicative del beneficio una clausola con la quale viene attribuita al condannato la facoltà di allontanarsi dal luogo di esecuzione della misura, senza che sia necessaria la preventiva autorizzazione del magistrato di sorveglianza, ogni qualvolta sussistano esigenze di carattere medico-sanitario, salvo l'obbligo per il condannato stesso di dare tempestivo avviso all'autorità di polizia incaricata della vigilanza dello spostamento che intende effettuare.

Deve in ogni caso escludersi la possibilità di porre a carico del condannato prescrizioni impositive di prestazioni a favore di terzi quale può essere quella di svolgere attività di volontariato, oppure quella di risarcire il danno alla persona offesa.⁶¹

Le prescrizioni stabilite nell'ordinanza concessiva del beneficio potranno, dopo che la misura avrà avuto inizio con la sottoscrizione degli obblighi da parte dell'interessato davanti

⁶⁰ Tribunale di Sorveglianza di Firenze, ordinanza n. 2560/03 del 27.05.2003, relativamente ad una fattispecie in cui il reo risultava aver riportato numerose condanne per il delitto di cui all'art 527 c.p. consumato attraverso il compimento di atti di esibizionismo.

⁶¹ Cass.Sez I , 10 luglio 2002 pres. Sossi, rel. Fazioli in : La giustizia penale 2003 (parte 2°: diritto penale) pag. 126

all'organo di polizia che procede alla notifica del provvedimento, essere modificate da parte del magistrato di sorveglianza competente in base al luogo in cui si svolge la detenzione domiciliare.

La violazione dell'obbligo di allontanarsi dal luogo della detenzione domiciliare e la inosservanza delle prescrizioni orarie integra gli estremi del delitto di evasione; mette conto tuttavia precisare che, sulla scorta di quanto dispone l'art. 47 *sexies* legge 26.07.1975, n° 354, in caso di detenzione domiciliare speciale di cui all'art. 47 *quinquies*, il delitto di evasione è configurabile, analogamente a quanto avviene in materia di semilibertà, soltanto nel caso in cui l'assenza dal domicilio del condannato si protrae per un tempo superiore alle 12 ore.

1.4.2 Modalità di accesso alla misura

La detenzione domiciliare è concessa dal Tribunale di Sorveglianza con ordinanza motivata, immediatamente esecutiva ed impugnabile con il ricorso per cassazione che non sospende l'esecuzione del provvedimento, emessa a seguito del procedimento in contraddittorio disciplinato dagli artt. 666 e 678 c.p.p..

L'istanza tendente ad ottenere la concessione del beneficio può essere proposta sia dal condannato (o dal suo difensore) che si trova in stato di libertà avvalendosi della sospensione automatica di cui all'art. 656, 5° comma c.p.p. – che comunque non opera nel caso di condanna per uno dei reati compresi nel *genus* dei reati ostativi di cui all'art. 4-*bis* della legge 26.07.1975, n° 354, reati rispetto ai quali non è comunque concedibile la detenzione domiciliare c.d. biennale

di cui all'art. 47 *ter*, 1° comma *bis* - sia dal condannato detenuto, quindi dopo che ha avuto inizio l'esecuzione della pena.

Nel primo caso l'istanza deve essere depositata presso la segreteria del pubblico ministero il quale deve trasmetterla, unitamente al fascicolo dell'esecuzione al Tribunale di Sorveglianza del luogo in cui ha sede l'ufficio del pubblico ministero. Come è noto la legge Simeone Saraceni, al fine di evitare l'ingresso in carcere di condannati che sono, almeno potenzialmente, in grado di ottenere l'applicazione di una misura alternativa, ha stabilito che in presenza di determinate condizioni, puntualizzate dai commi 5° e 9° dell'art. 656 c.p.p., il pubblico ministero deve procedere alla sospensione dell'esecuzione dell'ordine di carcerazione; il provvedimento emesso dal pubblico ministero (ordine di carcerazione e decreto di sospensione) deve quindi essere notificato al condannato ed al suo difensore i quali hanno 30 giorni di tempo per depositare nella segreteria dell'organo dell'esecuzione l'istanza tendente ad ottenere la concessione di una misura alternativa. Se l'istanza viene tempestivamente proposta l'effetto sospensivo si consolida fino alla decisione del Tribunale di Sorveglianza, cui, come si è visto il pubblico ministero, deve trasmettere gli atti, altrimenti l'organo dell'esecuzione deve procedere alla revoca del decreto di sospensione con la conseguenza che l'esecuzione seguirà il suo corso con la traduzione in carcere del condannato.

Nel secondo caso l'istanza è proposta dopo che ha avuto inizio l'esecuzione della pena, la richiesta volta ad ottenere l'applicazione della detenzione domiciliare può essere indirizzata direttamente al Tribunale di Sorveglianza che provvederà d'ufficio alla necessaria istruttoria sulla base degli

elementi fattuali allegati dall'interessato (al riguardo mette conto precisare che un'istanza non corredata da alcuna indicazione in merito all'inserimento abitativo, *id est* al luogo in cui dovrà eventualmente svolgersi la detenzione domiciliare è destinata ad essere dichiarata inammissibile ex art. 666, 2° comma c.p.p., dal Presidente del Tribunale con decreto motivato impugnabile con ricorso per cassazione); ovvero con istanza diretta al magistrato di sorveglianza cui l'art. 47 *ter*, 1° comma *quater* della legge 26.07.1975, n° 354 attribuisce il potere di disporre l'applicazione provvisoria della detenzione domiciliare “quando ricorrono i requisiti di cui ai commi 1 ed 1 *bis*”.

La norma, anch'essa introdotta dalla legge Simeone-Saraceni, configura, come è agevole desumere dal rinvio all'art. 47, 4° comma legge 26.07.1975, n° 354, in capo al magistrato di sorveglianza un potere di natura tipicamente cautelare il cui esercizio è subordinato alla sussistenza del requisito del *fumus boni iuris* (consistente nella concreta indicazione in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'ammissione alla misura, nell'assenza del pericolo di fuga e di altre condizioni ostative stabilite dalla legge) e *periculum in mora* (costituito dal grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione).

Il regime di detenzione domiciliare disposto in via provvisoria dal magistrato di sorveglianza permane fino alla decisione definitiva del Tribunale cui devono essere immediatamente trasmessi gli atti, il quale deve, *rectius* dovrebbe, stante la natura meramente ordinatoria del termine, pronunciarsi nei 45 giorni successivi.

La competenza a decidere in merito alle istanze avanzate dal condannato durante il periodo di applicazione provvisoria della detenzione domiciliare spetta invece al magistrato che ha emesso il provvedimento cautelare e non a quello competente in base al luogo in cui il condannato deve risiedere in forza del provvedimento stesso.⁶²

Si discute in merito alla impugnabilità dei provvedimenti cautelari emessi dal giudice monocratico.

La tesi positiva, fondata sull'applicazione diretta dell'art. 111, 7° comma Cost. trattandosi di provvedimento che incide sulla libertà personale, non ha trovato riscontro nella giurisprudenza della Suprema Corte. La Cassazione ha ritenuto che avverso tali provvedimenti, in ragione del loro carattere meramente interlocutorio, e della loro natura provvisoria ed urgente, non sia esperibile alcuna forma di impugnazione ivi compreso il ricorso straordinario di cui al citato art. 111, 7° comma Cost.⁶³

Sul piano applicativo si è posto il problema relativo alla individuazione del giudice territorialmente competente a disporre l'applicazione provvisoria della detenzione domiciliare. Al riguardo si erano delineati due diversi orientamenti: secondo un primo indirizzo la competenza doveva essere attribuita al magistrato di sorveglianza competente in relazione al luogo ove ha sede l'ufficio del pubblico ministero che cura l'esecuzione della pena⁶⁴; per una diversa impostazione, che ha trovato il conforto della Suprema

⁶² P. Comucci *Problemi applicativi della detenzione domiciliare* in op. cit. p. 206.

⁶³ V. Maccora *La disciplina dell'art. 656 c.p.p. e i provvedimenti d'urgenza di competenza del magistrato di sorveglianza alla luce della riforma operata dalla L. 27 maggio 1998 n. 165* in AA.VV. *Esecuzione penale e alternative alla detenzione penitenziaria*, Cedam, Padova, 1999, pp. 100 e ss.

⁶⁴ G. Pierro *La nuova disciplina della detenzione domiciliare nel quadro della trasformazione del sistema della esecuzione penale* in op. cit. p. 318.

Corte, la competenza deve essere devoluta al giudice avente giurisdizione sull'istituto in cui si trova il condannato, secondo il criterio generale dettato dall'art. 677, 1° comma c.p.p.⁶⁵

Una particolare forma di accesso alla detenzione domiciliare è attualmente prevista dall'art. 656, 10° comma c.p.p., nei confronti dei condannati che, al momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna si trovino sottoposti alla misura cautelare degli arresti domiciliari.

La norma, anch'essa introdotta dalla legge 165/1998 e successivamente modificata dal d.l. 24 novembre 2000 n. 341 convertito, con modificazioni, nella legge 19 gennaio 2001 n. 4, dispone che “nella situazione considerata dal 5° comma” che come è noto prevede il meccanismo della sospensione automatica dell'esecutività dell'ordine di carcerazione nel caso in cui la pena detentiva, anche se costituente residuo di maggior pena, non è superiore a tre anni ovvero a quattro per i tossicodipendenti - “se il condannato si trova agli arresti domiciliari per il fatto oggetto della condanna da eseguire, il pubblico ministero sospende l'esecuzione dell'ordine di carcerazione e trasmette gli atti senza ritardi al Tribunale di Sorveglianza perché provveda alla eventuale applicazione di una delle misure alternative di cui al comma 5” .

Mette conto precisare che, in virtù del rinvio operato al 5° comma dell'art. 656 c.p.p., la norma in esame consente di applicare la detenzione domiciliare anche al condannato che deve espiare una pena superiore a due anni, limite previsto per la detenzione domiciliare generica di cui all'art. 47 *ter*, 1° comma *bis* della legge 26.07.1975, n° 354, purché inferiore a tre anni: in tal modo sembra profilarsi una ulteriore figura di

⁶⁵ Cass. 15.01.1999.

detenzione domiciliare il cui ambito di applicazione postula da un lato una pena inferiore a tre anni e dall'altro l'assenza delle condizioni ostative di cui all'art. 4-*bis* della legge 26.07.1975, n° 354.

Nella sua formulazione originaria la norma *de qua* stabiliva che il Tribunale di Sorveglianza doveva provvedere “senza formalità all'eventuale applicazione della misura alternativa della detenzione domiciliare”. Quindi, attraverso un procedimento *de plano* instaurato a seguito dell'impulso del pubblico ministero e la cui struttura semplificata non consentiva la preventiva instaurazione del contraddittorio, si configurava - nell'ottica del potenziamento degli strumenti di deflazione carceraria che costituisce uno dei principali motivi ispiratori della legge Simeone-Saraceni - una sorta di “conversione automatica” degli arresti domiciliari in detenzione domiciliare, o se si preferisce, un passaggio, senza soluzione di continuità, dagli arresti domiciliari alla detenzione domiciliare.

Il procedimento delineato dalla norma nella sua versione originaria aveva suscitato notevoli critiche: le censure più corrosive si erano appuntate sul potere attribuito al Tribunale di Sorveglianza di decidere senza la preventiva instaurazione del contraddittorio, ciò appariva in contrasto con il principio enunciato dall'art. 24 Cost., soprattutto se si tiene conto del fatto che l'instaurazione del procedimento avveniva su impulso del pubblico ministero che doveva sospendere l'esecuzione dell'ordine di carcerazione e trasmettere gli atti senza ritardo al Tribunale di Sorveglianza. Poteva dunque accadere che il condannato vedesse trasformarsi il provvedimento applicativo degli arresti domiciliari nella misura alternativa della detenzione domiciliare senza neppure essere portato a

conoscenza del fatto che nei suoi confronti era stato instaurato il relativo procedimento.

In questa prospettiva si collocano gli sforzi compiuti dalla giurisprudenza al fine di prospettare una interpretazione suscettibile di rendere compatibile il procedimento delineato dall'art. 656, 10° comma c.p.p., con i principi costituzionali in tema di diritto di difesa.⁶⁶

La Corte di Cassazione enunciò il principio secondo cui il procedimento *de plano* poteva trovare applicazione soltanto nel caso in cui il Tribunale di Sorveglianza avesse ritenuto di concedere al condannato la misura alternativa della detenzione domiciliare; in caso contrario, cioè quando si profilava una decisione *contra reum* che avrebbe determinato l'ingresso in carcere del condannato, il Tribunale avrebbe dovuto disporre il rinvio dell'udienza onde consentire l'instaurazione del procedimento di sorveglianza.⁶⁷

Siffatta soluzione interpretativa è stata poi avvalorata dalla Corte Costituzionale che mediante una decisione interpretativa di rigetto con la quale il giudice delle leggi ha inteso salvaguardare la finalità pratica perseguita dal legislatore del 1998 consistente nell'impedire che il condannato agli arresti domiciliari possa fare ingresso in carcere e quindi subire gli effetti desocializzanti connessi alla permanenza nel circuito penitenziario, continuando ad espiare la pena in una regime sicuramente meno afflittivo rispetto a quello della detenzione *intra-moenia*.⁶⁸

Per effetto della riforma attuata con la legge 4/2001 anche il procedimento in esame è stato ricondotto nell'alveo del

⁶⁶ G. Varraso *La conversione automatica degli arresti domiciliari in detenzione domiciliare* in *Diritto penale e processo* n. 8/2000 pag. 949 e ss

⁶⁷ Cass. Sez. I, 15 Aprile 1999, n. 3005

⁶⁸ Corte Cost. 11 novembre 1999 n. 422

procedimento di sorveglianza, con la conseguenza che il Tribunale potrà decidere di applicare al condannato una misura alternativa diversa dalla detenzione domiciliare quale l'affidamento in prova al servizio sociale o la semilibertà.

E' viceversa rimasta immutata l'altra peculiarità che caratterizzava il procedimento *de quo* costituita dal fatto che l'instaurazione dell'*iter* procedimentale avviene su impulso del pubblico ministero che cura l'esecuzione, il quale dopo aver sospeso l'esecuzione dell'ordine di carcerazione trasmette gli atti al Tribunale di Sorveglianza per la "eventuale applicazione di una delle misure alternative" alla detenzione; fino alla decisione del Tribunale il condannato "permane nello stato detentivo nel quale si trova e il tempo corrispondente è considerato come pena espiata a tutti gli effetti".

Per quanto concerne l'individuazione del Tribunale di Sorveglianza cui devono essere trasmessi gli atti la Suprema Corte ha precisato che "ai fini della determinazione della competenza territoriale va applicato il criterio fissato dall'art. 677 co. 1 c.p.p., dovendosi equiparare in tal caso lo stato di detenzione agli arresti domiciliari allo stato di detenzione in istituto penitenziario"⁶⁹

Il testo dell'art. 656, 10° comma si conclude con un riferimento alla competenza del magistrato di sorveglianza che deve provvedere in ogni caso "Agli adempimenti previsti dall'art. 47 *ter* della legge 26 luglio 1975, n. 354 e successive modificazioni".

Ci si è chiesti se, in virtù di tale previsione normativa, all'organo monocratico debba essere riconosciuto il potere di

⁶⁹ Conf. Tribunale sorveglianza Firenze ordinanza n. 5696/2000 del 28/9/2000: dispone la trasmissione degli atti del procedimento alla Corte di Cassazione per la risoluzione del conflitto. La Corte di Cassazione con sentenza n. 1965 del 13/1/2001 dichiara la competenza del trib. Sorv. Roma

disporre la sospensione cautelativa ai sensi dell'art. 51 *ter* O.P. a seguito della violazione delle prescrizioni da parte del condannato.

Sebbene le indicazioni che emergono dalla prassi sembrano favorevoli alla soluzione positiva, appare più corretto che il magistrato di sorveglianza di si limiti a segnalare senza ritardo la violazione al Tribunale sollecitandone la decisione senza tuttavia adottare alcun provvedimento di sospensione che non sembra emanabile in quanto il Tribunale non si è ancora pronunciato sull'applicazione della detenzione domiciliare (in altri termini non ha senso sospendere una misura alternativa che non è ancora stata applicata dall'organo a ciò deputato)⁷⁰.

Sotto il profilo applicativo ci si è chiesti se il meccanismo sospensivo previsto dall'art. 656, 10° comma c.p.p. sia applicabile anche nei confronti dei condannati per i c.d. reati ostativi di cui all'art. 4-*bis* della legge 26.07.1975, n° 354.

La tesi favorevole alla soluzione positiva⁷¹ non sembra condivisibile. A favore della soluzione più rigorosa militano infatti molteplici argomentazioni di carattere logico e sistematico.

In primo luogo va osservato che la sospensione prevista dall'art. 656, 10° comma c.p.p. non è altro che una *species* del più ampio *genus* della sospensione prevista dal 5° comma della stessa norma che non opera, sulla scorta di quanto stabilisce espressamente il 9° comma del medesimo articolo nei confronti dei condannati per reati ostativi.

In secondo luogo l'adesione alla tesi che propende per una interpretazione estensiva determinerebbe una irragionevole disparità di trattamento tra i condannati per un reato ostativo:

⁷⁰ P. Comucci *Problemi applicativi della detenzione domiciliare* in *op. cit.* p. 207

⁷¹ Cass. 18.01.2000, P.M. contro Fort, in CED, RV215557.

infatti se al momento del passaggio in giudicato della sentenza il condannato si trova in libertà, non potendo fruire della sospensione, sarà comunque sottoposto all'esecuzione dell'ordine di carcerazione, mentre altrettanto non accadrebbe al condannato che al momento del passaggio in giudicato della sentenza si trova soggetto alla misura cautelare degli arresti domiciliari, nonostante che la sottoposizione a tale misura sia sintomatica di un grado di pericolosità sociale sicuramente maggiore rispetto a quello configurabile nei confronti del condannato che si trova in stato di libertà (nei cui confronti cioè la misura cautelare non è mai stata applicata o è stata revocata)⁷².

1.4.3 La sospensione e la revoca della detenzione domiciliare

“La detenzione domiciliare è revocata se il comportamento del soggetto, contrario alla legge o alle prescrizioni dettate, appare incompatibile con la prosecuzione delle misure”. (art. 47 *ter*, 6° comma).

Come si desume dal tenore letterale della norma non ogni violazione delle prescrizioni comporta la revoca della misura alternativa: a tal fine è necessario che la trasgressione presenti caratteristiche, sotto il profilo della gravità della condotta posta in essere e dell'atteggiamento psicologico che la sorregge, da evidenziare la inidoneità della misura alternativa a contribuire al recupero sociale del reo.

⁷²Cass.S.U.13.07.1998, P.M. contro Giaffrida, in CED, RV-211467; Cass. 20.09.2001 in Dir. Pen. Proc., 2001, p.1514; Cass. 25.01.2002, P.M. contro Ambrosino, in Dir. Pen. Proc. 2002, p.588.

Nella maggior parte dei casi la revoca della detenzione domiciliare è determinata dalla consumazione del delitto di evasione.⁷³

Una disposizione particolare è prevista dall'art. 47 *sesiex* della legge 26.07.1975, n° 354 con riguardo alla detenzione domiciliare speciale. In questo caso, a differenza di quanto accade per la detenzione domiciliare ordinaria, rispetto alla quale il mero allontanamento dal luogo di esecuzione della misura alternativa integra la fattispecie di cui all'art. 385 c.p., la configurabilità del delitto *de quo* è subordinata alla condizione che l'assenza si protragga per oltre 12 ore; in difetto di tal condizione si profila un fatto penalmente irrilevante, valutabile ai soli fini della revoca del beneficio.

Non occorre un grande sforzo argomentativo per dimostrare come siffatta previsione “appaia del tutto ingiustificata e suscettibile di determinare di per sé evidenti disparità di trattamento con chi sia stato ammesso, invece, alla detenzione domiciliare ordinaria”⁷⁴.

L'art. 47 *ter*, 9° comma della legge 26.07.1975, n° 354 stabiliva che la semplice denuncia per il delitto di evasione comportava per il magistrato di sorveglianza l'obbligo di disporre ex art. 51-*ter* legge 26.07.1975, n° 354 la sospensione provvisoria della misura alternativa.

Tale norma, la cui automaticità sottraeva al magistrato di sorveglianza il potere di valutare la concreta entità della condotta con riferimento alle modalità ed alle circostanze che ne connotavano la realizzazione, è stata tuttavia dichiarata

⁷³ In ordine alla configurabilità del delitto di evasione vedi la giurisprudenza citata nella parte della trattazione dedicata agli arresti domiciliari.

⁷⁴P. Canevelli, *op. cit.*, p. 814.

costituzionalmente illegittima con la sentenza n. 173 emessa dalla Corte Costituzionale il 13 giugno 1997.⁷⁵

In base al comma 9 dell'art. 47 *ter* O.P. la condanna pronunciata con sentenza divenuta irrevocabile per il delitto di evasione comporta invece la revoca della detenzione domiciliare senza necessità che il tribunale valuti caso per caso, se sussiste una situazione di incompatibilità con la prosecuzione della misura,⁷⁶ anche se per la verità la Corte Costituzionale ha sempre censurato tutti gli automatismi.

La revoca, eventualmente preceduta dalla sospensione provvisoria disposta dal magistrato di sorveglianza ai sensi dell'art. 51-*ter* della legge 26.07.1975, n° 354, può inoltre essere determinata dalla commissione da parte del condannato di un ulteriore reato. In tal caso per la revoca del beneficio non è necessario - “fermo restando l'onere per il Tribunale di Sorveglianza di accertare sulla base degli elementi disponibili, che possono essere desunti, per esempio, dagli atti irripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria come il verbale di arresto in flagranza ovvero di perquisizione e di sequestro, la sussistenza del fatto attribuito al condannato” - che il procedimento di merito sia stato definito con una sentenza di condanna o di patteggiamento non potendosi configurare alcuna forma di pregiudizialità tra il procedimento di sorveglianza ed il procedimento di merito.⁷⁷

Un altro caso di revoca il cui presupposto non è tuttavia costituito dalla condotta riprovevole del reo, si profila “quando vengono a cessare le condizioni previste nei commi 1 e 1 bis” (art. 47 *ter* co. 7), cioè quando muti la situazione che aveva

⁷⁵ in Dir. Pen. Proc. 1997, n° 173

⁷⁶ In senso contrario conf. : Tribunale sorveglianza Firenze ord. n. 1843/03 del 15 aprile 2003

⁷⁷ Cass. 30.11.1995, Verderale, in Cass. Pen, 1996, p. 3371.

determinato la concessione del beneficio, indipendentemente da un comportamento tenuto dal condannato durante l'esecuzione della misura: si pensi al caso in cui il figlio minore superi il 10°anno di età, oppure all'ipotesi la in cui, per effetto della sopravvenienza di nuovi titoli esecutivi, il *quantum* di pena superi i limiti di ammissibilità al beneficio.

Viceversa nel caso, riconducibile al 1° comma-*bis*, in cui risulti l'inidoneità delle prescrizioni imposte ad evitare la commissione di ulteriori reati si profila un'ipotesi di revoca derivante da una condotta negativa imputabile al condannato: appare evidente che in questo caso la revoca viene ad assumere una chiara connotazione sanzionatoria in forza della quale si differenzia decisamente dall'ipotesi di revoca sopra esaminata (che infatti molti Tribunali di Sorveglianza, compreso quello fiorentino, preferiscono qualificare come inefficacia).

Nessun dubbio sussiste, ad onta della mancanza di una specifica previsione normativa, in merito al fatto che la detenzione domiciliare debba essere revocata (*rectius* dichiarata inefficace) nel caso in cui il condannato abbia perso la disponibilità dell'abitazione la quale costituisce un presupposto indispensabile per la concessione e lo svolgimento della misura alternativa.

Una attenzione particolare deve essere dedicata alle conseguenze della revoca.

A questo riguardo vengono in considerazione due diverse norme: l'art. 47 *ter*, 9° comma *bis*, dedicato specificamente alla detenzione domiciliare, e l'art. 58 *quater* della legge 26.07.1975, n° 354, il cui ambito di operatività comprende tutte le misure alternative.

Il 9° comma-*bis* stabilisce che la pena residua da espiare in carcere per effetto della revoca della detenzione domiciliare c.d. generica di cui al 1° comma-*bis* “non può essere sostituita con altra misura”. Il tenore letterale della norma (il legislatore ha infatti utilizzato l’espressione “misura” e non quella più ampia di benefici) induce a ritenere che il divieto di concessione non si applichi a quegli istituti del diritto penitenziario diversi dalle misure alternative come i permessi premio e l’ammissione al lavoro all’esterno.

L’altra norma che disciplina le conseguenze derivanti dalla revoca della detenzione domiciliare è costituita dall’art. 58-*quater* della legge 26.07.1975, n° 354.

Il 1° comma della norma stabilisce che i benefici penitenziari e le misure alla detenzione, con la sola esclusione della liberazione anticipata, non possono essere concessi “al condannato per uno dei delitti previsti nella comma 1 dell’art. 4-bis che ha posto in essere una condotta punibile a norma dell’art. 385 c.p.”. Il divieto di concessione dei benefici, che opera per un periodo di tre anni, si applica anche, secondo quanto precisa il 2° comma della norma in esame, “al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una misura alternativa ai sensi dell’art. 47, 1° comma, dell’art. 47 *ter*, comma 6 o dell’art. 51, primo comma”.

In giurisprudenza si è affermata e consolidata una interpretazione estensiva del divieto di concessione triennale dei benefici: si è infatti affermato che in caso di revoca di una misura alternativa il divieto *de quo* opera con riguardo a qualsiasi condannato, indipendentemente dal titolo del reato cui la condanna si riferisce e non solo con riguardo agli autori dei gravi delitti compresi nell’ambito di applicabilità dell’art. 4-bis.

Siffatta impostazione, che appare pure conforme al dato letterale ed alla *intentio legis*, informata da una evidente finalità sanzionatoria delle condotte che hanno determinato la revoca di una misura alternativa, è stata oggetto di critiche della dottrina più autorevole la quale ha osservato come tale interpretazione “contrasta apertamente con la realtà del percorso trattamentale, che non può essere concepito come una lineare *situation in progress*, ma è fatto di avanzamenti e di ripiegamenti, ai quali deve corrispondere un sistema duttile di sanzioni positive e negative”⁷⁸. Mette conto tuttavia ricordare che l’interpretazione estensiva del divieto di concessione triennale dei benefici è stata avvalorata dalla stessa Corte Costituzionale che, con l’ordinanza n° 289 emessa il 19.06.2002, ha dichiarato manifestamente infondata l’eccezione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Sorveglianza di Venezia in relazione all’art. 58-*quater* proprio al fine di ottenere dal giudice delle leggi una interpretazione che censurasse l’indirizzo interpretativo dominante.⁷⁹

Nonostante ciò l’interpretazione dell’art. 58 *quater* O.P. nel senso estensivo sopra delineato, non censurato dalla Corte Costituzionale, può risultare non convincente nella logica del “doppio binario” a cui oramai si informa il sistema penale e penitenziario.

1.5 Rapporti fra arresti domiciliari e detenzione domiciliare

La questione di maggior rilievo che si pone in tema di rapporti tra arresti domiciliari e detenzione domiciliare è quella

⁷⁸F. Della Casa, *La crisi di identità delle misure alternative, tra sbandamenti legislativi, esperimenti di diritto pretorio, e irrisolte carenze organizzative*, in Cass. Pen. 2002, P.3278, spec. p. 3283.

⁷⁹Corte Cost. ord.19.06.2002,n°289, in Dir.Pen. Proc., 2002, p. 1075.

relativa alla compatibilità tra la misura alternativa e la misura cautelare. Il dato normativo cui fare riferimento è costituito dall'art. 298 c.p.p. il quale stabilisce che: “L'esecuzione di un ordine con cui si dispone la carcerazione nei confronti di un imputato al quale sia stata applicata una misura cautelare personale per altro reato ne sospende l'esecuzione, salvo che gli effetti della misura disposta siano compatibili con la espiatione della pena.

La sospensione non opera quando la pena è espiata in regime di misure alternative alla detenzione”.

La norma, nel disciplinare i rapporti tra esecuzione della pena ed esecuzione delle misure cautelari applicate per un altro reato, privilegia l'esecuzione della pena, prevedendo, la sospensione delle misure cautelari; tuttavia il secondo comma detta una disciplina diametralmente opposta, attribuendo dunque la priorità all'esecuzione della misura cautelare rispetto all'espiatione della pena quando quest'ultima avviene in regime alternativo, salva in ogni caso la verifica della compatibilità tra misura alternativa e cautelare.

In virtù di quanto dispone l'art. 298 deve pertanto ritenersi possibile “in linea di principio la contestuale esecuzione di una delle misure alternative alla detenzione previste dalla legge 354/1975, e di una misura cautelare personale, dovendosi, poi solo verificare in concreto, avuto riguardo alla natura delle limitazioni connaturali alla misura alternativa ed alla misura cautelare, l'effettiva compatibilità tra l'una e l'altra, nel rispetto, dalla legge ritenuto preminente, della misura cautelare”.⁸⁰

⁸⁰Cass.2.03.1993, Labertucci in Cass. Pen. 1994 p. 1906; cfr. anche Cass. 24.09.1996, P.G. contro Russo, in CED RV-206000; Cass. 13.02.1998, Pronesti , in CED,RV-2098999.

Sulla scorta di questi principi mentre deve escludersi la compatibilità tra custodia ed una misura alternativa alla detenzione, appare legittima l'applicazione della detenzione domiciliare al condannato che si trovi sottoposto per altro fatto alla misura cautelare degli arresti domiciliari.⁸¹

A tal fine è necessario che il Tribunale di Sorveglianza ritenga, con specifico riferimento a ciascuna fattispecie concreta, che le limitazioni alla libertà personale del condannato derivanti dalle due misure siano tra loro compatibili, non essendo per contro sufficiente la sola omogeneità che dal punto di vista del contenuto sostanziale (incentrato sull'obbligo per l'interessato di trattenersi continuativamente nella propria abitazione) sussiste tra gli arresti domiciliari e la detenzione domiciliare.

Circa la valutazione della compatibilità fra le due misure la più recente giurisprudenza di legittimità ne ha escluso la titolarità del Presidente del Tribunale di Sorveglianza: "E' consentito applicare una misura alternativa alla detenzione contestualmente ad una misura cautelare personale, dovendosi solo verificare in concreto l'effettiva compatibilità tra l'una e l'altra con prevalenza nel caso siano contrastanti, della misura cautelare. Tuttavia tale valutazione di compatibilità non può essere effettuata dal Presidente del Tribunale di Sorveglianza al quale è demandata solo la verifica preliminare sull'esistenza delle condizioni di legge per la concedibilità di una misura alternativa alla detenzione."⁸²

⁸¹Cass. 12.01.1993, Fabozzo in Cass. pen. 1994, p. 1905.

⁸²Cass. Sez I 14 giugno 2002, Pres. Sossi, Rel. Campo, P.M. (concl. conf.); Ric. Rigoli in *La giustizia Penale* 2003 parte terza pp. 158 ss.

2° Capitolo

GLI ARRESTI DOMICILIARI

2.1 Premessa generale sulla tutela cautelare

E' notazione comune che lo svolgimento del procedimento penale, intendendosi con tale espressione la vicenda che prende avvio con l'iscrizione della *notitia criminis* nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. e termina con il passaggio in giudicato della sentenza di condanna, richiede di regola, un periodo di tempo più o meno ampio durante il quale possono verificarsi eventi o determinarsi situazioni suscettibili di pregiudicare l'accertamento dei fatti ovvero di vanificare l'attuazione della sentenza di condanna. A tali circostanze deve inoltre aggiungersi il pericolo che durante il tempo necessario allo svolgimento del procedimento la persona sottoposta alle indagini o imputata commetta ulteriori reati (si parla comunemente, per indicare in modo riassuntivo tali fatti e circostanze, di *pericula libertatis*)⁸³

Il periodo di tempo più o meno ampio è dovuto sia alla complessità dei fatti da accertare, accertamento che deve avvenire nel rispetto del principio del contraddittorio ex art. 111, 4° comma Cost., sia alle forme e alle garanzie da rispettare per assicurare il pieno ed effettivo rispetto del diritto di difesa, sia alla possibilità di impugnare le decisioni emesse in primo grado o in grado di appello.

⁸³ P. Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, Giuffrè Milano, 2001, pp. 290 e segg.

Al fine di neutralizzare i suddetti pericoli, e dunque al fine di assicurare l'effettività della giurisdizione penale, la legge attribuisce al giudice il potere di adottare, in presenza di determinate condizioni, un apposito procedimento che trae impulso dalla richiesta del pubblico ministero, quei provvedimenti provvisori ed immediatamente esecutivi costituiti dalle misure cautelari disciplinate nel libro IV del c.p.p..

Il procedimento cautelare è pertanto definibile come il procedimento che ha per oggetto la restrizione della libertà personale, o della libertà patrimoniale, della persona sottoposta alle indagini mediante provvedimenti finalizzati alla realizzazione di uno specifico interesse di giustizia: quello di impedire che il decorso del tempo normalmente necessario allo svolgimento del processo, possa pregiudicare la realizzazione degli scopi connessi ad un efficace esercizio della funzione giurisdizionale.

Le caratteristiche principali delle misure cautelari sono tradizionalmente individuate nella provvisorietà e nella strumentalità.

La provvisorietà implica che l'efficacia del provvedimento impositivo di una misura cautelare è condizionata dall'esito del procedimento principale: si pensi a quanto dispone l'art. 300, 1° comma c.p.p. secondo cui "le misure disposte in relazione ad un determinato fatto perdono immediatamente efficacia quando, per tale fatto e nei confronti della medesima persona, è disposta l'archiviazione, ovvero è pronunciata sentenza di non luogo a procedere o di proscioglimento"; in altri termini i provvedimenti cautelari non

condizionano la decisione che definisce il processo, ma sono condizionati da quest'ultima.

La strumentalità comporta che le misure cautelari non sono mai fine a se stesse, ma sono finalizzate ad impedire, mediante la neutralizzazione dei *pericula libertatis* sopra richiamati, che il tempo necessario per lo svolgimento del rito possa pregiudicare l'effettivo conseguimento degli scopi ai quali il processo è preordinato (accertamento del fatto ed espiazione della pena).

E' appena il caso di ricordare che l'esigenza di assicurare l'effettività della giurisdizione non può essere perseguita incondizionatamente: i fini processuali preventivi al cui perseguimento è preordinata l'applicazione delle misure cautelari deve essere contemperata con la necessità di tutelare adeguatamente gli interessi su cui vengono ad incidere i provvedimenti emanati nell'esercizio del potere cautelare; ed è evidente che la necessità di attuare siffatto bilanciamento si pone in maniera pressante con riguardo al settore delle misure cautelari personali che per loro natura incidono sulla libertà della persona sottoposta alle indagini.

In questa prospettiva la presunzione di non colpevolezza enunciata dall'art. 27, 3° comma Cost. non si limita ad impedire l'esecuzione della pena a chi non è stato condannato con sentenza definitiva, ponendo un limite all'esercizio della potestà punitiva dello Stato, ma impone al legislatore di disciplinare la materia cautelare mediante la predisposizione di modelli e procedimenti "costruiti secondo modalità tali da ridurre quanto più possibile la limitazione della libertà

personale di un imputato” che all’esito del processo non sarà assoggettato ad una pena⁸⁴.

Siffatta esigenza è stata realizzata dal legislatore vincolando il potere del giudice di adottare provvedimenti cautelari che incidono sulla libertà personale dei cittadini sottoposti ad indagine alla sussistenza di due presupposti ben precisi; i gravi indizi di colpevolezza e le esigenze cautelari.

Tuttavia sarebbe irrealistico negare che la eccessiva lunghezza del processo penale ha determinato lo svuotamento del principio della prontezza della pena, e, conseguentemente, ha snaturato la funzione della custodia cautelare. Quest’ultima tende infatti a perdere la sua peculiare connotazione preventiva, per assumere una vera e propria valenza punitiva: la custodia cautelare di fatto si surroga a quella sanzione che il processo non è più in grado di applicare in tempi accettabili⁸⁵.

Il codice prevede una articolata tipologia di misure cautelari.

Come è stato puntualmente osservato in dottrina la molteplicità delle misure cautelari costituisce un aspetto qualificante di un sistema processuale ispirato ai principi del modello accusatorio “perché permette di configurare la custodia in carcere come ultima possibilità cautelare (*extrema ratio*) da applicarsi soltanto quando le esigenze cautelari, esistenti in concreto, non possono essere soddisfatte con nessuna delle altre misure”⁸⁶.

⁸⁴ E. Marzaduri, *Accertamenti non definitivi sulla responsabilità dell’imputato ed attenuazione della presunzione di non colpevolezza*, in Cass. Pen., 2000, pp. 238 ss.

⁸⁵ P. Tonini e G. Conti: *Custodia Cautelare e struttura del processo*, in Dir. Pen. Proc., 2003, pp. 359 e ss.

⁸⁶ P. Tonini, *op.cit.* p. 293

Non è questa la sede per procedere all'esame delle singole misure disciplinate dalla legge, esigenze di completezza della trattazione impongono tuttavia di richiamare la distinzione, vera e propria *summa divisio*, tra le misure personali – in quanto comportano limitazioni, più o meno incisive, alla libertà personale o alla libertà di svolgimento dei rapporti familiari e/o sociali - e quelle reali; nonché l'ulteriore partizione, nell'ambito della prima categoria, tra le misure coercitive – in quanto implicano la sottoposizione dell'indagato o dell'imputato ad una situazione di custodia di tipo detentivo - e quelle interdittive.

Gli arresti domiciliari nella misura in cui comportano per l'indagato o per l'imputato l'obbligo di non allontanarsi dalla propria abitazione o da un altro luogo di privata dimora ovvero da luogo di cura o di assistenza appartengono pertanto al *genus* delle misure cautelari personali e coercitive.

La trattazione relativa agli arresti domiciliari si articolerà in tre parti concernenti rispettivamente le condizioni di applicabilità, i criteri di scelta della misura ed il regime della stessa.

Esula dalla trattazione, in quanto non direttamente ed immediatamente pertinente al tema oggetto del presente lavoro, l'esame degli aspetti che riguardano il procedimento di applicazione delle misure cautelari ed i mezzi d'impugnazione esperibili avverso i provvedimenti emessi in questa materia.

Ai fini che qui interessano è sufficiente ricordare: a) che le misure cautelari sono disposte dal giudice che procede (giudice delle indagini preliminari o del dibattimento a seconda della fase in cui si trova il processo) con ordinanza motivata secondo il modello prefigurato dall'art. 292 c.p.p., su richiesta

del pubblico ministero il quale deve presentare al giudice “gli elementi su cui la richiesta si fonda, nonché tutti gli elementi a favore dell’imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate” (art. 291, 1° comma c.p.p.);
b) che in virtù del principio della domanda, corollario della separazione tra funzione requirente e funzione giudicante, che vieta al giudice di decidere *ultra petitum*, il giudice non può applicare *ex officio* una misura più afflittiva rispetto a quella richiesta dal pubblico ministero (così se il pubblico ministero si è limitato a chiedere l’applicazione degli arresti domiciliari il giudice non può disporre l’applicazione della custodia in carcere);

c) che l’applicazione della misura deve essere seguita, entro i termini di cui all’art. 294 c.p.p. la cui inosservanza comporta la caducazione del provvedimento cautelare, dall’interrogatorio c.d. di garanzia, la cui funzione è quella di mettere in condizione il giudice di valutare “se permangono le condizioni di applicabilità e le esigenze cautelari previste dagli articoli 273, 274 e 275 c.p.p.” onde eventualmente provvedere alla revoca o alla sostituzione della misura cautelare già disposta;

4) che avverso il provvedimento applicativo di una misura cautelare coercitiva, quindi anche degli arresti domiciliari, l’indagato o il suo difensore possono esperire, davanti al Tribunale che ha sede nel capoluogo del distretto comunemente chiamato Tribunale della Libertà, un particolare mezzo d’impugnazione: si tratta della “richiesta di riesame” di cui all’art. 309 c.p.p., mediante il quale l’interessato potrà censurare il provvedimento cautelare sia in punto di legittimità che di merito.

Mette conto precisare che la richiesta di riesame è stata configurata dal legislatore come un mezzo d'impugnazione a carattere pienamente devolutivo, ciò significa che il Tribunale della Libertà è dotato degli stessi poteri del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato con la conseguenza che il Tribunale può “annullare il provvedimento, riformarlo in senso favorevole all'imputato anche per motivi diversi da quelli enunciati ovvero confermarlo per ragioni diverse da quelle indicate nella motivazione del provvedimento stesso” (art. 309, 9° comma c.p.p.);

5) che avverso le decisioni emesse dal Tribunale della Libertà è esperibile, in attuazione del principio enunciato dall'art. 111, 7° comma Cost., ricorso per Cassazione ex art. 311 c.p.p..

2.2 Condizioni di applicabilità

L'applicazione di una misura cautelare coercitiva, e quindi anche degli arresti domiciliari, è subordinata alla presenza dei seguenti presupposti: gravità del reato per cui si procede; la punibilità in concreto del reato stesso; sussistenza di gravi indizi di colpevolezza; ed infine la presenza di una delle esigenze cautelari (corrispondenti ai *pericula libertatis* sopra indicati).

2.2.1 Gravità del reato

La gravità del reato è determinata dalla natura dell'illecito e dell'entità della pena edittale prevista dalla legge penale sostanziale. In questa prospettiva il codice (art. 280 c.p.p.) circoscrive l'applicabilità delle misure cautelari coercitive ai

soli delitti per i quali la legge commina la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni.

Occorre tuttavia ricordare che, in virtù di quanto si ricava dal combinato disposto degli artt. 280, 1° comma e 391, 5° comma c.p.p., “quando l'arresto è stato eseguito per uno dei delitti indicati nell'art. 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 dall'art. 274 comma 1 lett. a) e 280” L'art. 381, 2° comma disciplina i reati per i quali è ammesso l'arresto facoltativo in flagranza, fermo restando che ai fini della legittimità dell'arresto occorre che la “misura risulti giustificata dalla gravità del fatto ovvero dalla pericolosità del soggetto desunta dalla sua personalità o dalle circostanze del fatto” (art. 381, 4° comma c.p.p.).

Va inoltre ricordato che ai fini della applicabilità della custodia in carcere, la condizione di applicabilità costituita dalla “previsione di una pena non inferiore nel massimo a quattro anni di reclusione, di cui all'art. 280, comma 2, c.p.p., è derogata a norma del comma 3 del medesimo articolo, nel caso di trasgressione alle prescrizioni inerenti a una misura cautelare. Ne consegue che è applicabile la custodia cautelare in carcere a chi evada dagli arresti domiciliari, nonostante che la pena prevista per il reato di cui all'art. 385 c.p. sia inferiore al limite dei quattro anni di reclusione, trattandosi appunto di condotta che integra una trasgressione alle prescrizioni inerenti a una misura cautelare”⁸⁷.

La scelta di limitare l'applicabilità di una misura cautelare coercitiva agli illeciti sopra richiamati risponde alla esigenza di

⁸⁷ Cass. 22.02.2000, Ferrigno, in *Cass. Pen. 2001*, n° 1493

evitare che la libertà personale, prima del passaggio in giudicato della sentenza di condanna, possa essere sacrificata nell'ambito di procedimenti che hanno per oggetto reati che, secondo la valutazione compiuta dal legislatore, non risultano connotati da un rilevante grado di lesività ed in quanto tali non suscitano un particolare allarme sociale. E' appena il caso di ricordare che tali valutazioni possono rivelarsi irragionevoli sul piano pratico: è il caso, per esempio, del delitto di truffa per il quale l'art. 640 c.p. prevede una pena non superiore nel massimo a tre anni (ciò che preclude l'applicazione di una misura coercitiva) le cui modalità di consumazione possono viceversa presentare, in concreto, una notevole gravità.

2.2.2 Punibilità in concreto del reato

Ai fini dell'applicazione di una misura cautelare coercitiva occorre che il delitto attribuito all'indagato o all'imputato sia punibile in concreto.

Il 2° comma dell'art. 273 c.p.p. stabilisce infatti che “nessuna misura può essere applicata se risulta che il fatto è stato compiuto in presenza di una causa di giustificazione o di non punibilità o se sussiste una causa di estinzione del reato, ovvero una causa di estinzione della pena che si ritiene possa essere irrogata”.

Come è noto le cause di giustificazione (o scriminanti) sono quelle situazioni di fatto tipizzate dal legislatore che escludono l'antigiuridicità della condotta descritta dalla norma incriminatrice in quanto la sussistenza di tali condizioni fattuali fa venir meno il contrasto tra la fattispecie incriminatrice e l'intero ordinamento giuridico⁸⁸.

⁸⁸ G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto Penale, Parte Generale*, Bologna, 1995, pp.129 ss.

Le cause di non punibilità possono essere distinte in due grandi categorie: le cause di esclusione della colpevolezza e le cause di esenzione della pena.

Le prime non incidono sull'antigiuridicità (o illiceità oggettiva) del fatto e fanno soltanto venir meno la possibilità di muovere un rimprovero al soggetto agente; secondo la dottrina più autorevole rientrano in tale problematica categoria "tutte le situazioni nelle quali il soggetto agisce sotto la pressione di circostanze psicologicamente coartanti che rendono difficilmente esigibile un comportamento diverso conforme al diritto"⁸⁹.

Si pensi, per esempio, al fatto commesso per effetto della coazione morale esercitata da altri.

Le cause di esenzione della pena consistono invece in circostanze esterne al fatto che non escludono né l'antigiuridicità della condotta né la colpevolezza dell'autore, la cui presenza è tuttavia, secondo una valutazione di opportunità compiuta dal legislatore, anche al fine di salvaguardare beni giuridici che risulterebbero pregiudicati dall'inflizione della pena, ritenuta idonea a giustificare la mancata applicazione della sanzione penale. Si pensi alle immunità riconosciute agli agenti diplomatici, oppure all'ipotesi particolare prevista dall'art. 649 c.p. la cui *ratio essendi* viene tradizionalmente individuata nella necessità di preservare l'unità della famiglia (interesse che il legislatore ha considerato prevalente rispetto a quello di punire, per esempio, il furto commesso dal figlio in danno di un genitore)⁹⁰.

⁸⁹ G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto Penale, op. cit.* p.220

⁹⁰ G. Fiandaca - E. Musco *Diritto Penale, op.cit.* pag. 222; F. Manotvani, *Diritto Penale, Parte Generale*, Padova, 1992, pp. 817 ss.

Infine le cause di estinzione del reato e/o della pena comprendono tutte quelle circostanze tra loro eterogenee che riflettono ragioni estranee o confliggenti rispetto alle esigenze di tutela penale del bene protetto e che hanno come effetto comune quello di escludere la punibilità quale conseguenza tipica derivante dalla commissione di un illecito penale. Rientrano in questa categoria sia eventi naturali (si pensi al decorso del tempo nella prescrizione) o provvedimenti di clemenza (come l'indulto)⁹¹.

2.2.3 Sussistenza di gravi indizi di colpevolezza

La terza condizione cui è subordinata l'applicazione di una misura cautelare coercitiva è costituita dalla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza in ordine al reato per cui si procede (c.d. *fumus commissi delicti*).

Secondo il costante e consolidato orientamento della giurisprudenza ai fini della configurabilità del predetto requisito occorre che a carico dell'indagato o dell'imputato siano stati acquisiti elementi di prova, di qualsiasi natura, sia diretta che indiretta, purché abbiano il carattere della certezza, tali da evidenziare l'elevata probabilità che il reato per cui si procede sia attribuibile all'indagato. In quest'ottica le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno puntualizzato che “per gravi indizi di colpevolezza ai sensi dell'art. 273 c.p.p. devono intendersi tutti quegli elementi a carico di natura logica o rappresentativa che “contenendo in nuce tutti o alcuno soltanto degli elementi strutturali della corrispondente prova” non valgono di per sé a provare oltre ogni dubbio la responsabilità dell'indagato tuttavia consentono per la loro consistenza di

⁹¹ G. Fiandaca - E. Musco, *op. cit.* p. 732

prevedere che attraverso la futura acquisizione di ulteriori elementi saranno idonei a dimostrare tale responsabilità, fondando nel frattempo una qualificata probabilità di colpevolezza”⁹².

In particolare si è affermato che “il requisito della gravità degli indizi di cui all’art. 273 c.p.p. sussiste quando detti indizi rivelino un consistente fumus di colpevolezza, pur in presenza di possibili spiegazioni alternative dei fatti, destinate ad essere verificate in prosieguo”⁹³. D’altra parte “il concetto di gravità dell’indizio non può identificarsi con quello di sufficienza da cui si distingue sia qualitativamente che quantitativamente in quanto postula l’obiettiva precisione dei singoli elementi indizianti che, nel loro complesso debbono essere, per la loro convergenza, tali da consentire di pervenire ad un giudizio che, senza raggiungere il grado di certezza richiesto per la condanna, sia di alta probabilità di attribuzione del reato all’indagato”⁹⁴.

Mette conto precisare che gli indizi rilevanti ai fini dell’emissione di un provvedimento cautelare devono essere tenuti distinti dagli indizi di cui all’art. 192, 2° comma c.p.p.. In quest’ultimo caso per indizi s’intendono le c.d. prove logiche attraverso le quali da un fatto certo si risale, per massime di comune esperienza, ad uno incerto, mentre nel primo caso il termine indizi, fa riferimento anche alle prove dirette che, al pari di quelle indirette devono essere tali da far apparire probabile la responsabilità dell’indagato in ordine al fatto o ai fatti per i quali si procede. In questa prospettiva si è dunque affermato che “l’indizio richiesto dall’art. 273 c.p.p. ai fini

⁹² Cass. S.U. 1.08.1995, Costantino in *C.E.D.*, *RV - 202002*

⁹³ Cass. 7.02.1992, Caparotta, in *Codice di Procedura Penale Commentato*, Piacenza, 2002, p. 702

⁹⁴ Cass. 12.08.1993, Alberino, in *Codice*, *cit.* p.701

della adozione di una misura cautelare non coincide con quello di cui all'art. 192 comma 2 dello stesso codice che indica i criteri di valutazione della prova logica indiziaria, in quanto la prima di tali disposizioni non richiede anche l'univocità e la convergenza dei dati indizianti, bensì soltanto la gravità di essi⁹⁵.

In altri termini il requisito dei gravi indizi esprime la c.d. prognosi di colpevolezza allo stato degli atti, in quanto formulata sulla scorta degli elementi di prova acquisiti nel corso delle indagini preliminari: sotto questo profilo gli arresti domiciliari, quale misura cautelare personale, si distingue dalla detenzione domiciliare la quale costituisce una vera e propria sanzione penale, attraverso la quale si realizza una forma di espiazione *extra-moenia* della pena detentiva, reclusione o arresto, inflitta dal giudice della cognizione mediante una sentenza passata in giudicato, cioè di un provvedimento che costituisce espressione di un accertamento, tendenzialmente immutabile (salvi i casi di revisione prefigurati dall'art. 630 c.p.p.) in ordine alla sussistenza del fatto ed alla sua ascrivibilità al reo.

D'altra parte gli arresti domiciliari, così come ogni altra misura cautelare non possono, in virtù del principio della presunzione d'innocenza enunciato dall'art. 27, 1° comma Cost., costituire una anticipazione della sanzione penale che potrà essere applicata soltanto con la sentenza di condanna definitiva (come è noto il legislatore ha attribuito una portata generale al principio dell'efficacia sospensiva delle impugnazioni contro le sentenze penali di condanna): proprio il fatto di aver ancorato l'emissione di un provvedimento

⁹⁵ Cass. 12.08.1993, Alberino, *cit.*

impositivo di una misura cautelare personale alla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza consente, o comunque dovrebbe consentire, di ridurre entro limiti ragionevoli il rischio che il sacrificio anticipato della libertà personale si riveli ingiustificato.

La sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza è di norma desunta dagli atti delle indagini preliminari: si pensi, per esemplificare, alle dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria o al pubblico ministero da persone informate sui fatti; alla trascrizione delle conversazioni oggetto di intercettazione telefonica; ai verbali delle prove assunte in sede di incidente probatorio; oppure ai verbali di perquisizioni e sequestro operati dalla polizia giudiziaria d'iniziativa o su delega del pubblico ministero. La sussistenza dei gravi indizi può inoltre essere desunta dall'emissione di una sentenza di condanna; in tal caso si configura una preclusione processuale in ordine alla rivalutazione delle gravità del quadro indiziario in sede di impugnazione incidentale *de libertate* ⁹⁶.

Il 1° comma-*bis* dell'art. 273 c.p.p., introdotto dalla legge 1.03.2001 n°63 (c.d. legge sul giusto processo), stabilisce i criteri cui il giudice deve attenersi nella valutazione dei gravi indizi di colpevolezza.

Al fine di assicurare maggiore consistenza ed attendibilità al materiale probatorio utilizzabile per l'emissione di un provvedimento applicativo di una misura cautelare personale il legislatore ha stabilito che anche in questa materia debbono trovare applicazione alcune norme dettate con riferimento alle

⁹⁶ Cass. 23.05.1997, Fazio, in *C.E.D.*, *RV-208138*; Cass. 28.01.1998, Vincenti, in *C.E.D.*, *RV-209534*

prove e precisamente, gli artt. 192, commi 3 e 4, 195, 7° comma, 203 e 271, 1° comma c.p.p..

In virtù del rinvio all'art. 271, 1° comma c.p.p. non sono utilizzabili nell'ambito del procedimento cautelare i risultati delle intercettazioni telefoniche eseguite fuori dai casi consentiti dalla legge o senza l'osservanza delle disposizioni di cui agli artt. 267 e 268, 1° e 3° comma c.p.p.. Come è stato osservato in dottrina lo scopo perseguito dal legislatore deve essere individuato nella necessità di porre fine a quel diffuso indirizzo giurisprudenziale che considerava inutilizzabili soltanto i risultati delle intercettazioni eseguite fuori dai casi consentiti ovvero senza l'autorizzazione del G.I.P., mentre escludeva che tale sanzione processuale potesse colpire i risultati delle intercettazioni eseguite in violazione della disciplina dettata dagli artt. 267 e 268, 1° e 3° comma c.p.p.⁹⁷.

Per effetto del rinvio all'art. 203 c.p.p. non sono utilizzabili nell'ambito del procedimento *de libertate* le dichiarazioni rese dagli ufficiali di polizia o dal personale dei servizi di informazione qualora costoro non abbiano rivelato il nome dell'informatore ovvero nel caso in cui i confidenti non siano stati preventivamente interrogati ovvero sentiti in sede di sommarie informazioni.

La terza interpolazione normativa riguarda il richiamo al 7° comma dell'art. 195, a mente del quale non può essere utilizzata la testimonianza di chi si rifiuta o non è in grado di indicare la persona o la fonte da cui ha appreso la notizia dei fatti che riferisce in sede di esame. Poiché al momento della decisione sulla richiesta di applicazione della misura cautelare non operano gli altri commi dell'art. 195 c.p.p., le dichiarazioni

⁹⁷ G. Spangher, *Il Giusto Processo*, AA.VV., Cedam Padova, 2001, p.415

di cui sia stata resa nota le fonte potranno essere valutate dal giudice anche se il terzo dichiarante non sarà stato preventivamente sentito ovvero anche se le dichiarazioni saranno rese dai soggetti di cui all'art. 195, 3° comma c.p.p. (e cioè persone decedute o irreperibili).

Il rinvio all'art. 192, 3° e 4° comma c.p.p. si riferisce espressamente alle dichiarazioni accusatorie rese da persone imputate del medesimo reato ovvero del reato connesso a norma dell'art. 12 c.p.p., ovvero della persona imputata di un reato collegato ai sensi dell'art. 371, 2° comma lett. b) c.p.p..

In forza di tale rinvio le predette dichiarazioni (c.d. chiamate in correità) possono integrare i gravi indizi di colpevolezza soltanto se sussistono altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità (c.d. riscontri).

Le Sezioni Unite nella nota sentenza Costantino avevano affermato che la valutazione della attendibilità delle dichiarazioni accusatorie rese dal chiamante in correità, sempre rimessa al prudente apprezzamento del giudice di merito, “deve svolgersi sotto un duplice profilo, intrinseco ed estrinseco. Sotto il primo profilo il giudice è tenuto ad apprezzarne la precisione, la coerenza interna e la ragionevolezza, nonché ad individuare il grado di interesse dell'autore, per la specifica accusa, alla stregua della sua personalità e dei motivi che lo hanno indotto a coinvolgere l'indagato, avendo riguardo alla circostanza che lo spessore della attendibilità intrinseca della chiamata, è certamente influenzato dal tipo di conoscenza acquisita dal chiamante, variando a seconda che costui riferisca vicende alle quali abbia partecipato o assistito, ovvero che abbia appreso de relato. Sotto il secondo profilo il giudice deve appurare se sussistano o non, elementi obiettivi che la

smentiscano e se la stessa, sia confermata da riscontri esterni di qualsiasi natura, rappresentativi o logici, dotati di tale consistenza da resistere agli elementi di segno opposto eventualmente dedotti dall'accusato"⁹⁸.

La stessa sentenza aveva tuttavia escluso che affinché la chiamata in correità potesse assurgere a grave indizio fosse corredata da riscontri c.d. individualizzanti e cioè riferiti in modo specifico alla posizione soggettiva del chiamato in correità⁹⁹.

Alla luce di questo orientamento giurisprudenziale si comprende come una delle finalità perseguite dal legislatore attraverso la modifica dell'art. 273 c.p.p. fosse proprio quella di superare siffatta impostazione, nel senso che una delle conseguenze derivanti dal rinvio all'art. 192, 3° e 4° comma c.p.p. è costituita dalla impossibilità di prescindere dal carattere individualizzante dei riscontri¹⁰⁰.

Siffatta impostazione non ha tuttavia trovato una piena adesione nella giurisprudenza. Infatti all'indirizzo favorevole a ritenere che le chiamate in correità possono costituire gravi indizi di colpevolezza soltanto se corroborate da riscontri *ad personam*¹⁰¹; si contrappone l'orientamento che, muovendo dalla premessa secondo cui "l'introduzione del comma 1-bis nell'art. 273 c.p.p. non ha altro effetto che quello di superare le affermazioni giurisprudenziali, secondo le quali le disposizioni dettate dal codice di rito in tema di prove non sono applicabili

⁹⁸ Cass. S.U. 21.04.1995, Costantino, in *C.E.D.*, *RV-202201*

⁹⁹ Cass. 13.06.2001, Chiofalo, in *Cass. Pen. 2003*, n° 75, secondo cui: "il riscontro alla chiamata in correità può dirsi individualizzante quando non consiste semplicemente nell'oggettiva conferma del fatto riferito dal chiamante, ma offre elementi che collegano il fatto stesso alla persona del chiamato, fornendo un preciso contributo dimostrativo dell'attribuzione a quest'ultimo del reato contestato

¹⁰⁰ G. Spangher, *op. cit.* p. 421.

¹⁰¹ Cass. 15.05.2002, La Rosa, in *Dir. Pen. Proc.*, 2002, p. 1366; Cass. 21.08.2002, Musitano, *ivi*, 2002, p. 1468

alla fase delle indagini preliminari e non sono riferibili alla valutazione dei gravi indizi di colpevolezza ai fini cautelari”, ha affermato che con la modifica legislativa introdotta dalla legge 1.03.2001, n° 63, “non è stata introdotta la regola generale secondo la quale le dichiarazioni accusatorie elevate dal coimputato nel medesimo reato, da persona imputata in un procedimento connesso, ovvero imputata di un reato collegato a quello per cui si procede ex art. 371 comma 2 lett. b) c.p.p., per essere rilevanti cautelatamente, debbono essere sostenute da riscontri individualizzanti”, e ciò in quanto verrebbe altrimenti meno “la sostanziale differenza tra prova, ai fini della responsabilità in ordine ad un determinato fatto reato e gravi indizi ai fini della emissione di una misura cautelare”¹⁰²

2.2.4 Esigenze cautelari

L’ultima condizione cui è subordinata l’applicabilità di una misura cautelare coercitiva è costituita dalla sussistenza delle esigenze cautelari.

E’ proprio l’effettiva ricorrenza nella singola fattispecie concreta di uno dei *pericula* tipizzati dall’art. 274 c.p.p. che consente di rendere compatibile “nella misura in cui evita che l’imposizione di una misura cautelare si risolva in una anticipazione della sanzione penale” l’applicazione di una misura cautelare con la presunzione di innocenza sancita dall’art. 27 Cost.

La prima esigenza cautelare tipizzata dall’art. 274 c.p.p. è costituita dal c.d. pericolo, che secondo quanto stabilisce la lett. a) della norma in esame deve essere attuale e concreto, di inquinamento delle prove.

¹⁰² Cass. 29.05.2002, Battaglia, in *Cass. Pen. 2002*, n° 1227.

Si distingue tradizionalmente tra il pericolo per l'acquisizione della prova (pericolo di occultamento) ed il pericolo per l'acquisizione della stessa in modo genuino (pericolo di alterazione)¹⁰³, e consistente nel rischio di interventi da parte dell'indagato o soppressivi di fonti probatorie reali già esistenti o impeditivi nei confronti di persone che sono fonti di prove, il tutto con particolare riguardo alle imputazioni dell'indagato medesimo.

Il pericolo *de quo* deve essere dunque identificato “in tutte quelle situazioni dalle quali sia possibile desumere, secondo la regola *dell'id quod prelumque accidit*, che l'indagato possa realmente turbare il processo formativo della prova, ostacolandone la ricerca o inquinando le relative fonti”¹⁰⁴.

L'esigenza di prevenire i rischi di dispersione e di inquinamento del materiale probatorio ha un impatto naturale nella fase delle indagini preliminari, destinata precipuamente alla raccolta delle prove, e che tende a sfumare nel corso del dibattimento quando le prove si formano nel contraddittorio delle parti. La Corte di Cassazione ha tuttavia precisato che ai fini della configurabilità della esigenza cautelare in esame è irrilevante il fatto che le indagini preliminari siano in stato avanzato o siano concluse, e ciò in quanto “il pericolo di inquinamento probatorio va valutato con riferimento sia alle prove da acquisire sia alle fonti di prova già individuate, e ciò in considerazione della spiccata valenza endoprocessuale del dato riferito alle indagini preliminari ed alla sua ridotta utilizzabilità in dibattimento”¹⁰⁵.

¹⁰³ P.Tonini, *op.cit.* p.303.

¹⁰⁴ Cass. 19.04.1995, Papa, in *C.E.D.*, *RV-202984*.

¹⁰⁵ Cass. 24.11.1997, Ibrahimi, in *C.E.D.*, *RV-209348*.

Va rilevato che a seguito della modifica dell'art. 111 Cost. e dell'entrata in vigore della legge 1.03.2001, n°63, diretta a dare attuazione ai principi enunciati dalla citata norma costituzionale in materia di processo penale, è stata ribadita la centralità del dibattimento quale sede naturale di formazione della prova nel contraddittorio delle parti anche “nella prospettiva della impermeabilità del processo, quanto alla formazione della prova, rispetto al materiale raccolto in assenza della dialettica delle parti”¹⁰⁶, con la conseguenza che le esigenze di salvaguardia della integrità della fonti orali di prova risultano accentuate, pena il sostanziale svuotamento delle dichiarazioni rese in sede di indagini preliminari non solo dagli imputati di un procedimento connesso, ma anche dai testimoni o dalle parti lese, laddove queste si rifiutino di sottoporsi ad esame nel corso del dibattimento.

Al fine di evitare abusi e distorsioni applicative l'art. 274, lett. a) c.p.p., modificato sul punto dalla legge 8.08.1995, n°232, stabilisce che gli elementi da cui desumere la sussistenza del pericolo di inquinamento della prova non possono essere costituiti dal rifiuto dell'indagato o dell'imputato di rendere dichiarazioni o nella mancata ammissione degli addebiti.

Attraverso siffatta puntualizzazione il legislatore ha inteso ribadire il principio secondo cui l'ordinamento processuale vieta di trarre dall'esercizio del diritto al silenzio qualsiasi conseguenza negativa per l'imputato, il quale non può essere considerato, per il solo fatto di aver esercitato lo *ius tacendi*,

¹⁰⁶ Corte Cost. ord. 24.10.2002, n° 453, in *Cass. Pen. 2003, n° 119*; come è noto la legge 63/2001 ha riformato il regime probatorio al fine di renderlo conforme ai nuovi principi costituzionali in tema di giusto processo, ripristinando, da un lato, l'originaria regola codicistica della inutilizzabilità probatoria degli atti formati in modo unilaterale nel corso delle indagini preliminari, e tentando dall'altro, di contemperare il diritto al silenzio dell'imputato accusatore con il diritto dell'imputato di confrontarsi con il suo accusatore)

fonte del pericolo di inquinamento delle prove; così come l'esercizio del diritto *de quo* non può risolversi in un alleggerimento dell'onere probatorio gravante sul pubblico ministero che ha formulato la richiesta tendente ad ottenere l'emissione di un provvedimento cautelare.¹⁰⁷

La seconda esigenza cautelare prefigurata dall'art. 274 c.p.p. è costituita dal pericolo di fuga, la cui rilevanza, secondo quanto stabilisce la lett. b) della norma citata, è circoscritta al caso in cui il giudice ritenga che “possa essere irrogata una pena superiore a due anni di reclusione”.

Secondo il costante e consolidato orientamento della giurisprudenza il pericolo di fuga ricorre quando “sia ravvisabile la ragionevole probabilità che l'imputato o l'indagato si sottragga agli esiti dell'esercizio della potestà di giustizia. Il concreto pericolo di fuga va dunque apprezzato in termini di probabilità ovvero di prevedibilità, da assumere con giudizio logico improntato a ragionevolezza, da elementi certi di carattere oggettivo o soggettivo attinenti alla personalità dell'imputato e non da mere presunzioni”¹⁰⁸.

In quest'ottica si è affermato che il pericolo *de quo* deve ritenersi “sussistente tutte le volte che, sulla scorta di elementi oggettivi, desumibili anche dalla natura e dalla entità degli addebiti, possa ravvisarsi la ragionevole probabilità, quindi non la mera possibilità, né l'incertezza, che l'indagato, lasciato libero, faccia perdere le sue tracce”.¹⁰⁹

¹⁰⁷ cfr. Cass. 9.07.1992, Papi, in Codice *cit.* p.725,relativamente ad una fattispecie in cui la Suprema Corte ha censurato il contenuto di un provvedimento custodiale motivato con riferimento al pericolo di inquinamento della prova

¹⁰⁸ Cass. 15.07.1993, Giovannini, in Codice, *cit.*p.729.

¹⁰⁹ Cass. 5.04.1993, Valentino, in Codice, *cit.*p.728.

Alcune incertezze si riscontrano in giurisprudenza in ordine alla possibilità di desumere il pericolo di fuga soltanto dalla entità della pena inflitta con la sentenza di primo grado o di appello: ad un primo orientamento propenso ad escludere che tale elemento sia di per sé oggettivamente idoneo a fondare l'esigenza cautelare in esame, e ciò in quanto la sua valutazione comporta un giudizio di probabilità che deve essere fondato su elementi concreti e non meramente congetturali¹¹⁰, si contrappone l'impostazione più rigorosa che tende ad attribuire un rilievo determinante all'entità della pena inflitta ed alla tipologia del reato. Sotto questo profilo si è affermato che "una condanna a 10 anni di reclusione per il delitto di associazione di tipo mafioso costituisce di per sé sola un elemento oggettivo idoneo a fondare l'esigenza cautelare di cui all'art. 274, 1° comma, lett. b) c.p.p. e ciò in quanto in tal caso vengono a concorrere due concreti e pregnanti elementi, la consistente entità della pena e l'essere il condannato inserito in una pericolosa organizzazione criminale (nella specie 'cosa nostra') caratterizzata dallo stato di clandestinità e latitanza degli appartenenti, significativi di una ragionevole ed elevata probabilità che l'imputato, se libero, si dia alla fuga"¹¹¹.

Sul punto sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹¹² le quali, con riferimento ad un procedimento definito con la condanna degli imputati per il delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p. hanno accolto la soluzione più rigorosa sotto il profilo della garanzia per l'indagato, affermando che ai fini del vaglio della sussistenza del pericolo di fuga, non può essere

¹¹⁰ Cass. 12.05.1998, Carozzo, in *Giust.Pen.*, 1999, III, c.299; Cass. 11.12.1997, Macrì, in *C.E.D.*, *RV-209897*; Cass. 22.03.1996, Occhipinti, in *C.E.D.*, *RV-204403*, Cass. 24.10.1996, Caiazza),

¹¹¹ Cass. 27.03.1998, Ciresi, in *C.E.D.*, *RV-212975*.

¹¹² Cass. S.U. 11.07.2001, Litteri, in *Cass. Pen. 2002*, n°3.

sufficiente un solo elemento come l'entità della pena inflitta in primo grado o in appello, ed aggiungendo che il pericolo *de quo* non può essere valutato in astratto, bensì in relazione a dati e circostanze attinenti al soggetto (personalità, tendenza a delinquere ed a sottrarsi ai rigori della legge, pregresso comportamento, abitudini di vita, frequentazioni, natura delle imputazioni, entità della pena presumibile o concretamente inflitta) le quali devono essere tali da far ritenere che nel caso specifico vi sia la probabilità che questo faccia perdere le proprie tracce. Tra questi elementi, osservano le Sezioni Unite: “è certamente da ricomprendersi anche la condanna a pena elevata, ma nessuno potrebbe ragionevolmente affermare che questo solo evento possa costituire una spinta psicologica alla fuga in tutti i casi, perché ciò significherebbe procedere ad una valutazione del pericolo sotto un profilo esclusivamente astratto, il che è in contrasto con la lettera della norma”. Un ulteriore argomento a sostegno di questa tesi è stato individuato dalle Sezioni Unite nel tenore letterale dell'art. 307, 2° comma lett. b) c.p.p. che, ai fini del ripristino della custodia cautelare in carcere nei confronti dell'imputato scarcerato per decorrenza dei termini, richiede non solo che sia intervenuta una sentenza di condanna, ma anche la sussistenza del pericolo di fuga: appare dunque evidente che la semplice condanna, anche se a pena elevata, non è di per sé idonea a determinare la sussistenza del pericolo *de quo*.

Mette conto infine segnalare che è stato considerato rilevante ai fini della configurabilità del pericolo di fuga il pregresso stato di latitanza dell'indagato, considerato come “elemento che assume un significativo valore sintomatico in quanto rivelatore della tendenza ostruzionistica all'esecuzione di provvedimenti

restrittivi della libertà personale e, pertanto, in posizione di potente inosservanza dei dettami della legge¹¹³.

La sussistenza del pericolo di fuga, accertato e valutato secondo i criteri sopra indicati, si configura di regola come una condizione ostativa alla applicazione degli arresti domiciliari, nonché di tutte le altre misure cautelari diverse dalla custodia in carcere.

Per ragioni di carattere logico e sistematico deve ritenersi che la sussistenza del pericolo di fuga costituisca una condizione ostativa anche alla concessione della detenzione domiciliare di cui agli art. 47 *ter*, 47 *quater*, e 47 *quinquies* della legge 26.07.1975, n°354, ancorché siffatto requisito non sia espressamente previsto dalle predette norme. Invero il fatto che l'applicazione della detenzione domiciliare costituisca, come emerge dal tenore letterale delle norme *de quibus*, sempre il risultato di una valutazione discrezionale del Tribunale di Sorveglianza induce a ritenere che tra gli elementi di giudizio rilevanti ai fini della decisione che il Tribunale deve adottare venga ad assumere rilievo anche il pericolo di fuga, con la conseguenza che la concessione della misura alternativa deve essere negata in tutti in casi in cui (salvo, per ragioni di carattere umanitario, nelle ipotesi di rinvio obbligatorio di cui all'art. 146 c.p. rispetto alle quali è applicabile la detenzione domiciliare c.d. sostitutiva del differimento di cui all'art. 47 *ter*, 1° comma *ter* legge 26.07.1975, n°354) risulti accertata l'effettiva sussistenza del pericolo che il condannato, ove ammesso a fruire della detenzione domiciliare, si renda irreperibile al fine di sottrarsi all'esecuzione della pena.

¹¹³ Cass. 18.02.1999, Pavanelli, in *C.E.D.*,RV-212860

L'ultima delle esigenze cautelari previste dall'art. 274 c.p. è costituita dal pericolo che vengono commessi determinati reati.

Affinché il pericolo *de quo* assuma rilievo ai fini della emissione di un provvedimento cautelare, occorre che sussista la rilevante probabilità che l'indagato o l'imputato possa commettere: o gravi delitti con l'uso delle armi o altri mezzi di violenza personale; o gravi delitti contro l'ordine costituzionale, ovvero delitti di criminalità organizzata; o, infine, delitti della stessa specie di quello per cui si procede (in tal caso le misure custodiali, e quindi anche gli arresti domiciliari, possono essere disposte soltanto se trattasi di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a 4 anni).

Il c.d. pericolo di recidiva deve essere desunto dalle specifiche modalità del fatto di reato e della personalità dell'autore di esso, rispetto alla quale deve essere formulato un giudizio di pericolosità in base ai precedenti penali ovvero ad atti o comportamenti concreti che il giudice ha l'onere di indicare nella motivazione del provvedimento impositivo della misura cautelare coercitiva.

Sul piano interpretativo ed applicativo la questione di maggior rilievo che si pone con riguardo alla esigenza cautelare *de qua* consiste nello stabilire se sia o meno legittima la c.d. duplice valutazione delle "specifiche modalità e circostanze del fatto": in altri termini si tratta di definire se questi elementi possano assumere rilievo soltanto ai fini della valutazione della gravità del reato per cui si procede, ovvero se il giudice possa tener conto delle modalità e circostanze del fatto anche ai fini della valutazione della personalità dell'autore, come dati

sintomatici della pericolosità sociale dell'indagato o dell'imputato.

Secondo un primo orientamento l'espressione "atti o comportamenti concreti" deve intendersi come riferita ad una condotta diversa dal reato per cui si procede, e quindi ad una condotta antecedente o successiva al reato; ne consegue che, secondo questo *modus opinandi*, le modalità e circostanze del fatto non potranno rientrare nell'ambito dei dati utilizzabili dal giudice per desumere la pericolosità sociale dell'indagato o dell'imputato¹¹⁴.

Prevale in giurisprudenza l'orientamento contrario e dunque favorevole alla tesi che ritiene legittima l'attribuzione alle modalità e circostanze del fatto di una duplice valenza, sia sotto il profilo della valutazione della gravità del reato, sia sotto il profilo dell'apprezzamento della capacità a delinquere dell'indagato. Si è così affermato che gli elementi *de quibus* "ben possono essere presi in considerazione anche per il giudizio sulla pericolosità dell'indagato, costituendo la condotta tenuta in occasione del reato un elemento specifico assai significativo per valutare la personalità dell'agente".

Ne consegue che, secondo questa impostazione, ai fini del giudizio in ordine alla sussistenza del pericolo di recidiva i comportamenti concreti da prendere in considerazione quali elementi rivelatori della pericolosità dell'indagato ben possono essere costituiti anche dalle sole modalità e circostanze del reato per cui si procede¹¹⁵.

¹¹⁴ Cass. 20.11.1996, Vallo, in *Cass. Pen.* 199 , n° 1021; Cass. 13.06.1999, D'Alessandro, in *Cass. Pen.* 2001, n° 86

¹¹⁵ Cass. 19.09.2002, Laino, in *Guida al Diritto*, 25.01.2003, p. 77; Cass. 22.01.2001, Chiofalo, in *Giust. Pen.* 2002, III, c. 571; Cass. 7.02.2000, De Core, in *C.E.D.*, RV-215403; Cass. 28.09.1999, Panetta *C.E.D.*, RV-215249

A sostegno di siffatta soluzione interpretativa vengono addotte due diverse argomentazioni.

In primo luogo si è osservato che aderendo alla tesi che nega la legittimità della doppia valutazione diverrebbe impossibile formulare una prognosi di pericolosità nei confronti dell'indagato o dell'imputato che risulti incensurato¹¹⁶.

Un ulteriore argomento a sostegno della tesi che afferma la legittimità della c.d. doppia valutazione è desumibile dall'art. 275, 2° comma *bis* c.p.p., il quale stabilisce che la custodia cautelare in carcere non può essere disposta quando il giudice ritiene che possa essere concessa la sospensione condizionale della pena. Per escludere la concedibilità del beneficio di cui all'art. 163 c.p. è sufficiente un giudizio prognostico negativo che può essere fondato anche su uno solo degli elementi indicati dall'art. 133 c.p. (e quindi anche sull'elemento indicato dall'art. 133, 1° comma n° 1 che coincide con quello delle “modalità e circostanze del fatto” di cui al citato art. 274), cosicché sarebbe irragionevole “ammettere la possibilità di applicazione della più grave delle misure cautelari sulla base del suindicato giudizio prognostico negativo, per poi pretendere che a detta applicazione non possa tuttavia addivenirsi perché lo stesso elemento posto a fondamento di quel giudizio sarebbe da considerare insufficiente ai fini di un analogo giudizio prognostico previsto da altra norma con riguardo alla generalità delle misure cautelari personali, e perciò di quelle meno gravi della custodia in carcere”¹¹⁷.

Altra questione interpretativa che si pone in ordine all'art. 274, 1° comma lett. c) c.p.p. attiene al significato da attribuire all'espressione “reati della stessa specie di quello per cui si

¹¹⁶ Cass. 22.01.2001, Chiofalo, *cit*

¹¹⁷ Cass 18.01.2001, Martino in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2001, p.291.

procede” rilevante ai fini della configurabilità del pericolo di recidiva.

Al riguardo, esclusa la possibilità che il legislatore attraverso l’espressione *de qua* abbia inteso fare riferimento alla semplice identità del *nomen iuris*, si riscontrano nella prassi applicativa due diversi orientamenti.

Secondo una prima impostazione il concetto di reati della stessa specie va inteso come riferito ai delitti che presentano “lo specifico carattere comune costituito dal bene primario posto a fondamento della fattispecie tipica ascritta all’indagato o all’imputato”¹¹⁸.

A questa impostazione si contrappone l’indirizzo proclive a identificare il concetto di reati della stessa specie con quello di reati della stessa indole di cui all’art. 101 c.p., il quale, come noto, prevede che i reati della stessa indole sono identificabili in base a due diversi criteri: quello formale (reati commessi in violazione della stessa disposizione di legge) e quello sostanziale (reati che per la natura dei fatti che li costituiscono o per i motivi che li determinano, presentano dei caratteri fondamentali comuni)¹¹⁹.

Siffatto indirizzo muovendo dalla premessa secondo cui specie ed indole dei reati sono concetti sostanzialmente identici, ritiene che la identità della specie rilevante ai fini cautelari di cui all’art. 274 cit., sia quindi ravvisabile in tutti i casi in cui i reati presentano dei caratteri fondamentali comuni o per i fatti che li costituiscono, ciò che implica una certa omogeneità dei fatti concreti sotto il profilo delle modalità di consumazione e

¹¹⁸ Cass. 10.04.2000, Piras, in *Cass. Pen.*, 2001, n°758; Cass. 6.06.1997, Pirazzini, in *C.E.D.*, RV-208387; Cass. 28.05.1998, Venditto, in *Cass. Pen.* 1997, n°1238

¹¹⁹ Cass. 5.07.2001, Vasiliu, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2001, p.1516, Cass. 21.12.1993, Moneti, *C.E.D.*, RV-196388; Cass. 9.05.1991, Talarico, in *Cass. Pen.* 1992, p. 2149.

del bene giuridico leso - o per i motivi che li determinano, ciò che implica la identità o comunque l'omogeneità dei moventi che, in concreto, hanno determinato psicologicamente la realizzazione dei reati¹²⁰.

2.3 Criteri di scelta delle misure (art. 275 e 284, c. 5 Bis)

Il potere del giudice di applicare una misura cautelare coercitiva è vincolato, in quanto subordinato alla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza e di una delle esigenze cautelari tipizzate dall'art. 274 c.p.p., non solo sotto il profilo dell'*an*, ma anche sotto il profilo del *quomodo* in quanto il giudice, dopo aver accertato la presenza delle predette condizioni di applicabilità, deve scegliere la misura cautelare da imporre all'indagato o all'imputato in base ai criteri indicati dall'art. 275 c.p.p..

Come si è visto il codice prevede una articolata tipologia di misure cautelari che presentano un grado di afflittività crescente (dal divieto di espatrio alla custodia in carcere): era dunque necessario al fine di delimitare il potere discrezionale del giudice, predeterminare i criteri cui egli deve attenersi nella scelta della misura da applicare nel caso concreto.

In sintesi si può dire che la misura cautelare da applicare deve essere:

1. adeguata alle esigenze cautelari presenti nel caso concreto;
2. proporzionata alla gravità del reato ed alla entità della sanzione che sarà irrogata;

¹²⁰ Sulla nozione di reati della stessa indole cfr. F. Mantovani *Diritto Penale Parte Generale* Cedam Padova .1992 p.662.

3. graduata in modo da circoscrivere l'ambito di operatività della custodia in carcere ai soli casi in cui ogni altra misura risulti inadeguata¹²¹.

Il primo criterio di scelta enunciato dall'art. 275 c.p.p. è costituito dal canone dell'adeguatezza. In forza di questo criterio il giudice deve valutare la specifica idoneità di ciascuna misura "in relazione alla natura ed al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto". Come è stato autorevolmente osservato in dottrina il criterio dell'adeguatezza impone al giudice di scegliere "la misura meno gravosa per l'imputato, tra quelle di per sé idonee a fronteggiare" le esigenze cautelari¹²², e dunque postula che vi sia "piena corrispondenza funzionale tra la misura da adottare ed il pericolo che si vuole evitare"¹²³.

Sul piano applicativo va rilevato che ai fini della valutazione dell'adeguatezza della misura occorre tener conto della "prognosi di spontaneo adempimento da parte dell'indagato degli obblighi e delle prescrizioni che a detta misura cautelare siano eventualmente collegati"¹²⁴.

Costituiscono espressione del criterio di adeguatezza le precisazioni introdotte nel testo dell'art. 275 c.p.p. dalla legge 26.03.2001, n°128 (c.d. pacchetto sicurezza). Si tratta dell'art. 275, 1° comma *bis* c.p.p. secondo cui il giudice chiamato a valutare la sussistenza delle esigenze cautelari deve tener conto anche "dell'esito del procedimento, delle modalità del fatto e

¹²¹ P. Tonini *op.cit.* p.304

¹²² V. Grevi, *Misure Cautelari*, AA.VV. *Profili del Nuovo Codice di Procedura Penale*, Cedam Padova, 1990, p. 198.

¹²³ P. Tonini, *op. cit.*, p. 304.

¹²⁴ Cass. 14.01.1999, Brescia *C.E.D.,RV-212294* -nella fattispecie la Corte ha ritenuto adeguatamente motivata la applicazione della custodia cautelare in carcere, in luogo della meno gravosa misura degli arresti domiciliari, avendo il giudice di merito fatto riferimento a precedenti violazioni da parte dell'indagato degli obblighi della sorveglianza speciale

degli elementi sopravvenuti, dai quali possa emergere che, a seguito della sentenza” risulti o l’esistenza del pericolo di fuga o del pericolo di reiterazione del reato.

Come è stato osservato in dottrina la norma presenta un valore meramente simbolico, se non addirittura pleonastico, in quanto si limita ad “esplicitare quei parametri valutativi che il giudice deve comunque adoperare nel giudizio relativo alle esigenze cautelari”¹²⁵, limitandosi a ricordare al giudice “che nel valutare le esigenze cautelari in caso di condanna, può tener conto anche dell’esito del procedimento”¹²⁶.

A tale norma si aggiunge l’art. 275, 2° comma *ter* c.p.p. il quale stabilisce, con riferimento all’ipotesi in cui venga pronunciata in secondo grado una sentenza di condanna, che in presenza di determinate condizioni il giudice deve comunque applicare una misura cautelare personale.

L’operatività della norma *de qua* è subordinata alla ricorrenza delle seguenti condizioni:

- 1) che l’imputato sia stato condannato per uno dei delitti di cui all’art. 380, 1° comma c.p.p. (trattasi, come è noto dei delitti per i quali è previsto l’arresto obbligatorio in flagranza);
- 2) che l’imputato abbia commesso, nei cinque anni precedenti, un delitto della stessa indole rispetto a quello per il quale è stato condannato;
- 3) che sussiste a seguito della condanna una delle esigenze cautelari di cui all’art. 274, 1° comma, lett. b) e c) c.p.p., valutate alle luce dell’esito del procedimento, delle modalità del fatto e degli elementi sopravvenuti.

¹²⁵ P. Tonini, *op. cit.*, p. 305.

¹²⁶ F. De Leo, in AA.VV. *Processo penale: nuove norme sulla sicurezza dei cittadini*, Giuffrè, Milano, 2002 pag. 24.

In dottrina non sono mancate pungenti osservazioni critiche nei confronti della norma in esame. Si è infatti rilevato che la regola secondo cui in presenza delle predette condizioni il giudice debba “sempre” applicare la misura cautelare “tradisce una bancarotta della logica. Perché se vi sono esigenze cautelari la misura va emessa sempre, anche quando la condanna di appello non riguarda quei reati e quei soggetti. Se invece si vuol dire, come psicanalizzando il legislatore si è indotti a pensare, che quando la condanna d’appello riguarda quei reati e quei soggetti le misure vanno disposte sempre, allora la norma introduce un automatismo incostituzionale. La conclusione è che se si dà alla norma una interpretazione che ne salvi la legittimità costituzionale, essa non significa nulla più di quanto dice il nuovo comma 1-bis dell’art. 275, pure esso introdotto dalla legge 128, il quale enuncia regole di giudizio a cui deve uniformarsi il giudice quando esamina le esigenze cautelari in una sentenza di condanna”¹²⁷.

Il canone della proporzionalità è diretto ad assicurare l’effettivo rispetto del principio secondo cui, anteriormente al passaggio in giudicato della sentenza di condanna, la limitazione della libertà della persona sottoposta a procedimento penale deve essere circoscritta ai soli casi in cui ciò sia strettamente necessario.

A tal fine l’art. 275, 2° comma c.p.p. dispone che “ogni misura deve essere proporzionata alla entità del fatto e alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata”.

Costituisce espressione del criterio *de quo* il principio, enunciato dall’art. 275, 2° comma *bis* c.p.p., in forza del quale la misura custodiale (quindi anche gli arresti domiciliari) non

¹²⁷F. De Leo, *op. cit.*, p. 23

può essere disposta quando sia prevedibile che al momento della sentenza di condanna potrà essere concesso all'imputato il beneficio della sospensione condizionale della pena. Come è noto il beneficio *de quo* può essere concesso quando la pena inflitta non supera i due anni (due anni e sei mesi se si tratta di una persona avente un'età compresa tra i 18 ed i 21 anni, ovvero superiore ai 70) ed il giudice, sulla base di una prognosi formulata con riferimento ai parametri di cui all'art. 133 c.p., ritenga che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati.

E' appena il caso di sottolineare l'elevato grado di problematicità che, in concreto, caratterizza l'applicazione di questo criterio: il giudice della cautela è infatti chiamato ad valutare, sulla base degli elementi di prova adottati dal pubblico ministero ex art. 291 c.p.p., non solo se nei confronti dell'indagato potrà essere pronunciata una sentenza di condanna, ma anche se sussistono le condizioni per la concessione della sospensione condizionale della pena (decisione che il giudice della cognizione può assumere anche sulla base di elementi non conoscibili dal giudice della cautela quale la condotta processuale dell'imputato che ha reso piena confessione dei fatti a lui ascritti).

Deve viceversa ritenersi irrilevante il fatto che l'indagato o l'imputato, una volta passata in giudicato la sentenza di condanna, possa beneficiare della c.d. sospensione dell'esecuzione della pena di cui all'art. 656, 5° comma c.p.p.¹²⁸.

Invero, a prescindere dalla mancanza di qualsiasi previsione normativa che autorizzi il giudice della cautela a tener conto degli effetti ricollegabili alla predetta norma, va

¹²⁸ Cass. 5.11.1998, Markolaj, in *Cass. Pen. 2000*, n° 610.

rilevato che la sospensione dell'esecuzione, *rectius* dell'esecuzione dell'ordine di carcerazione, prevista dalla citata norma processuale è funzionale a mettere in condizione il condannato, che deve espiare una pena inferiore a tre anni, di chiedere l'applicazione di una delle misure alternative alla detenzione previste dagli artt. 47 e segg della legge 26.07.1975, n° 354, applicazione che è rimessa alla decisione del Tribunale di Sorveglianza e che costituisce espressione di una valutazione discrezionale la quale, in quanto prevalentemente incentrata su dati ed elementi di natura personologica, non può in alcun modo essere anticipata dal giudice della cautela.

Si potrebbe ravvisare una sorta di discrasia nella diversità di trattamento nella fase delle indagini preliminari o del dibattimento rispetto alla fase dell'esecuzione della pena per quanto attiene alla donna incinta o madre di prole di con età inferiore all'anno. Infatti, può succedere che il giudice, motivando che "sussistono esigenze cautelari di eccezionale rilevanza", disponga la misura della custodia cautelare in carcere anche nei confronti di donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni uno, pur sapendo che in caso di condanna la pena o verrà differita in base all'art. 146 1° comma n° 1 e 2 o verrà espiata in forma di detenzione domiciliare in base all'art. 47 *ter* 1° comma lettera a) o in base all'art. 47 *ter* 1° comma *ter* O.P., sicuramente comunque non verrà espiata in carcere. Una scelta di questo genere altera sicuramente l'equilibrio a cui sembra improntato il nostro ordinamento in merito al coordinamento tra la fase cautelare e quella esecutiva, non bisogna però dimenticare che il giudice della cautela si pone come primo obiettivo quello di far fronte alle esigenze cautelari, per cui certe volte difronte ad indagate che si

autodefiniscono “ladre di professione” non può fare a meno di disporre la custodia cautelare in carcere, sacrificando i diritti della maternità e dell’infanzia, poiché ravvisa un’altissima probabilità che se libere o agli arresti domiciliari, anche se incinte o con figlio di età inferiore all’anno torneranno a commettere furti.

Il terzo ed ultimo criterio di scelta tipizzato dall’art. 275 c.p.p. è costituito dal canone della gradualità. In forza di questo criterio la custodia cautelare in carcere rappresenta, nell’ambito delle misure cautelari previste dalla legge, l’*extrema ratio*, ed in quanto tale deve essere applicata soltanto nel caso in cui ogni altra misura risulti inadeguata.

Un’eccezione a questa regola è prevista dal 3° comma dell’art. 275 c.p.p. con riguardo a delitti in materia di criminalità organizzata: in questo caso, una volta accertata la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza è sempre applicata la custodia in carcere “*salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari*”. Il presupposto dell’art. 275, 3° comma c.p.p. “è quello secondo cui chi è raggiunto da gravi indizi di colpevolezza in ordine ad un reato di matrice mafiosa è, per definizione, pericoloso e quindi professionalmente proteso alla commissione di fatti criminosi”¹²⁹.

La norma si fonda su una duplice presunzione: la prima derivante dall’accertata sussistenza dei gravi indizi, ha per oggetto la sussistenza delle esigenze cautelari (trattasi di presunzione relativa in quanto può essere vinta dalla acquisizione di elementi dai quali emerga che in concreto non sussistono tali esigenze); la seconda, scaturente anch’essa

¹²⁹ Cass. 18.01.2000, Basile, in *Cass. Pen. 2001*, n° 756.

dall'accertata sussistenza del presupposto di cui all'art. 273 c.p.p., ha per oggetto la misura cautelare da applicare all'indagato o all'imputato che può essere costituita soltanto dalla custodia in carcere (c.d. presunzione di adeguatezza esclusiva dalla misura *de qua*), con la conseguenza che il giudice non dispone di alcun potere di apprezzamento discrezionale in ordine alla scelta della misura¹³⁰.

Costituiscono espressione del criterio di gradualità “ ma in parte anche del principio di adeguatezza” le norme che vietano di applicare, salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, la custodia in carcere nei confronti di determinate categorie di persone.

Le categorie soggettive prese in considerazione dall'art. 275 c.p.p., che sul punto è stato modificato dalla legge 12.07.1999, n°231, sono le seguenti:

- 1) donna incinta o madre di prole di età inferiore a tre anni con lei convivente;
- 2) padre, qualora la madre sia deceduta, ovvero sia assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole;
- 3) persona che ha superato il settantesimo anno di età;
- 4) persona che versi in condizioni di salute particolarmente gravi.

E' agevole osservare che si tratta delle stesse categorie di persone che possono beneficiare della detenzione domiciliare ex art. 47 *ter* 1° comma legge 26.07.1975, n° 354, o della

¹³⁰ Cass. S.U. 5.10.1994, Demitry secondo cui: “in presenza di gravi indizi di colpevolezza per uno dei reati indicati nell'art 275.3°comma c.p.p. deve essere senz'altro applicata la misura della custodia in carcere, senza necessità di accertare le esigenze cautelari che sono presunte dalla legge. Ne consegue che al giudice di merito incombe soltanto l'obbligo di dare atto della inesistenza di elementi idonei a vincere tale presunzione, mentre l'onere di motivazione diventa più oneroso nell'ipotesi in cui l'indagato o la sua difesa abbiano evidenziato elementi idonei a dimostrare l'insussistenza delle esigenze cautelari, dovendosi allora addurre, o, quanto meno, dedurre gli elementi di fatto sui quali la prognosi positiva può essere fatta”

detenzione domiciliare c.d. sostitutiva del differimento di esecuzione della pena, di cui all'art. 47 *ter* 1° comma *ter* legge cit. (mette conto tuttavia precisare che ai fini dell'applicazione della detenzione domiciliare, l'ambito di tali categorie soggettive è definito, al fine di contribuire a fronteggiare il fenomeno del sovraffollamento carcerario, con criteri assai più ampi: ad esempio la detenzione domiciliare può essere applicata anche alla madre di prole di età inferiore a 10 anni), ovvero della detenzione domiciliare c.d. speciale prevista dall'art. 47 *quater*, della legge 26.07.1975, n°354 introdotto anch'esso dalla citata legge 12.07.1999, n°231 e destinato ad operare nei confronti dei soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria.

Alle predette categorie deve aggiungersi quella dei tossicodipendenti o alcooldipendenti che abbiano in corso un programma terapeutico di recupero presso i servizi pubblici per l'assistenza ai tossicodipendenti, ovvero nell'ambito di una struttura organizzata, e l'interruzione del programma può pregiudicare la disintossicazione dell'imputato; anche nei confronti dei soggetti *de quibus*, secondo quanto dispone l'art. 89, 1° comma del DPR 309/1990, la custodia in carcere può essere applicata soltanto se ricorrono esigenze cautelari di eccezionale rilevanza.

Secondo l'indirizzo giurisprudenziale prevalente le esigenze cautelari che consentono di superare il divieto di applicazione della custodia in carcere “non possono identificarsi con quelle presunte per legge derivanti dal titolo del reato, ai sensi del precedente comma 3° del medesimo art. 275 c.p.p., né farsi derivare dalla semplice constatazione che l'imputato ha subito precedenti condanne, ma postulano

l'esistenza di puntuali e specifici elementi dai quali emerga un non comune, spiccatissimo ed allarmante rilievo dei pericoli ai quali fa riferimento l'art. 274 c.p.p.¹³¹.

In sostanza le esigenze *de quibus* potranno e dovranno essere individuate in comportamenti posti in essere dall'imputato che, per le loro caratteristiche soggettive ed oggettive, dimostrino l'assoluta ed irrimediabile efficacia delle altre misure cautelari (reiterato allontanamento dal luogo di esecuzione degli arresti domiciliari, ripetuti tentativi di intimidire o corrompere i testimoni, specifiche modalità della condotta delittuosa che siano di per sé idonee ad evidenziare una particolare ferocia o brutalità dell'agente).

Mediante il divieto di applicare, se non allorquando si profilano le situazioni sopra richiamate, nei confronti delle suddette categorie soggettive la custodia in carcere il legislatore ha inteso vincolare in *bonam partem* il potere discrezionale del giudice in merito alla scelta della misura cautelare da imporre all'indagato al fine di assicurare una adeguata tutela ad interessi di rilievo costituzionale come il diritto alla salute (art. 32 Cost.) o la protezione della maternità e dell'infanzia (art. 31 Cost).

Occorre tuttavia precisare che nei confronti delle persone che hanno superato il settantesimo anno di età il divieto di applicare la custodia in carcere prescinde dal fatto che il condannato sia affetto da patologie più o meno gravi e trova la sua *ratio essendi* nella minor pericolosità che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, connota la personalità di soggetti in età avanzata a causa dell'inevitabile scadimento delle facoltà fisiche e psichiche dell'uomo¹³².

¹³¹ Cass. 18.01.1995, Vetrano; Cass. 12.09.1996, Jovanovic, in Codice, cit. p. 762.

¹³² Cass. 7.04.1993, Anzalone; in Codice, cit. p.761; Cass. 21.10.1999, Alvaro, in Cass. Pen. 2001, n° 904, ove si puntualizza che “in materia di misure cautelari la presunzione di cui al comma 3° dell'art. 275 c.p.p., che impone l'applicazione

Nei confronti dell'indagato o dell'imputato appartenente ad una di queste categorie sarà di norma applicata la misura cautelare degli arresti domiciliari; così come la pena inflitta con la sentenza irrevocabile sarà di norma espiata nella forma della detenzione domiciliare ex art. 47 *ter* della legge 26.07.1975, n°354 (ad eccezione del condannato tossicodipendente al quale può essere applicata, in caso di pena residua inferiore a 4 anni, la misura alternativa dell'affidamento terapeutico ex art. 94 TULS).

Più articolata è la disciplina prevista per i soggetti che versano in gravi condizioni di salute.

La regola generale è nel senso che nel caso in cui le condizioni di salute dell'indagato o dell'imputato risultino incompatibili con lo stato di detenzione non può essere applicata la custodia in carcere salvo che, come già visto, ricorrano esigenze cautelari di particolare rilevanza e sia possibile fronteggiare la patologia di cui soffre l'indagato o l'imputato presso idonee strutture penitenziarie; altrimenti (cioè se l'istituto penitenziario non dispone di idonee strutture penitenziarie e la prosecuzione dello *status detentionis* sia suscettibile di pregiudicare la salute dell'indagato e degli altri detenuti), il giudice dovrà disporre gli arresti domiciliari presso un luogo di cura, ovvero, se si tratta di persona affetta da AIDS

della custodia in carcere quando sussistono gravi indizi in ordine a determinati reati e non risultano acquisiti elementi che escludano l'esistenza di esigenze cautelari, è opposta a quella fissata dal 4° comma del citato articolo, che esclude l'applicabilità della custodia in carcere nei confronti di chi ha superato l'età di 70 anni, a prescindere dalle condizioni di salute in cui versa, salvo la sussistenza di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza. La seconda presunzione, in *bonam partem*, essendo dotata di maggiore specificità prevale sulla prima, in *malam partem*. Da ciò deriva che per applicare la custodia in carcere ad un ultrasessantenne, il giudice deve valutare come eccezionali le esigenze cautelari, anche quando sussistano gravi indizi in ordine ai reati di cui al comma 3° dell'art. citato, dandone specifica ed adeguata motivazione, e che, nell'assenza di siffatte eccezionali esigenze, ossia in presenza di esigenze cautelari tipiche o normali, è poter-dovere del giudice disporre misure cautelari coercitive meno afflittive della custodia in carcere”

conclamata o da grave deficienza immunitaria “presso le unità di malattie infettive ospedaliere o universitarie” art. 275 4° comma *ter*).

Tuttavia la custodia in carcere può essere applicata se i soggetti *de quibus* dopo aver ottenuto la concessione di una misura cautelare diversa dalla custodia in carcere commettono uno dei reati compresi nell’ambito di applicazione dell’art. 380 c.p.p. in relazione al quale il pubblico ministero abbia esercitato l’azione penale o sia stata disposta l’applicazione di un misura cautelare. Non è dunque sufficiente, al fine di giustificare l’applicazione della custodia in carcere l’instaurazione di un nuovo procedimento penale anche per fatti di non trascurabile gravità, ma occorre che per il nuovo reato il pubblico ministero abbia chiesto il rinvio a giudizio, ovvero che sia stata disposta una qualsiasi altra misura cautelare, ciò che richiede un vaglio giurisdizionale in merito alla fondatezza ed alla consistenza dell’accusa. Allorquando si profila tale ipotesi assumono una incidenza preponderante le esigenze di tutela della collettività connesse alla necessità di neutralizzare la proclività a delinquere della persona malata che, pur beneficiando di un trattamento di favore in ragione delle condizioni di salute, ha tuttavia continuato a commettere reati¹³³.

Sul versante dell’esecuzione della pena situazioni come queste di incompatibilità con lo stato di detenzione o perché non trattabili all’interno della struttura carceraria o perché si ravvisa un’alta probabilità di peggioramento se non viene disposta la scarcerazione si risolvono con la concessione della detenzione domiciliare ai sensi dell’art. 47 *ter* 1° comma lettera

¹³³F. Nuzzo *Il regime della custodia cautelare in carcere e la tutela della salute in base alla disciplina della L. 12.07.1999, n° 231*, in Cass. Pen. 2000, ppag. 773 e segg..

c), se la pena da scontare è inferiore a quattro anni, oppure la detenzione domiciliare sostitutiva del differimento pena facoltativo alla pena ai sensi dell'art. 47 *ter* 1° comma *ter*.

L'art. 275 4° comma *quinquies* detta una norma di chiusura in virtù della quale la custodia in carcere non può comunque essere disposta “quando la malattia si trova in una fase così avanzata da non rispondere più, secondo le certificazioni del servizio sanitario penitenziario o esterno, ai trattamenti disponibili ed alle terapie curative”. Si può osservare che la norma *de qua* prevede una sorta di incompatibilità assoluta tra condizioni di salute dell'indagato o dell'imputato e regime detentivo che appare preclusiva, in ossequio anche al principio enunciato dall'art. 32 Cost., alla applicazione della custodia in carcere anche nei casi di cui al 4° comma-*quater* della stessa norma.

Come è stato osservato in dottrina “la ragione ispiratrice della disposizione deve essere colta nella *pietas* verso persone che, in conseguenza della devastazione organica prodotta dalla malattia, non ricevono più alcun beneficio dalle cure praticate, talché sarebbe contrario alla civiltà ed al senso di umanità la presenza in un istituto penitenziario di cittadini colpiti da mali con poche possibilità di guarigione. Ciò vale in ogni caso, come si desume dall'avverbio “comunque”, che serve ad estendere la previsione a tutte le ipotesi astrattamente sussumibili nella norma, benché ricorrano le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza o le specifiche esigenze di sicurezza speciale di cui al comma 4 *ter*”¹³⁴.

Volendo fare un ulteriore parallelismo con l'esecuzione della pena, norma di chiusura durante la fase esecutiva mi

¹³⁴F. Nuzzo, *op. cit.* pag. 780.

parrebbe l'art. 146 c.p. che dispone il differimento obbligatorio della pena.

In questo caso, come abbiamo già visto, le condizioni di salute sono così gravi, che anche la concessione della detenzione domiciliare cosiddetta umanitaria, sembra contraria al senso di umanità.

Dalla ricostruzione del sistema normativo sopra effettuata emerge l'importanza centrale che assume il concetto di incompatibilità tra condizioni di salute dell'indagato o dell'imputato e regime detentivo: l'incompatibilità costituisce infatti una ragione ostativa all'applicazione della custodia in carcere che sarà di regola sostituita con la misura meno afflittiva degli arresti domiciliari, la quale si configura come lo strumento maggiormente idoneo a realizzare un adeguato bilanciamento tra le tutela del diritto alla salute e le esigenze cautelari che si profilano nell'ambito del procedimento.

Con riguardo alle condizioni di salute il legislatore ha operato un distinzione in funzione della natura della patologia da cui risulta affetto l'indagato o l'imputato, dedicando una attenzione particolare alle persone affette dal virus dell'HIV e ciò in seguito all'intervento della Corte Costituzionale che, con la sentenza del 18.10.1995, n°439 aveva dichiarato l'illegittimità dell'art. 286 *bis* c.p.p. che in deroga all'art. 275, 4° comma c.p.p. contemplava un regime di favore nei confronti di soggetti *de quibus*, sancendo l'assoluta incompatibilità con lo stato di detenzione nel caso di AIDS conclamata o di grave deficienza immunitaria, anche nel caso in cui sussistevano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza e l'applicazione

della misura potesse avvenire senza pregiudizio per la salute del soggetto e quella di altri detenuti¹³⁵.

L'incompatibilità con il regime detentivo sussiste sempre nel caso di persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria accertata secondo i parametri di cui all'art. 286-*bis* c.p.p.; il 2° comma di questa norma rimette all'autorità amministrativa il compito di definire i casi di AIDS conclamata e di grave deficienza immunitaria e di stabilire le procedure diagnostiche per il loro accertamento.

In attuazione di quanto disposto dalla citata norma è stato emanato il D.M. 21.10.1999 il quale prevede:

- a) che il caso di AIDS conclamata ricorre nelle situazioni indicate nella circolare del Ministero della Sanità del 29.04.1994;
- b) che il caso di grave deficienza immunitaria ricorre nelle seguenti ipotesi: b1) quando il numero di linfociti TCD4+ è inferiore o pari a 200 mmc, come valore ottenuto in almeno due esami consecutivi effettuati a distanza di 15 giorni l'uno dall'altro; b2) quando il paziente presenta l'indice di *Karnofsky* pari al valore di 50.

Al di fuori del caso in cui l'indagato o l'imputato risulti affetto dal virus dell' HIV, le gravi condizioni di salute che danno luogo ad una situazione di incompatibilità tra condizioni di salute e regime detentivo si profilano quando il soggetto contro cui si procede risulta affetto da quelle patologie "che a prescindere dalla posizione in *vinculis* del paziente si oggettivizzano da sole, assumono una propria autonomia e sono connotate, oltre che dalla gravità, dalla insuscettibilità di essere

¹³⁵ In *Giuris. Cost.* 1995, pag, 3445.

curate in costanza di detenzione, per non essere praticabili i normali interventi diagnostici e terapeutici in ambiente carcerario, intendendosi per tale anche quello costituito dai centri clinici della amministrazione penitenziaria”, mentre sono irrilevanti ai fini *de quibus* quelle patologie che “ancorchè marcate sono, per così dire, connaturali alla privazione della libertà personale, quali la sindrome ansioso-depressiva”¹³⁶.

Meno rigorosa è la posizione assunta da parte della dottrina secondo cui la particolare gravità delle condizioni di salute va intesa non come assoluta incompatibilità con la detenzione carceraria, ma come condizione di rilevante pregiudizio in relazione ai necessari interventi terapeutici, con la precisazione che le cure necessarie ad una persona detenuta “sono non soltanto quelle dirette alla risoluzione – ove possibile- della malattia ma anche quelle tendenti al controllo della stessa, onde evitare un peggioramento: in altri termini, il diritto alla salute deve essere preservato disponendo l’uscita del soggetto dall’ambiente carcerario, nei casi in cui le terapie interne non possano condurre alla eliminazione delle patologie o quando esse, lungi dal comportare un miglioramento, determinano addirittura un aggravamento”¹³⁷.

Con riguardo agli aspetti procedurali va richiamata la disciplina dettata dall’art. 299, 4° comma *ter* c.p.p. secondo cui quando il giudice non è in grado di decidere allo stato degli atti “dispone anche d’ufficio e senza formalità accertamenti sulle condizioni di salute e su altre qualità personali dell’indagato”; tuttavia nel caso in cui “la richiesta di revoca o di sostituzione della custodia cautelare in carcere è basata sulle condizioni di salute di cui all’art. 275, comma 4 *bis*, ovvero se tali condizioni

¹³⁶ Cass. 18.01.2000, Basile in *Cass. Pen. 2001*, n° 756.

¹³⁷ F. Nuzzo *op. cit.* p. 776.

di salute sono segnalate dal servizio sanitario penitenziario, o risultano in altro modo al giudice, questi, se non ritiene di accogliere la richiesta sulla base degli atti” deve disporre l’espletamento di una perizia.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno precisato che il giudice, dopo aver verificato che la richiesta è fondata sulla prospettazione di una condizione di salute rilevante ai sensi dell’art. 275 c.p.p., ha l’obbligo di disporre l’espletamento di una perizia¹³⁸.

Alla luce del principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite deve chiedersi se di fronte alla reiterata proposizione di

istanze *de libertate* fondate su motivi di salute prospettate in termini di incompatibilità con il regime carcerario il giudice, salvo che si tratti della prima istanza, sia sempre e comunque tenuto a disporre l’espletamento di una perizia ovvero sia legittimato ad operare una selezione.

Nel caso in cui dopo che un precedente accertamento peritale ha escluso la sussistenza di una situazione di incompatibilità tra le condizioni di salute dell’indagato e lo *status detentionis*, e l’interessato avanzi, magari a breve distanza di tempo, una ulteriore istanza di sostituzione della custodia in carcere con la custodia domiciliare, senza addurre la sopravvenienza di nuove patologie o comunque l’aggravamento delle condizioni cliniche suscettibili di modificare il giudizio espresso nella perizia, appare del tutto ragionevole escludere che il giudice sia tenuto a disporre una nuova perizia.

¹³⁸ Cass. S.U. 10.03.1999, Femia, in *C.E.D.*, *RV-212755*.

Non può infatti pensarsi, allorquando sia stata già disposta una perizia e la nuova richiesta non sia fondata su un concreto mutamento *in peius* del quadro clinico, che ogni deduzione di incompatibilità delle condizioni di salute con il regime carcerario possa comportare per il giudice l'obbligo di nominare un perito.

Una disposizione particolare in ordine ai criteri di applicazione degli arresti domiciliari è dettata dall'art 284, 5° comma *bis* c.p.p., introdotto nel codice di rito dal d.l. 24.11.2000, n°341, conv. nella legge 19.01.2001, n°4, e successivamente modificato dalla legge 26.03.2001, n°128 (c.d. pacchetto sicurezza).

La norma citata esclude che possano essere concessi gli arresti domiciliari “a chi sia stato condannato per il reato di evasione nei cinque anni precedenti il fatto per il quale si procede”.

Come è stato puntualmente osservato la norma introduce una presunzione legale in merito all'esistenza dell'esigenza cautelare del pericolo di fuga, “giustificata dal pregresso comportamento, giudizialmente accertato, atto a confermare un giudizio prognostico di inaffidabilità in relazione all'osservanza delle prescrizioni previste dall'art. 284 c.p.p.”¹³⁹

La *ratio* della norma risponde alla necessità di escludere l'applicazione degli arresti domiciliari all'indagato o imputato che “in precedenza abbia dimostrato scarsa capacità di adeguarsi alle restrizioni della libertà personale imposte dall'ordinamento, evidenziando in tal modo una particolare

¹³⁹ Cass. 18.04.2002, Presta, in *Dir. Pen. Proc.*, 2003, pp.311 e segg., con commento di Alonzi.

propensione a disobbedire alle regole della convivenza sociale, e, quindi, un'elevata pericolosità"¹⁴⁰.

L'applicabilità della norma, che priva il giudice dell'autonomo potere di valutare l'adeguatezza della misura descritta dall'art. 284 c.p.p., presuppone che l'indagato o l'imputato sia stato condannato, nei cinque anni precedenti il fatto per cui si procede, per il delitto di evasione. Non è dunque sufficiente che l'indagato abbia commesso un fatto punibile ai sensi dell'art. 385 c.p., ma occorre che la sentenza di condanna per il delitto di evasione sia divenuta irrevocabile (e proprio dalla data della irrevocabilità inizierà a decorrere il termine di 5 anni previsto dalla norma); mentre in mancanza di tale requisito potrà eventualmente trovare applicazione la disciplina dettata dall'art. 276, 1° comma *ter* c.p.p.¹⁴¹.

Viene in mente l'analoga preclusione, questa volta triennale, per la concessione della detenzione domiciliare al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una misura alternativa (art. 58 *quater* 2° comma)

Ai fini della sussistenza delle condizioni di operatività della preclusione stabilita dall'art. 284, 5° comma *bis* c.p.p. ci si è chiesti se la nozione di sentenza di condanna sia tale da ricomprendere anche le decisioni emesse all'esito del rito speciale disciplinato dagli artt. 444 e segg. c.p.p. (applicazione della pena su richiesta della parti).

¹⁴⁰ F. Rigo, *La modifica dell'art. 278 c.p.p.* in AA.VV. *Processo Penale: nuove norme sulla sicurezza dei cittadini*, Cedam, Padova, 2001, p.159, ove si puntualizza che la norma è fondata sul valore sintomatico che assume la commissione del delitto di evasione, quale "espressione della incapacità del soggetto agente di conformarsi volontariamente ai divieti impostigli e di prestare quella collaborazione richiesta da una misura che, rispetto alla custodia cautelare in carcere, non comporta una così penetrante compressione della sfera individuale della libertà personale e che ha come unico deterrente alla violazione delle prescrizioni ad essa inerenti forme di controllo scarsamente incisive" p.160)

¹⁴¹ F. Rigo, *op. cit.* pp. 162 - 163.

Il problema ha ragione di porsi stante il contrasto che si riscontra tra la dottrina e la prevalente giurisprudenza in merito alla natura della sentenza di “patteggiamento”. Infatti mentre la giurisprudenza tende ad escludere che la sentenza di applicazione della pena sia riconducibile al *genus* delle sentenze di condanna in quanto non costituisce espressione di un giudizio di colpevolezza in ordine ai fatti oggetto ascritti all'imputato e non contiene pertanto un giudizio diretto all'accertamento della sussistenza del fatto e finalizzato alla dichiarazione della responsabilità dell'imputato¹⁴²; la dottrina quasi unanime ritiene che non sia compatibile con i principi costituzionali l'irrogazione di una pena senza un previo accertamento, sia pur sommario, della colpevolezza dell'imputato¹⁴³.

Non è questa la sede per approfondire una tematica che rappresenta sicuramente uno dei *clivages* più dibattuti e controversi tra dottrina e giurisprudenza in merito all'intera materia dei riti speciali; ai fini che qui interessano è tuttavia sufficiente osservare che la soluzione estensiva (e cioè quella che considera rilevante ai fini dell'operatività della preclusione *de quo* anche la sentenza di patteggiamento) appare maggiormente rispondente alla *voluntas legis* ed alla finalità

¹⁴² Cass. S.U. 26.02.1997, Bahrouni, in *Dir. Pen. Proc.* 1997, p. 1484; Cass. S.U. 25.11.1998, Messina, in Cass. Pen. 1999, p. 11746; Cass. S.U. 27.05.1998, Bosio, in Cass. Pen. 1998, p.2897).

¹⁴³ G. Lozzi *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, in AA.VV. “Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena”, Giuffrè Milano, 2002, pp.241 e segg.; cfr. anche Corte Cost. 2.07.1990, n°313, in *Foro It.* 1990, I, c. 2385, spec. c. 2399 ove si precisa che “ancora una volta va richiamato il modello generale di sentenza di cui all'art 546 c.p.p. e le prescrizioni dettate dalla lett.e) del 1° comma, dove si esige che il giudice indichi le prove che intende porre a base della sua decisione ed enunci le ragioni per le quali non ritiene attendibili le prove contrarie. Dal che si evince che anche la decisione di cui all'art 444 c.p.p., quando non è decisione di proscioglimento, non può prescindere dalla prova della responsabilità”

sanzionatoria che il legislatore ha inteso imprimere al meccanismo preclusivo di cui all'art. 284, 5° comma *bis* c.p.p..

Sul piano applicativo va ricordato un recente intervento con cui la Corte di Cassazione ha escluso che il meccanismo preclusivo delineato dall'ultimo comma dell'art. 284 c.p.p. possa operare nei confronti dei soggetti di cui all'art. 89 del DPR 309/1990¹⁴⁴.

Ad avviso della Suprema Corte la ragione principale per cui deve ritenersi che la norma in esame sia applicabile ai soggetti di cui all'art. 89 cit. consiste nel fatto che quest'ultima norma è diretta a salvaguardare la salute ed il recupero del tossicodipendente, di talché sarebbe “singolare che la custodia cautelare in carcere venisse subordinata, per il tossicodipendente che abbia accettato il programma di recupero, all'esistenza di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, e che, per converso venisse consentita la forma più afflittiva di custodia cautelare nel caso di chi, indipendentemente dalla gravità delle esigenze cautelari, avesse riportato condanna per il reato indicato, significativo dell'esistenza di una esigenza cautelare ma non certo di per sé considerata di eccezionale rilevanza”. D'altra parte, conclude la Cassazione, siffatta interpretazione rappresenta “l'unica che possa ritenersi conforme ai principi costituzionali di tutela della salute (art. 32 della Costituzione) che potrebbe essere seriamente pregiudicata dalla interruzione o dal mancato avvio del programma di recupero”¹⁴⁵.

Siffatta impostazione, nella misura in cui ridefinisce in senso restrittivo l'ambito di operatività della preclusione dettata dall'ultimo comma dell'art. 284 c.p.p., appare senza dubbio

¹⁴⁴ Cass. 18.04.2002, Presta *cit.*

¹⁴⁵ Cass. 18.04.2002, Presta *cit.*

condivisibile in quanto si configura come un primo tentativo di porre rimedio, sia pure a livello interpretativo, alla rigidità della norma in esame, la quale, come si è visto, risulta strutturata in modo tale da sottrarre alla discrezionalità del giudice il potere di accertare concretamente l'intrinseca gravità del precedente per evasione, i cui effetti interdittivi si producono anche se la relativa condotta è di modesta rilevanza o risalente nel tempo.

2.4 Regime della misura (art. 284 e 276 c.p.p.)

In base al 1° comma dell'art. 284 c.p.p. gli arresti domiciliari sono definibili come la misura cautelare coercitiva che impone all'indagato o all'imputato di non allontanarsi dalla propria abitazione, da altro luogo di privata dimora, ovvero da un luogo pubblico di cura e di assistenza.

La norma attribuisce al giudice il potere di inasprire o di attenuare il grado di afflittività della misura che è equiparata - anche ai fini della determinazione della pena da espiare per effetto della sentenza di condanna (cfr. art. 657, 1° comma c.p.p.) e della concessione della liberazione anticipata di cui all'art. 54 legge 26.07.1975, n°354 - alla custodia cautelare in carcere.

Così per un verso con il provvedimento impositivo degli arresti domiciliari il giudice può stabilire il divieto per l'indagato di comunicare con persona diverse da quelle che con lui coabitano (art. 284, 2° comma c.p.p.); per l'altro il giudice può autorizzare l'indagato a recarsi al lavoro quando non può "altrimenti provvedere alle sue indispensabili esigenze di vita ovvero versa in condizioni di assoluta indigenza" (art. 284, 3° comma c.p.p.).

Al fine di salvaguardare adeguatamente il diritto di comunicare con i terzi, diritto sicuramente inquadrabile nel novero dei diritti di libertà protetti dalla Costituzione, il divieto di cui all'art. 284, 2° comma deve trovare il suo fondamento nella necessità di salvaguardare specifiche esigenze cautelari direttamente riferibili alla persona contro cui si procede, esigenze la cui gravità e rilevanza deve essere tale da rendere necessario il ricorso a modalità di esecuzione della misura particolarmente restrittive. Si pensi, per esemplificare, al caso in cui vi sia il fondato timore che l'indagato possa utilizzare il telefono, o altri mezzi di comunicazione, per inquinare le prove (minacciare i potenziali testimoni) ovvero per continuare a gestire l'attività criminosa.

Altrettanto rilevante è il potere attribuito al giudice di autorizzare l'indagato o l'imputato ad allontanarsi dal luogo di esecuzione degli arresti domiciliari al fine di poter svolgere una attività lavorativa.

In ordine alle condizioni cui è subordinato l'esercizio del potere di autorizzazione, la Corte di Cassazione ha precisato che il presupposto della "assoluta indigenza" di cui all'art. 284, 3° comma c.p.p. deve essere "riferito ai bisogni primari dell'individuo e dei familiari a suo carico ai quali non può essere data soddisfazione se non attraverso il lavoro. Ed invero la nozione di bisogni primari si carica di significati concreti con l'evolversi delle condizioni sociali, dovendo ritenersi in essi compresi, a titolo esemplificativo, le spese per le comunicazioni, l'educazione e la salute. Ne consegue che non opera una interpretazione analogica, o estensiva, vietata dal carattere eccezionale della norma, il giudice che rifiuti una concezione pauperistica dell'assoluta indigenza, comprendendo

nelle esigenze cui sopperire le necessità ulteriori rispetto a quelle della fisica sopravvivenza”¹⁴⁶.

Pur in presenza di siffatta concezione estensiva ed evolutiva del concetto di “assoluta indigenza”, la possibilità per l’indagato o l’imputato sottoposto agli arresti domiciliari di essere autorizzato ad allontanarsi dal proprio domicilio per esercitare una attività lavorativa resta subordinata a parametri molto rigorosi. Sotto questo profilo si coglie una delle distinzioni di maggior rilievo tra la misura cautelare *de qua* e la detenzione domiciliare. Se da un lato è vero che il contenuto della misura alternativa coincide, nel suo nucleo essenziale, con quello degli arresti domiciliari, è altrettanto vero che gli artt. 47 *ter* e segg legge 26.07.1975, n°354 non subordinano la possibilità che il condannato sia autorizzato ad allontanarsi dalla propria abitazione alle rigorose condizioni stabilite dall’art. 284, 3° comma c.p.p..

Mette conto precisare che siffatta diversità di regime non si risolve in una violazione del principio di eguaglianza sancito dall’art. 3 Cost., stante la eterogeneità e non omologabilità delle due fattispecie.

Sul punto è di recente intervenuta la Corte Costituzionale che con l’ordinanza emessa il 18.12.2002, n°532¹⁴⁷ ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell’art. 284, 3° comma sollevata con riguardo alla violazione degli artt. 2, 3, 4 e 13 della Costituzione.

In particolare la Corte ha evidenziato le differenze sostanziali che intercorrono tra i due istituti in esame. Infatti mentre agli arresti domiciliari, così come ad ogni altra misura

¹⁴⁶ Cass. 1.07.1999, Gessetto, in *C.E.D.*, *RV-214929*.

¹⁴⁷ In *Diritto e Giustizia*, 2003, p.101.

cautelare, è estranea, anche in ragione della provvisorietà e della temporaneità che connota le misure *de quibus*, ogni finalità di rieducazione, che anzi per gli imputati si risolverebbe in una palese esclusione della presunzione di non colpevolezza; rispetto alla detenzione domiciliare, che costituisce una forma di espiazione della pena, vi è la imprescindibile necessità di assicurare l'effettiva attuazione della finalità di cui all'art. 27, 3° comma, ciò che può avvenire anche mettendo in condizione il condannato di svolgere una attività lavorativa.

Ne consegue, se si tiene conto del fatto che il lavoro costituisce una componente essenziale del trattamento rieducativo (art. 15 legge 26.07.1975, n° 354), che appare del tutto giustificabile la diversità di regime tra arresti domiciliari e detenzione domiciliare per ciò che riguarda il potere del giudice di autorizzare il condannato ad allontanarsi dal luogo in cui si trova ristretto. Deve pertanto ritenersi che il magistrato di sorveglianza possa non solo autorizzare il condannato ad allontanarsi dal luogo di esecuzione della misura alternativa per svolgere una attività lavorativa pur in mancanza dei rigidi presupposti indicati dall'art. 284, 3° comma; ma che tale giudice possa altresì autorizzare il reo ad allontanarsi dal predetto luogo in tutti i casi in cui ciò sia necessario per consentirgli di svolgere attività utili o comunque funzionali al suo recupero sociale (per esempio frequentare un corso di studi o di formazione professionale), ferma restando la necessità di fare in modo che la facoltà del condannato di allontanarsi dalla propria abitazione sia contenuta entro limiti tali che consentano di evitare lo svuotamento sostanziale della misura alternativa, ciò che, tra l'altro sarebbe incompatibile con i caratteri della

afflittività e retributività che devono connotare la detenzione domiciliare come ogni altra sanzione penale.

Per quanto concerne invece i criteri di valutazione cui il giudice deve attenersi nell'esercitare il potere di concedere o negare l'autorizzazione al lavoro all'esterno appare condivisibile la tesi secondo cui esso non può prescindere dalla valutazione della compatibilità della attività lavorativa oggetto della richiesta con le esigenze cautelari poste a fondamento degli arresti domiciliari¹⁴⁸.

In linea di principio deve ritenersi legittimo il diniego della autorizzazione in tutti i casi in cui l'attività lavorativa che l'indagato chiede di poter svolgere può agevolare la reiterazione del reato per cui si procede, ovvero reati della stessa specie, ciò che può verificarsi nel caso di illeciti

commessi nell'esercizio di una attività imprenditoriale (si pensi, per esemplificare, al caso di un antiquario indagato per associazione a delinquere finalizzata alla ricettazione ed alla truffa di opere d'arte che chiede di essere autorizzato a continuare la propria attività commerciale).

La giurisprudenza ha precisato che nel caso in cui l'indagato sia stato autorizzato ad allontanarsi dalla propria abitazione per svolgere una attività lavorativa, "si determina una semplice sostituzione temporanea del luogo di custodia che coincide, per parte della giornata con il luogo di lavoro (riferendosi l'art. 385, comma 3 c.p. alla "abitazione" o ad "altro luogo designato") e non già una temporanea sospensione dello stato di custodia cautelare." Ne consegue che "anche

¹⁴⁸ Cass. 4.12.1998, El Shaibany, in *C.E.D.,RV-213142*, relativamente ad una fattispecie di diniego di autorizzazione giustificato dal fatto che l'attività lavorativa sarebbe stata espletata nell'ambito di una pizzeria, nella quale in passato l'indagato aveva avuto contatto con altri pregiudicati

l'allontanamento dal luogo di lavoro, in quanto coincidente con il luogo di custodia, integra gli estremi del reato in esame, in ogni caso in cui non abbia brevissima durata e risulti, pertanto, incompatibile con le esigenze di sorveglianza e di controllo da parte dell'autorità amministrativa, che la norma incriminatrice tutela¹⁴⁹.

Sul piano applicativo si è posto il problema dei mezzi di tutela esperibili avverso i provvedimenti di diniego delle autorizzazioni di cui all'art. 284 3° comma c.p.p.

La giurisprudenza meno recente aveva aderito alla tesi della inoppugnabilità dei provvedimenti *de quibus*.

A fondamento di siffatta soluzione venivano addotte due diverse argomentazioni: la prima consistente nell'osservare che nessuna norma prevede *expressis verbis* l'impugnabilità dei provvedimenti in esame con la conseguenza che nel caso di specie deve trovare applicazione il principio di tassatività dei mezzi d'impugnazione enunciato dall'art. 568, 1° comma c.p.p.; la seconda consistente nell'escludere la proponibilità del ricorso per Cassazione ex art. 111 Cost. in quanto il provvedimento di diniego “non decide sulla libertà personale, ma si limita a regolare le modalità di esecuzione della misura cautelare, ossia di un beneficio che non si configura come un diritto dell'imputato¹⁵⁰”.

Siffatto orientamento è stato tuttavia disatteso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

La Suprema Corte ha infatti statuito che i provvedimenti che “regolano le modalità di attuazione degli arresti domiciliari relativamente alla facoltà dell'indagato di allontanarsi dal luogo di custodia, contribuiscono ad inasprire o attenuare il grado di

¹⁴⁹ Cass. 27.11.1999, Fallica, in *Cass. Pen.*, 2000, n° 632.

¹⁵⁰ Cass. 27.11.1995, Matragrano, in *Codice*, cit. p. 783.

afflittività della misura cautelare e devono pertanto essere ricompresi nella categoria dei provvedimenti sulla libertà personale; ne consegue che ad essi si applicano le regole sull'impugnazione dettate dall'art. 310 c.p.p. che prevede in proposito un sindacato di secondo grado esteso anche nel merito¹⁵¹.

Va inoltre ricordato che il provvedimento con cui il giudice ha autorizzato l'indagato o l'imputato ad allontanarsi dalla propria abitazione per svolgere una attività lavorativa può essere revocato se risulta che l'interessato ha ommesso di esercitare l'attività oggetto dell'autorizzazione.¹⁵²

Infine va rilevato che l'autorizzazione ad allontanarsi dalla propria abitazione può essere concessa, a prescindere dalla presenza di una esplicita previsione normativa in tal senso, all'indagato o all'imputato sottoposto alla misura cautelare degli arresti domiciliari anche per ragioni non attinenti allo svolgimento di una attività lavorativa, come nel caso in cui si presentino esigenze di carattere sanitario, ovvero, per mutuare l'espressione utilizzata dall'art. 30, 2° comma della legge 26.07.1975, n°354 in materia di permessi per gravi motivi concedibili ai detenuti dal magistrato di sorveglianza, quando si sono verificati "eventi familiari di particolare gravità".

Una trattazione a parte deve essere riservata al caso di violazione da parte dell'indagato o dell'imputato delle prescrizioni inerenti gli arresti domiciliari.

Come è noto la materia è disciplinata dall'art. 276 c.p.p., il cui 1° comma stabilisce che "in caso di trasgressione alle

¹⁵¹ Cass. S.U. 3.12.1996, Lombardi, in *C.E.D.*, *RV-206465*, nell'affermare detto principio la Corte ha tuttavia precisato che la predetta disciplina non trova applicazione con riferimento a quei provvedimenti che per il loro carattere temporaneo e contingente, non sono idonei a determinare apprezzabili e durature modificazioni dello *status libertatis*

¹⁵² Cass. 7.11.2000, Ferraro, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001, p. 341

prescrizioni inerenti ad una misura cautelare, il giudice può disporre la sostituzione o il cumulo con altra più grave, tenuto conto dell'entità, dei motivi e delle circostanze della violazione". Questa norma, che si riferisce alla violazione delle prescrizioni inerenti ad una qualsiasi misura cautelare coercitiva, si pone in un rapporto di *genus ad speciem* rispetto al 1° comma *ter* del medesimo articolo, introdotto con il d.l. 24.11.2000, n° 341, conv. in l.19.01.2001, n° 4, che riguarda una particolare tipologia di infrazioni e precisamente quella costituita dal divieto di allontanarsi dall'abitazione ove si eseguono gli arresti domiciliari (condotta che integra il delitto di evasione)¹⁵³.

In questo caso il giudice "dispone la revoca della misura e la sua sostituzione con la custodia cautelare in carcere".

Pertanto l'ambito di applicazione del 1° comma comprende non solo l'inosservanza degli obblighi che costituiscono il contenuto delle misure cautelari meno afflittive degli arresti domiciliari, ma anche la violazione delle prescrizioni inerenti a tale ultima misura diverse dal divieto di allontanarsi dal luogo di esecuzione della stessa (si pensi alla violazione del divieto di comunicare con persone diverse dai familiari conviventi).

¹⁵³ La giurisprudenza ha assunto un atteggiamento particolarmente rigoroso in merito alla configurabilità del delitto di evasione: secondo l'indirizzo assolutamente maggioritario integra gli estremi del delitto *de quo* qualsiasi allontanamento, senza autorizzazione, dal luogo degli arresti domiciliari, anche se di breve durata ed implicante uno spostamento di modesta distanza, in quanto lo scopo della norma incriminatrice va ravvisato nel fatto che la persona sottoposta agli arresti domiciliari resti nel luogo indicato perché ritenuto idoneo a soddisfare le esigenze cautelari e, nel contempo, a consentire agevolmente il prescritto controllo dell'autorità – cfr. la giurisprudenza citata in *Commentario Breve al Codice Penale*, Padova, 2001, pp. 1296 e segg.; ed anche *Cass. 5.07.2000*, Vannucci, in *Cass. Pen.* 2001, n° 1144, secondo cui "il dolo del reato di evasione per abbandono del luogo degli arresti domiciliari è generico, essendo necessaria e sufficiente – in assenza di autorizzazione – la volontà di allontanamento nella consapevolezza del provvedimento restrittivo a proprio carico, non rivestendo alcuna importanza lo scopo che l'agente si propone con la sua violazione"

La rigidità che connota la disciplina dettata dall'ultimo comma dell'art. 276 c.p.p., che priva il giudice del potere di apprezzare liberamente le peculiarità della condotta illecita al fine di graduare la misura alla gravità del comportamento trasgressivo, ha suscitato non poche perplessità che si sono tradotte nella proposizione della questione di legittimità costituzionale della norma *de qua* con riferimento all'art. 3 Cost..

La Corte Costituzionale, con l'ordinanza emessa il 6.03.2002, n° 40¹⁵⁴, ha tuttavia dichiarato manifestamente infondata l'eccezione di costituzionalità sulla base di argomentazioni che, per la loro valenza teorica e sistematica, meritano una attenzione particolare.

In via preliminare la Corte ha osservato che “mentre la sussistenza in concreto di una o più delle esigenze cautelari prefigurate dalla legge (l'an della cautela) non può, per definizione, prescindere dall'accertamento “di volta in volta” della loro effettiva ricorrenza, non può invece ritenersi soluzione costituzionalmente obbligata quella di affidare sempre e comunque al giudice l'apprezzamento del tipo di misura in concreto rilevata come necessaria (il quomodo della cautela), ben potendo tale scelta essere effettuata in termini generali dal legislatore nel rispetto del termine della ragionevolezza e del corretto bilanciamento dei valori costituzionali coinvolti”.

Ciò premesso, la Corte ha rilevato che la norma impugnata “integra un caso di presunzione di inadeguatezza di ogni misura coercitiva diversa dalla custodia cautelare in

¹⁵⁴ In Cass. Pen. 2002, n° 628.

carcere, una volta che la misura meno afflittiva degli arresti domiciliari si sia rivelata insufficiente allo scopo, per la trasgressione al suo contenuto essenziale”. Ne consegue che, ad avviso del Giudice delle Leggi “non appare irragionevole ritenere che il volontario allontanamento dalla propria abitazione costituisca l’indice di una radicale insofferenza da parte della persona sottoposta alla misura degli arresti domiciliari, tale da incidere sulla valutazione circa l’adeguatezza di questa specifica misura cautelare, cui è connaturato un maggior grado di affidamento nel comportamento di chi vi è assoggettato, rispetto ad ogni altra misura”. La Corte ha infine puntualizzato che il fatto che il legislatore abbia attribuito all’allontanamento dalla propria abitazione una valenza rivelatrice in ordine alla sopravvenuta inadeguatezza degli arresti domiciliari, non esclude che “il fatto idoneo a giustificare la sostituzione della misura, tipizzato dal legislatore nella anzidetta formula normativa, possa essere apprezzato dal giudice in tutte le sue connotazioni strutturali e finalistiche, per verificare se la condotta di trasgressione in concreto realizzata presenti quei caratteri di effettiva lesività alla cui stregua ritenere integrata la violazione che la norma impugnata assume a presupposto della sostituzione”.

In altri termini la Corte ha inteso mettere in luce che non ogni condotta astrattamente configurabile in termini di allontanamento dal luogo di esecuzione della custodia domestica costituisce presupposto idoneo a giustificare la revoca degli arresti domiciliari e la sostituzione di tale misura con la custodia in carcere, ma soltanto quella condotta che in concreto presenti quei caratteri di “effettiva lesività” che consentono di considerarla come univocamente dimostrativa

della inadeguatezza degli arresti domiciliari; ed è appena il caso di sottolineare come siffatto accertamento sia rimesso al prudente apprezzamento del giudice che dovrà tener conto di tutte le circostanze del caso concreto ed in particolare delle “connotazioni strutturali e finalistiche” della condotta di allontanamento posta in essere dall’indagato o dall’imputato.

Mette conto ricordare che la *ratio decidendi* che sorregge l’ordinanza sopra richiamata sembra coincidere con quella posta a base della sentenza emessa il 13.06.1997 n° 173 in materia di detenzione domiciliare¹⁵⁵ con la quale la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 47 *ter*, 9° comma legge 26.07.1975, n°354 nella parte in cui questa norma prevedeva la sospensione della detenzione domiciliare, con il conseguente reingresso in carcere del reo, come conseguenza automatica delle denuncia per il delitto di evasione. Anche in questo caso la Corte Costituzionale ha valorizzato il ruolo del giudice, nel caso di specie il magistrato di sorveglianza, cui è demandato il compito di procedere alla valutazione dell’entità e della rilevanza della condotta posta in essere dal condannato con riferimento alla eventuale prosecuzione della misura alternativa. Alla luce del principio enunciato dalla Corte Costituzionale il magistrato di sorveglianza dovrà disporre la sospensione della detenzione domiciliare soltanto se, avuto riguardo alle circostanze del caso concreto ed alle modalità della condotta oggetto della denuncia di evasione, quest’ultima appaia valutabile come indice sintomatico della incompatibilità del comportamento del condannato con l’espiazione della pena in regime di misura alternativa.

¹⁵⁵ In *Cass. Pen.* 1998, p. 1295.

Come è stato osservato in dottrina il meccanismo descritto dall'art. 276, 1° comma *ter* si connota per una chiara finalità sanzionatoria che trova riscontro in quello delineato dall'ultimo comma dell'art. 284 c.p.p.

Entrambe le norme costituiscono infatti espressione di una presunzione di inadeguatezza degli arresti domiciliari nei confronti dei soggetti che, sottoposti alla misura *de qua*, hanno commesso il delitto di cui all'art. 385 c.p.¹⁵⁶.

Occorre tuttavia precisare, e ciò rappresenta un elemento di differenziazione tra le due fattispecie, che mentre la revoca degli arresti domiciliari e l'applicazione della custodia in carcere prevista dall'art. 276, 1° comma *ter* non è condizionata da alcun accertamento giurisdizionale ed opera soltanto nel medesimo procedimento nel quale è stata posta in essere l'evasione, l'efficacia preclusiva di cui all'art. 284, 5° comma bis è subordinata al passaggio in giudicato della sentenza di condanna per il reato *de quo*, e produce effetti rispetto a qualsiasi procedimento cui sia stato sottoposto l'indagato¹⁵⁷.

La disciplina delle norme richiamate si sovrappone a quella descritta dall'art. 299 c.p.p. la cui funzione è quella di assicurare il costante adeguamento della misura alle mutate condizioni di applicabilità della cautela processuale, ed in particolare al mutamento della intensità delle esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p.. Il 4° comma della norma in esame stabilisce infatti che “quando le esigenze cautelari risultano aggravate, il giudice, su richiesta del pubblico ministero sostituisce la misura applicata con un'altra più grave oppure ne dispone l'applicazione con modalità più gravose”.

¹⁵⁶ F. Rigo *op. cit.* p. 175

¹⁵⁷ F. Rigo, *op. cit.* p. 177.

Non vi è dubbio che la violazione delle prescrizioni inerenti gli arresti domiciliari ovvero la commissione del delitto di evasione possono costituire espressione sintomatica di una specifica inclinazione dell'indagato a minacciare le esigenze cautelari, tanto che l'incremento della pericolosità dell'agente è contrastato con l'aggravamento della misura o con il divieto di concessione degli arresti domiciliari.

La differenza consiste nel fatto che mentre l'art. 299 c.p.p. consente al giudice di desumere l'eventuale aggravamento delle predette esigenze cautelari da qualsiasi comportamento ritenuto significativo, le fattispecie di cui agli art. 276, 1° comma *ter* e 284, 5° comma bis c.p.p. impongono al giudice di valutare soltanto la specifica condotta integrativa del delitto di evasione considerata *ope legis*, come fatto di per sé sintomatico della pericolosità dell'indagato o dell'imputato.

Altra questione controversa attiene alla determinazione degli effetti derivanti dall'applicazione della custodia in carcere disposta dal giudice ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 276 c.p.p.. In particolare si tratta di stabilire se il giudice possa o meno applicare all'indagato, ristretto in carcere a seguito della revoca degli arresti domiciliari, una misura cautelare meno afflittiva, anche diversa dalla custodia domestica.

La dottrina più attenta, muovendo dal principio generale desumibile dagli artt. 275 e 299 c.p.p., secondo cui la misura preventiva deve essere sempre proporzionata al grado di pericolosità dell'indagato ed alla intensità delle esigenze cautelari che sussistono in concreto, si è espressa per la soluzione positiva.

Si è infatti osservato che l'art. 276, 1° comma *ter* nella misura in cui sottrae al giudice il potere di verificare l'intensità

delle esigenze cautelari e di valutare concretamente il loro eventuale affievolimento o aggravamento, impedendo così il costante adeguamento della tipologia della misura cautelare al variare dei presupposti su cui la misura stessa si fonda, deve essere considerata come una norma di carattere eccezionale, che, proprio perché tale, non può derogare al principio generale sopra richiamato.¹⁵⁸

Ne consegue che il giudice “ben potrà sostituire la misura della custodia in carcere “applicata in precedenza esercitando i poteri punitivi riconosciutigli dal codice” con un’altra meno afflittiva, anche diversa dagli arresti domiciliari, quando fatti sopravvenuti consentano di formulare un nuovo giudizio inerente alle forme che in concreto può assumere la cautela processuale”¹⁵⁹.

Sotto questo profilo l’efficacia preclusiva in ordine all’applicazione degli arresti domiciliari derivante dalla operatività della fattispecie di cui all’art. 276 1° comma ter, è senza dubbio meno incisiva rispetto a quella che si ricollega alla fattispecie di cui all’ultimo comma dell’art. 284 c.p.p., la cui formulazione è tale da impedire al giudice di applicare nuovamente all’indagato o all’imputato la misura meno afflittiva degli arresti domiciliari.

In materia di detenzione domiciliare l’eventuale revoca della misura ha un’efficacia preclusiva molto più forte, infatti non può essere concessa altra misura alternativa per tre anni in caso di detenzione domiciliare ordinaria revocata per comportamenti del soggetto contrari alla legge o alle prescrizioni e quindi incompatibili con la prosecuzione della misura, (art. 58 *quater* 2° comma O.P.) inoltre l’efficacia

¹⁵⁸ F. Rigo, *op. cit.* p. 179.

¹⁵⁹ F. Rigo, *op. cit.* p. 180

preclusiva è assoluta nel caso di revoca della detenzione domiciliare generica (art. 47 *ter* ultimo comma).

Questo come vedremo appare logico se pensiamo che la detenzione domiciliare è pur sempre una espiazione della pena “*extra moenia*” e pertanto non vige più il principio della presunzione di non colpevolezza.

3° Capitolo

ESITI DELLA RICERCA

3.1 Le prescrizioni nella detenzione domiciliare e negli arresti domiciliari

Da un esame dei provvedimenti emessi dal Tribunale di Sorveglianza di Firenze – per me agevole in quanto addetta all'esecuzione dei provvedimenti medesimi – e dei provvedimenti emessi dal Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Firenze - la cui ricerca non è stata facile sia per motivi procedurali che per motivi di segretezza legati alla fase delle indagini preliminari – sono emesse con evidenza le differenti modalità esecutive delle due misure.

La detenzione domiciliare, benché un legislatore alquanto frettoloso l'abbia disciplinata sul modello della misura cautelare degli arresti domiciliari, con una norma di rinvio all'art. 284 c.p.p., si caratterizza per l'imposizione di prescrizioni meno rigide di quelle di norma imposte con i provvedimenti applicativi della misura custodiale.

Infatti nel leggere le ordinanze di sostituzione della custodia cautelare in carcere con quella degli arresti domiciliari ciò che *ictu oculi* colpisce è la formula spesso standard con cui si dispone la scarcerazione se non detenuto per altra causa: si autorizza l'interessato a recarsi personalmente e senza scorta, e per la via più breve e senza soste intermedie, presso l'abitazione e si impone allo stesso di non allontanarsene, gli si

impone inoltre il divieto di comunicare anche a mezzo fax e telefono con persone diverse da quelle che con lui coabitano.

Questa dicevo è la modalità di ammissione più frequente agli arresti domiciliari, ciò non significa che in certi casi, per motivi di sicurezza, o per comprovate esigenze processuali la scarcerazione avvenga anche con scorta, sono ipotesi che però nella prassi sono abbastanza limitate, sia perché se ci sono questi presupposti difficilmente si concedono gli arresti sia perché anche il Ministero della Giustizia (con circolare prot. 501926 del 27 giugno 2001) da un lato richiama l'attenzione su quanto disposto appunto dall'art. 97 *bis* disp. att. c.p.p. (modalità di esecuzione del provvedimento che applica gli arresti domiciliari: in base al quale, il giudice può autorizzare l'imputato a raggiungere il luogo dell'arresto) dall'altro auspica una riduzione delle movimentazioni coattive degli arrestati a domicilio a quelle realmente necessarie, questo al fine di permettere alla polizia penitenziaria, di dar corso con più puntualità alle meno numerose traduzioni che sarebbero richieste.

Anche sul fronte dell'esecuzione della pena, devo dire che il Tribunale di Sorveglianza, molto raramente, ancor più che nella fase cautelare, dispone la scarcerazione con scorta, certe volte subordina l'esecuzione della detenzione domiciliare all'accompagnamento del detenuto in comunità terapeutiche da parte di personale volontario, o da parte di personale della comunità ma in questi casi si tratta di condannati tossicodipendenti, per cui le regole di gestione delle misure tendono ad uniformarsi sia nella fase delle indagini che in quella dell'esecuzione.

Per questa categoria di detenuti o di indagati/imputati sono previste norme particolari, a tutela della loro condizione e finalizzate a favorire l'opportunità di disintossicazione, dal T.U. in materia di stupefacenti (D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309).

Durante le indagini preliminari ma anche durante il processo, non può essere disposta la custodia cautelare in carcere, salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, nei confronti di tossicodipendente che abbia in corso un programma terapeutico di recupero presso i servizi pubblici o strutture autorizzate. Al fine di impedire anche la temporanea traduzione in carcere del tossico-dipendente che frequenta un programma di disintossicazione, causata dall'arresto di polizia giudiziaria, il pubblico ministero può avvalersi dell'art. 386, 5° comma c.p.p. per cui può disporre che l'arrestato o il fermato sia custodito in uno dei luoghi indicati nel comma 1 dell'art. 284 c.p.p. (propria abitazione o altro luogo di privata dimora ovvero un luogo pubblico di cura o di assistenza). Risulta che una tale prassi sia seguita dalla Procura della Repubblica di Milano mentre che non lo sia affatto dalla Procura della Repubblica di Firenze.

Sul versante dell'esecuzione, troviamo norme di favore previste sia dall'art. 90 che dall'art. 94 T.U. stupefacenti, che rispettivamente consistono o in un affidamento in prova terapeutico o in una sospensione pena per cinque anni, dopo i quali, se l'interessato ha attuato il programma terapeutico e non ha commesso un delitto non colposo punibile con la sola reclusione, la pena e ogni altro effetto penale si estingue.

Quando gli arresti domiciliari sono concessi ad un tossicodipendente per andare in comunità, l'obbligo principale consiste nel permanere nella sede della comunità, in questi casi

possono essere richieste autorizzazioni per uscite di gruppo, facenti parte di un percorso riabilitativo, che vengono solitamente accolte anche perché il personale delle comunità è generalmente molto scrupoloso e preciso nel fare le richieste, sia sollecito a dare assistenza e fornire i controlli adeguati nei singoli casi concreti.

La detenzione domiciliare piuttosto raramente viene concessa presso una comunità, nella quale ipotesi si preferisce concedere l'affidamento, anche perché non tutte le comunità sono disponibili ad accogliere soggetti in detenzione domiciliare a causa dei controlli cui sono sottoposti i condannati da parte della polizia, le comunità non sono favorevoli alla presenza della polizia che può turbare lo svolgimento delle attività.

Così spesso accade che soggetti portatori di problematiche di tossicodipendenza abbiano la detenzione domiciliare nella propria abitazione, con la prescrizione di seguire programmi diurni presso i S.E.R.T..

Per quanto attiene invece alla minuziosa previsione della modalità esecutiva dell'autorizzazione a recarsi personalmente presso l'abitazione, “per la via più breve e senza soste intermedie”, devo dire che non c'è riscontro nelle ordinanze di detenzione domiciliare.

Analogamente nei provvedimenti di ammissione alla misura alternativa assai raramente si impone al condannato il divieto di comunicare anche a mezzo di telefono, fax o anche via *e.mail* con persone diverse dai conviventi, questo perché, eccetto il caso dell'art. 47 *ter* 1° comma *ter*, la detenzione domiciliare è pur sempre un beneficio che viene concesso tenendo presente il *leit-motiv* che ne è alla base, cioè il fine

della risocializzazione del condannato, fine che con l'isolamento dalla società civile è più difficile realizzare.

Per quanto attiene alla possibilità di svolgere un'attività lavorativa ho notato che nelle ordinanze di ammissione agli arresti domiciliari il giudice quasi mai autorizza subito allo svolgimento di tale attività, ma solo dopo una richiesta successiva da parte dell'interessato o del difensore, (motivata da situazioni di necessità economica e dettagliata per quanto attiene alla ditta, la sede di lavoro, gli orari, i percorsi) il G.I.P. autorizza l'interessato ad assentarsi dal luogo di arresto per esercitare l'attività lavorativa.

Questo però non avviene sempre, certe volte il giudice per motivi sempre legati ad esigenze di sicurezza o esigenze cautelari può negare tale autorizzazione, come può negarla, ma in questo caso la motivazione risulta più difficile, quando non ravvisa la sussistenza di uno stato di assoluta indigenza. Dicevo che in questa seconda ipotesi la motivazione diventa per il giudice più difficile perché, come abbiamo già visto, la situazione di assoluta indigenza è un concetto in evoluzione anche secondo la Suprema Corte, inoltre è anche un concetto relativo perché come è noto il tenore di vita di una persona e della sua famiglia si adegua a quelle che sono le sue risorse economiche.

Sotto questo profilo la divergenza fra quanto dispongono le prescrizioni degli arresti domiciliari e le prescrizioni della detenzione domiciliare è massima.

Il Tribunale di Sorveglianza, eccetto casi di detenzione domiciliare sostitutiva del differimento pena (nella quale ipotesi normalmente è l'interessato che non può lavorare per motivi di salute), valuta la possibilità di lavoro come un elemento in più a

favore della concessione del beneficio. Infatti, partendo dal presupposto che la misura, oltre che a tutelare determinati *status* personali, deve servire al recupero del condannato, - il lavoro viene infatti considerato come uno strumento molto efficace per la rieducazione, una componente essenziale del trattamento rieducativo (art. 15 O.P.) – il Tribunale di Sorveglianza non solo autorizza il condannato ad allontanarsi dal luogo di esecuzione della misura alternativa per svolgere una attività lavorativa pur in mancanza del rigido presupposto “dell’assoluta indigenza”, ma considera favorevolmente tale possibilità, come strumento di individualizzazione dell’esecuzione della pena.

Come abbiamo già detto a proposito del regime della misura degli arresti domiciliari, anche la Corte Costituzionale sul punto è stata molto chiara ed esaustiva: fra le due misure, apparentemente uguali, c’è una differenza sostanziale, solo nella detenzione domiciliare si deve assicurare l’effettiva attuazione della finalità di cui all’art. 27, 3° comma Costituzione, per questo motivo la possibilità per il condannato di svolgere una attività lavorativa si configura come un elemento essenziale del contenuto della misura.

La Corte Costituzionale nel dichiarare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale concernente le limitate possibilità che l’imputato agli arresti domiciliari ha di essere autorizzato a svolgere attività lavorativa fuori dal suo domicilio, dettate dall’art. 284, 3° comma c.p.p. per violazione degli art. 1; 2; 3; 4; 13, 2° comma; 27 3° comma; 35 Costituzione, ha centrato l’essenza delle due misure, da cui poi discendono e si spiegano razionalmente e logicamente le

differenze e l'interesse preminente, riconosciuto dalla legge, al rispetto della misura cautelare.

E' soprattutto con riguardo all'ipotesi di detenzione domiciliare prevista dall'art. 47 *ter* 1° comma *bis* O.P. che il Tribunale di sorveglianza ha necessità di riempirla di quei contenuti che il riferimento all'art. 284 c.p.p. sembra ostacolare.

Uno di questi sembra essere proprio l'imposizione di prescrizioni relative ad attività di carattere rieducativo come il lavoro.

Sembra irragionevole e sembra porsi fuori non solo dalla giurisprudenza costituzionale sulla flessibilità della pena a cui ho fatto cenno nell'introduzione, ma sembra anche intraprendere una strada diversa da quella suggerita dalla recente ordinanza della Corte Costituzionale (n° 532 del 18 dicembre 2002) richiedere per questa nuova ipotesi di detenzione domiciliare esclusivamente l'idoneità ad evitare la reiterazione dei reati e l'impossibilità di concedere l'affidamento e, quindi una valutazione di pericolosità sociale.

Da tener presente c'è da un lato che il limite di pena fissato in due anni fa sì che il suo ambito di applicazione risulta comunque di enorme portata, dall'altro il Tribunale di Sorveglianza non può, per sua natura arrivare a forme di penalizzazione avviliti e vessatorie.

E' per questo motivo che qualora sia accertata o almeno presumibile la disponibilità del soggetto a svolgere attività lavorativa, non sarà certo la magistratura di sorveglianza, eccetto casi eccezionali, ad impedire che ciò avvenga, ma anzi mi è capitato di vedere fra le prescrizioni quella in base alla quale l'interessato si deve attivare per reperire idonea attività di

lavoro sulla cui base chiedere poi al Magistrato di Sorveglianza la modifica degli orari in cui può lasciare l'abitazione.

Sempre l'art. 284 3° comma c.p.p. prevede che il giudice possa autorizzare l'indagato/imputato ad assentarsi nel corso della giornata dal luogo di arresto per il tempo strettamente necessario, quando non può altrimenti provvedere alle sue indispensabili esigenze di vita.

Devo dire che dall'esame dei provvedimenti che ho consultato, il Giudice delle Indagini Preliminari si attiene scrupolosamente a tale criterio così stretto, non prevedendo mai, a priori, la indispensabile esigenza di vita. Infatti solo a seguito di successive richieste, ben motivate, il giudice autorizza delle uscite finalizzate ad esigenze di vita più o meno indispensabili.

Tali autorizzazioni possono concretizzarsi in un permesso per andare ad un colloquio di lavoro, per andare in Questura a rinnovare il permesso di soggiorno, perché solo con questo viene prestata l'assistenza medica, per recarsi a fare visite medico-diagnostiche, ma anche per recarsi allo studio legale del difensore o per partecipare ad una partita di calcio nel caso di tossicodipendente.

Diversamente, nel caso di misura alternativa, il Tribunale di Sorveglianza, dà per scontato che ci siano delle indispensabili esigenze di vita, cioè fa una valutazione aprioristica, individua infatti regolarmente una fascia oraria in cui il detenuto domiciliare può assentarsi dal luogo in cui si svolge la misura e provvedere a quelle che sono le sue esigenze indispensabili di vita, anche semplicemente fare una passeggiata.

Torno a ripetere che a questa previsione, direi di *routine*, può fare eccezione la concessione della detenzione domiciliare per scopi essenzialmente umanitari (art. 47 *ter* 1° comma *ter*), nel qual caso invece l'ordinanza può prevedere anche prescrizioni particolarmente rigide, come il divieto di frequentare pregiudicati e comunque persone diverse dai familiari e da quelle che lo assistono.

Ci sono dei detenuti domiciliari ammessi a tale misura alternativa in base all'art. 47 *ter* 1° comma *ter* per problemi di salute che rendevano incompatibile lo stato detentivo con la malattia, che a causa soprattutto del loro grado di pericolosità sociale non hanno avuto il differimento della pena e soggiacciono a delle prescrizioni esecutive ritagliate sul 1° e 2° comma dell'art. 284 c.p.p.. In questa ipotesi l'unica differenza che emerge con riferimento agli arresti domiciliari è che nel primo caso il soggetto, in relazione alle proprie indispensabili esigenze di vita, può recarsi presso ambulatori, servizi sanitari e ospedalieri per interventi, accertamenti diagnostici e cure previo avviso anche telefonico agli organi di polizia incaricati della vigilanza e con obbligo di presentare, a richiesta di questi, certificazione idonea a comprovare lo spostamento effettuato.

Nell'ipotesi degli arresti domiciliari, l'allontanamento dalla propria abitazione anche per motivazioni di questo genere, deve essere sempre preventivamente autorizzato dal giudice.

Inoltre, anche nel caso di detenzione domiciliare cosiddetta "umanitaria", generalmente vengono concesse due ore al giorno in cui il detenuto può allontanarsi dalla propria abitazione, questo anche perché, in considerazione che la pena non può essere contraria al senso di umanità, pure il detenuto in

carcere ha diritto a permanere almeno per due ore al giorno all'aria aperta.

Anche al di fuori dell'ipotesi di detenzione domiciliare "umanitaria" il condannato può recarsi, solo certe volte previo avviso all'autorità di polizia incaricata della vigilanza, presso ambulatori, servizi sanitari ed ospedalieri per interventi, accertamenti diagnostici e cure; se si renderà necessario il suo ricovero in tali luoghi, il luogo del ricovero diverrà quello di detenzione domiciliare e l'interessato ne darà sollecito avviso agli organi di Servizio Sociale e di Polizia competenti.

E' evidente quindi un trattamento assai diverso per chi si trova ristretto agli arresti domiciliari rispetto a chi si trova in espiatione della pena nella forma della detenzione domiciliare, tale diversità come si è appena detto si giustifica con la diversa natura delle due misure, una cautelare, l'altra alternativa e di conseguenza con le diverse finalità che si propongono: da una parte salvaguardare esclusivamente i *pericula libertatis* previsti dalla legge, dall'altra realizzare il principio dell'effettività della pena avendo però presente la finalità di rieducazione, in entrambi i casi poi tutelare il diritto alla salute.

Alla luce di quanto abbiamo detto, appare del tutto superfluo ribadire che il richiamo che l'art. 47 *ter* 4° comma O.P. fa all'art. 284 c.p.p. per quanto attiene alle modalità esecutive, è un richiamo quantomeno frettoloso e *prima facie* denso di problematiche interpretative.

Non a caso infatti, è proprio un'impugnazione in *itinere*, forse causata anche da un numero sempre maggiore di detenuti domiciliari, (si pensi che il Tribunale di Sorveglianza di Firenze, dopo la legge Simeone, è passato da 165 condannati ammessi alla detenzione domiciliare nel 1998 a 407 nel 2002)

quella della Procura Generale di Firenze, esercitante le funzioni di pubblico ministero nelle udienze del Tribunale di Sorveglianza, che si è concretizzata in una decina di ricorsi per Cassazione contro i provvedimenti di ammissione alla detenzione domiciliare lamentando proprio la violazione di legge per quanto attiene alle modalità esecutive in riferimento all'art. 284 3° comma c.p.p..

I motivi dei ricorsi consistono nell'evidenziare il difetto di mancata motivazione in merito alle concrete e specifiche necessità di allontanarsi dal luogo di detenzione, non potendo ritenere sufficiente, perché del tutto generico, il richiamo a non meglio precisate "indispensabili esigenze di vita".

In definitiva la Procura Generale, partendo dal presupposto che lo *status* personale del detenuto domiciliare è assimilabile a quello dell'indagato/imputato sottoposto agli arresti domiciliari, ritiene che qualsiasi autorizzazione il giudice possa dare, deve essere improntata a criteri di particolare rigore di cui deve essere dato conto nella motivazione del relativo provvedimento (C. Cass. n. 03649 del 23.02.2000).

Con questi ricorsi per Cassazione, che ancora non sappiamo che esito avranno nello specifico, si è messo il dito su quello che è il vero nodo del problema.

Sicuramente il Tribunale di sorveglianza di Firenze nelle proprie ordinanze non motiva abbastanza in merito alle concrete e specifiche necessità cui il detenuto domiciliare non può provvedere se non allontanandosi dal luogo della detenzione – ciò è anche dovuto alle maxi-udienze (non raramente, con cento e più provvedimenti ciascuna) che comportano motivazioni stereotipate e non individualizzate –

ma ciò che viene da chiedersi è se il collegio nel concedere tale beneficio deve motivarne le modalità esecutive *in melius*, secondo lo stretto richiamo che l'art. 47 *ter* O.P. fa all'art. 284 c.p.p. o piuttosto considerando che trattandosi di espiazione di pena a seguito di una condanna definitiva, deve tener presente che la misura non può consistere in un trattamento contrario al senso di umanità ma che anzi deve tendere alla rieducazione del condannato, come recita l'art. 27 3° comma Cost..

E' per questo motivo che, di fronte ad un richiamo così preciso e così limitante come l'art. 284 c.p.p., deve intervenire la giurisprudenza di merito, che facendo tesoro dei principi espressi nella citata ordinanza della Corte Costituzionale del 18 dicembre 2002 n. 532 deve motivare il diverso trattamento del detenuto domiciliare per quanto attiene alle prescrizioni della misura rispetto a colui che si trova agli arresti domiciliari, sottolineando che trattandosi di esecuzione della pena, per giunta in misura alternativa alla detenzione, deve ispirarsi al fine della rieducazione e non essere improntata a criteri di particolare rigore.

Corollario di quanto abbiamo finora detto sono anche le conseguenze sulla frequenza e sull'ampiezza delle aperture della detenzione domiciliare.

Da un'osservazione degli atti dell'esecuzione della misura presso l'Ufficio di Sorveglianza emerge infatti l'estrema flessibilità della detenzione domiciliare.

L'interessato tramite il Centro di Servizio Sociale Adulti, invia al magistrato di sorveglianza una miriade di domande di autorizzazioni temporanee (certe volte per la verità gli interessati danno l'impressione che si siano dimenticati di essere pur sempre detenuti) per i motivi più vari, di lavoro, di

studio, ma anche di divertimento o di svago, che chiedono sostanzialmente di posticipare l'orario di rientro e di allontanarsi temporaneamente dal luogo di detenzione.

Il magistrato di sorveglianza, decide autonomamente, se accogliere la domanda, se respingerla, o se accoglierla solo in parte, il tutto in un breve lasso di tempo. Una tale duttilità della misura non è riscontrabile nell'esecuzione degli arresti domiciliari, nè dal punto di vista procedurale - il giudice per le indagini preliminari infatti deve sempre chiedere il parere al pubblico ministero - nè dal punto di vista del merito della decisione e ciò non può essere che così sia perché lo prevede l'art. 284 3° comma c.p.p. sia perché gli arresti domiciliari devono salvaguardare le esigenze cautelari.

Fra le disposizioni della detenzione domiciliare ce n'è una molto significativa, è quella che dispone la trasmissione del provvedimento al Centro di Servizio Sociale Adulti, perché - anche se nell'ordinanza spesso non c'è una vera e propria prescrizione per il detenuto domiciliare di prendere contatti con il Centro - provveda agli opportuni interventi di sostegno.

Le disposizioni per i C.S.S.A sugli interventi di sostegno sono esplicitate solo in alcuni casi più particolari, altrimenti la formula piuttosto vaga non può che rinviare a quel tipo di supporto previsto dall'art. 118 del Regolamento di esecuzione dell'O.P. (D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230).

Un adempimento un po' particolare mi è parso quello che faceva carico al CSSA di assistere una persona ultra settantenne, con numerose patologie e in una situazione di estremo disagio sociale e solitudine, anche per quanto riguarda le incombenze e gli adempimenti relativi alla sottoscrizione delle prescrizioni. Tutto ciò naturalmente al fine di spiegare le

modalità di attuazione della detenzione domiciliare che prende avvio dalla sottoscrizione delle prescrizioni di fronte all'autorità di polizia incaricata della notifica, poiché nel caso specifico l'interessato mostrava di non comprendere gli oneri da compiere per beneficiare della misura.

Il rapporto necessario con il Centro di Servizio Sociale rientra nello scopo rieducativo che ha la detenzione domiciliare.

Oltre alle fin ora descritte modalità esecutive della detenzione domiciliare, possono esserci altre prescrizioni specifiche relative a singoli casi concreti, come adempiere agli obblighi di assistenza familiare, sottoporsi al controllo dei liquidi organici presso il S.E.R.T competente per territorio, proseguire rapporti terapeutici con istituti di psicologia di gruppo o con centri alcoologici, anche con l'obbligo della valutazione settimanale della alcoolemia, fare opera di volontariato.

Una precisazione per quanto attiene al luogo in cui può essere espiata la detenzione domiciliare è quella che riguarda i nomadi o i giostrai, in questi casi l'ordinanza riporta come luogo di detenzione domiciliare l'indirizzo del campo nomadi, del campo sosta o dell'area giostrai.

Le modalità esecutive finora descritte sono riferibili alle diverse tipologie di detenzione domiciliare, non evidenziandosi nei provvedimenti prescrizioni diverse o meno ampie legate a particolari categorie di soggetti se non in relazione al luogo di svolgimento della misura; di solito quando questo è una comunità terapeutica o altro luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza non sono previste le autorizzazioni a lasciare il luogo della detenzione per motivi di lavoro o per indispensabili esigenze di vita.

L'articolazione più ampia delle prescrizioni della detenzione domiciliare rispetto agli arresti domiciliari è giustificata dalla collocazione di questa misura tra le misure alternative alla pena detentiva.

3.2 Analisi

L'idea rieducativa della pena racchiusa nell'art. 27, 3° comma Costituzione, attuata con la legge di riforma dall'ordinamento penitenziario, ha trasformato radicalmente l'esecuzione penale.

Prima di allora la pena detentiva aveva una finalità essenzialmente retributiva e general-preventiva.

L'obiettivo perseguito attraverso la riforma dell'ordinamento penitenziario è quello della modificazione *in itinere* del trattamento punitivo deciso con la sentenza di condanna, solo osservando questo principio di flessibilità della pena, la pena detentiva ma anche le misure *extra moenia* sono strumenti sanzionatori costituzionalmente legittimi perché proiettati verso il recupero dei responsabili dei fatti delittuosi.

Anche la detenzione domiciliare quindi non può prescindere da questa funzione, non può ridursi al solo controllo, privo di un qualsiasi contenuto di sostegno o di un qualche percorso di socializzazione, come invece può avvenire per gli arresti domiciliari.

Un detenuto domiciliare solo controllato è in una situazione di sostanziale solitudine e d'impoverimento dei rapporti sociali, che potrebbe far preferire il carcere, soprattutto se pensiamo non solo ai dilatati limiti di pena e di ammissibilità, ma all'affermazione della detenzione domiciliare

prevista dall'art. 47 *ter* 1° comma *bis* O.P., che potrebbe configurarsi come ipotesi sostanzialmente nuova, in quanto solo il regime è uguale a quella precedentemente prevista ma richiede essenzialmente una valutazione di pericolosità sociale.

La finalità rieducativa della pena comporta il ripristino dei rapporti con gli strumenti e gli ambiti sociali, cioè con la famiglia, il lavoro, lo studio, o altro impegno che comunque sia di aiuto al condannato.

La flessibilità della pena di cui la detenzione domiciliare è espressione, non significa non rispettare il diritto del condannato a restare se stesso, a non avere intromissioni all'interno della propria personalità e della propria vita – questa visione ritiene come valore centrale quello della libertà individuale – ma significa offrire al condannato delle opportunità di rifarsi una vita migliore per non essere più emarginato e costretto a mantenere la sua relazione con gli altri in termini conflittuali, non ha certo finalità correzionali, manipolatorie o di palingenesi morale.¹⁶⁰

Valorizzare quindi la funzione rieducativa della detenzione domiciliare, riempiendola di contenuti che facendo semplicemente un'interpretazione letterale delle norme che la disciplinano potrebbe anche non avere, sembra un'operazione sia conforme alla Costituzione che allo spirito dell'intero ordinamento penitenziario, sia in linea con la recente ordinanza della Corte Costituzionale del 18 dicembre 2002 n. 532.

Detto ciò non si può non avvertire la detenzione domiciliare surrogatoria dell'affidamento, “come inadeguata” per i condannati per reati di criminalità economica, i cosiddetti

¹⁶⁰ A. Margara: *Memoria di trent'anni di galera. Un dibattito spento, un dibattito acceso*. In *Il Ponte*, 1995, p. 141.

“colletti bianchi”, e comunque per i soggetti più abbienti – per i quali potrebbe anche esservi un’applicazione più razionale di quella attuale della pena pecuniaria – ma che invece ne possono essere i fruitori per eccellenza presentandosi come una remissione di pena mascherata.

La detenzione domiciliare potrebbe diventare privilegio delle classi più forti restaurando lo stereotipo del delinquente come appartenente a classi disagiate (secondo l’equazione povertà = pericolosità sociale) poiché porta ad escluderne la concessione ai soggetti stranieri in particolare agli immigrati, raramente in possesso di un domicilio controllabile e ancor meno di riferimenti familiari positivi e a sconsigliarne la concessione a soggetti emarginati, fragili e sprovveduti.

Mentre è proprio per questa tipologia di condannati che la detenzione domiciliare va riempita di contenuti risocializzanti e affiancata da interventi di sostegno, poiché in una certa misura esprimono una delinquenza in qualche modo legata alla società, sulla quale quindi grava una parte di responsabilità per il reato.

L’idea della corresponsabilità sociale nel reato insieme a quella che nessuno può dire che il delinquente resta delinquente per sempre, credo che sia alla base della finalità rieducativa della pena che si esprime attraverso una pena non inflessibile, imm modificabile, ma all’opposto modificabile in relazione al percorso di risocializzazione compiuto da un soggetto.

“La flessibilità della pena non viola l’eguaglianza, perché pensa proprio ad attuare quella eguaglianza voluta dal cpv dell’art. 3 della Costituzione, che impegna a ‘rimuovere gli ostacoli d’ordine economico e sociale della persona umana’. E’

questa l'eguaglianza a cui pensa la Costituzione e la flessibilità della pena serve a garantirla".¹⁶¹

L'attenzione che il legislatore, che la giurisprudenza, devono avere consiste nel far sì che questa misura alternativa non si riduca ad una misura né controllata né assistita, perché se la sola afflizione non produce comprensione della colpa ciò non la produce nemmeno una misura priva di contenuti sanzionatori reali e priva di contenuti risocializzanti, cioè una sanzione meramente simbolica.

Al contrario una detenzione domiciliare "vuota", produce dinamiche sociali che esprimono un bisogno di punizione, una domanda di punizione, che fa sì che la pena recuperi inesorabilmente la sola dimensione afflittiva, togliendo spazio a finalità diverse.

A tal proposito si parla di nuovi processi di ricarcerazione che legittimano la pena detentiva non "dall'alto", cioè da movimenti culturali e politici minoritari, ma "dal basso".

"Si sta diffondendo oggi una cultura post-moderna e populista della pena, che pone, forse per la prima volta, la questione di una penalità socialmente condivisa dal basso".¹⁶²

Ciò che conta allora è fare sì che l'esecuzione della pena anche nella forma della detenzione domiciliare svolga tutte le sue funzioni storiche, retributiva, general-preventiva, rieducativa, in modo che non si passi da una filosofia della

penalità moderna fondata su una "economia della parsimonia" (pena minima) ad una filosofia della penalità post-moderna

¹⁶¹ A. Margara :*Memoria di trent'ann di galera. Un dibattito spento, un dibattito acceso, cit.* p. 144

¹⁶² M. Pavarini *Processi di ri-carcerizzazione e "nuove" teorie giustificative della pena.* In Rass. Penitenziaria e criminologica, 2000, p. 108

fondata su una “economia dell’eccesso” (pena espressiva) –
che in un certo senso richiama la visione della pena pre-
moderna con tutta la sua ostentazione ed esemplarità – poiché
più penalità non produce più sicurezza dalla criminalità.

Conclusioni

La forma classica della detenzione domiciliare, quella introdotta *ex novo* nel 1986 quale equivalente in sede esecutiva degli arresti domiciliari, ha subito oramai modificazioni e ampliamenti tali che la misura da beneficio per pochi è diventata una nuova specie di pena.

La volontà di valorizzare l'attitudine della detenzione domiciliare a sostituire la pena detentiva è la causa delle manipolazioni cui è stata sottoposta la sua disciplina.

Oggi pertanto la detenzione domiciliare si offre in una tipologia variegata nella quale sicuramente è facile vedere sia l'originaria ispirazione umanitaria sia una accentuazione della funzione deflattiva. Il sovraffollamento delle carceri è stato sicuramente la *ratio legis* delle innovazioni introdotte con la legge Simeone-Saraceni del 1998, comprese quelle riguardanti la detenzione domiciliare.

Ciò che con questo lavoro mi sono proposta di fare è riflettere innanzitutto sugli aspetti giuridici della detenzione domiciliare in confronto con gli arresti domiciliari per analizzarne poi anche gli aspetti sociologici scaturenti dall'esecuzione delle due misure. Da un punto di vista dell'inquadramento giuridico, gli arresti domiciliari non essendo espiazione di pena definitiva si differenziano nettamente dalla detenzione domiciliare, in quanto sono volti solo a neutralizzare i *pericula libertatis*.

Quando invece ci addentriamo nel contenuto giuridico della misura non possiamo fare a meno di notare come le due

misure abbiano uno stesso nucleo, uno stesso contenuto prescrittivo consistente nel divieto di allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora ovvero da un luogo pubblico di cura o di assistenza.

Oltre a questa prescrizione fondamentale le due misure sembrano avere in comune anche le altre prescrizioni relative alle modalità esecutive, calibrate sugli stessi criteri restrittivi o ampliativi.

Nonostante però questa innegabile somiglianza giuridica, cui certe volte si aggiunge la vocazione di entrambi gli istituti a tutelare particolari situazioni soggettive per motivi assistenziali e umanitari, in concreto le due misure si articolano in maniera molto diversa.

Come abbiamo visto nell'ultimo capitolo, le modalità esecutive della detenzione domiciliare prevedono di norma degli spazi di libertà molto più ampi rispetto agli arresti domiciliari, non rilevando neppure, nella quasi totalità dei casi, l'ipotesi specifica di detenzione domiciliare.

E' quindi sotto l'aspetto sociologico che le due misure hanno un impatto molto diverso con la realtà, con il concreto realizzarsi contraddicendo se vogliamo la lettera della legge.

Di fronte a tutto questo dobbiamo quindi cercare di dare una spiegazione giuridico-sistematica, quella proposta attraverso questo lavoro consiste nel valorizzare la finalità rieducativa della detenzione domiciliare.