

12 Giugno 2020



Un'interessante pronuncia di merito sulla configurabilità degli arresti domiciliari “a termine” tra assetto codicistico e decreto-legge n. 29 del 2020

di Elisa Grisonich

Trib. Lecce, Sez. Riesame, ord. 1° giugno 2020

1. Nell'ordinanza in commento, il Tribunale del riesame di Lecce ha affrontato un tema di particolare interesse, attinente alla possibilità di concedere la misura degli **arresti domiciliari “a termine”**, vale a dire in relazione a una situazione di **incompatibilità temporanea**, dettata da ragioni di salute, con la custodia cautelare in carcere. La questione è strettamente correlata alla disciplina di cui all'art. **275, comma 4-bis, c.p.p.**, la quale, come noto, prevede una presunzione *in bonam partem* di incompatibilità della custodia cautelare in carcere, in ragione dello stato di salute dell'imputato^[1].

Al riguardo, va precisato che l'assetto codicistico è silente sul punto; e ciò a dispetto della disciplina dell'esecuzione e, in particolare, in materia di detenzione domiciliare cosiddetta umanitaria o surrogatoria di cui all'art. **47-ter, comma 1-ter, ord. penit.** Tale disposizione, infatti, prevede espressamente che all'applicazione della misura domiciliare in analisi si accompagni la fissazione di un termine di durata, che può essere prorogato.

Dal canto suo, la giurisprudenza di legittimità, con una recente pronuncia – sollecitata, peraltro, proprio a seguito di un ricorso avverso un'ordinanza del Tribunale di Lecce – **ha escluso la configurabilità di una soluzione analoga in ambito cautelare**, in ragione della riserva di legge e giurisdizione che viene in rilievo nella specifica materia, ai sensi dell'art. 13 Cost.^[2]. La Corte di cassazione ha, in particolare, stabilito l'illegittimità di un'ordinanza che, rispetto a «una temporanea incompatibilità con il regime carcerario determinata da motivi di salute [...], disponga la sostituzione a termine della misura custodiale con gli arresti domiciliari prevedendone il ripristino alla scadenza, previa verifica della condizione di compatibilità carceraria»^[3].

A fronte di tale assetto è intervenuto, da ultimo, il **d.l. 10 maggio 2020, n. 29**, nell'ambito della decretazione d'urgenza dettata dall'emergenza sanitaria da COVID-19^[4].

Come noto, la novella, al pari del d.l. 30 aprile 2020, n. 28^[5], si colloca sull'onda delle polemiche politico-mediatiche in ordine alle scarcerazioni di detenuti condannati o in attesa di giudizio appartenenti alla criminalità organizzata^[6]. Ma al di là delle perplessità che possono destare tali ragioni^[7], in questa sede preme valorizzare quanto previsto dall'**art. 3 della nuova disciplina**, specificamente dedicato alla materia cautelare. La previsione pare infatti aver apportato una rilevante novità al tema in esame, limitatamente agli imputati di determinati gravi delitti – tra cui quello *ex artt.* 416-*bis* c.p. – o sottoposti al regime detentivo speciale ai sensi dell'art. 41-*bis* ord. penit.

In queste ipotesi, è stata configurata – in analogia, del resto, con quanto stabilito nell’art. 2 d.l. n. 29 del 2020 – una **rivalutazione costante** della permanenza dei «motivi connessi all’emergenza sanitaria da COVID-19», che hanno determinato la sostituzione della misura *ex art. 285 c.p.p.* con quella degli arresti domiciliari. E questo nell’ottica di un eventuale ripristino della custodia cautelare in carcere.

In particolare, è stato previsto che il pubblico ministero sia tenuto a vagliare in modo continuativo la sussistenza dei motivi correlati all’emergenza sanitaria, che hanno giustificato la sostituzione della misura custodiale maggiormente gravosa. In particolare, ciò deve avvenire entro il **termine di quindici giorni** dall’adozione del provvedimento applicativo degli arresti domiciliari e, successivamente, a **intervalli mensili**; tuttavia, la pubblica accusa è tenuta a procedere a prescindere da tali termini, se il Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria comunica la disponibilità di adeguate strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta[8].

A seguito di tale verifica, il pubblico ministero ha il potere-dovere di chiedere – purché sussistano le originarie esigenze cautelari – **il ripristino della custodia cautelare in carcere** in presenza di due situazioni: il sopravvenuto mutamento delle condizioni che hanno determinato la sostituzione della misura o la disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta, idonee a salvaguardare le condizioni di salute del prevenuto.

Il comma 2 dell’art. 3 d.l. n. 29 del 2020 prevede altresì che il giudice, salvo che disponga la revoca della misura ai sensi dell’art. 299, comma 1, c.p.p., sia tenuto a effettuare precisi adempimenti istruttori. In linea con quanto sancito dall’art. 2 della novella, devono essere, in particolare, sentiti sia l’autorità sanitaria regionale, in persona del Presidente della Giunta della Regione, sulla situazione sanitaria locale, sia il DAP in ordine alla disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta, in cui l’imputato può essere nuovamente sottoposto alla misura di cui all’art. 285 c.p.p., senza pregiudizio delle condizioni di salute. Da ultimo, nel caso in cui l’autorità giudiziaria non sia in grado di decidere allo stato degli atti, la disposizione precisa che possono essere disposti, «d’ufficio e senza formalità», accertamenti sullo stato di salute del prevenuto o procedere a perizia.

Ebbene, l’intervento in analisi sarebbe stato dettato da un **quadro normativo che appariva carente**[9]. In particolare, con riferimento al sistema delle misure cautelari, si è rilevato che la facoltà di sostituzione *in peius* della misura cautelare disposta sarebbe prevista esclusivamente in caso di aggravamento dei *pericula libertatis* ai sensi dell’**art. 299 c.p.p.** o di trasgressione delle prescrizioni attinenti alla misura cautelare *ex art. 276 c.p.p.*[10]; situazioni dunque ben diverse da un superamento delle ragioni connesse all’emergenza sanitaria, correlate alle condizioni di salute dell’imputato, tale da far venire meno l’eventuale incompatibilità con la custodia cautelare in carcere.

2. In tale articolato assetto si colloca l’ordinanza in commento.

In particolare, nel caso di specie, era stata disposta la **misura della custodia cautelare in carcere** nei confronti di una persona sottoposta alle indagini, in relazione ai **delitti di partecipazione ad associazione di tipo mafioso e di partecipazione ad associazione dedita al narcotraffico ex artt. 416-bis c.p. e 74 d.P.R. n. 309 del 1990, nonché per detenzione illegale di armi e spaccio di sostanze stupefacenti**. Avverso l’ordinanza applicativa della misura, era stata presentata istanza di riesame, la quale veniva rigettata, con provvedimento, poi confermato da parte della Corte di cassazione *ex art. 311 c.p.p.*

Il 17 marzo 2020, nell’ambito dell’emergenza sanitaria da coronavirus, veniva formulata dalla difesa istanza di sostituzione della misura con quella degli arresti domiciliari, alla luce dello stato di salute

del prevenuto, ritenuto incompatibile con il regime custodiale di massimo rigore. Tuttavia, il giudice per le indagini preliminari rigettava tale richiesta, sulla scorta della considerazione secondo cui la malattia dell'interessato non avrebbe esposto il medesimo a un maggiore rischio di contagio, derivante dall'emergenza epidemiologica in corso, rispetto agli altri detenuti.

Contro tale provvedimento veniva formulato **appello ai sensi dell'art. 310 c.p.p.**, su cui si è pronunciato il Tribunale della libertà con l'ordinanza in esame.

Alla luce dei risultati della perizia disposta, i Giudici hanno ritenuto l'appello della difesa **fondato e, dunque, meritevole di accoglimento**. Si è, in particolare, affermato che, sulla scorta delle conclusioni del perito, sussisterebbe nel caso di specie una «**incompatibilità temporanea” delle condizioni di salute** dell'indagato con la custodia cautelare in carcere» per un lasso temporale di circa sei mesi, giustificato in ragione delle patologie di cui sarebbe affetto l'interessato, nonché dal suo maggior rischio di contagio da COVID-19.

Senonché, proprio tale considerazione ha indotto il Tribunale di Lecce a svolgere un'approfondita disamina sull'applicabilità dei cosiddetti **arresti domiciliari “a tempo”, alla luce sia della disciplina codicistica, sia del recente d.l. n. 29 del 2020**. In merito, preme anticipare che i Giudici hanno risolto la questione ritenendo **certamente applicabile al caso di specie la recente novella normativa**; nondimeno, il carattere controverso del tema sembra aver sollecitato il Tribunale a dedicarvi un'ampia analisi sul piano della legislazione ordinaria, per poi poter trattare la novità introdotta dalla decretazione d'urgenza.

3. Così, quanto al primo profilo, i Giudici hanno messo in evidenza il recente arresto della Corte di cassazione sopra richiamato, che, come visto, ha escluso, sulla scorta della disciplina dettata dal codice di procedura penale, la legittimità di una misura coercitiva disposta “a termine”[\[11\]](#).

Tuttavia, il Tribunale è pervenuto a **una soluzione opposta**, sulla scorta di diversi argomenti.

Al riguardo, va precisato che la pronuncia in esame ha dato atto dell'assenza di una previsione codicistica, tale da configurare espressamente il ripristino della custodia cautelare in carcere, una volta che siano stati disposti gli arresti domiciliari, per una “incompatibilità temporanea” con la misura *ex art. 285 c.p.p.*

Del pari, sono state richiamate le disposizioni di cui agli **artt. 276 e 299, comma 4, c.p.p.**, che, come già emerso, prevedono la sostituzione della misura cautelare applicata con una più grave, ma solo in presenza, rispettivamente, di una violazione delle prescrizioni riguardanti la cautela, o di un mutamento in negativo dei *pericula libertatis*.

I Giudici, però, hanno ravvisato il **fondamento normativo della soluzione proprio nell'art. 275, comma 4-bis, c.p.p.** Si è, in particolare, osservato che la previsione, nel caso di incompatibilità temporanea, si applicherebbe «solo ed esclusivamente per il tempo strettamente necessario ad effettuare i trattamenti terapeutici richiesti». Pertanto, una volta cessate le esigenze sanitarie, dovrebbe essere ripristinata la custodia cautelare in carcere, «salvo che, nel frattempo, siano venuti meno o si siano affievoliti i *pericula libertatis* posti a fondamento del provvedimento genetico di adozione del regime cautelare».

Nel pervenire a tale impostazione, il Tribunale ha in primo luogo ritenuto **non condivisibile la motivazione della Suprema Corte**. Secondo quanto emerso dalla pronuncia in commento,

quest'ultima, in particolare, avrebbe basato il suo ragionamento, sulla scorta di una giurisprudenza ormai risalente, che aveva escluso la possibilità, al di fuori delle ipotesi normativamente previste, di applicare in maniera cumulativa le misure cautelari[12].

Ebbene, – ha osservato il Tribunale – tali decisioni sarebbero ormai superate sulla base della più recente giurisprudenza di legittimità, intervenuta successivamente alla riforma introdotta dalla l. n. 47 del 2015[13]. Pertanto, l'attuale quadro giurisprudenziale costituirebbe un argomento a favore e non contro l'ammissibilità di misure cautelari "a tempo".

Inoltre, – hanno proseguito i Giudici – nella fattispecie sottoposta al vaglio della Corte, in linea, peraltro, con il caso di specie oggetto dell'ordinanza in commento, non sarebbe venuta in rilievo un'applicazione cumulativa di molteplici misure cautelari, ma l'«adozione "a termine" di un'unica misura [...] con successivo ripristino della custodia cautelare in carcere».

In aggiunta a tali argomenti, il Tribunale ha affermato che la prospettata interpretazione dell'art. 275, comma 4-*bis*, c.p.p. sarebbe imposta da una **lettura costituzionalmente orientata** della previsione.

Ammettere diversamente, infatti, comporterebbe una lesione dei principi di uguaglianza e di ragionevolezza di cui **all'art. 3 Cost.**, laddove si andrebbe a parificare due situazioni – quali l'incompatibilità temporanea e permanente – assai differenti tra loro. Inoltre, sarebbe ravvisabile una disparità di trattamento tra l'imputato che godrebbe della misura meno gravosa, nonostante il superamento della fase transitoria di incompatibilità, e tutti coloro che, con il medesimo quadro cautelare, si troverebbero, invece, privati nel massimo grado della libertà personale.

Peraltro, – hanno continuato i Giudici – un eventuale contrasto con la Costituzione, e, in particolare, con il **diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost.** si verificherebbe, qualora si interpretasse l'art. 275, comma 4-*bis*, c.p.p., nel senso di assumere rilievo esclusivamente nelle ipotesi di "incompatibilità permanente" con la custodia cautelare in carcere. Così facendo, infatti, si impedirebbe al prevenuto con problemi di salute meramente temporanei di beneficiare degli arresti domiciliari, in modo tale da poter godere delle cure mediche necessarie.

Quanto a quest'ultimo profilo, preme precisare che il Tribunale ha dato atto dell'istituto di cui all'**art. 11, comma 4, ord. penit.**, che consente il trasferimento dell'imputato presso strutture sanitarie esterne di diagnosi o di cura, laddove «siano necessarie cure o accertamenti sanitari che non possono essere apprestati dai servizi sanitari presso gli istituti».

Tuttavia, si è osservato che la previsione sarebbe idonea a far fronte a esigenze di trattamento sanitario brevi e non di lunga durata. A detta del Tribunale, ciò, in particolare, sarebbe desumibile dal comma 5 del medesimo articolo, che prescrive, come regola, il cosiddetto piantonamento dell'interessato presso la struttura sanitaria; il che risulterebbe «inesigibile per prolungati periodi di tempo alla luce delle attuali risorse del nostro sistema penitenziario». Del pari, si è rilevato che spesso il trattamento medico richiesto può essere effettuato presso l'abitazione dell'interessato, onde per cui non sarebbe giustificabile un ricovero in apposite strutture, con conseguente – pure in tale prospettiva – aggravio delle risorse a disposizione.

Per di più, a supporto dell'impostazione, i Giudici hanno avanzato **un argomento di carattere sistematico**, sulla base di quanto previsto dall'art. 286-*bis*, comma 3, c.p.p. La previsione, in particolare, stabilisce, sia in presenza di esigenze diagnostiche al fine di accertare la sussistenza delle condizioni di salute di cui all'art. 275, comma 4-*bis*, c.p.p., sia a fronte di esigenze terapeutiche in favore di soggetti che si trovano già in stato di incompatibilità accertata, «il ricovero provvisorio in idonea struttura del Servizio sanitario nazionale». Ebbene, è stato considerato dirimente l'inciso

contenuto nel medesimo comma, secondo cui, una volta terminate le delineate esigenze, «il giudice provvede a norma dell'art. 275 c.p.p.».

Del resto, – si è ulteriormente argomentato – la soluzione prospettata sarebbe in perfetta linea con i **caratteri di elasticità e duttilità** che connotano l'intera materia cautelare; a ben vedere, proprio tale flessibilità che informa il contesto in esame «mal si concilier[ebbe] con la “cristallizzazione” di una misura cautelare oltre il tempo strettamente coincidente con la persistenza dei presupposti che ne hanno propiziato l'applicazione».

Ancora, si è rilevato che un'interpretazione diversa dell'art. 275, comma 4-*bis*, c.p.p., così come sostenuta dalla Corte di cassazione, si porrebbe in contrasto con lo stesso **regime di presunzioni fissato dal comma 3** del medesimo articolo, in relazione ai delitti ivi contemplati. Considerato che, in siffatte ipotesi, la regola è la custodia cautelare in carcere non si comprenderebbe la ragione per cui, venute meno le condizioni problematiche di salute, non debba essere ripristinata la misura *ex art.* 285 c.p.p., sempre che – si è ulteriormente chiarito – permangano le originarie esigenze cautelari.

A maggiore conferma dell'impostazione, si è peraltro sostenuto che una soluzione differente finirebbe per trasformare il comma 4-*bis* dell'art. 275 c.p.p. «da norma garantista di civiltà in un inaccettabile salvacondotto». In tale modo, infatti, si permetterebbe al prevenuto di sottrarsi alla custodia cautelare in carcere per l'intera durata del procedimento, a fronte di un breve periodo di incompatibilità per temporanei motivi di salute.

Da ultimo, un ulteriore argomento è stato poggiato proprio sulla scorta della previsione di cui all'**art. 47-ter, comma 1-ter, ord. penit.**, con riferimento alla detenzione domiciliare surrogatoria, la quale, come già ricordato, è configurata sempre a termine. Ebbene, a detta dei Giudici, sarebbe difficile spiegare la differenza di disciplina in materia cautelare con quella appena richiamata, specie se si considera l'importanza di far fronte ai *pericula libertatis*.

A chiusura del quadro delineato, occorre, d'altra parte, precisare che il Tribunale ha osservato come il recente arresto della Suprema Corte parrebbe **in contrasto con una decisione più risalente della giurisprudenza di legittimità**^[14]. Invero, quest'ultima pronuncia ha stabilito che, sebbene non sia ammissibile un ripristino automatico della custodia cautelare in carcere, non sarebbe ravvisabile alcun ostacolo – a fronte di un mutamento *in melius* delle condizioni di salute che avevano giustificato l'applicazione degli arresti domiciliari – a rivalutare il quadro cautelare, al fine di vagliare quale misura possa ritenersi più adeguata.

Ebbene, il Tribunale ha ritenuto siffatto arresto maggiormente in linea con i principi vigenti in materia. D'altra parte, giova mettere in luce che non è stato condiviso l'inquadramento dogmatico attribuito alla fattispecie dalla pronuncia. Essa ha, infatti, configurato l'ipotesi nell'ambito della sostituzione *in peius* della misura di cui all'**art. 299, comma 4, c.p.p.**: qualificazione giuridica che – a detta del Tribunale – non sarebbe sostenibile, visto che la disposizione, come più volte ricordato, si applica esclusivamente a fronte di un aggravamento delle esigenze cautelari.

Insomma, i Giudici hanno ribadito che la base giuridica della fattispecie in esame sarebbe quella di cui all'**art. 275, comma 4-*bis*, c.p.p.** Tale presa di posizione – ha del resto precisato il Tribunale – non sarebbe una mera questione teorica, in quanto propendere per la rilevanza dell'art. 275 c.p.p. o dell'art. 299 c.p.p. avrebbe un'immediata conseguenza sul piano pratico. Solo nella seconda ipotesi, infatti, troverebbe applicazione il **principio della domanda cautelare** e, pertanto, la sostituzione della misura potrebbe essere disposta esclusivamente a seguito di una apposita richiesta da parte della pubblica accusa. Per converso, secondo quanto esplicitato dai Giudici, qualora si opti per la prima soluzione, l'istanza cautelare sarebbe quella originariamente formulata dal pubblico ministero, con la

conseguenza che, in questo caso, la custodia cautelare in carcere sarebbe applicabile, **senza una necessaria previa reiterazione della richiesta da parte della pubblica accusa.**

Nondimeno, al di là delle considerazioni svolte, il Tribunale non ha potuto che concludere, dando atto che il tema in analisi risulta indubbiamente controverso nell'ambito della disciplina codicistica.

È dunque a questo punto del ragionamento che è stato analizzato il **d.l. n. 29 del 2020**: è stata, in particolare, valorizzata la portata innovativa della novella, la quale costituirebbe una risposta al problema delineato. Si è, infatti, affermato che la nuova disciplina affronterebbe specificamente la questione in esame, «rappresentata dalla possibilità di applicazione degli arresti domiciliari “a tempo”, per il lasso cronologico strettamente necessario a superare una condizione di incompatibilità con il regime carcerario».

La pronuncia ha svolto un'approfondita disamina della novella **dal punto di vista soggettivo, oggettivo e procedimentale**: al riguardo, pare utile segnalare alcuni degli aspetti affrontati.

Sotto **il profilo oggettivo**, è stata chiarita la portata da attribuire al presupposto rappresentato dai «motivi connessi all'emergenza sanitaria da Covid-19», in forza del quale verrebbe in rilievo il provvedimento normativo. Secondo il Tribunale, la formula sarebbe da intendere in senso lato, quale «connessione debole». In sostanza, la disciplina troverebbe applicazione tutte le volte in cui l'emergenza epidemiologica abbia inciso, anche in modo non esclusivo, sulla decisione del giudice a sostituire la misura *ex art. 285 c.p.p.* con quella degli arresti domiciliari.

Sulla scorta della disposizione transitoria di cui all'art. 5 d.l. n. 29 del 2020, si è altresì esplicitato che la disciplina sarebbe applicabile ai provvedimenti cautelari sostitutivi, emessi successivamente al **23 febbraio 2020**. Termine ultimo della previsione sarebbe, invece, il **31 luglio 2020**, data finale dello stato di emergenza da COVID-19, ai sensi della Delibera del 31 gennaio 2020, adottata dal Consiglio dei Ministri.

Ancora, giova rilevare che il Tribunale, a differenza di quanto esplicitato alla luce della disciplina codicistica, ha osservato che nel d.l. n. 29 del 2020 opererebbe **il principio della domanda cautelare**. Difatti, spetta al pubblico ministero attivarsi, al fine di formulare un'istanza di ripristino della custodia cautelare in carcere. In merito, i Giudici hanno comunque precisato che tale scelta non sarebbe da ritenere scontata e imposta al legislatore; e invero vi sarebbero ipotesi normative, come l'art. 276, comma 1-*ter*, c.p.p., tali da prevedere un'attivazione d'ufficio del giudice, volta a sostituire in senso peggiorativo una precedente misura cautelare.

Da ultimo, importanti considerazioni sono state svolte con riferimento al **diritto di difesa**, da ritenersi salvaguardato. Nello specifico, si è argomentato che l'assenza, nella previsione in esame, dell'interrogatorio di garanzia, dopo che sia stata disposta la sostituzione degli arresti domiciliari con la misura più grave, sarebbe in linea con le altre ipotesi previste dal codice di procedura penale, quali, in particolare, quelle *ex artt. 276 e 299, comma 4, c.p.p.* Inoltre, secondo la pronuncia, le prerogative difensive sarebbero in ogni caso tutelate: contro l'ordinanza sostitutiva della misura cautelare sarebbe infatti proponibile appello *ex art. 310 c.p.p.* ed, eventualmente, ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 311 c.p.p.

In definitiva, sulla scorta di quanto emerso, il Tribunale ha ritenuto **applicabile la novella normativa al caso di specie**. Difatti, nella fattispecie concreta, a venire in rilievo sarebbe il delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p., contemplato dal d.l. n. 29 del 2020; il provvedimento di sostituzione, costituito dall'ordinanza in esame, rientrerebbe nella cornice temporale di applicazione della disciplina. Da ultimo, si è osservato che tale ordinanza, sostitutiva della custodia cautelare in carcere, sarebbe

dettata, almeno in parte, dall'emergenza epidemiologica. Insomma, i Giudici hanno esplicitato che, concessi gli arresti domiciliari con il provvedimento in analisi, la pubblica accusa sarà tenuta a effettuare il continuo monitoraggio *ex art. 3 d.l. n. 29 del 2020*, al fine di formulare l'istanza di ripristino della misura cautelare più gravosa, nel caso in cui siano cessate le esigenze sanitarie riscontrate.

4. L'ordinanza in commento ha certamente il pregio di aver sollevato un problema di grande rilevanza pratica, oltre che di estrema attualità, alla luce dell'emergenza sanitaria in corso. Ad ogni modo, al di là della disciplina dettata dalla decretazione d'urgenza di cui al **d.l. n. 29 del 2020**, che sembra effettivamente apprestare **una copertura normativa** al tema in esame, non pare ammissibile, nell'attuale disciplina del codice di rito, **una misura coercitiva disposta "a tempo"**, in relazione a una situazione temporanea di incompatibilità con la custodia cautelare in carcere.

Certo, le ragioni di fondo inerenti all'esigenza di un ripristino della cautela di cui all'art. 285 c.p.p., una volta venute meno le condizioni di salute che ne avevano giustificato la sostituzione con quella degli arresti domiciliari e salva, in ogni caso, la persistenza dei presupposti applicativi della misura, appaiono fondate. Tuttavia, **in assenza di una previsione espressa sul punto**, sembra opportuno concludere nei medesimi termini della recente decisione della Corte di cassazione, secondo cui «non s[arebbero] possibili a fronte di situazioni temporanee che si manifestano in corso di esecuzione della misura, prescrizioni "a tempo", con previsione di un automatico ripristino»[\[15\]](#).

D'altra parte, proprio la disposizione di cui all'**art. 47-ter, comma 1-ter, ord. penit.**, nell'ambito della disciplina dell'esecuzione, pare rappresentare un argomento contrario e non a favore dell'ammissibilità di una soluzione analoga in materia cautelare. L'assenza, infatti, di una previsione simile nell'ambito del procedimento incidentale *de libertate* sembrerebbe far propendere per l'impossibilità, allo stato, di disporre gli arresti domiciliari "a termine".

Desta inoltre perplessità l'effetto pratico ricavato dal ricorso all'art. 275, comma 4-*bis*, c.p.p., quale fondamento normativo della soluzione prospettata dall'ordinanza: si è precisato che, in tale ipotesi, si prescinderebbe da una previa istanza formulata dalla pubblica accusa. Al riguardo, occorre però osservare che il **principio del *ne procedat iudex ex officio*** pare immanente in materia, qualora si intenda disporre o aggravare una misura cautelare[\[16\]](#). È ben vero che vi sono limitate ipotesi di iniziative officiose *in peius*, come chiarito dalla stessa pronuncia; tuttavia, nel silenzio dell'art. 275, comma 4-*bis*, c.p.p., dovrebbe trovare applicazione il principio della domanda cautelare, maggiormente rispondente a un modello di processo di parti, cui è ispirato il codice del 1988.

In conclusione, fermi restando i rilievi espressi, appare condivisibile la sollecitazione formulata nell'ordinanza in ordine all'opportunità, al di là della parentesi rappresentata dal d.l. n. 29 del 2020, di «**una sistematica modifica codicistica**», volta a fornire una **puntuale risposta alle ipotesi di incompatibilità solo temporanea** con la custodia cautelare in carcere. In tale prospettiva, sarebbe comunque auspicabile rispettare il principio della domanda cautelare, oltre che assicurare una rivalutazione che tenga conto non solo dell'eventuale sopravvenuto mutamento in positivo delle condizioni di salute dell'interessato, ma anche della persistenza delle esigenze cautelari che avevano portato a optare per il regime cautelare di massimo rigore.

[1] In merito, v., per tutti, E. Aprile-F. D'Arcangelo, *Le misure cautelari nel processo penale*, Milano, 2017, p. 216 e ss.; A. Bassi, *I presupposti ed i criteri di scelta delle misure cautelari personali*, in Aa.Vv., *La cautela nel sistema penale. Misure e mezzi di impugnazione*, a cura di A. Bassi, Padova, 2016, pp. 66 e 67; A. De Caro, *Presupposti e criteri applicativi*, in Aa.Vv., *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. II, t. II, *Le misure cautelari*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2008, pp. 88-89; C. De Robbio, *Le misure cautelari personali*, Milano, 2016, p. 198 e ss.; G. Spangher, *Le misure cautelari personali*, in Aa.Vv., *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da G. Spangher-A. Marandola-G. Garuti-L. Kalb, vol. II, *Misure cautelari. Indagini preliminari. Giudizio*, a cura di A. Marandola, Milano, 2015, p. 65 e ss.

[2] Cfr. Cass., Sez. I, 19 luglio 2019, n. 42713, in *CED. Cass.*, n. 277455-01.

[3] In questi termini, cfr., ancora, Cass., Sez. I, 19 luglio 2019, n. 42713, cit.

[4] Al riguardo, v. F. Gianfilippi, *La rivalutazione delle detenzioni domiciliari per gli appartenenti alla criminalità organizzata, la magistratura di sorveglianza e il corpo dei condannati nel d.l. 10 maggio 2020 n. 29*, in *Giustizia Insieme*, 12 maggio 2020; G. Pestelli, *D.L. 29/2020: obbligatorio rivalutare periodicamente le scarcerazioni connesse all'emergenza Covid-19*, in *Quotidiano Giuridico*, 13 maggio 2020; A. Pulvirenti, *COVID-19 e diritto alla salute dei detenuti: un tentativo, mal riuscito, di semplificazione del procedimento per la concessione dell'esecuzione domiciliare della pena (dalle misure straordinarie degli artt. 123 e 124 del d.l. n. 18/2020 alle recenti novità del d.l. n. 29/2020)*, in *Leg. pen.*, 26 maggio 2020. Con particolare riferimento all'art. 3 d.l. n. 29 del 2020, v. A. Marandola, *Il ripristino del carcere cautelare nel d.l. 29/2020*, in *Il Penalista*, 18 maggio 2020.

[5] Tra i primi commenti al d.l. 30 aprile 2020, n. 28, v. P. Canevelli, *La magistratura di sorveglianza tra umanità della pena e contrasto alla criminalità organizzata: le soluzioni contenute nel D.L. 30 aprile 2020, n. 28*, in *Giustizia Insieme*, 8 maggio 2020; A. Della Bella, [Emergenza COVID e 41 bis: tra tutela dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche](#), in questa *Rivista*, 1° maggio 2020; M. Gialuz, [L'emergenza nell'emergenza: il decreto-legge n. 28 del 2020, tra ennesima proroga delle intercettazioni, norme manifesto e "terzo tempo" parlamentare](#), in questa *Rivista*, 1° maggio 2020.

[6] Cfr. M. Gialuz, [Il d.l. antiscarcerazioni alla Consulta: c'è spazio per rimediare ai profili di illegittimità costituzionale in sede di conversione](#), in questa *Rivista*, 5 giugno 2020.

[7] In merito, si veda G. Fiandaca, [Scarcerazione per motivi di salute, lotta alla mafia e opinione pubblica](#), in questa *Rivista*, 19 maggio 2020.

[8] In questo senso pare potersi interpretare l'infelice inciso, contenuto nell'art. 3 d.l. n. 29 del 2020, «salvo quando il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria comunica la disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta adeguati alle condizioni di salute dell'imputato»: cfr. G. Pestelli, *D.L. 29/2020: obbligatorio rivalutare periodicamente*, cit.

[9] V. *Senato della Repubblica, XVIII Legislatura, Fascicolo Iter DDL S. 1799, Analisi tecnico-normativa*, p. 18.

[10] Cfr., ancora, *Senato della Repubblica, XVIII Legislatura, Fascicolo Iter DDL S. 1799, Analisi tecnico-normativa*, p. 19.

[11] V. Cass., Sez. I, 19 luglio 2019, n. 42713, cit.

[12] È stata, in particolare, richiamata Cass., Sez. Un., 30 maggio 2006, n. 29907, in *CED. Cass.*, n. 234138.

[13] Cfr. Cass., Sez. VI, 19 febbraio 2019, n. 10278, in *CED. Cass.*, n. 275203-01; Cass., Sez. VI, 23 novembre 2016, n. 6790, in *CED. Cass.*, n. 269161.

[14] La pronuncia si riferisce, in particolare, a Cass., Sez. VI, 26 giugno 2002, n. 31901, in *Guida dir.*, 2002, n. 47, p. 80.

[15] V. Cass., Sez. I, 19 luglio 2019, n. 42713, cit.

[16] In merito, cfr. l'analisi svolta da E. Valentini, *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Bologna, 2012, *passim*.

N.	251/20	R.M.C.P.
N.	10872/17	R.G.N.R.
N.	10211/18	R.G.I.P.



TRIBUNALE DI LECCE SEZIONE RIESAME

Il Tribunale, riunito in camera di consiglio nelle persone dei seguenti Magistrati:

- Dott.ssa Pia Verderosa	Presidente
- Dott.ssa Anna Paola Capano	Giudice
- Dott. Antonio Gatto	Giudice rel.

decidendo sull'appello *ex art.* 310 c.p.p. presentato in data 27/3/2020 dai difensori di A. G., nato a ... (LE) il ... 1956, avverso l'ordinanza datata 23/3/2020 (depositata in pari data) con la quale il GIP presso il Tribunale di Lecce ha rigettato l'istanza di sostituzione della misura della custodia cautelare in carcere attualmente in atto con quella degli arresti domiciliari;

esaminati gli atti del procedimento, pervenuti nella cancelleria dell'adito Tribunale distrettuale in data 6/4/2020;

uditi i difensori nell'udienza camerale del 15/5/2020, sciogliendo la riserva di cui al separato verbale;

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

SOMMARIO

1. L'ORDINANZA GENETICA.....	1
2. L'ISTANZA DI SOSTITUZIONE DELLA MISURA CARCERARIA.....	2
3. IL PROVVEDIMENTO REIETTIVO IMPUGNATO	2
4. L'ATTO DI APPELLO FORMULATO DALLA DIFESA	2
5. L'INCOMPATIBILITÀ TEMPORANEA CON IL REGIME CARCERARIO	3
6. GLI ARRESTI DOMICILIARI "A TEMPO" NELLA LEGISLAZIONE ORDINARIA	5
7. GLI ARRESTI DOMICILIARI "A TEMPO" NEL D.L. N. 29 DEL 10 MAGGIO 2020	16
7.1. AMBITO DI APPLICAZIONE SOGGETTIVO.....	17
7.2. AMBITO DI APPLICAZIONE OGGETTIVO.....	18
7.3. ARCO TEMPORALE DI RIFERIMENTO	19
7.4. LE VERIFICHE DEL PUBBLICO MINISTERO	20
7.5. LA DECISIONE DEL GIUDICE	22
7.6. L'ESERCIZIO DEL DIRITTO DI DIFESA	23
8. CONCLUSIONI.....	25
P.Q.M.	26

1. L'ORDINANZA GENETICA

All'istante, con l'ordinanza datata 17/6/2019 (depositata in pari data) emessa dal GIP presso il Tribunale di Lecce, è stata applicata la misura cautelare della custodia in carcere per il delitto di partecipazione, con il ruolo di capo, ad associazione mafiosa e di partecipazione, sempre in posizione apicale, ad associazione dedita al narcotraffico di cui agli artt. 416 *bis* c.p. e 74 D.P.R. 309/1990 (capi 1 e 2 dell'imputazione provvisoria), oltre che per detenzione illegale di armi e spaccio di sostanze stupefacenti (capi 9 e 25 dell'editto accusatorio).

Avverso tale ordinanza, i difensori di A. G. hanno formulato istanza di riesame, che veniva respinta da questo Tribunale distrettuale con ordinanza adottata il 16/7/2019, poi confermata dalla Suprema Corte di Cassazione con sentenza emessa il 4/12/2019.

2. L'ISTANZA DI SOSTITUZIONE DELLA MISURA CARCERARIA

Così come in precedenti occasioni, con istanza depositata il 17/3/2020, la difesa dell'odierno appellante chiedeva al GIP presso il Tribunale di Lecce che la misura della custodia cautelare in carcere applicata al prevenuto venisse sostituita con quella degli arresti domiciliari, in considerazione delle condizioni di salute del medesimo, ritenute incompatibili con il regime carcerario.

3. IL PROVVEDIMENTO REIETTIVO IMPUGNATO

Il GIP presso il Tribunale di Lecce, con ordinanza datata 23/3/2020, ha rigettato la richiesta avanzata dalla difesa, ritenendo immutate le condizioni sanitarie relative all'indagato rispetto ai provvedimenti reiettivi già in precedenza intervenuti nell'ambito del presente procedimento.

In particolare, il giudice di prime cure rileva che l'istanza avanzata nell'interesse del prevenuto non evidenzia un aggravamento della patologia (psoriasi a placche), ma sostiene che le cure di cui ha bisogno A. non sarebbero somministrabili all'interno delle strutture ospedaliere, né ai sensi dell'art. 11 L. 354/1975, alla luce dell'emergenza sanitaria in atto dovuta alla diffusione del Covid-19.

Con specifico riferimento al rispetto in carcere delle norme igieniche prescritte per evitare il contagio da Coronavirus, rischio cui A. sarebbe maggiormente esposto in ragione delle lesioni cutanee che affliggono gran parte del suo corpo, il GIP osserva che tale problematica riguarda purtroppo tutti i detenuti, costretti a vivere in spazi ristretti e quindi tutti particolarmente a rischio contagio, specie considerata la facilità con cui il virus tende a diffondersi. Pertanto, secondo il giudice di prima istanza, le lesioni cutanee di A. non sembrano costituire una fonte maggiore di rischio di contagio rispetto a quello gravante sul resto della popolazione carceraria.

4. L'ATTO DI APPELLO FORMULATO DALLA DIFESA

Il provvedimento reiettivo adottato dal GIP presso il Tribunale di Lecce il 23/3/2020 è stato impugnato dai difensori di A. G. con l'atto di appello depositato presso la cancelleria di questo Tribunale distrettuale il 27/3/2020.

Con il predetto atto di gravame, la difesa dell'indagato torna a riaffermare l'incompatibilità delle condizioni di salute del prevenuto con il regime carcerario, con conseguente richiesta di applicazione della misura gradata degli arresti domiciliari.

Nello specifico, la difesa rileva che già la perizia precedentemente affidata da questo Tribunale distrettuale al dott. Capilungo aveva accertato la necessità di cure oggi non somministrabili all'interno di strutture ospedaliere, né ex art. 11 dell'Ordinamento penitenziario, alla luce dell'emergenza sanitaria in atto.

Ad avviso della difesa, a fronte della peculiare patologia dell'A., con piaghe cutanee profonde su più del 70% del corpo, non è possibile ipotizzare, in regime carcerario, il rispetto delle norme igieniche prescritte al fine di evitare il contagio da Covid-19 (mantenere una distanza di almeno un metro dagli altri detenuti, a causa degli spazi ristrettissimi delle celle detentive; lavare frequentemente le mani, considerato che A. soffre di una grave forma di onicopatia psoriasica e rilevato che il suo corpo è costantemente esposto al contagio, in ragione delle stesse lesioni cutanee).

Nell'atto di impugnazione, si evidenzia, inoltre, che A. necessita dell'assunzione di farmaci biologici, che richiedono costante monitoraggio clinico, e dell'applicazione di farmaci locali (nel rispetto di rigorose regole igieniche) per la quale l'indagato necessita di essere coadiuvato.

Si aggiunge che la psoriasi è una malattia sistemica infiammatoria che, nel caso dell'indagato, coinvolge non solo la cute ma anche le articolazioni, oltre ad essere associata all'importante comorbilità cardiovascolare che aggrava il quadro clinico del paziente e rende il trattamento della patologia più complesso.

La difesa conclude che, in regime di arresti domiciliari, l'indagato potrebbe affrontare, con l'aiuto dei familiari e in un ambiente igienico certamente più adeguato rispetto a quello detentivo, le terapie farmacologiche di cui necessita, sotto il controllo dello specialista che lo ha già in cura. In tal modo, il prevenuto verrebbe sottratto al maggior rischio di contagio legato alla sua condizione peculiare, non paragonabile a quella di qualsiasi altro detenuto, come invece affermato nel provvedimento impugnato.

Alla luce di tali considerazioni, i difensori dell'indagato chiedono che questo Tribunale distrettuale *“voglia, in riforma del provvedimento impugnato, sostituire la misura cautelare in atto nei confronti di A. G. con gli arresti domiciliari presso l'abitazione di residenza, in ragione dell'incompatibilità delle sue condizioni di salute con il regime penitenziario, ancor più alla luce della emergenza sanitaria in atto”*.

5. L'INCOMPATIBILITÀ TEMPORANEA CON IL REGIME CARCERARIO

L'atto di appello formulato dalla difesa appare fondato e risulta, pertanto, meritevole di accoglimento.

È opportuno, in primo luogo, rilevare che, prima di provvedere sull'istanza avanzata nell'interesse dell'indagato, il Tribunale ha ritenuto necessario disporre una nuova perizia, anche alla luce della situazione sanitaria venutasi a creare a seguito della diffusione del virus Covid-19.

In particolare, all'udienza del 4 maggio 2020, il Collegio conferiva incarico peritale al dott. Roberto Vaglio (medico legale), sottoponendo al suo esame i seguenti quesiti:

“Esaminata la documentazione clinica in atti e nella disponibilità della difesa, nonché la perizia in precedenza svolta dallo specialista dermatologo nominato dall'ufficio e la consulenza di parte, accerti se le attuali condizioni di salute di A. G., detenuto nella Casa circondariale di Tolmezzo, siano compatibili con il regime carcerario, in particolare con riguardo alle lesioni cutanee e al conseguente eventuale maggior rischio di contagio da Covid-19, verificando altresì:

- *se vi sia stato un peggioramento della patologia (con degenerazione in artrite psoriasica);*
- *se le terapie necessarie possano essere garantite in maniera efficace con prestazioni sanitarie ambulatoriali o eventuali ricoveri in strutture esterne ai sensi dell'art. 11 dell'Ordinamento penitenziario;*
- *se la Casa circondariale di Tolmezzo abbia effettivamente assicurato al detenuto le cure del caso".*

Il dott. Vaglio presentava la propria relazione peritale il 13/5/2020.

Nell'elaborato redatto si legge, in particolare:

"1. Il sig. A. G. è affetto da:

- *psoriasi a placche sul 60-70% della superficie cutanea;*
- *probabile artrite psoriasica;*
- *ipertensione arteriosa;*
- *broncopatia cronica.*

2. Le sue condizioni di salute non sono particolarmente gravi, ma non sono suscettibili di trattamento in regime di detenzione, almeno fino a quando persista il periodo di emergenza sanitaria da SARS-CoV-2.

3. In tal senso, si ritiene di suggerire, allo scopo di avviare il piano terapeutico più idoneo alle condizioni di salute del paziente, che sia consentito il ricorso alle strutture sanitarie territoriali per un periodo di circa sei mesi, che dovrebbe garantire un sensibile miglioramento della malattia".

Secondo quanto rilevato dal perito, la patologia predominante, per gravità e impegno funzionale, è costituita dalla psoriasi (malattia cronica della pelle che causa lesioni "a placche", caratterizzate da eritema e desquamazione).

Ad avviso del dott. Vaglio, il quadro clinico attuale dell'indagato risulta particolarmente severo in relazione all'estensione cutanea della malattia e alla mancanza di qualsiasi trattamento specifico in corso, se si esclude la terapia antidolorifica e l'applicazione topica di creme ad azione emolliente, idratante e antinfiammatoria.

Nel febbraio 2020, l'indagato è stato sottoposto a consulenza reumatologica e dermatologica presso la Casa circondariale di Tolmezzo: entrambi gli specialisti hanno concordato per la diagnosi di psoriasi e di probabile artrite psoriasica e onicopatia psoriasica e sull'opportunità di avviare una terapia immunomodulante con methotrexate, dopo aver predisposto gli opportuni accertamenti ematochimici.

Tuttavia, essendo subentrata l'emergenza sanitaria dovuta al Covid-19 poco tempo dopo tali accertamenti e venendo a mancare la possibilità di effettuare visite programmate presso gli ospedali al fine di ridurre al minimo la possibilità di contagio da Coronavirus, è stato ritenuto opportuno posticipare tale piano terapeutico, programmando una nuova visita reumatologica al termine dell'emergenza sanitaria.

Dunque, il programma terapeutico cui sottoporre A. G. ha subito un ritardo e un conseguente rinvio a causa dell'emergenza sanitaria in corso.

Il perito rileva che, sebbene le condizioni generali di salute dell'indagato non siano, nel complesso, particolarmente allarmanti e potrebbero consentire la somministrazione della terapia anche in regime di detenzione, di fatto, la severità del quadro cutaneo e la mancanza di un piano terapeutico realizzabile rende assai remota la possibilità che egli possa usufruire, nell'immediato, di terapie specifiche.

Nell'elaborato peritale, si evidenzia inoltre che la terapia immunomodulante, che si utilizza per il trattamento della psoriasi, presenta, tra gli effetti collaterali, un effetto

immunosoppressore sul paziente, che è così esposto ad un rischio aggravato di contrarre malattie infettive.

Conseguentemente, l'avvio della terapia con methotrexate esporrebbe il paziente ad un maggiore rischio di contrarre il virus Covid-19; rischio che ovviamente incombe anche al di fuori delle strutture carcerarie, ma che risulta sensibilmente aumentato in ambienti comunitari.

In virtù delle condivisibili conclusioni cui è addivenuto il perito incaricato dal Tribunale, pertanto, può affermarsi che sussista, nel caso di specie, una "*incompatibilità temporanea*" delle condizioni di salute dell'indagato con la custodia cautelare in carcere, per un periodo che lo stesso dott. Vaglio ha stimato in circa sei mesi.

Ciò in quanto:

- le lesioni cutanee da psoriasi da cui l'indagato è affetto aumentano il rischio di contagio da Covid-19;
- il preventivato programma terapeutico è stato procrastinato a causa dell'emergenza sanitaria in atto;
- la somministrazione dei necessari farmaci immunomodulanti presenta, come effetto collaterale, un effetto immunosoppressore, esponendo il paziente ad un rischio aggravato di contrarre malattie infettive.

6. GLI ARRESTI DOMICILIARI "A TEMPO" NELLA LEGISLAZIONE ORDINARIA

Secondo il condivisibile giudizio del perito incaricato, dunque, l'indagato, in considerazione delle patologie da cui è affetto e del rischio di contagio da Covid-19 che correrebbe in ipotesi di permanenza in regime custodiale carcerario, necessita di un periodo di sei mesi di custodia domiciliare, con possibilità di fare ricorso alle strutture sanitarie territoriali, in modo da garantire un miglioramento delle sue condizioni di salute.

Occorre rilevare, sul punto, che, secondo recente giurisprudenza della Suprema Corte, il codice di rito non consente di applicare la misura degli arresti domiciliari "*a tempo*", dunque per un periodo prestabilito o comunque provvisorio, con il conseguente rientro presso strutture carcerarie.

Com'è noto, il codice contempla espressamente ipotesi di sostituzione *in peius* della misura cautelare in corso di esecuzione, con la conseguenza che, in tali casi, è possibile sostituire la misura degli arresti domiciliari con quella della custodia in carcere, ma si tratta di fattispecie in cui si registra o una violazione delle prescrizioni attinenti alla misura cautelare in atto oppure un aggravamento delle esigenze cautelari.

Si fa riferimento, in particolare, all'art. 276 c.p.p. ("*Provvedimenti in caso di trasgressione alle prescrizioni imposte*"), ipotesi dell'"*aggravamento sanzionatorio*", e all'art. 299 comma 4 c.p.p. ("*Revoca e sostituzione delle misure*"), ipotesi dell'"*aggravamento cautelare*".

Né l'art. 275 c.p.p., né alcuna altra disposizione codicistica, prevede, invece, *expressis verbis* la possibilità di ripristinare la misura della custodia in carcere dopo aver applicato la misura gradata degli arresti domiciliari in ragione delle condizioni di salute dell'imputato, per una "*incompatibilità temporanea*" delle stesse con il regime detentivo carcerario ed esclusivamente in base al venir meno del predetto stato di incompatibilità, senza che sia intervenuta una violazione delle prescrizioni imposte o un aggravamento delle esigenze cautelari precedentemente rilevate.

La giurisprudenza della Suprema Corte, in un recente caso in cui è stata chiamata a pronunciarsi espressamente sulla questione, ha escluso la possibilità di applicazione degli arresti domiciliari “*a termine*” o comunque temporaneamente, una volta accertato il miglioramento delle condizioni di salute del prevenuto e il conseguente venir meno dello stato di incompatibilità con il carcere.

I giudici di legittimità, infatti, proprio annullando un provvedimento adottato da questo Tribunale distrettuale, hanno assunto la decisione così massimata: in tema di custodia cautelare in carcere, è illegittima l’ordinanza che, a fronte di una temporanea incompatibilità con il regime carcerario determinata da motivi di salute (nella specie, relativi ad una terapia post operatoria), disponga la sostituzione a termine della misura custodiale con gli arresti domiciliari prevedendone il ripristino alla scadenza, previa verifica della condizione di compatibilità carceraria (Cass. pen., n. 42713 del 19/07/2019 - dep. 17/10/2019, Mero, Rv. 277455 - 01).

Nel caso in questione, il Tribunale di Lecce, adito in funzione di giudice d’appello cautelare, aveva rigettato l’impugnazione, proposta nell’interesse dell’imputato (condannato in primo grado per il delitto di omicidio premeditato e altri reati), avverso l’ordinanza della Corte d’Assise di Lecce con cui la Corte territoriale aveva sostituito la misura degli arresti domiciliari, ripristinando la custodia cautelare in carcere.

La decisione era stata assunta sulla scorta di un accertamento medico-legale che documentava la ritrovata compatibilità tra le condizioni di salute del prevenuto e la restrizione carceraria, dopo che, due mesi prima, sulla base di altro elaborato peritale che prevedeva la necessità di un trattamento fisioterapico da praticare presso il domicilio, dunque, al di fuori della struttura carceraria, la medesima Corte aveva affermato l’incompatibilità con la custodia in carcere per il periodo di due mesi (esattamente il lasso temporale previsto per il predetto trattamento terapeutico).

La Corte d’Assise di Lecce, pertanto, al termine del bimestre, previo espletamento (come si è detto) di altra perizia, venuta meno la (temporanea) condizione di incompatibilità con la custodia carceraria, in assenza di elementi di novità che potessero indurre a rivedere il quadro cautelare, aveva disposto il ripristino della misura originariamente sostituita.

La decisione assunta dalla Corte d’Assise, con conseguente ripristino della custodia cautelare in carcere, era stata confermata dal Tribunale del Riesame di Lecce, adito in sede di appello cautelare *ex art.* 310 c.p.p.

La difesa, tuttavia, che non aveva impugnato il provvedimento con il quale, in precedenza, la misura degli arresti domiciliari era stata accordata solo per il periodo di due mesi, proprio in ragione della temporanea incompatibilità delle condizioni di salute dell’imputato con il regime detentivo carcerario, formulava ricorso per cassazione avverso il provvedimento di ripristino della custodia in carcere.

In particolare, il difensore lamentava una violazione di legge, eccependo l’impossibilità di concedere la misura cautelare degli arresti domiciliari “*a tempo*”, pur richiamando ragioni collegate al diritto alla salute. Secondo la difesa, la misura non poteva essere concessa, a differenza di quanto accade per la detenzione domiciliare, con effetto temporaneo. Al cospetto di una decisione di accoglimento della misura meno gravosa degli arresti domiciliari non sarebbe stato possibile aggravare tale misura se non a

condizione che si fossero accentuate le esigenze cautelari stesse e nell'ipotesi in cui esse non fossero state controllabili con una misura meno afflittiva di quella di massimo rigore.

Era in altri termini esclusa una revocabilità *in peius* e nella specie, con la concessione degli arresti domiciliari, si era formato un "*giudicato cautelare*".

La Suprema Corte accoglieva il ricorso avanzato dalla difesa, annullando senza rinvio il provvedimento impugnato e disponendo conseguentemente il ripristino della misura degli arresti domiciliari.

Come osservano correttamente i giudici di legittimità, "*la questione di diritto sottoposta a questa Corte è relativa alla possibilità di concedere una misura cautelare coercitiva "a termine"*": "*partendo dalla possibilità di concedere una misura "a tempo" ritiene il giudice di merito che la temporanea condizione di incompatibilità con il regime detentivo autorizzerebbe la sostituzione della misura in atto con altra meno afflittiva e legittimerebbe una sorta di automatico ripristino della misura più grave, alla cessazione della condizione di incompatibilità*", configurando "*una elasticità del regime custodiale di massimo rigore, suscettibile di compressione ed espansione in ragione del mutare delle contingenze per cui risulta essere stato disposto*".

Tuttavia, dopo aver correttamente inquadrato la questione giuridica sottoposta alla sua attenzione, la Corte articola una motivazione che appare distonica rispetto alla problematica da decidere.

Citando alcune pronunce dei primi anni 2000, la Cassazione afferma, infatti, che "*questa Corte ha già avuto modo di osservare che, in ossequio al principio di legalità, le misure cautelari personali possono essere applicate esclusivamente nell'ambito di figure tassativamente definite; pertanto, non è ammissibile l'applicazione simultanea, in un "mixtum compositum", di due diverse misure tipiche*".

Ciò - prosegue la Corte - per il rispetto dovuto ai principi di tipicità e di legalità (artt. 13 comma 2 Cost. e 272 c.p.p.), che sovrintendono all'interno sistema cautelare penale, impedendo al giudice di "*creare*" regimi cautelari non specificamente previsti e disciplinati dalla legge.

Citando espressamente la sentenza a Sezioni Unite La Stella del 2006, la Cassazione afferma: "*non ha esitato la giurisprudenza di questa Corte ad affermare che l'applicazione cumulativa di misure cautelari personali può essere disposta soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge agli artt. 276, comma primo, e 307, comma primo bis, cod. proc. pen. (la Corte ha altresì precisato che, al di fuori dei casi in cui siano espressamente consentite da singole norme processuali, non sono ammissibili né l'imposizione "aggiuntiva" di ulteriori prescrizioni non previste dalle singole disposizioni regolanti le singole misure, né l'applicazione "congiunta" di due distinte misure, omogenee o eterogenee, che pure siano tra loro astrattamente compatibili)*" (Cass. pen., Sez. U, n. 29907 del 30/05/2006 - dep. 12/09/2006, La Stella, Rv. 23413801).

Così riportati i passaggi fondamentali della decisione della Suprema Corte, va osservato come la motivazione addotta, a parere del Tribunale, non risulta condivisibile per un duplice ordine di ragioni:

- 1) la giurisprudenza citata nella sentenza in commento, in relazione all'impossibilità di applicare cumulativamente (contestualmente) misure cautelari, compresa la sentenza a Sezioni Unite La Stella, è da ritenersi ormai superata alla luce della più recente giurisprudenza di legittimità, successiva all'entrata in vigore della riforma in materia di misure cautelari disposta con la L. 47/2015;

- 2) nel caso sottoposto all'esame della Corte (così come nella vicenda che oggi occupa il Tribunale), non si trattava dell'applicazione cumulativa e contestuale di più misure cautelari, bensì dell'adozione "a termine" di un'unica misura, nella fattispecie gli arresti domiciliari, con successivo ripristino della custodia cautelare in carcere.

Sotto il primo profilo, va osservato che il quadro giurisprudenziale richiamato nella sentenza in commento si è mantenuto assolutamente stabile fino al 2015, con arresti giurisprudenziali della Suprema Corte che si sono attenuti al *decisum* delle Sezioni Unite La Stella, senza particolari sforzi argomentativi e senza alimentare un dibattito ormai sopito da anni, sino ad arrivare all'entrata in vigore della L. 47/2015, che ha modificato la disciplina in materia tanto da indurre la Cassazione (condivisibilmente o meno) a mutare radicalmente approccio in ordine alla possibilità di applicare cumulativamente misure cautelari anche al di là dei casi espressamente previsti dal codice di rito.

Vengono in rilievo, in particolare, due norme della L. 47/2015: l'art. 3, che modifica il primo periodo dell'art. 275 comma 3 c.p.p., e l'art. 9, che interviene a integrare il disposto dell'art. 299 comma 4 c.p.p..

Orbene, il nuovo primo periodo del terzo comma dell'art. 275 c.p.p. (*"Criteri di scelta delle misure"*), così recita: *"La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate"*.

Correlativamente, il quarto comma dell'art. 299 c.p.p. (*"Revoca e sostituzione delle misure"*) statuisce: *"Fermo quanto previsto, dall'art. 276, quando le esigenze cautelari risultano aggravate, il giudice, su richiesta del pubblico ministero, sostituisce la misura applicata con un'altra più grave ovvero ne dispone l'applicazione con modalità più gravose o applica congiuntamente altra misura coercitiva o interdittiva"*.

A seguito delle modifiche normative apportate dalla L. 47/2015, pertanto, da un lato, la misura massima della custodia cautelare in carcere può essere applicata solo se le altre misure risultino inadeguate: rispetto alla disciplina previgente, però, la verifica deve essere effettuata non soltanto con riferimento a ciascuna singola misura cautelare, ma anche in relazione alle altre misure cautelari cumulate tra loro, con un significativo cambio di prospettiva; dall'altro, qualora le esigenze cautelari risultino aggravate, il giudice può, non soltanto sostituire la misura in corso di esecuzione con un'altra più grave o disporre l'applicazione con modalità maggiormente afflittive, ma anche applicare, in aggiunta, altra misura coercitiva o interdittiva.

Nella prima pronuncia con la quale la Suprema Corte si è misurata direttamente con le modifiche apportate dalla L. 47/2015 in materia di cumulo di misure cautelari, i giudici di legittimità hanno affermato che il predetto testo normativo ha apportato un radicale cambiamento alla disciplina previgente, tanto da affermare una generale facoltà di applicazione congiunta delle misure.

La Corte giunge a tale conclusione sulla base di tre argomentazioni:

- lettura sistematica e non atomistica: secondo il Supremo Consesso, le innovazioni normative introdotte dalla L. 47/2015 agli artt. 275 comma 3 e 299 comma 4 c.p.p. vanno lette e interpretate sistematicamente, considerandole in maniera unitaria; in particolare, si evidenzia come la modifica dell'art. 275 comma 3 c.p.p. abbia esteso la possibilità di cumulo in fase genetica, di applicazione del regime cautelare, mentre, in precedenza, essa era limitata alla sola fase dinamico-evolutiva di

sostituzione di una misura già in atto; quanto all'interpolarazione dell'art. 299 comma 4 c.p.p., si rileva come, prevedendo la possibilità di cumulo, si sia posto l'accento sui canoni di adeguatezza e proporzionalità del trattamento cautelare;

- interpretazione costituzionalmente orientata: la Corte osserva come entrambe le modifiche normative in tema di cumulo muovano da una comune *ratio* rappresentata dallo scopo di assicurare una più pregnante tutela del "*minor sacrificio della libertà personale*", principio, questo, che deve guidare anche l'interprete valorizzando la logica dell'art. 13 della Carta fondamentale, che impone di individuare, fra più interpretazioni, quella che riduca al minimo il sacrificio per la libertà personale, anche grazie all'ampliamento, da parte del legislatore, della "*gamma graduata*" delle misure cautelari adottabili;
- principio di ragionevolezza: i giudici affermano che tali considerazioni "*conducono ad escludere che la collocazione della modifica di cui all'art. 9 della L. n. 47 cit. nel corpo del solo comma 4 dell'art. 299 cod. proc. pen. sia di ostacolo all'applicabilità congiunta di altre misure cautelari anche nel caso di sostituzione della misura di cui al comma 2 dello stesso art. 299 cod. proc. pen.. Una diversa interpretazione, del resto, metterebbe in luce profili di tensione della disciplina della revoca e della sostituzione delle misure già sul piano della ragionevolezza della differenziazione tra la disciplina della sostituzione per aggravamento delle esigenze cautelari (arricchita dalla possibile applicazione congiunta di più misure) e quella della sostituzione ex art. 299, comma 2, cod. proc. pen. (che di tale possibilità non potrebbe giovare)*" (Cass. pen., Sez. 6, n. 6790 del 23/11/2016 - dep. 13/2/2017, Musumeci, con la quale è stata ritenuta legittima la sostituzione, ai sensi dell'art. 299 comma 2 c.p.p., dunque *in melius*, della misura degli arresti domiciliari con quelle, congiuntamente applicate, dell'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria e dell'obbligo di dimora nel comune di residenza).

I principi affermati in tale pronuncia hanno trovato piena conferma in una più recente sentenza dei giudici di legittimità, secondo cui "*questa Corte (...) è già sostanzialmente pervenuta al medesimo esito ermeneutico, ritenendo che il potere di applicazione congiunta di più misure sia oggi una manifestazione di un ampio potere generale attribuito dalla legge al giudice*" (Cass. pen., Sez. 6, n. 10278 del 19/2/2019 - dep. 8/3/2019, Serio).

Se, dunque, un argomento può trarsi dalla (attuale) giurisprudenza di legittimità inerente alla possibilità di applicare cumulativamente misure cautelari, anche oltre i casi espressamente previsti dalla legge, si tratta di un argomento che milita a favore della possibilità di disporre misure cautelari "*a termine*" in ragione di condizioni oggettivamente temporanee, non contro di essa.

È innegabile, infatti, che il *vulnus* (ammesso che vi sia) inferto al principio di legalità in materia cautelare penale (artt. 13 comma 2 Cost. e 272 c.p.p.) applicando "*a tempo*" una (unica) misura prevista e compiutamente disciplinata dall'ordinamento risulti infinitamente meno grave rispetto a quello che può venire in rilievo applicando cumulativamente e contestualmente più misure cautelari in casi non espressamente previsti dal legislatore, come ormai affermato dalla giurisprudenza di legittimità successiva alla riforma del 2015.

In disparte tale argomento, va osservato che un'interpretazione dell'art. 275 comma 4 *bis* c.p.p. tesa ad affermare l'impossibilità di applicare la misura degli arresti domiciliari "*a*

tempo", in ipotesi di provvisoria incompatibilità con il regime detentivo carcerario, rischia di entrare in conflitto con fondamentali principi costituzionali.

Invero, com'è noto, secondo tale statuizione, *"non può essere disposta né mantenuta la custodia cautelare in carcere quando l'imputato è persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria accertate ai sensi dell'articolo 286-bis, comma 2, ovvero da altra malattia particolarmente grave, per effetto della quale le sue condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione e comunque tali da non consentire adeguate cure in caso di detenzione in carcere"*.

Orbene, se si impone di trattare le due situazioni, ontologicamente assai dissimili tra loro, della *"incompatibilità permanente o tendenzialmente permanente"* e della *"incompatibilità temporanea"*, in maniera identica (cioè dovendo applicare, in ogni caso, la misura degli arresti domiciliari in sostituzione della custodia in carcere, sempre e comunque, in via definitiva, senza possibilità di ripristino della misura carceraria, neppure in presenza di un radicale miglioramento delle condizioni di salute dell'imputato), la disposizione appare stridere con i principi di uguaglianza e di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.

Inoltre, se un indagato con un'incompatibilità con il regime carcerario meramente temporanea venisse posto agli arresti domiciliari in via *"definitiva"*, i predetti principi di ragionevolezza e di uguaglianza, verrebbero vulnerati anche perché, superato il periodo transitorio di incompatibilità, il prevenuto, che dovrebbe trovarsi in stato di custodia carceraria (in base alle esigenze cautelari rilevate), verrebbe invece a beneficiare della meno afflittiva misura degli arresti domiciliari, determinando, in tal modo, un'inaccettabile disparità di trattamento rispetto a tutti gli altri indagati con il medesimo quadro cautelare (anche questi in condizioni di salute compatibili con il regime carcerario ma, di fatto, ristretti in carcere).

D'altro canto, una potenziale frizione con la Carta costituzionale si registrerebbe anche in ipotesi di interpretazione dell'art. 275 comma 4 *bis* c.p.p. nel senso della possibilità di applicazione della misura gradata degli arresti domiciliari solo ed esclusivamente in caso di *"incompatibilità permanente"* con il regime carcerario: in detta ipotesi, sarebbe il diritto alla salute del detenuto ad essere posto in pericolo (art. 32 Cost.). Invero, ciò equivarrebbe ad affermare che, in presenza di una incompatibilità dello stato di salute con il regime carcerario meramente temporanea e non definitiva, la misura cautelare della custodia in carcere non potrebbe essere sostituita, neppure *"a tempo"*, con quella gradata degli arresti domiciliari allo scopo di consentire all'imputato di beneficiare delle necessarie cure mediche.

È vero che l'ordinamento contempla uno strumento che può essere utilizzato nell'ipotesi in cui il detenuto carcerario (anche in regime cautelare) debba temporaneamente lasciare l'istituto detentivo per recarsi in strutture di cura esterne al circuito penitenziario: si tratta dell'art. 11 della L. 354/1975.

Secondo tale disposizione, *"ove siano necessarie cure o accertamenti sanitari che non possono essere apprestati dai servizi sanitari presso gli istituti, gli imputati sono trasferiti in strutture sanitarie esterne di diagnosi o di cura, con provvedimento del giudice che procede. (...) Il provvedimento può essere modificato per sopravvenute ragioni di sicurezza ed è revocato appena vengono meno le ragioni che lo hanno determinato"* (art. 11, comma 4, L. 354/1975, così sostituito dall'art. 1, comma 1, D.Lgs. 2 ottobre 2018, n. 123).

Si tratta, tuttavia, di una statuizione che, assai utile in ipotesi di accertamenti diagnostici e di trattamenti terapeutici saltuari o di non elevata durata, mal si attaglia ai casi in cui si preveda la necessità di programmi di cura protratti per diverse settimane o addirittura per mesi.

Basti pensare che, ordinariamente, il comma 5 del medesimo art. 11 citato impone, come *“regola”* (sebbene sia possibile, in alcuni casi, disporre diversamente) il costante *“piantonamento”* dell’indagato presso la struttura sanitaria: adempimento che risulta inesigibile per prolungati periodi di tempo alla luce delle attuali risorse del nostro sistema penitenziario.

Inoltre, molto spesso, il trattamento terapeutico previsto può tranquillamente essere effettuato presso l’abitazione dell’imputato, pur sotto controllo medico: non si vede perché, in detti casi, si dovrebbe fare ricorso, in maniera sproporzionata ed irrispettosa della limitatezza delle risorse a disposizione, al ricovero in strutture di cura.

Non può essere, poi, sottaciuto che, in virtù di quanto previsto dall’art. 284 comma 1 c.p.p. (nel testo così modificato dal comma 2 dell’art. 1 L. 21 aprile 2011, n. 62), la misura degli arresti domiciliari può trovare esecuzione, oltre che nell’*“abitazione”* dell’imputato, in *“altro luogo di privata dimora”* o in una *“casa famiglia protetta”*, anche in un *“luogo pubblico di cura o di assistenza”*.

In quest’ultimo caso (ccdd. *“arresti domiciliari ospedalieri”*), ancor più stridente con la reale situazione di fatto si dimostrerebbe un provvedimento con il quale, terminate le esigenze terapeutiche per le quali l’imputato è stato tradotto dal carcere al luogo di cura, a questi (ad esigenze cautelari invariate) venisse consentito di proseguire l’esecuzione della misura degli arresti domiciliari presso la sua abitazione e non invece imposto il rientro in carcere.

D’altro canto, ai sensi del terzo comma dell’art. 286 bis c.p.p. (*“Divieto di custodia cautelare”*), *“quando ricorrono esigenze diagnostiche al fine di accertare la sussistenza delle condizioni di salute di cui all’articolo 275, comma 4-bis, ovvero esigenze terapeutiche nei confronti di persona che si trovi in tali condizioni, se tali esigenze non possono essere soddisfatte nell’ambito penitenziario, il giudice può disporre il ricovero provvisorio in idonea struttura del Servizio sanitario nazionale per il tempo necessario, adottando, ove occorra, i provvedimenti idonei a evitare il pericolo di fuga. Cessate le esigenze di ricovero, il giudice provvede a norma dell’articolo 275”* (comma aggiunto dall’art. 3, lett. b, L. 12 luglio 1999, n. 231).

Tale disposizione, applicabile, sia in ipotesi di necessità di accertamenti diagnostici finalizzati alla verifica dell’incompatibilità delle condizioni di salute dell’imputato con il regime carcerario, sia per l’espletamento di trattamenti terapeutici relativi a imputato in stato di incompatibilità già accertata, statuisce, pertanto, espressamente che *“cessate le esigenze di ricovero”*, dunque venute meno le condizioni sanitarie che lo avevano imposto, *“il giudice provvede a norma dell’articolo 275”*, quindi, decide la misura cautelare da applicare.

Anche tale disposizione aiuta a comprendere come, tutte le volte in cui l’imputato si trovi in custodia cautelare in carcere e benefici di un ricovero, dunque di un trattamento differenziato e favorevole, per esigenze di salute, chiusa tale *“parentesi”*, che sospende il regime cautelare ordinario, il giudice è chiamato a selezionare la misura cautelare da applicare, ai sensi dell’art. 275 c.p.p., ben potendo dunque, archiviata la condizione di incompatibilità con la detenzione carceraria, scegliere di adottare la misura custodiale

massima: nessuna “*crystallizzazione*”, quindi, oltre il tempo strettamente necessario, di una situazione temporanea favorevole, ma, al contrario, possibilità di ripristinare la custodia in carcere, esclusivamente in ragione del venir meno della situazione di incompatibilità.

La norma in questione, inoltre, viene assai significativamente richiamata proprio in materia di “*sostituzione*” delle misure cautelari già in atto dall’art. 299 comma 4 *quater* c.p.p. (comma aggiunto dall’art. 4, L. 12 luglio 1999, n. 231), secondo cui “*si applicano altresì le disposizioni di cui all’articolo 286-bis, comma 3*”.

Ancor più in generale, può agevolmente rilevarsi come l’intera materia cautelare sia connotata da “*elasticità*” e “*duttilità*”, con una nutrita serie di norme che presentano la specifica funzione di raccordare con immediatezza il regime cautelare imposto con l’evoluzione della realtà fattuale e delle situazioni concrete che si vengono a determinare nel corso dell’iter processuale.

Basti pensare, a mero titolo di esempio:

- all’art. 299 comma 1 c.p.p., che impone l’“*immediata*” revoca della misura quando vengano a mancare i presupposti applicativi della stessa, “*anche per fatti sopravvenuti*”;
- all’art. 299 comma 2 c.p.p., che prescrive l’applicazione di una misura meno gravosa in ipotesi di affievolimento delle esigenze cautelari;
- all’art. 299 comma 4 c.p.p., che consente l’applicazione di una misura maggiormente afflittiva in caso di aggravamento dei *pericula libertatis*;
- all’art. 276 c.p.p., che permette di applicare una misura maggiormente gravosa in ipotesi di violazione delle prescrizioni attinenti alla misura in corso di esecuzione;
- all’art. 307 comma 2 c.p.p., che, in presenza di determinate condizioni, consente il ripristino della custodia cautelare anche nei confronti dell’imputato scarcerato per decorrenza dei termini.

Si tratta, evidentemente, di una “*flessibilità*” che mal si concilia con la “*crystallizzazione*” di una misura cautelare oltre il tempo strettamente coincidente con la persistenza dei presupposti che ne hanno propiziato l’applicazione.

Non appare possibile, dunque, in ipotesi di adozione della misura degli arresti domiciliari imposta da contingenti motivi di salute, protrarre l’applicazione di tale regime custodiale una volta venute meno le ragioni che ne avevano richiesto la disposizione in sostituzione dell’originaria misura della custodia in carcere.

La criticata interpretazione recentemente offerta dalla Suprema Corte del comma 4 *bis* dell’art. 275 c.p.p. sembra, inoltre, contrastare con i regimi presuntivi previsti dal terzo comma del medesimo articolo in relazione a tutti i delitti ivi elencati.

Com’è noto, ai sensi dell’art. 275 comma 3, secondo e terzo periodo, c.p.p.: “*Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 270, 270-bis e 416-bis del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari. Salvo quanto previsto dal secondo periodo del presente comma, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all’articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del presente codice nonché in ordine ai delitti di cui agli articoli 575, 600-bis, primo comma, 600-ter, escluso il quarto comma, 600-quinquies e, quando non ricorrano le circostanze attenuanti contemplate, 609-bis, 609-quater e 609-octies del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono*

esigenze cautelari o che, in relazione al caso concreto, le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure” (comma da ultimo sostituito dalla L. 16 aprile 2015, n. 47)

Com'è agevole rilevare, il nuovo testo del terzo comma dell'art. 275 c.p.p. prevede un doppio regime presuntivo:

- 1) il secondo periodo afferma la regola della *“doppia presunzione relativa-assoluta”*: si prevede una presunzione relativa, suscettibile di prova contraria, in ordine all'*an* della cautela (sussistenza di esigenze cautelari) e una presunzione assoluta, insuscettibile di dimostrazione inversa, in relazione al *quomodo* della cautela (misura da applicare); tale regime presuntivo estremo, che si colloca agli antipodi rispetto alla regola generale del carcere come *extrema ratio*, contrariamente a quanto previsto dal testo dell'art. 275 c.p.p. scaturito dalla novella del 2009, è riservato dal legislatore a tre delitti, tutti a carattere associativo: associazione sovversiva (art. 270 c.p.); associazione con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico (art. 270 *bis* c.p.) e associazione di tipo mafioso (art. 416 *bis* c.p.); in ragione di tale regime presuntivo, è consentito al giudice unicamente verificare l'effettiva presenza di esigenze cautelari (peraltro, muovendo da una presunzione relativa di sussistenza delle stesse), mentre, una volta ritenuta insuperata la prima presunzione, è totalmente precluso al giudicante adottare una qualsiasi misura diversa dalla custodia cautelare in carcere;
- 2) il terzo periodo statuisce la regola della *“doppia presunzione relativa”*: è prevista una prima presunzione sull'*an* della cautela (esistenza di esigenze cautelari) e una seconda presunzione sul *quomodo* della cautela (misura da adottare), entrambe relative, dunque entrambe superabili da prova contraria in presenza di elementi istruttori che dimostrino l'insussistenza di esigenze cautelari o che quelle esistenti possono essere salvaguardate con misure meno afflittive di quella massima inframuraria.

Con particolare riferimento al delitto di associazione di tipo mafioso di cui all'art. 416 *bis* c.p. (delitto di cui risponde l'indagato nell'ambito del presente procedimento), la presunzione assoluta di adeguatezza della sola misura carceraria ha trovato più volte conferma da parte della Corte costituzionale, da ultimo, con la sentenza n. 136 del 8/3/2017 - dep. 12/6/2017.

In particolare, la Corte, sin dalla sentenza n. 265/2010, ha costantemente affermato che *“l'appartenenza a un'associazione di tipo mafioso implica, nella generalità dei casi e secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa, un'esigenza cautelare che può essere soddisfatta solo con la custodia in carcere, non essendo le misure minori sufficienti a troncare i rapporti tra l'indiziato e l'ambito delinquenziale di appartenenza in modo da neutralizzarne la pericolosità”*.

La Corte ha statuito che, rispetto ad altri fenomeni associativi, la peculiarità del delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p. va rinvenuta proprio nella specificità del vincolo, che, sul piano concreto, implica ed è suscettibile di produrre, *“da un lato, una solida e permanente adesione tra gli associati, una rigida organizzazione gerarchica, una rete di collegamenti e un radicamento territoriale e, dall'altro, una diffusività dei risultati illeciti, a sua volta produttiva di accrescimento della forza intimidatrice del sodalizio criminoso”*.

Proprio muovendo dalla peculiare valenza del vincolo associativo mafioso, la Corte esclude che possa assumere rilievo la distinzione tra la posizione del mero partecipe e quella degli associati con ruoli apicali, atteso che, a prescindere dalle specifiche condotte

dei diversi sodali e dai ruoli da loro ricoperti in seno all'organizzazione criminale, *“il dato che rileva, e che sotto l'aspetto cautelare li riguarda tutti ugualmente, è costituito dal tipo di vincolo che li lega nel contesto associativo, vincolo che fa ritenere la custodia in carcere l'unica misura in grado di troncare i rapporti tra l'indiziato e l'ambito delinquenziale di appartenenza”*.

L'art. 275 comma 3 c.p.p., inoltre, come si è detto, prevede un regime presuntivo di adeguatezza della sola custodia in carcere per diversi altri delitti, sebbene con possibilità di *“prova contraria”* e dunque secondo lo schema della *“presunzione relativa”*.

Se così è, se dunque per diversi reati e soprattutto per il delitto di associazione mafiosa, la *“regola”* è la custodia in carcere, mentre la possibilità di applicazione di misure gradate è ipotesi da ritenersi *“eccezionale”*, non si comprende per quale ragione l'imputato, una volta ottenuta la misura degli arresti domiciliari per motivi di salute, non debba rientrare in carcere una volta acclarato un sensibile miglioramento delle condizioni sanitarie, con una ritrovata compatibilità carceraria (a prescindere da qualsiasi ulteriore circostanza, sempre che, ovviamente, permangano le esigenze cautelari precedentemente rilevate).

In ogni caso, al di là delle riserve sopra espresse, non si può non prendere atto che la Cassazione ha, come si è detto, recentemente escluso la possibilità di applicazione temporanea degli arresti domiciliari per ragioni di salute.

La decisione sopra commentata sembra, tuttavia, contrastare con un altro arresto di legittimità, assai più datato, almeno in parte di segno differente.

È stato stabilito, infatti, che, in tema di giudicato cautelare, non ricorre alcuna preclusione a che il giudice, venuta meno la situazione sanitaria giustificativa di una misura custodiale affievolita ai sensi dell'art. 275 comma 4 *bis* c.p.p., riconsideri il quadro cautelare ed eventualmente ripristini la custodia in carcere, sulla base del recupero dell'efficienza fisica da parte dell'imputato e della persistenza delle ragioni di difesa social-preventive, già poste a base dell'originario provvedimento restrittivo della libertà personale (Cass. pen., Sez. 6, n. 31901 del 26/06/2002 - dep. 25/09/2002, Mastrangeli, Rv. 222354 - 01).

In motivazione, la Corte ha precisato: *“Fermo restando, invero, che, al venir meno della situazione sanitaria già giustificativa della concessione di una misura affievolita rispetto a quella della custodia carceraria non può seguire automaticamente il ripristino di tale più gravosa misura, nulla osta a che, intervenuto l'anzidetto mutamento della situazione, si possa riconsiderare il quadro cautelare per verificare quale misura sia allo stesso adeguata.*

Diversamente opinando, si trarrebbe dalla previsione di cui al comma 4 bis dell'art. 275 c.p.p. una sorta di diritto irreversibile a un trattamento di favore, che cozzerebbe col principio di uguaglianza e con la naturale “flessibilità” degli interventi cautelari”.

In ultima analisi, pertanto, tale pronuncia pur negando la possibilità di un ripristino *“automatico”* della custodia cautelare in carcere, basato esclusivamente sul venir meno della situazione sanitaria che aveva comportato la concessione degli arresti domiciliari, ritiene possibile la ri-applicazione della misura carceraria a seguito di una *“riconsiderazione”* del quadro cautelare.

Nello specifico, la Corte, esaminando le argomentazioni addotte nell'ordinanza oggetto di gravame a sostegno del ripristino della misura massima, ha affermato: *“Quanto alla sussistenza di condizioni giustificative del disposto aggravamento della misura (col ripristino della custodia carceraria in luogo della precedentemente concessa misura degli arresti domiciliari ospedalieri), la stessa è stata legittimamente e congruamente motivata col richiamo all'effetto*

sinergico derivante dal recupero dell'efficienza fisica da parte del ricorrente e dalla persistenza delle ragioni di difesa social-preventiva già poste a base dell'originaria applicazione della misura".

La pronuncia da ultimo richiamata, sebbene risalente, appare certamente più in linea con i principi che informano la materia cautelare e maggiormente aderente alla situazione di fatto che concretamente si viene a determinare in ipotesi di incompatibilità temporanea.

Essa non risulta condivisibile, tuttavia, nella parte in cui ritiene corretta la qualificazione giuridica ai sensi dell'art. 299 c.p.p. attribuita dal Tribunale, adito quale giudice dell'appello cautelare, all'ordinanza del GIP che aveva ripristinato la custodia in carcere.

Invero, l'unica norma, all'interno dell'art. 299 c.p.p., che consente la sostituzione *in peius* di una misura cautelare è quella contemplata dal comma 4, che però riguarda l'ipotesi di aggravamento delle esigenze cautelari.

In caso di recuperata compatibilità delle condizioni di salute con il regime detentivo carcerario non si assiste, invece, a nessun inasprimento dei già rilevati *pericula libertatis*, salvo dover individuare il predetto aggravamento nel semplice miglioramento delle condizioni fisiche dell'imputato.

In definitiva, il fondamento normativo della propugnata soluzione sembra dover essere individuato proprio nell'art. 275 comma 4 *bis* c.p.p., il quale, infatti, non consente l'applicazione o il mantenimento della custodia cautelare in carcere esclusivamente "*quando l'imputato è persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria accertate ai sensi dell'articolo 286-bis, comma 2, ovvero da altra malattia particolarmente grave, per effetto della quale le sue condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione e comunque tali da non consentire adeguate cure in caso di detenzione in carcere*".

La norma, dunque, in ipotesi di "*incompatibilità temporanea*" fornisce "*copertura*" solo ed esclusivamente per il tempo strettamente necessario ad effettuare i trattamenti terapeutici richiesti, con la conseguenza che, venute meno le temporanee esigenze sanitarie, va ripristinato lo *status quo ante*, dunque la custodia carceraria, salvo che, nel frattempo, siano venuti meno o si siano affievoliti i *pericula libertatis* posti a fondamento del provvedimento genetico di adozione del regime cautelare.

Sussumere la fattispecie in questione nell'alveo applicativo dell'art. 299 comma 4 o in quello dell'art. 275 comma 4 *bis* c.p.p. non rappresenta una questione meramente formale, atteso che, se si ritiene applicabile l'art. 299 c.p.p., è espressamente previsto che gli arresti domiciliari possano essere sostituiti con la custodia in carcere solo su apposita richiesta del pubblico ministero, trovando applicazione il principio della "*domanda cautelare*", come espressamente previsto dal medesimo art. 299 comma 4 c.p.p.; se si considera applicabile l'art. 275 comma 4 *bis* c.p.p., invece, è da ritenere che la richiesta cautelare sia quella originariamente formulata dal pubblico ministero con la conseguente applicazione della custodia in carcere, senza alcuna necessità che la stessa venga reiterata al termine del periodo di incompatibilità.

Anche in un'ottica di interpretazione teleologicamente orientata, non v'è dubbio che la *ratio* dell'art. 275 comma 4 *bis* c.p.p. sia quella di impedire la permanenza in carcere di imputati che si trovino in condizioni di salute particolarmente gravi e comunque incompatibili con il regime penitenziario. Cessata tale "*eccezionale*" situazione, non vi è alcun motivo per il quale debba continuare a trovare applicazione una misura diversa e

meno stringente, attesa la valutazione originariamente effettuata con l'adozione della custodia carceraria.

Se così fosse, il disposto di cui all'art. 275 comma 4 *bis* c.p.p. si trasformerebbe da norma garantista di civiltà in un inaccettabile salvacondotto, consentendo all'imputato di sottrarsi alla custodia inframuraria per l'intera durata del processo, pur in presenza di un breve periodo di incompatibilità dovuta a contingenti ragioni di salute.

Risulterebbe, inoltre, assai difficile spiegare la diversità di disciplina rispetto alla fase di esecuzione pena, con particolare riferimento alla "detenzione domiciliare umanitaria", la quale è sempre a termine, sebbene quest'ultimo possa essere prorogato (art. 47 *ter* comma 1 *ter* L. 354/1975), e "deve" essere immediatamente "revocata quando vengono a cessare le condizioni previste" (art. 47 *ter* comma 7 L. 354/1975, comma modificato dall'art. 1, comma 1, D.L. 10 maggio 2020, n. 29).

Sebbene, com'è noto, misure cautelari e pene perseguano finalità differenti, non può non rilevarsi come la necessità di tutelare concreti e attuali *pericula libertatis* nel caso delle prime, renda ancor più stringente la necessità di dare piena e completa attuazione alla misura prescelta, soprattutto nel caso in cui le esigenze cautelari rilevate siano così gravi da aver imposto l'applicazione della misura massima della custodia carceraria, che può essere "sospesa" solo per il lasso temporale strettamente necessario ad espletare i necessari trattamenti terapeutici.

7. GLI ARRESTI DOMICILIARI "A TEMPO" NEL D.L. N. 29 DEL 10 MAGGIO 2020

Risultando, pertanto, controverso, almeno alla luce della giurisprudenza di legittimità, che, secondo la legislazione ordinaria, possa essere disposta la misura degli arresti domiciliari "a tempo" in attesa del miglioramento delle condizioni di salute dell'indagato, occorre ora passare ad analizzare quanto previsto dal recentissimo D.L. n. 29 del 10 maggio 2020 (pubblicato nella Gazz. Uff. 10 maggio 2020, n. 119, Edizione straordinaria), così intitolato: "Misure urgenti in materia di detenzione domiciliare o differimento dell'esecuzione della pena, nonché in materia di sostituzione della custodia cautelare in carcere con la misura degli arresti domiciliari, per motivi connessi all'emergenza sanitaria da Covid-19, di persone detenute o internate per delitti di criminalità organizzata di tipo terroristico o mafioso, o per delitti di associazione a delinquere legati al traffico di sostanze stupefacenti o per delitti commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione mafiosa o con finalità di terrorismo, nonché di detenuti e internati sottoposti al regime previsto dall'articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, nonché, infine, in materia di colloqui con i congiunti o con altre persone cui hanno diritto i condannati, gli internati e gli imputati" (titolo così corretto dal Comunicato 14 maggio 2020, pubblicato nella G.U. 14 maggio 2020, n. 123).

In particolare, la disposizione che viene in rilievo in sede cautelare, è quella dettata dall'art. 3 del predetto Decreto, rubricato ("Misure urgenti in materia di sostituzione della custodia cautelare in carcere con la misura degli arresti domiciliari per motivi connessi all'emergenza sanitaria da Covid-19"), in vigore dall'11 maggio 2020.

I due commi del citato art. 3 recitano letteralmente:

"1. Quando, nei confronti di imputati per delitti di cui agli articoli 270, 270-bis, 416-bis del codice penale, 74, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, o per delitti commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione mafiosa, o per un delitto commesso con finalità di terrorismo ai sensi dell'articolo 270-sexies del codice penale, nonché

di imputati sottoposti al regime previsto dall'articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, è stata disposta la sostituzione della custodia cautelare in carcere con la misura degli arresti domiciliari per motivi connessi all'emergenza sanitaria da Covid-19, il pubblico ministero verifica la permanenza dei predetti motivi entro il termine di quindici giorni dalla data di adozione della misura degli arresti domiciliari e, successivamente, con cadenza mensile, salvo quando il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria comunica la disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta adeguati alle condizioni di salute dell'imputato. Il pubblico ministero, quando acquisisce elementi in ordine al sopravvenuto mutamento delle condizioni che hanno giustificato la sostituzione della misura cautelare o alla disponibilità di strutture penitenziarie o reparti di medicina protetta adeguate alle condizioni di salute dell'imputato, chiede al giudice il ripristino della custodia cautelare in carcere, se reputa che permangono le originarie esigenze cautelari.

2. Il giudice, fermo quanto previsto dall'articolo 299, comma 1, del codice di procedura penale, prima di provvedere sente l'autorità sanitaria regionale, in persona del Presidente della Giunta della Regione, sulla situazione sanitaria locale e acquisisce dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria informazioni in ordine all'eventuale disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta in cui l'imputato può essere nuovamente sottoposto alla custodia cautelare in carcere senza pregiudizio per le sue condizioni di salute. Il giudice provvede valutando la permanenza dei motivi che hanno giustificato l'adozione del provvedimento di sostituzione della custodia cautelare in carcere nonché la disponibilità di altre strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta idonei ad evitare il pregiudizio per la salute dell'imputato. Quando non è in grado di decidere allo stato degli atti, il giudice può disporre, anche di ufficio e senza formalità, accertamenti in ordine alle condizioni di salute dell'imputato o procedere a perizia, nelle forme di cui agli articoli 220 e seguenti del codice di procedura penale, acquisendone gli esiti nei successivi quindici giorni”.

Citata testualmente la disposizione dettata dal D.L. 29/2020 in relazione alle ipotesi di intervenuta sostituzione della misura carceraria con la custodia domiciliare, appare opportuno procedere ad alcune precisazioni in ordine all'interpretazione da offrire di detta statuizione, sotto il profilo soggettivo, oggettivo e procedimentale.

7.1. AMBITO DI APPLICAZIONE SOGGETTIVO

La disposizione si riferisce a coloro i quali risultino “*imputati*” di determinati delitti e, in particolare, a:

- 1) i promotori, costitutori, organizzatori, dirigenti e semplici partecipi di associazioni sovversive (art. 270 c.p.);
- 2) i promotori, costitutori, organizzatori, dirigenti, finanziatori e semplici partecipi di associazioni terroristiche o eversive (art. 270 bis c.p.);
- 3) i promotori, dirigenti, organizzatori e semplici partecipi di associazioni di tipo mafioso anche straniere (art. 416 bis c.p.);
- 4) i promotori, costitutori, dirigenti, organizzatori o finanziatori di associazioni finalizzate al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 74 comma 1 D.P.R. 309/1990); com'è agevole rilevare, a differenza degli altri delitti associativi contemplati dalla norma, in relazione ai sodalizi finalizzati al narcotraffico, risultano esclusi dall'alveo applicativo della disciplina in esame i meri partecipi (art. 74 comma 2 D.P.R. 309/1990);

- 5) gli imputati di qualsiasi delitto commesso avvalendosi delle condizioni (metodo mafioso) o al fine di agevolare l'associazione mafiosa (agevolazione mafiosa) (art. 416 bis.1 c.p.);
- 6) gli imputati di qualsiasi delitto commesso con finalità di terrorismo (art. 270 *sexies* c.p.);
- 7) gli imputati sottoposti al regime previsto dall'art. 41 *bis* della L. 354/1975.

Sebbene la disposizione in esame faccia esclusivo riferimento agli "imputati", è evidente che la statuizione trovi applicazione anche in relazione agli "indagati", in virtù di quanto previsto dall'art. 61 c.p.p. ("*Estensione dei diritti e delle garanzie dell'imputato*", che, dopo aver previsto, al primo comma, che "*i diritti e le garanzie dell'imputato si estendono alla persona sottoposta alle indagini preliminari*", al secondo comma aggiunge che "*alla stessa persona si estende ogni altra disposizione relativa all'imputato, salvo che sia diversamente stabilito*". Ciò significa, evidentemente, che la disciplina in questione trova attuazione anche nell'ipotesi in cui la sostituzione *in melius* della custodia in carcere con gli arresti domiciliari sia intervenuta in fase di indagini preliminari, prima della richiesta di rinvio a giudizio.

7.2. AMBITO DI APPLICAZIONE OGGETTIVO

La procedura di ri-carcerazione introdotta dal Decreto Legge in commento scatta nell'ipotesi in cui, nei confronti dei soggetti suindicati, sia stata disposta "*la sostituzione della custodia cautelare in carcere con la misura degli arresti domiciliari per motivi connessi all'emergenza sanitaria da Covid-19*".

È, dunque, necessario che il provvedimento favorevole all'imputato o indagato di applicazione della misura cautelare meno afflittiva sia stato determinato da "*motivi connessi*" all'emergenza sanitaria attualmente in atto.

Appare indispensabile verificare se il Decreto richieda una "*connessione forte*" ovvero una "*connessione debole*" tra provvedimento sostitutivo e emergenza dettata da Covid-19. Occorre cioè chiarire se la procedura di verifica periodica imposta dal Decreto Legge debba essere eseguita solo quando la sostituzione della custodia carceraria con gli arresti domiciliari sia scaturita esclusivamente a causa del Coronavirus (causa unica) oppure se sia sufficiente che l'epidemia sia stata una delle cause che hanno propiziato l'applicazione della misura domiciliare (causa concomitante).

A parere del Tribunale, la tesi da preferire è certamente quella della "*connessione debole*": è cioè sufficiente che l'emergenza da Covid-19 abbia giocato un ruolo, seppur non esclusivo, nel convincere il giudice della cautela a sostituire l'originaria misura massima con quella attenuata della custodia domiciliare.

In tal senso depone, innanzitutto, il chiaro tenore letterale della disposizione in esame, che fa un generico e assai blando riferimento a "*motivi connessi all'emergenza sanitaria da Covid-19*".

Alla medesima conclusione conduce un'argomentazione di carattere logico: se si dovesse interpretare la disposizione in esame nel senso che l'epidemia debba essere la causa unica della scarcerazione, si giungerebbe ad affermare che la norma può trovare applicazione solo in caso di effettivo contagio dell'imputato o indagato oppure per il solo pericolo di contrarre il virus, svincolato da qualsiasi patologia pregressa che già affligge il detenuto.

Verrebbe così espunta dall'alveo applicativo della norma tutta l'area della cd. "comorbilità", cioè la compresenza, in capo al medesimo individuo, di una o più patologie pregresse, la cui esistenza contribuisce ad acuire il rischio di contagio da Coronavirus o inasprirebbe sensibilmente gli effetti del virus in ipotesi di infezione.

Alla luce di tali considerazioni, appare possibile concludere che, ai fini dell'applicazione del D.L. 29/2020, non sia necessario, né che la sostituzione della misura carceraria con la custodia domiciliare sia intervenuta per effettivo contagio dell'imputato o indagato, né che la stessa sia stata disposta per il solo rischio di contagio, a prescindere da altre patologie preesistenti.

È agevole osservare, anzi, come le questioni di compatibilità con il regime carcerario, il più delle volte, riguardino proprio detenuti affetti da pregressi stati patologici, rispetto ai quali si registra o un affievolimento delle ordinarie difese immunitarie o la previsione, in ipotesi di contagio, di conseguenze sensibilmente più gravi rispetto a quelle prevedibili in relazione a un individuo sano e dunque non affetto da alcuna comorbilità.

La "connessione" cui fa riferimento il legislatore, dunque, sembra dover essere esclusa solo quando il provvedimento di scarcerazione sarebbe stato adottato comunque, "a prescindere" dall'esistenza dell'emergenza sanitaria da Covid-19, in ragione delle sole condizioni di salute dell'imputato.

7.3. ARCO TEMPORALE DI RIFERIMENTO

L'arco temporale di riferimento della nuova disciplina è delineato dall'art. 5 del D.L. 29/2020 (rubricato "Disposizioni transitorie"), secondo cui, per quanto rileva in sede cautelare, le disposizioni previste dall'art. 3 "si applicano (...) ai provvedimenti di sostituzione della misura cautelare della custodia in carcere con quella degli arresti domiciliari adottati successivamente al 23 febbraio 2020".

Il medesimo art. 5 precisa che, "per i provvedimenti di cui al periodo precedente già emessi alla data di entrata in vigore del presente decreto il termine di quindici giorni", previsto dall'art. 3 comma 1, "decorre dalla data di entrata in vigore del presente decreto".

I provvedimenti sostitutivi interessati dalla disciplina, quelli rispetto ai quali opera la procedura di ri-carcerazione, sono dunque quelli adottati dopo il 23 febbraio 2020 (data che coincide con il D.L. 6/2020 "Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19").

Sebbene il Decreto non preveda anche una "data finale", è da ritenere che siano esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina in esame i provvedimenti che verranno adottati dopo la scadenza del termine dello stato di emergenza.

Com'è noto, con Delibera del 31 gennaio 2020 (pubblicata nella G.U. 1° febbraio 2020, n. 26), in considerazione della dichiarazione di emergenza internazionale di salute pubblica per il Coronavirus dell'Organizzazione Mondiale della Sanità del 30 gennaio 2020, il Consiglio dei Ministri ha dichiarato "lo stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili" per la durata di sei mesi, a causa della diffusione della patologia cd. "Covid-19" (acronimo dell'inglese CORonaVirus Disease 19), malattia infettiva respiratoria causata dal virus denominato SARS-CoV-2, appartenente alla famiglia dei Coronavirus.

Una proroga dello stato di emergenza per ulteriori sei mesi era prevista in una bozza del D.L. 19 maggio 2020 n. 34 (cd. "Decreto Rilancio"), ma, nel testo approvato, l'art. 14,

rubricato “Rifinanziamento Fondo emergenze nazionali e proroga dei termini previsti per la scadenza di stati di emergenza e contabilità speciali”, al comma 4, pur prevedendo la proroga dei termini di scadenza di alcuni stati di emergenza, fa espressa eccezione per “quello dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri 31 gennaio 2020 per il Covid-19”.

Dunque, al momento, fatte salve eventuali proroghe, lo stato di emergenza dichiarato per il Covid-19 scade il 31 luglio 2020.

Si ricorda che, in virtù di quanto disposto dall’art. 24 comma 3 D.Lgs. 1/2018 (“Codice della Protezione civile”), “la durata dello stato di emergenza di rilievo nazionale non può superare i 12 mesi, ed è prorogabile per non più di ulteriori 12 mesi”.

Conseguentemente, il D.L. 29/2020 non trova applicazione in riferimento ai provvedimenti sostitutivi (applicativi della misura degli arresti domiciliari in luogo della custodia in carcere) già adottati prima del 23/2/2020 e rispetto a quelli che saranno adottati dopo il termine del dichiarato stato di emergenza (attualmente il 31 luglio 2020).

Relativamente ai provvedimenti di sostituzione carcere-domiciliari emessi dopo il 23 febbraio 2020 e prima dello scadere dello stato di emergenza, invece, la nuova disciplina si applica, sebbene con un differente *dies a quo* previsto per l’espletamento delle verifiche demandate al pubblico ministero.

Infatti, diverso è il giorno di decorrenza del termine di quindici giorni affidato al pubblico ministero al fine di verificare la permanenza dei motivi che hanno determinato la sostituzione della misura cautelare carceraria con quella degli arresti domiciliari.

Infatti:

- 1) per i provvedimenti di sostituzione *in melius* intervenuti tra il 23 febbraio 2020 e il 10 maggio 2020 (giorno precedente l’entrata in vigore del D.L. 29/2020), il predetto termine quindicinale decorre dall’11 maggio 2020, cioè dalla data di entrata in vigore del Decreto;
- 2) per i provvedimenti sostitutivi che vengono adottati dall’11 maggio 2020 fino alla data di scadenza dello stato di emergenza (al momento, il 31 luglio 2020), il termine di quindici giorni decorre invece dal momento in cui viene disposta la misura degli arresti domiciliari in sostituzione di quella carceraria.

7.4. LE VERIFICHE DEL PUBBLICO MINISTERO

Il Decreto in esame prevede che la persistente sussistenza delle ragioni che hanno cagionato la sostituzione della misura cautelare in atto debba essere verificata periodicamente dal pubblico ministero.

Infatti, dopo il primo controllo da compiersi, secondo quanto appena detto, dopo 15 giorni dalla data di entrata in vigore del D.L. 29/2020 o dopo 15 giorni dall’adozione del provvedimento di sostituzione, il pubblico ministero procedente deve verificare con cadenza mensile la possibilità di ri-applicare la misura della custodia in carcere, in luogo di quella degli arresti domiciliari.

La pubblica accusa, in particolare, deve accertare o il “*sopravvenuto mutamento delle condizioni che hanno giustificato la sostituzione della misura cautelare*”, condizioni che evidentemente attengono allo stato patologico dell’imputato o indagato, oppure la “*disponibilità di strutture penitenziarie o reparti di medicina protetta adeguate alle condizioni di salute dell’imputato*”, in tal caso il mutamento delle condizioni preesistenti non è soggettivo (attinente al detenuto), bensì oggettivo, in quanto riguardante il sistema penitenziario,

nell'ambito del quale vengono individuate potenziali collocazioni, all'interno di strutture in grado di assicurare le necessarie terapie all'imputato o comunque idonee ad accoglierlo, in considerazione delle sue condizioni di salute.

I tempi, già previsti come assai ristretti (prima verifica dopo appena 15 giorni e successive verifiche periodiche con cadenza mensile), possono ulteriormente accorciarsi nell'ipotesi in cui il DAP (Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria) comunichi, di propria iniziativa e senza attendere le verifiche periodiche del pubblico ministero, la disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta adeguati alle condizioni di salute dell'imputato.

Il Decreto non chiarisce in che modo la pubblica accusa debba acquisire gli elementi di novità in grado orientare le proprie determinazioni. Oltre all'interlocuzione con il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, è da ritenere che essa possa chiedere informazioni alla struttura sanitaria che ha in cura l'imputato o disporre una consulenza tecnica (incombente che però renderebbe ancora più difficile, se non impossibile, rispettare i termini previsti).

Nell'ipotesi in cui la verifica periodica espletata dal pubblico ministero sortisca esito positivo, registri cioè un mutamento delle condizioni che hanno imposto la sostituzione della misura carceraria con quella domiciliare, la disposizione in commento impone alla pubblica accusa di chiedere ("*chiede*") al giudice il ripristino della custodia cautelare in carcere, sempre qualora reputi ancora sussistenti gli originali *pericula libertatis*.

Va rilevato, dunque, che il legislatore ha ritenuto di applicare al caso di specie il "*principio della domanda cautelare*": il giudice può ripristinare la custodia cautelare in carcere solo su esplicita richiesta in tal senso da parte del pubblico ministero, mentre non gli è consentito emettere un provvedimento sostitutivo d'ufficio, di propria iniziativa.

Si tratta di una previsione non scontata né imposta al legislatore, atteso che la legislazione ordinaria già prevede casi di ripristino di una misura cautelare maggiormente afflittiva applicata in precedenza senza alcuna richiesta da parte del pubblico ministero: si pensi, ad esempio, all'art. 276 c.p.p., in ipotesi di violazione delle prescrizioni attinenti alla misura cautelare in corso di esecuzione, tra le quali spicca proprio la previsione di cui al comma 1 *ter*, che sostanzialmente impone al giudice di procedere, d'ufficio, quindi anche su segnalazione della sola polizia giudiziaria, all'applicazione della custodia in carcere nell'ipotesi in cui l'imputato (o indagato) abbia violato le prescrizioni degli arresti domiciliari concernenti il divieto di allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora, salvo che il fatto sia di lieve entità.

Peraltro, nel caso disciplinato dal D.L. 29/2020, è già stata applicata, in precedenza, all'imputato la misura massima della custodia carceraria e la sostituzione (temporanea) con quella degli arresti domiciliari è stata determinata semplicemente da motivi di salute, comportanti la (provvisoria) incompatibilità con le strutture carcerarie, non per un affievolimento dei *pericula libertatis* o per qualsiasi altra modifica del quadro cautelare (e tanto meno indiziario), rimasto assolutamente immutato.

Invero, il pubblico ministero ha l'onere di richiedere il ripristino della misura custodiale massima a prescindere da un aggravamento del quadro cautelare e anche indipendentemente da una nuova comparazione tra esigenze cautelari da soddisfare e condizioni di salute del prevenuto. Assai più semplicemente si fa obbligo alla pubblica accusa di valutare se "*permangono le originarie esigenze cautelari*", dunque, in una

prospettiva statica di conservazione delle pregresse condizioni cautelari, non dinamica di aggravamento delle stesse.

In ogni caso, attesa l'espressa previsione, da parte del legislatore, della domanda cautelare ad opera della pubblica accusa (*"il pubblico ministero (...) chiede al giudice il ripristino della custodia cautelare in carcere"*), se ne ricava la conseguenza che, in ipotesi di ripristino della custodia carceraria disposta *ex officio* dal giudice, senza preventiva richiesta, il provvedimento ri-applicativo della misura massima risulterebbe attinto dalla nullità di ordine generale prevista dall'art. 178 comma 1 lett. b) c.p.p. (attinente *"l'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale"*, nel caso di specie dell'*"azione cautelare"*), nullità prevista come assoluta e insanabile dall'art. 179 comma 1 c.p.p. e rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo.

In relazione all'organo giudiziario cui indirizzare la richiesta, la disposizione fa generico riferimento al *"giudice"*.

A parere del Tribunale, non si tratta del giudice che ha disposto la sostituzione della misura carceraria con gli arresti domiciliari, bensì del *"giudice procedente"*, ai sensi dell'art. 279 c.p.p. (*"Giudice competente"*), secondo cui: *"Sull'applicazione e sulla revoca delle misure nonché sulle modifiche delle loro modalità esecutive, provvede il giudice che procede. Prima dell'esercizio dell'azione penale provvede il giudice per le indagini preliminari"*.

Tale conclusione è imposta non solo dal dettato dell'art. 279 c.p.p., ma anche dalla necessità di garantire all'imputato o indagato, che si veda ritradotto in carcere, gli strumenti di impugnazione previsti dall'ordinamento in materia di modifica del regime cautelare in corso di esecuzione.

Si tratta, evidentemente, in prima battuta, dell'appello di cui all'art. 310 c.p.p. e, successivamente, del ricorso per cassazione previsto dall'art. 311 c.p.p.

Infatti, nell'ipotesi in cui la misura della custodia in carcere venga sostituita non dal giudice procedente, bensì dal giudice incidentale cautelare (ad esempio, dal Tribunale in sede di appello *ex art. 310 c.p.p.*), la formulazione, da parte del pubblico ministero allo stesso giudice autore della sostituzione *in melius* dell'istanza di ri-carcerazione priverebbe il soggetto attinto dal provvedimento di sostituzione degli arresti domiciliari in custodia carceraria della possibilità di proporre appello avverso tale ordinanza, atteso che, sull'impugnazione, sarebbe chiamato a decidere lo stesso organo che ha emesso il provvedimento impugnato.

7.5. LA DECISIONE DEL GIUDICE

Chiariti i compiti affidati al pubblico ministero, può essere analizzato il ruolo assegnato al giudice nell'abito della descritta procedura.

Questi, una volta investito della richiesta avanzata dalla pubblica accusa, deve, in primo luogo, ai sensi dell'art. 299 comma 1 c.p.p., verificare la permanenza di tutti i presupposti applicativi, atteso che, in caso contrario, egli deve revocare immediatamente la misura in corso di esecuzione, rimettendo in libertà l'imputato. Ciò qualora siano venute meno, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità previste dall'art. 273 c.p.p. o le esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p.

Superato positivamente (nel senso della persistente sussistenza) tale primo vaglio, il giudice, prima di provvedere:

- 1) sente l'autorità sanitaria regionale, in persona del Presidente della Giunta della Regione, sulla situazione sanitaria locale;
- 2) acquisisce dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria informazioni in ordine all'eventuale disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta in cui l'imputato può essere nuovamente sottoposto alla custodia cautelare in carcere senza pregiudizio per le sue condizioni di salute.

Non è ben chiaro a quale "*Presidente della Giunta della Regione*" ci si riferisca.

Invero, non avrebbe senso acquisire informazioni sulla situazione sanitaria locale relativa al luogo di esecuzione degli arresti domiciliari, trattandosi del domicilio che, in ipotesi, l'imputato sarebbe destinato a lasciare per fare rientro in carcere.

Né pare ragionevole ritenere che si faccia riferimento alla Regione in cui si trova la Casa circondariale da cui l'imputato è uscito a seguito dell'applicazione degli arresti domiciliari.

La Regione cui si ha riguardo sembra dunque dover essere individuata in quella in cui si trova l'istituto penitenziario cui l'imputato è destinato (quindi solo dopo la sua individuazione a seguito delle informazioni assunte dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria).

Qualora, pur dopo aver acquisito le predette informazioni, residuino margini di incertezza sulla decisione da assumere, e dunque qualora il giudice non sia in grado di decidere allo stato degli atti (così integrati), può disporre, anche d'ufficio e senza formalità, accertamenti in ordine alle condizioni di salute dell'imputato o procedere a perizia, nelle forme di cui agli artt. 220 e seguenti del codice di procedura penale, acquisendone gli esiti nei successivi quindici giorni.

Alla luce di tutti gli elementi istruttori in tal modo acquisiti, il giudice è chiamato a valutare due aspetti:

- 1) la permanenza dei motivi che hanno giustificato l'adozione del provvedimento di sostituzione della custodia cautelare in carcere;
- 2) la disponibilità di altre strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta idonei ad evitare il pregiudizio per la salute dell'imputato.

In sostanza si dispone la sostituzione della misura gradata degli arresti domiciliari con quella massima della custodia in carcere in due ipotesi, tra loro alternative:

- 1) le condizioni di salute dell'imputato sono migliorate, divenendo compatibili con il regime carcerario ordinario;
- 2) pur persistendo le medesime condizioni di salute del prevenuto, si è resa disponibile una struttura penitenziaria o un reparto di medicina protetta idoneo ad evitare pregiudizio alla salute dell'imputato, dunque in grado di neutralizzare i rischi di contagio da Covid-19 e di assicurare i necessari trattamenti terapeutici.

7.6. L'ESERCIZIO DEL DIRITTO DI DIFESA

Non è previsto che il giudice debba procedere all'interrogatorio dell'indagato, una volta disposto il rientro in carcere. La scelta legislativa appare perfettamente coerente con le ipotesi già contemplate dal codice di rito di ripristino della misura della custodia carceraria dopo aver beneficiato degli arresti domiciliari: non si procede, infatti, ad interrogatorio, né nell'ipotesi di "*aggravamento sanzionatorio*" disciplinato dall'art. 276

c.p.p., né in caso di “*aggravamento cautelare*”, secondo quanto previsto dall’art. 299 comma 4 c.p.p.

D’altro canto, in tutti e tre i casi, ciò che è posto all’esame del giudice non è la fondatezza o meno dell’editto accusatorio, bensì un elemento differente che nulla ha a che vedere con l’accusa ascritta al prevenuto: la concreta sussistenza e l’effettiva gravità della violazione delle prescrizioni cautelari precedentemente imposte (art. 276 c.p.p.); l’aggravamento delle esigenze cautelari per qualsiasi altro motivo (art. 299 comma 4 c.p.p.); le condizioni di salute dell’imputato e la disponibilità di strutture penitenziarie idonee ad accoglierlo (art. 3 D.L. 29/2020).

Peraltro, come si è già anticipato, sebbene non sia previsto l’espletamento dell’interrogatorio (già effettuato nella fase genetica del regime cautelare originariamente applicato all’indagato), il diritto di difesa è garantito dagli strumenti di impugnazione che il prevenuto può certamente esperire avverso il provvedimento di ripristino della misura cautelare carceraria (appello *ex art.* 310 c.p.p. e ricorso per cassazione *ex art.* 311 c.p.p.).

L’esercizio del diritto di difesa, dunque, elemento rispetto al quale si sono appuntate le maggiori critiche alla disciplina dettata dal Decreto da parte dei primi commentatori, non risulta escluso, ma semplicemente procrastinato alla fase di impugnazione dell’eventuale provvedimento di ripristino della misura carceraria.

Il rafforzamento e l’anticipazione del diritto di difesa avrebbe imposto la notifica all’indagato e al suo difensore delle richieste formulate al giudice dal pubblico ministero, almeno in tutti i casi in cui quest’ultimo si determini a chiedere il ripristino della misura custodiale massima. Ciò, tuttavia, avrebbe comportato un ulteriore aggravio dell’iter procedimentale delineato, già alquanto articolato, soprattutto ove si considerino i ristrettissimi termini previsti per le verifiche periodiche da operare a cura del pubblico ministero (la prima dopo soli 15 giorni dall’applicazione degli arresti domiciliari e le successive a cadenza mensile), termini a ragione definiti “*irrealistici*”, specie tenuto conto che il D.L. 29/2020 non prevede alcun nuovo onere per le casse dello Stato, trattandosi di “*riforma a costo zero*”, con nuovi incombeni da espletare con risorse umane e materiali invariate.

In un’ottica comparativa, inoltre, va rilevato che neppure gli artt. 276 c.p.p. (“*aggravamento sanzionatorio*”) e 299 comma 4 c.p.p. (“*aggravamento cautelare*”) prevedono alcuna forma di interlocuzione con la difesa propedeutica all’adozione del provvedimento di sostituzione *in peius* della misura in corso di esecuzione.

Peraltro, nulla toglie che la difesa possa autonomamente attivarsi con il deposito di memorie e documenti ai sensi dell’art. 121 c.p.p. (“*Memorie e richieste della parti*”), secondo cui le parti e i difensori possono presentare al giudice memorie o richieste scritte, mediante deposito in cancelleria, “*in ogni stato e grado del procedimento*”. La difesa, infatti, è perfettamente consapevole dell’“*obbligo di revisione periodica*”, in coincidenza del quale può far pervenire al pubblico ministero o al giudice memorie e documentazione, specie in ipotesi di aggravamento delle condizioni di salute dell’imputato.

Si ritiene, poi, che la difesa debba avere libero accesso alle informazioni acquisite dal pubblico ministero ai sensi dell’art. 3 D.L. 29/2020, atteso che le stesse non attengono alle “*indagini*” in senso stretto, non riguardando i fatti-reato oggetto di contestazione, bensì le condizioni di salute dell’imputato e la disponibilità di strutture carcerarie ad accoglierlo; non viene in rilievo, dunque, alcuna esigenza di segretezza.

Inoltre, il diritto di difesa è certamente garantito nell'ipotesi in cui, come previsto dall'art. 3 comma 2 D.L. 29/2020, il giudice decida di disporre perizia al fine di ri-verificare le condizioni di salute dell'imputato: in tal caso, si procede nella pienezza del contraddittorio, con la difesa che può non soltanto interloquire in fase di nomina del perito e di formulazione dei quesiti, ma anche incaricare un consulente tecnico di parte.

8. CONCLUSIONI

In definitiva, sebbene la sua genesi sia ascrivibile ad alcune scarcerazioni di boss mafiosi particolarmente stigmatizzate dalla stampa e non derivante da una meditata rivisitazione sistematica della materia, il D.L. 29/2020 affronta, in sede cautelare, una questione reale e concreta, rappresentata dalla possibilità di applicazione degli arresti domiciliari "*a tempo*", per il lasso cronologico strettamente necessario a superare una condizione di incompatibilità con il regime carcerario.

Al di là dell'emergenza dovuta al Coronavirus, risulta assai frequente nella prassi giudiziaria l'accertamento di una incompatibilità delle condizioni di salute dell'imputato con il regime custodiale inframurario di durata temporalmente circoscritta (come, ad esempio, nell'ipotesi in cui sia necessario effettuare un intervento chirurgico con un decorso post-operatorio riabilitativo-fisioterapico di qualche settimana o di alcuni mesi o, comunque, quando debba trovare esecuzione un programma terapeutico predeterminato di analoga durata), al termine della quale appare assolutamente in linea con i principi codicistici il ripristino della custodia in carcere.

Qualora si dovesse definitivamente affermare un'interpretazione giurisprudenziale di segno opposto in relazione all'art. 275 comma 4 *bis* c.p.p., sarebbe forse opportuno, al di là dell'emergenza sanitaria in atto, procedere ad una sistematica modifica codicistica che, prevedendo espressamente la possibilità del ripristino della custodia cautelare al termine del periodo di incompatibilità temporanea, consentisse di far efficacemente fronte a situazioni di tal genere.

Con specifico riferimento al caso di specie, non appare revocabile in dubbio che debba trovare applicazione il dettato del D.L. 29/2020, atteso che:

- il prevenuto è indagato per il delitto di associazione di tipo mafioso, con ruolo apicale;
- il presente provvedimento di sostituzione viene adottato dopo il 23 febbraio 2020 e in costanza dello stato di emergenza dovuto alla pandemia da Covid-19;
- il provvedimento sostitutivo è dovuto, almeno parzialmente, all'emergenza sanitaria in corso ed è dunque connesso alla medesima.

Conseguentemente, a seguito della concessione degli arresti domiciliari dovranno trovare applicazione le verifiche e i controlli che l'art. 3 del D.L. 29/2020 demanda al pubblico ministero, ai fini dell'eventuale richiesta di ripristino della custodia in carcere, una volta venute meno le esigenze sanitarie rilevate.

Da ultimo, in relazione all'art. 275 *bis* c.p.p., va precisato che la misura degli arresti domiciliari può trovare applicazione senza l'utilizzo di strumenti elettronici di controllo a distanza ("*braccialetto elettronico*"), sia per l'insussistenza del pericolo di fuga dell'indagato, sia in considerazione della peculiare patologia da cui lo stesso risulta affetto.

P.Q.M.

Visto l'art. 310 c.p.p.,

- 1) accoglie l'appello proposto avverso l'ordinanza del GIP presso il Tribunale di Lecce del 23/3/2020 (depositata in pari data) nei confronti di A. G. e, per l'effetto, sostituisce la misura cautelare della custodia in carcere attualmente in atto con quella degli arresti domiciliari, disponendo che A. G. rimanga ristretto in tale stato presso la sua abitazione, sita in ... (LE), alla Via ..., prescrivendo al predetto di non allontanarsi da tale domicilio senza l'autorizzazione del giudice precedente e di non comunicare, neanche per via telefonica o telematica, con persone diverse da quelle che con lui coabitano o che lo assistono, delegando per i necessari controlli, anche di propria iniziativa, la Stazione dei carabinieri territorialmente competente;
- 2) autorizza A. G. a raggiungere il predetto domicilio libero e senza scorta, seguendo il percorso più breve, con onere di comunicare al Comando Stazione carabinieri di ... (LE) l'orario di partenza e di arrivo presso l'abitazione di domicilio;
- 3) manda al pubblico ministero per gli adempimenti previsti dall'art. 3 del D.L. n. 29 del 10 maggio 2020;
- 4) manda alla cancelleria per gli adempimenti di rito.

Così deciso in Lecce, 15 maggio 2020

IL GIUDICE EST.
Dott. Antonio Gatto

IL PRESIDENTE
Dott.ssa Pia Verderosa