

ARRESTI DOMICILIARI E INDISPONIBILITÀ DEL BRACCIALETTO ELETTRONICO: È IL MOMENTO DELLE SEZIONI UNITE

di Elena Valentini

SOMMARIO: 1. La questione. – 2. La disciplina di riferimento. – 3. Le conseguenze dell'indisponibilità degli strumenti di sorveglianza: gli opposti orientamenti in campo. – 4. La soluzione prescritta dal dato normativo. – 5. L'opzione compromissoria della lista d'attesa: perplessità.

1. La questione.

È imminente la data in cui le Sezioni unite si esprimeranno su una questione di grande impatto pratico: com'è noto, infatti, la prima Sezione ha sottoposto alla più autorevole composizione della Corte di cassazione il quesito concernente gli effetti della concreta indisponibilità degli strumenti di sorveglianza elettronica là dove il giudice cautelare ritenga adeguata la misura degli arresti domiciliari con tale forma di monitoraggio¹.

Il dubbio è questo, dunque: cosa accade quando il braccialetto elettronico non è disponibile?

Sul problema si è di recente sviluppato un contrasto in seno alla giurisprudenza di legittimità, che vede fronteggiarsi due orientamenti: alla tesi che opta per l'ineluttabilità della custodia in carcere si è contrapposta un'altra soluzione, antitetica, stando alla quale, in mancanza di dispositivi elettronici, il giudice cautelare dovrebbe limitarsi ad applicare gli arresti domiciliari "semplici". In una posizione intermedia si collocano alcune decisioni, soprattutto di merito, improntate ad una logica compromissoria e che, come vedremo, sembrano legittimare la prassi della cosiddetta "lista d'attesa".

2. La disciplina di riferimento.

Prima di affrontare nello specifico la questione devoluta alle Sezioni unite, analizzando gli argomenti addotti a sostegno delle varie soluzioni, pare opportuna una

¹ L'ordinanza è Cass., Sez. I, 28 gennaio 2016, n. 5799, Lovisi, e si può leggere su *questa Rivista*, 4 aprile 2016, con una nota di C. BRESSANELLI, "[Braccialetto elettronico](#)": *alle Sezioni unite la questione della applicabilità della custodia cautelare in carcere in caso di accertata indisponibilità del dispositivo*.

breve ricostruzione della disciplina di riferimento, che, come noto, ha subito svariate modifiche nel corso degli anni.

L'ingresso della sorveglianza elettronica nel nostro sistema risale al cosiddetto "decreto antiscarcerazioni" del 2000²; come segnalato dalla dottrina, tale intervento era animato da moventi piuttosto eterogenei, tra i quali spiccava la tangibile preoccupazione di rendere effettivo il rispetto delle prescrizioni imposte con misure alternative alla custodia in carcere³; non a caso, si deve allo stesso decreto l'introduzione (nella loro formulazione originaria, di recente rettificata con la legge 16 aprile 2015, n. 47) dei commi 1 *ter* dell'art. 276 c.p.p. e 5 *bis* dell'art. 284 c.p.p.

In particolare, quella riforma ha inserito nel codice l'art. 275 *bis* c.p.p., con una scelta topografica oggetto di critiche, posta la riferibilità di tale inedita modalità di controllo ai soli arresti domiciliari: secondo alcuni sarebbe infatti stato più opportuno intervenire direttamente sull'art. 284 c.p.p.⁴

Parallelamente all'intervento sul codice di rito, il legislatore ha inciso anche sulla disciplina penitenziaria, in particolare con il comma 4 *bis* nell'art. 47 *ter* ord. penit. (che racchiude una regolamentazione poi trasfusa nell'art. 58 *quinquies* ord. penit., rubricato «particolari modalità di controllo nell'esecuzione della detenzione domiciliare»).

In materia cautelare, il paradigma di riferimento è comunque racchiuso nell'art. 275 *bis* c.p.p. (la cui disciplina è *in toto* richiamata da quella concernente la detenzione domiciliare), con una regolamentazione di dettaglio posta dal d.m. Ministero Interno, 2 febbraio 2001, contenente le «*Modalità di installazione e uso, i tipi e le caratteristiche dei mezzi elettronici e degli altri strumenti tecnici destinati al controllo delle persone sottoposte*» agli arresti domiciliari⁵.

Per circa un decennio tale disciplina è rimasta sostanzialmente disapplicata, dando vita a polemiche generate dall'evidente sperequazione tra le spese sostenute per dare corpo al dettato normativo e i deludenti risultati applicativi dell'innovazione, praticamente irrisonanti: basti pensare che lo scarso ricorso alla sorveglianza elettronica – resa possibile, oltre che dall'approvazione del decreto ministeriale del 2001, anche dalla stipula di una convenzione e di un successivo accordo tra il Ministero dell'Interno e la Telecom, nel 2003 – è stata fortemente stigmatizzata sia dalla giurisdizione amministrativa⁶ che dalla Corte dei conti⁷.

² Per l'esattezza si trattava del d.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito con la legge 19 gennaio 2001, n. 4.

³ Così L. CESARIS, *Dal panopticon alla sorveglianza elettronica*, in M. BARGIS (a cura di), *Il decreto antiscarcerazioni*, Torino, 2001, p. 55 s.

⁴ V ad esempio P. GIORDANO, *Sulla gestione del controllo a distanza le prime incognite tecnico normative*, in *Guida dir*, 2001, f. 9, p. 9.

⁵ Il decreto è pubblicato in *Gazz. Uff.*, 15 febbraio 2001, n. 38. La circostanza che aspetti legati all'attuazione pratica (e dunque concernenti la definizione delle caratteristiche dei mezzi elettronici) sia racchiusa in una fonte di rango secondario era peraltro già contemplata dall'art. 19 del decreto legge, e si spiega alla luce dell'esigenza di approntare uno strumento normativo più duttile e idoneo a recepire le eventuali evoluzioni tecnologiche.

⁶ TAR Lazio, Sez. I *ter*, 24 maggio 2012, n. 4997 (con cui è stato annullato l'accordo tra il ministero degli Interni e Telecom Italia, pur lasciando comunque la convenzione in vigore fino al 31 dicembre 2013).

Dopo più di due lustri in cui lo strumento è rimasto di fatto inutilizzato, nel gennaio del 2012 il Ministero dell'Interno ha proceduto al rinnovo della convenzione con la Telecom (scaduta il 31 dicembre dell'anno precedente), portando a duemila la dotazione complessiva di apparecchi, contro i quattrocento inizialmente predisposti (e rimasti quasi tutti inutilizzati).

E' pressoché superfluo ricordare che applicare il braccialetto elettronico vuol dire abbattere, oltre alla compressione della libertà personale, anche i costi del regime coercitivo. Infatti, sebbene (come noto) la spesa per la sorveglianza elettronica in Italia risulti molto maggiore che nel resto d'Europa, il risparmio risulta più che evidente, sol che si considerino la spesa che il sistema penitenziario affronta per ogni detenuto; a ciò deve aggiungersi l'indubbio risparmio sui costi connessi alle verifiche concernenti l'ottemperanza alle prescrizioni degli arresti domiciliari: sebbene tali forme di controllo tradizionale non possano dirsi totalmente sostituite dal ricorso alla sorveglianza elettronica, è indubbio come quest'ultima contribuisca a liberare risorse che potranno essere destinate ad altri scopi.

Ciò premesso, la spinta a potenziare un istituto rimasto sulla carta per tanti anni è dovuta all'azione combinata di svariati fattori: oltre alle già segnalate sollecitazioni provenienti dalla politica e dalla giurisdizione amministrativa e contabile, sono state in tal senso decisive quelle di matrice sovranazionale. Si allude, in particolare, non solo alla Raccomandazione CM/RE(2014)4 del Consiglio d'Europa del 19 febbraio 2014⁸, ma anche alla precisa indicazione racchiusa nella sentenza della Corte EDU Torreggiani contro Italia, che tra l'altro ha richiamato il nostro Stato anche «a valutare attentamente la possibilità di controllare tramite sistemi di videosorveglianza».

Non è un caso, allora, se il legislatore del dicembre 2013 ha apportato una significativa (quanto problematica) modifica all'art. 275 *bis* c.p.p. proprio con una delle nuove intese ad assecondare i *dictat* della Corte europea dei diritti dell'Uomo; segnatamente, trasformando l'originaria espressione «se lo ritiene necessario» (riferita all'applicazione del controllo elettronico per verificare il rispetto delle prescrizioni inerenti agli arresti domiciliari) con quella, diversa, «salvo che le ritenga non necessarie»⁹.

La variazione, solo in apparenza marginale, è in realtà gravida di effetti; si tratta però di effetti diversi da quelli perseguiti dal legislatore, che, mosso dall'intento di privilegiare l'applicazione del braccialetto elettronico nella prospettiva di scongiurare il ricorso alla custodia in carcere, ha invece ottenuto il risultato opposto, ossia quello di invertire il rapporto regola/eccezione in ordine alla scelta se applicare gli arresti domiciliari "semplici" o gli arresti domiciliari "elettronici".

⁷ Si allude alla relazione approvata con delibera della Corte dei conti del 13 settembre 2012, n. 11/2012/G «La gestione delle opere di edilizia penitenziaria. Situazioni di criticità: istituti detentivi non funzionanti; carenze di personale della polizia penitenziaria; sovraffollamento. Il Commissario delegato per l'emergenza carceraria», dove si evidenzia il costo esorbitante del sistema (in particolare alle pp. 51-57).

⁸ La si può leggere, con una nota di L. SALAZAR E T. BARZANTI, in *Rass. penit. e crim.*, 2013, n. 2, p. 229.

⁹ La modifica è dovuta all'art. 1, comma 1, lett. a) del d.l. 23 dicembre, n. 146, convertito, con modificazioni, nella l. l. 21 febbraio 2014, n. 10.

L'eterogenesi dei fini è piuttosto manifesta, e si è tradotta nell'imposizione di un obbligo motivazionale che va controcorrente rispetto allo scopo perseguito: la riforma del 2013 obbliga infatti il giudice a spiegare le ragioni per le quali intende ricorrere alla misura tradizionale piuttosto che a quella elettronicamente monitorata; così facendo, il legislatore ha ampliato l'ambito applicativo degli arresti domiciliari con braccialetto elettronico, parallelamente riducendo quello degli arresti domiciliari "semplici", ma senza erodere in alcun modo il perimetro entro cui opera la custodia in carcere.

La disposizione è gravida di ricadute applicative: il tipo di prova e di dimostrazione da offrire – declinata in negativo – è infatti difficile da soddisfare, implicando oltretutto l'assunzione di una significativa responsabilità da parte del giudice¹⁰.

L'*aberratio ictus* in cui è incorso il legislatore è tale da generare fondate perplessità, anche di ordine costituzionale: così come osservato da attenta dottrina, infatti, il disposto, per come formulato, rischia di sovvertire il significato garantistico della motivazione del provvedimento coercitivo, chiaramente descritto dall'art. 13 comma 2 Cost.¹¹

Quantomeno nelle prospettive del legislatore, l'espansione di questa forma di controllo non si è limitata agli arresti domiciliari; dall'estate del 2013, infatti – in particolare con il d.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito con legge n. 15 ottobre 2013, n. 93 – il codice di rito contempla l'applicabilità del braccialetto elettronico anche per

¹⁰ Il rovesciamento di prospettiva operato con tale novella in qualche modo richiama il meccanismo caratteristico delle presunzioni in ordine alla sussistenza delle esigenze cautelari (v. comma 3 dell'art. 275 c.p.p.): così com'è dimostrato dalla prassi, la prova dell'insussistenza dei *pericula libertatis* è molto difficile da riscontrare, specie considerando le cadenze del procedimento applicativo, che vede il giudice decidere sulla base della sola richiesta del pubblico ministero.

¹¹ Si leggano in proposito le considerazioni di P. SPAGNOLO, *op. cit.*, p. 339 ss. Non si tratterebbe, peraltro, della prima volta in cui ciò si verifica: basti pensare al problematico rapporto tra gli automatismi prescritti (fra l'altro) dall'art. 375, comma 3, c.p.p., e tale canone sovraordinato: rapporto sul quale, però, la giurisprudenza fiorita a partire dalla sentenza n. 265 del 2010 ha scelto di non prendere posizione (sul punto si veda S. CARNEVALE, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare*, in L. GIULIANI (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2016, p. 114).

Sempre P. SPAGNOLO, *op. ult. cit.*, rileva altresì come la mutata fisionomia dell'art. 275 *bis* c.p.p. possa interferire con il principio della domanda cautelare: infatti, a fronte di una richiesta *ex art. 291 c.p.p.* orientata nel senso degli arresti domiciliari "semplici" (o comunque priva di specificazioni in ordine all'applicazione anche del braccialetto elettronico), stando al tenore dell'art. 275 *bis* c.p.p., per poter applicare la misura senza la sorveglianza elettronica, il giudice dovrebbe comunque essere in grado di ottemperare allo specifico obbligo motivazionale che gli è oggi prescritto dall'art. 275 *bis* c.p.p., così come modificato nel 2013; in mancanza, sarà obbligato ad applicare la misura necessariamente accompagnandola con questa forma di controllo. A ben vedere, però, la circostanza che, contrariamente a quanto ritenuto da alcuni autori (della cui opinione si darà conto *infra*, nota 27), gli arresti domiciliari con sorveglianza elettronica non identifichino una misura diversa o comunque più afflittiva rispetto agli arresti domiciliari semplici, costituendo una semplice modalità di controllo circa l'effettivo rispetto delle prescrizioni concernenti questa misura obbligatoria, dovrebbe togliere rilevanza alla questione: l'eventuale applicazione della misura con monitoraggio elettronico, pur in presenza di una richiesta *ex art. 291 c.p.p.* non specifica in relazione alle modalità di sorveglianza, non dovrebbe porsi in contrasto con il principio della domanda cautelare.

verificare il rispetto delle prescrizioni inerenti all'allontanamento dalla casa familiare, con una novità che ha investito direttamente l'art. 282 *bis* c.p.p.. Tale innovazione testimonia l'astratta possibilità di associare la sorveglianza elettronica a qualsiasi tipo di misura limitativa della libertà personale¹², ed è stata resa possibile anche in virtù dagli sviluppi tecnologici, che consentono di vigilare anche i movimenti esterni al perimetro delle mura domestiche¹³.

Infine, il quadro normativo si è recentemente arricchito di un altro tassello, con l'introduzione di una disposizione – l'art. 275, comma 3 *bis*, c.p.p. – ad opera della legge n. 47 del 2015: «nel disporre la custodia cautelare in carcere il giudice deve indicare le specifiche ragioni per cui ritiene inidonea, nel caso concreto, la misura degli arresti domiciliari con le procedure di controllo di cui all'art. 275 *bis*, comma 1».

Si tratta a ben vedere dell'ennesima specificazione del principio di adeguatezza, direttamente trapiantata dalla bozza elaborata dalla Commissione Giostra¹⁴; così come segnalato sin dai primi commentatori, visto che il nuovo precetto va ad arricchire il (già barocco) impianto motivazionale dell'ordinanza applicativa della misura, la sede topografica più adatta per il relativo inserimento sarebbe stata l'art. 292 c.p.p.¹⁵.

In dottrina è stato notato che, sebbene a stretto rigore superflua¹⁶, la precisazione racchiusa nel nuovo comma 3 *bis* dell'art. 275 c.p.p. può in realtà rivelarsi utile per superare l'orientamento giurisprudenziale (che comunque affiora anche nella casistica successiva all'entrata in vigore della novella), stando al quale, per giustificare la scelta di applicare la più gravosa tra le misure coercitive, non sarebbe «necessaria un'analitica dimostrazione delle ragioni che rendono inadeguata ogni altra misura, ma è sufficiente che il giudice indichi [...] gli elementi specifici che inducono ragionevolmente a ritenere la custodia in carcere come la misura più adeguata [...],

¹² Una notazione in tal senso si può trovare nella proposta della Commissione di studio in tema di ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione, presieduta dal Professor Glauco Giostra, edita su questa Rivista, [Le conclusioni della Commissione Giostra in tema di riforme dell'ordinamento penitenziario e delle misure alternative alla detenzione](#), 20 dicembre 2013, p. VIII del documento.

¹³ Stando alla convenzione attualmente vigente con la Telecom, dei duemila braccialetti attualmente disponibili il 10% può essere dotato del sistema GPS tracking, che risulta idoneo a controllare gli eventuali spostamenti anche al di fuori del "recinto" delle mura domestiche, così rivelandosi idonea forma di controllo per monitorare l'effettivo rispetto della misura di cui all'art. 282 *bis* c.p.p.

¹⁴ Alla luce di tale novella, ci troviamo dunque di fronte a quattro diverse disposizioni dedicate al principio di adeguatezza: la declinazione generale del canone, racchiusa nel primo comma dell'art. 275 c.p.p., è affiancata da varie specificazioni del principio riferite alla più restrittiva tra le forme di coercizione, collocate nella prima parte del terzo comma dell'art. 275 c.p.p., nella lett. *c bis* dell'art. 292 c.p.p., nonché, appunto, nel comma 3 *bis* del medesimo art. 275 c.p.p.

¹⁵ V. già, per tutti, G. ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1146, e V. PAZIENZA, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, Relazione per l'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, III/2015, Roma, 6 maggio 2015, p. 9 ss. La scelta della sede topografica non è priva di ricadute, poiché, a differenza di quanto si può osservare rispetto alla declinazione del principio di adeguatezza riferita alla specifica scelta della custodia in carcere (di cui al comma 2, lett. *c bis* dell'art. 292 c.p.p.), la violazione di questo precetto genera una nullità solo relativa.

¹⁶ In tal senso, fra gli altri, V. PAZIENZA, *loc. ult. cit.*, e A. CISTERNA, *Una figura autonoma da collocare in posizione mediana*, in *Guida dir.*, 2015, f. 44, p. 70.

rimanendo in tal modo assorbita l'ulteriore dimostrazione dell'inidoneità delle altre misure coercitive»¹⁷.

Come appena precisato, si tratta di un innesto che forse non era necessario; sicuramente, però, e al di là della sua portata realmente innovativa, la variazione, in linea con la logica che avrebbe inteso ispirare l'intervento del dicembre 2013 (malamente tradottosi sul piano positivo), individua un chiaro indicatore della volontà di incentivare il più possibile il ricorso alla sorveglianza elettronica.

3. Le conseguenze dell'indisponibilità degli strumenti di sorveglianza: gli opposti orientamenti in campo.

Il mutato assetto normativo conseguente alle due modifiche appena menzionate – in particolare dopo la riforma del 2013, che appunto ha reso gli arresti domiciliari con sorveglianza elettronica la “regola” rispetto all'ipotesi degli arresti domiciliari “semplici” – ha ovviamente contribuito a incrementare la concreta operatività dell'istituto¹⁸. Nella stessa direzione hanno spinto anche altri fattori, quali il (già ricordato) rinnovo dell'accordo con la Telecom (nel 2012)¹⁹, nonché, soprattutto, il superamento della diffidenza che per lungo tempo ha circondato le potenzialità offerte dalla sorveglianza elettronica.

Questa inedita vitalità applicativa è molto ben percepibile, e non solo ha generato il fiorire di una casistica giurisprudenziale in precedenza alquanto ridotta (fino al 2012 le pronunce in materia di “braccialetto elettronico” erano piuttosto sporadiche), ma soprattutto ha capovolto la situazione riscontrabile fino a qualche anno fa, determinando la sostanziale – e già endemica – insufficienza delle dotazioni concretamente disponibili. In altri termini, il braccialetto elettronico, da strumento

¹⁷ Cass., Sez. VI, 20 aprile 2011, Cardoni, in *C.E.D. Cass.*, n. 250060. V. anche, fra le altre, Sez. V, 4 luglio 2014, Calcagno, *ivi*, n. 261723. Peraltro, sebbene la giurisprudenza successiva sembri aver recepito la modifica (v. Sez. III, 27 ottobre 2015, n. 45699, Nannavecchia, o Sez. II, 4 dicembre 2015, n. 49105, Bacio Terracino), anche all'indomani della novella non sono mancate prese di posizione analoghe a quella appena riportata nel testo: v. Sez. VI, 28 ottobre 2015, n. 46806, Zanga, non massimata, e Sez. VI, 12 novembre 2015, Masella, in *C.E.D. Cass.*, n. 265891.

¹⁸ Di tale incremento sembra essere stato consapevole il legislatore, che, con il comma 2 dell'art. 1 d.l. n. 146 del 2013, ha differito l'entrata in vigore della novella al giorno successivo a quello di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della legge di conversione del decreto medesimo.

¹⁹ L'accordo ha attraversato non poche vicissitudini: alla scadenza, la convenzione con la Telecom è stata rinnovata, senza gara pubblica, fino al 31 dicembre 2018. La trattativa diretta è stata giustificata dal Ministero dell'interno (tra l'altro) in forza della considerazione che un solo gestore economico – Telecom Italia S.p.a. – fosse nella condizione di eseguire il nuovo appalto di servizi. Su ricorso di Fastweb, l'accordo tra Ministero degli interni e Telecom per la proroga della Convenzione è stato tuttavia dichiarato inefficace dalla sentenza Tar Lazio, Sez. I *ter*, 24 maggio 2012, cit. In seguito, il Consiglio di Stato – dopo aver demandato alla Corte di Giustizia dell'Unione europea due quesiti di natura pregiudiziale (quesiti rispetto ai quali la Corte non riscontra violazioni della disciplina comunitaria, rimettendo dunque la decisione sull'efficacia della convenzione al giudice nazionale) – ha respinto la domanda di inefficacia, con la sentenza del 4 febbraio 2015, n. 540.

“dimenticato”²⁰ (quale è rimasto per più di un decennio), è diventato uno strumento difficile da reperire.

Oltre ad aver indotto la presentazione di almeno un’interrogazione parlamentare²¹, questa situazione ha generato anche il contrasto giurisprudenziale ormai giunto all’esame delle Sezioni unite.

Il dubbio è dunque il seguente: cosa accade quando gli arresti domiciliari con braccialetto elettronico, che il giudice riterrebbe misura idonea a fronteggiare le esigenze cautelari, non risultino disponibili (come ormai pressoché inevitabilmente accade)?

Il problema è di grande impatto pratico, essendo oltretutto suscettibile di porsi non solo in sede di prima applicazione della misura cautelare, ma anche in seguito, e dunque anche quando sia in predicato un’eventuale sostituzione *in melius* della custodia in carcere.

Così come riconosciuto dall’ordinanza di rinvio alle Sezioni unite, le risposte della giurisprudenza di legittimità si pongono su due versanti contrari ed inconciliabili. Secondo una prima opinione, in assenza di dotazioni tecniche, l’imputato dovrebbe vedersi applicare la cattività carceraria; secondo l’altra opinione, viceversa, l’indisponibilità dello strumento di controllo elettronico non può comportare l’ingresso o la permanenza in carcere, con conseguente applicazione degli arresti domiciliari “semplici”.

Vedremo poi come nella giurisprudenza di merito si riscontri una tesi intermedia, di natura compromissoria, sulla quale si tornerà nelle pagine successive²².

L’opinione che per prima si è diffusa è quella orientata nel senso dell’ineluttabilità della custodia in carcere, e si basa su argomenti che ricorrono in quasi tutte le pronunce che compongono questo filone giurisprudenziale: l’indisponibilità degli apparecchi, seppure non ascrivibile all’indagato, dev’essere valutata ai fini del giudizio di adeguatezza della misura degli arresti domiciliari²³; la mancata applicazione degli arresti domiciliari con braccialetto elettronico (o il mancato accoglimento di un’istanza di sostituzione della custodia in carcere con gli arresti domiciliari) non viola né l’art. 3 né l’art. 13 Cost., «perché l’impossibilità della concessione degli arresti domiciliari senza controllo elettronico dipende pur sempre dall’intensità delle esigenze cautelari, e, pertanto, è ascrivibile all’imputato»²⁴. Infine, un’ultima (e piuttosto fragile, per ragioni sia ideologiche che pragmatiche) ragione posta a sostegno di questo esito applicativo è quella secondo cui non si può pretendere

²⁰ L’espressione è ripresa da A. BASSI-C. VON BORRIES, *Il braccialetto elettronico: un dispositivo dimenticato*, in www.questionegiustizia.it, 12 dicembre 2013.

²¹ Si veda in proposito il resoconto stenografico della seduta del Senato della Repubblica del 22 dicembre 2015, n. 556, in www.senato.it.

²² V. in particolare *infra*, nell’ultimo paragrafo.

²³ Tra le altre, Cass., Sez. VI, 21 ottobre 1915, Bregu, in *C.E.D. Cass.*, n. 265760.

²⁴ V. in tal senso Cass., Sez. II, 17 dicembre 2014, n. 520, non massimata; Cass., Sez. II, 19 giugno 2015, Candolfi, in *C.E.D. Cass.*, n. 264230, nonché in *Giur. it.*, 2015, p. 1723, con nota di A. MARANDOLA; Sez. 4 novembre 2015, Di Pierno, in *C.E.D. Cass.*, n. 265897; Sez. II, 10 novembre 2015, Pappalardo e altro, *ivi*, n. 265238.

che lo Stato appronti un numero indeterminato di apparecchi, essendo le disponibilità finanziarie della pubblica amministrazione necessariamente limitate²⁵.

L'altra tesi, emersa in giurisprudenza solo in un secondo momento, approda ad una soluzione applicativa opposta²⁶, muovendo dalla premessa concettuale secondo cui gli arresti domiciliari con monitoraggio elettronico non individuano una misura cautelare diversa od autonoma rispetto a quelli "semplici"²⁷.

Sebbene indubbiamente importante²⁸, a parere di chi scrive la questione classificatoria non è così gravida di ricadute concrete rispetto a questo specifico problema²⁹.

Nondimeno, stando alla tesi della giurisprudenza orientata nel senso dell'applicazione degli arresti domiciliari "semplici" piuttosto che della custodia in carcere, la questione sembrerebbe assumere consistenza ragionando in questi termini: ritenendo che gli arresti domiciliari "elettronici" non individuino una misura autonoma, ne conseguirebbe che, se il giudice ha valutato come adeguata tale misura, l'eventuale indisponibilità dello strumento di sorveglianza non potrebbe intaccare l'opzione già in concreto operata nel senso degli arresti domiciliari. E ciò sul presupposto implicito stando al quale, da un punto di vista logico-giuridico, prima si collocherebbe la scelta degli arresti domiciliari, e solo in un secondo momento quella della modalità di controllo da applicare (se i controlli ordinari o quelli elettronici)³⁰.

²⁵ Questo argomento, esplicitato ad esempio in Cass., Sez. II, 17 dicembre 2014, n. 520, cit., cozza però con i dati che dimostrano il significativo risparmio economico conseguente all'impiego della sorveglianza elettronica.

²⁶ V. ad esempio Cass., Sez. I, 28 gennaio 2016, n. 5799, in *Dir. giust.*, 2 febbraio 2016, con nota di A. FOTI.

²⁷ La questione è sempre stata dibattuta; in particolare, secondo la dottrina e la giurisprudenza che si sono specificamente espresse sulla questione, gli arresti domiciliari con braccialetto elettronico individuerrebbero una particolare modalità di controllo, e non un presidio coercitivo autonomo rispetto a quello descritto dall'art. 284 c.p.p.: ed infatti, nella relazione al d. l. n. 341 del 2000 (che ha appunto inserito la disposizione nel sistema) si parla espressamente di «strumento di controllo applicabile alle misure già esistenti». Nello stesso senso depone l'*incipit* dell'art. 275 bis c.p.p., che esordisce con l'espressione «nel disporre la misura degli arresti domiciliari [...]» (per tale osservazione v. già L. CESARIS, *op. cit.*, p. 60). Ultimamente, però, alcuni autori hanno ritenuto che gli arresti domiciliari elettronicamente monitorati identificherebbero una misura specifica e giuridicamente distinta: ciò dovrebbe ricavarsi dal tenore del comma 3 bis dell'art. 275 c.p.p., che appunto, all'indomani della riforma del 2015, descrive un onere di motivazione specifico in ordine all'inefficienza degli arresti domiciliari con braccialetto elettronico (A. CISTERNA, *op. cit.*, p. 70 ss.; già prima, si veda F. FIORENTIN, *Decreto svuota carceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146)*, Milano, 2014, p. 18, e M. DANIELE, [Il palliativo del nuovo art. 275 co. 2 bis c.p.p. contro l'abuso della custodia in carcere](#), in *questa Rivista*, 22 settembre 2014).

²⁸ Rispetto all'introduzione dell'art. 275 bis c.p.p. nell'ordinamento, E. MARZADURI (in *Commento all'art. 16 d.l. 24 novembre 2000*, in *Leg. pen.*, 2001, p. 450) rilevava come dalla natura non autonoma di tale presidio coercitivo potesse discendere la «non riesaminabilità da parte dell'imputato del solo provvedimento inerente all'applicazione delle particolari procedure di sorveglianza».

²⁹ Nello stesso senso v. già D. POTETTI, *Arresti domiciliari e mancanza dei mezzi elettronici per il controllo a distanza*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4151.

³⁰ L'affermazione che assegna un rilievo dirimente alla natura non autonoma degli arresti domiciliari con sorveglianza elettronica si ritrova, ad esempio, in: Cass., Sez. VI, 21 ottobre 2015, Bregu, in *C.E.D. Cass.*, n. 265760; Sez. III, 1° dicembre 2015, Caredda, *ivi*, n. 265791; Sez. III, 3 dicembre 2014, F., *ivi*, n. 262418, nonché in *Guida dir.*, 2015, f. 14, p. 75, con nota di C. MINNELLA.

Dalle (non sempre perspicue) motivazioni che colorano questa seconda tesi giurisprudenziale, la negazione che ci si trovi dinanzi ad una misura diversa è tesa ad affermare che il livello di adeguatezza degli arresti domiciliari “semplici” e di quelli con sorveglianza elettronica sarebbe lo stesso. In tal senso sembra illuminante una frase tratteggiata, che compare in più di una pronuncia: «Il suddetto braccialetto rappresenta una cautela che il giudice può adottare, se lo ritiene necessario, non già ai fini dell’adeguatezza della misura più lieve, vale a dire per rafforzare il divieto di non allontanarsi dalla propria abitazione, ma ai fini del giudizio, da compiersi nel procedimento di scelta delle misure, sulla capacità effettiva dell’indagato di autolimitare la propria libertà personale di movimento, assumendo l’impegno di installare il braccialetto e di osservare le relative prescrizioni»³¹.

In alcune pronunce affiora anche l’argomento più forte a sostegno di questa interpretazione, che marca quanto sia inaccettabile la situazione venutasi a creare per effetto della scarsità di risorse messe in campo dallo Stato: l’eventuale indisponibilità del braccialetto non può determinare conseguenze negative sull’arrestato, «poiché non dipende da un suo comportamento»³².

Infine, altre decisioni fanno leva anche su un argomento tratto dalla comparazione diacronica, ed in particolare dalla vicenda che ha segnato la temporanea modifica all’art. 97 *bis* c.p.p. operata nel 2014. Infatti, l’art. 4 del d.l. n. 92 del 2014 era intervenuto sulla disposizione, dedicata alle modalità di esecuzione del provvedimento che applica gli arresti domiciliari, approntando un comma 3 stando al quale, là dove, con il provvedimento di sostituzione della custodia in carcere con gli arresti domiciliari, sia stata disposta l’applicazione del cosiddetto braccialetto elettronico, «il direttore dell’istituto penitenziario, nel trasmettere la dichiarazione dell’imputato prevista dall’articolo 275 *bis*, comma 2, può rappresentare l’impossibilità di dare esecuzione immediata alla scarcerazione in considerazione di specifiche esigenze di carattere tecnico; in tal caso, il giudice può autorizzare il differimento dell’esecuzione del provvedimento di sostituzione sino alla materiale disponibilità del dispositivo elettronico da parte della polizia giudiziaria».

Questa variazione, appunto introdotta con il decreto, non è però stata convertita in legge: dalla mancata stabilizzazione della modifica alcune pronunce hanno quindi dedotto che il legislatore avrebbe inteso escludere la possibilità, per il giudice, di tornare sulla propria ordinanza *ex art. 299* c.p.p. allo scopo di differire la sostituzione della custodia in carcere con gli arresti domiciliari elettronicamente monitorati³³.

E’ utile sgombrare subito il campo da questo argomento, che, di primo acchito suggestivo, in realtà prova troppo; anche nel breve lasso temporale della sua vigenza, la disposizione si spiegava infatti poiché il possibile differimento nella concreta

³¹ Il virgolettato compare per la prima volta in Cass., Sez. II, 29 ottobre 2003, Bianchi, in *C.E.D. Cass.*, n. 227582, ed è poi ripreso, fra le altre, da Cass., Sez. II, 23 settembre 2014, Di Francesco, *ivi*, 261439, e da Sez. I, 10 settembre 2015, Quici, *ivi*, n. 264943.

³² Cass., Sez. III, 1° dicembre 2015, Caredda, *cit.*

³³ Insiste in particolare su questo argomento Cass. Sez. I, 10 settembre 2015, Quici, *cit.* In dottrina, v. D. POTETTI, *op. cit.*, p. 4152 s.

applicazione dell'ordinanza concessiva degli arresti domiciliari si sarebbe giustificato in vista dell'esigenza di gestire gli eventuali (e tutt'altro che infrequenti) ritardi determinati dalle difficoltà tecniche nell'installazione dell'apparecchio; e non, quindi, per affrontare le conseguenze della concreta indisponibilità dell'apparato elettronico³⁴.

4. La soluzione prescritta dal dato normativo.

Se queste sono le riflessioni affiorate dal dibattito, pare importante ricostruire le scansioni che marcano il procedimento descritto dall'art. 275 bis c.p.p. In particolare, per dirimere il contrasto diventa cruciale stabilire in quale momento della procedura si collochi la verifica in ordine alla concreta disponibilità dell'apparecchiatura.

Stando ad una lettura complessiva dell'art. 275 bis c.p.p., si può affermare che tale verifica debba essere necessariamente prioritaria, in quanto funzionale alla scelta della misura cautelare da applicare. Il modo in cui è formulata la prima parte della disposizione delinea infatti l'esito di tale controllo quale elemento in grado di orientare tale preferenza: «nel disporre la misura degli arresti domiciliari», il giudice «prescrive procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici quando ne abbia accertato la disponibilità da parte della polizia giudiziaria»³⁵.

E' piuttosto paradossale come la necessità di tale accertamento pregiudiziale, voluto dal legislatore del 2000 in previsione dei ritardi e delle inevitabili difficoltà tecniche che avrebbero segnato la fase subito successiva all'entrata in vigore della novella, assuma oggi, a più di tre lustri di distanza, un significato prescrittivo completamente diverso, prestandosi a "coprire" le (non più inevitabili né giustificabili) carenze della pubblica amministrazione. Ma com'è noto, al di là degli specifici moventi retrostanti alle norme, una volta che queste trovano ingresso nell'ordinamento si oggettivizzano: e dunque, la precisazione positiva (cruciale ai fini che qui interessano) in ordine all'indispensabile accertamento circa la concreta disponibilità del braccialetto, nata per accompagnare la fase sperimentale di una riforma ormai risalente, trova oggi

³⁴ E ad ogni modo, così come notato anche da J. DELLA TORRE, *Per la Suprema Corte l'indisponibilità del "braccialetto elettronico" comporta l'applicazione degli arresti domiciliari "semplici": una discutibile lettura dell'art. 275 bis c.p.p.*, in *Proc. pen. e giust.*, 2016, n. 1, p. 91, l'esame dei lavori parlamentari è privo di ricadute significative ai fini che qui interessano: cfr. in proposito gli interventi degli onorevoli Molteni e Ferraresi alla seduta della Camera dei Deputati del 23 luglio 2014 (alle pp. 67 ss. del relativo resoconto stenografico); in particolare, se l'on. Ferraresi esclude l'opportunità di introdurre nuove disposizioni in materia di braccialetto elettronico fino al concreto superamento della carenza di scorte, l'on. Molteni (primo proponente dell'emendamento appunto volto a sopprimere la disposizione introdotta con il decreto legge) mostra di assegnare a tale eliminazione il significato di obbligare il giudice a mantenere la custodia in carcere.

³⁵ Nello stesso senso si esprime Tribunale Bologna, 29 gennaio 2016, C., inedita, e Trib. Siena, 17 settembre 2015, in www.archiviopenale.it.

applicazione rispetto alla “ricerca” di congegni non sempre disponibili a causa della carenza delle relative scorte³⁶.

L’art. 275 *bis* c.p.p. è chiaro: tale accertamento deve precedere la scelta della misura, e non seguirla. E ciò permette di contrastare la possibile obiezione che potrebbe fondarsi sul fatto che la relativa procedura, nel regolamentare la concreta applicazione degli arresti domiciliari “elettronici”, pone un’unica condizione ostativa, individuabile nel dissenso dell’imputato³⁷. Precisamente, è vero che l’ultima parte del primo comma, nel disporre che il giudice applichi la custodia cautelare in carcere con il medesimo provvedimento che aveva disposto gli arresti domiciliari “elettronici”, contempla la sola ipotesi di dissenso dell’imputato e non anche la sopravvenuta constatazione della carenza del dispositivo³⁸; ma è altrettanto vero che, se si ritiene che spetti al giudice verificare la disponibilità del braccialetto prima di disporre – e dunque *per poter disporre* – gli arresti domiciliari elettronicamente monitorati, non avrebbe senso pretendere dal legislatore la previsione di una disciplina analoga a quella concernente il mancato consenso dell’imputato.

Questo rilievo permette di superare anche l’ulteriore inferenza, ricorrente tra le decisioni che propendono per l’applicazione degli arresti domiciliari “semplici” qualora il dispositivo non sia reperibile, stando alla quale tale dispositivo servirebbe ai fini del giudizio «sulla capacità effettiva dell’indagato di autolimitare la propria libertà personale di movimento, assumendo l’impegno di installare il braccialetto e di osservare le relative prescrizioni». Un simile assunto trascura infatti che l’ottenimento del consenso dell’imputato all’uso della sorveglianza elettronica è solo l’ultimo tassello della procedura descritta dall’art. 275 *bis* c.p.p.: stando alla relativa disciplina (per come la si è appena ricostruita), quantomeno nell’ipotesi in cui l’imputato sia a piede libero esso viene acquisito dopo la verifica della disponibilità degli apparecchi³⁹.

Oltre a questi profili procedimentali, già di per sé decisivi, c’è poi un dato di fondo, che non può essere trascurato: il livello di afflittività degli arresti domiciliari con braccialetto elettronico è tendenzialmente lo stesso degli arresti domiciliari “semplici”. Infatti, sebbene da un punto di vista concreto l’applicazione dell’apparecchiatura possa

³⁶ Si vedano in proposito le osservazioni di M. PITTIRUTI, *Le modalità di controllo elettronico negli arresti domiciliari e nell’esecuzione della detenzione domiciliare*, in (a cura di) R. DEL COCO-L. MARAFIOTI-N. PISANI, *Emergenza carceri. Radici remote e recenti soluzioni normative. Atti del convegno di Teramo*, 6 marzo 2014, Torino, 2014, p. 99, secondo cui «la circostanza che ancora oggi si adombri la possibilità di una polizia giudiziaria priva della strumentazione idonea, nonostante l’applicazione del “braccialetto elettronico” sia divenuta oggi la regola, sembra sintomatica della sfiducia del legislatore [...] circa le effettive possibilità di successo della riforma».

³⁷ Lo schema teorico usualmente impiegato dalla giurisprudenza e dalla dottrina è simmetrico a quello appena indicato nel testo (unicamente perché descrive il fenomeno da una prospettiva inversa): v. già Cass., Sez. II, 29 ottobre 2003, Bianchi, in *C.E.D. Cass.*, n. 227582, nonché in *Cass. pen.*, 2005, p. 896, che parla in proposito di «una condizione sospensiva della custodia in carcere, la cui applicazione viene disposta dal giudice contestualmente agli arresti domiciliari [...]».

³⁸ Questo argomento affiora ad esempio in Cass., Sez. III, 1° dicembre 2015, Caredda, cit.

³⁹ L’unico caso in cui l’acquisizione del consenso avviene in via preventiva discende dal tenore dell’art. 23 ord. penit., che prevede la richiesta del consenso all’eventuale utilizzo delle procedure di controllo elettronico già contestualmente all’ingresso in carcere.

rivelarsi disagiata per l'imputato, è da condividersi l'opinione di chi qualifica l'impiego del dispositivo come una semplice modalità di controllo circa l'effettivo rispetto delle prescrizioni concernenti gli arresti domiciliari⁴⁰. Eppure, a pari (o pressoché equivalente) afflittività corrisponde una differenza molto sensibile in termini di adeguatezza della misura. In particolare, il presidio di cui all'art. 275 *bis* c.p.p. è giocoforza molto più efficace, poiché caratterizzato da una forma di sorveglianza che rende molto meno probabili eventuali trasgressioni, di cui risulta quasi certa la registrazione. E' dunque evidente la maggiore adeguatezza di questa misura, che, ben più degli arresti domiciliari "semplici", scoraggia l'inottemperanza alle prescrizioni, tanto da avvicinare l'idoneità di questo presidio a quella propria della custodia in carcere⁴¹.

In sintesi, nell'ideale progressione che "mette in fila" (anche topograficamente) le misure coercitive partendo dal divieto di espatrio fino ad arrivare alla custodia in carcere, gli arresti domiciliari con braccialetto elettronico si approssimano a quelli "tradizionali" sul piano dell'afflittività, ma sono molto più vicini alla custodia in carcere sul piano dell'adeguatezza⁴². Non è un caso, allora, se la disciplina della sorveglianza elettronica è stata collocata proprio nell'art. 275 *bis* c.p.p. (e non è stata introdotta, ad esempio, mediante l'innesto di un art. 284 *bis* c.p.p.): tale scelta – già oggetto di qualche critica, più sopra ricordata – può in effetti dimostrare che la relativa forma di controllo pesa sul livello di adeguatezza della misura, senza incidere (se non in modo marginale) sul relativo grado di afflittività.

Una cartina al tornasole della grande vicinanza tra gli arresti domiciliari "elettronici" e la custodia cautelare in carcere si coglie proprio alla luce del nuovo comma 3 *bis* dell'art. 275 c.p.p., che implicitamente – ma in modo molto nitido – fotografa l'elevato grado di adeguatezza della prima misura⁴³; tanto che, in forza di

⁴⁰ Nonostante un passaggio della relazione al disegno di legge di conversione del d.l. n. 341 del 2000 presentasse la novità normativa quale modalità esecutiva degli arresti domiciliari, sembra comunque più appropriata la definizione del braccialetto elettronico quale modalità di sorveglianza: per questa soluzione, fra gli altri, D. MANZIONE, *Le nuove frontiere della custodia cautelare: dagli arresti domiciliari al controllo a distanza*, in AA. VV., *Scritti in onore di A. Cristiani*, Torino, 2001, p. 394, e D. CURTOTTI, *Custodia cautelare (presupposti, vicende, estinzione)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, t. 1, 2005, p. 304. Sul punto v. anche M. F. CORTESI, *Arresti domiciliari*, Torino, 2012, p. 100.

⁴¹ E' giusto dire (Sez, II, 10 novembre 2015, Pappalardo, cit.) che «le stesse esigenze cautelari che imponevano l'adozione della misura degli arresti domiciliari con l'adozione degli strumenti di controllo si prestano ad essere adeguatamente tutelate solo con l'applicazione della custodia cautelare in carcere». In dottrina, tra gli altri, v. D. POTETTI, *op. cit.*, p. 4151.

⁴² Il tratto differenziale più significativo rispetto all'idoneità dell'adeguatezza riguarda l'eventualità, peraltro non marginale, in cui si prospetti la possibilità che il pericolo di cui alla lett. c dell'art. 274 c.p.p. possa realizzarsi attraverso condotte che potrebbero compiersi all'interno del domicilio.

⁴³ La disposizione, nel vincolare il giudice a specificare le ragioni per cui, al posto di quelli "semplici", ha optato per gli arresti domiciliari elettronicamente monitorati, specifica proprio di motivare tale scelta «in relazione della natura e del grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto».

quest'ultima novità normativa, alcuni autori hanno ricavato la natura autonoma degli arresti domiciliari con braccialetto elettronico rispetto a quelli "semplici"⁴⁴.

Ancora: che il livello di adeguatezza raggiungibile attraverso gli arresti domiciliari "elettronici" si approssimi notevolmente a quello proprio della cattività carceraria è confermato dal tenore dello stesso art. 275 *bis* c.p.p., che appunto, nel caso di dissenso dell'imputato, prescrive di applicare la più gravosa tra le restrizioni coercitive. Tale esito – imposto dalla lettera della disposizione – dimostra appunto che, qualora non sia possibile rendere operativi gli arresti domiciliari "elettronici", l'unica misura adeguata a fronteggiare le esigenze cautelari è quella carceraria⁴⁵.

Da queste riflessioni consegue che la risposta al quesito sottomesso alle Sezioni unite deve essere trovata non tanto interrogandosi in ordine alla natura autonoma o meno dello strumento coercitivo descritto dall'art. 275 *bis* c.p.p., quanto piuttosto ragionando sulle caratteristiche del relativo procedimento, nonché sul piano dell'adeguatezza: se il giudice ritiene idonei gli arresti domiciliari "elettronici" ma non quelli tradizionali, stando alla disciplina codicistica la conseguenza dell'indisponibilità della strumentazione di monitoraggio non può che tradursi nell'applicazione della custodia in carcere.

Questa soluzione, per quanto intollerabile, oltre ad essere l'unica conforme alla disciplina positiva – che come già rilevato prevede che la verifica in ordine alla disponibilità del controllo sia preventiva (e strumentale) rispetto alla scelta della misura – è analoga a quella conseguente all'indisponibilità del domicilio: problema, di rilevantissimo impatto pratico, che la giurisprudenza da sempre risolve ricorrendo all'applicazione della custodia in carcere⁴⁶. Sebbene le due situazioni non siano tra loro propriamente sovrapponibili – la non disponibilità del domicilio è un'eventualità ascrivibile alle condizioni economiche e di vita dell'imputato, e dunque determina una diversità di trattamento che non dipende dall'inefficienza della pubblica amministrazione, come avviene invece là dove siano carenti le dotazioni tecnologiche messe in campo dallo Stato – nelle sue conseguenze ultime il problema è però assimilabile: ci sono soggetti che, per ragioni meramente materiali, non possono "beneficiare" degli arresti presso il domicilio. L'inevitabilità del carcere ove il domicilio

⁴⁴ V. A. CISTERNA E M. DANIELE, già citati *retro* (nota n. 27). Opta per una tesi intermedia P. SPAGNOLO, che parla in proposito di una «una "obbligatoria" opzione per la tesi intermedia», *Per un'effettiva gradualità delle misure cautelari personali*, in *Leg. pen.*, 2014, p. 336.

In giurisprudenza, invece, tra gli argomenti posti a sostegno della tesi contraria troviamo un'enfaticizzazione della novella precedente (quella del dicembre 2013): riforma con cui, secondo la Cassazione, il legislatore avrebbe imposto che nella normalità dei casi «la misura venga eseguita con la predisposizione del controllo attraverso dispositivi elettronici [...], confermando, in tale modo, che si tratta solo di una modalità esecutiva della misura domiciliare e non di una misura ulteriore» (così Cass., Sez. I, 10 settembre 2015, n. 39529, in *Processo penale e giustizia*, n. 1/2016, p. 78).

⁴⁵ E' infatti evidente come tale esito non possa spiegarsi in chiave "sanzionatoria" rispetto al dissenso dell'imputato, normativamente previsto (e tutelato) nella prospettiva di rispettare il diritto alla riservatezza sua e dei suoi conviventi (v. già, sul punto, E. MARZADURI, *op. cit.*, p. 449).

⁴⁶ V. ad esempio Cass., Sez. II, 20 dicembre 2012, Di Mattia, in *C.E.D. Cass.*, n. 254777, o, più recentemente, Sez. III, 30 settembre 2015, Z., *ivi*, n. 265048.

non sia disponibile è avallata, oltre che dalla giurisprudenza, *in primis* dal legislatore, in particolare con la seconda parte del comma 2 *bis* dell'art. 275 c.p.p., introdotto nel 2014 ed oggetto di un acceso dibattito. Segnatamente, e come si ricorderà, dopo l'iniziale tenore della novella – che, operata mediante decreto legge⁴⁷, non contemplava eccezioni al divieto di applicare la custodia in carcere ove la prognosi di pena non superasse i tre anni – con la legge di conversione, onde evitare che all'inapplicabilità della custodia in carcere conseguente al divieto si sommassero gli effetti della concreta indisponibilità del domicilio (così determinando una sostanziale “immunità” dell'imputato rispetto ai due presidi coercitivi più rigorosi), è stata prevista un'eccezione alla preclusione: e quindi, stando al tenore del vigente art. 275, comma 2 *bis*, c.p.p., nel caso in cui non risulti fruibile nessuno dei luoghi indicati dall'art. 384 c.p.p., potrà comunque trovare applicazione la custodia in carcere.

Ebbene, a fronte di una disposizione come quest'ultima, che conferma gli approdi della giurisprudenza tradizionale per tutte le ipotesi in cui non sia disponibile nessuno dei luoghi elencati dall'art. 284 c.p.p., risulta ancora più arduo sostenere la tesi che propende per l'applicazione degli arresti domiciliari “semplici” qualora difettino le strumentazioni di cui all'art. 275 *bis* c.p.p.

E' chiaro: l'esito applicativo privilegiato dalla giurisprudenza orientata nel senso più oneroso per l'imputato determina un'evidente disparità di trattamento tra persone che versano in situazioni analoghe, caratterizzate da pari intensità delle esigenze cautelari. E la risposta offerta da alcune pronunce aderenti al filone più severo, stando alla quale questa disparità di trattamento è comunque ascrivibile all'imputato (in quanto pur sempre riconducibile all'intensità dei rischi *ex art.* 274 c.p.p.), risulta troppo sbrigativa, tradendo un certo imbarazzo. Ma stando alla disciplina positiva, che prescrive al giudice di privilegiare l'unico presidio in grado di fronteggiare l'intensità dei *pericula libertatis*, la carenza delle dotazioni impone giocoforza la cattività carceraria. Opinare diversamente, come fa una porzione significativa della giurisprudenza, implica una presa di posizione non adeguatamente supportata dagli argomenti esplicitati nelle decisioni che aderiscono a tale filone; soprattutto, opinare diversamente finisce per disattendere la cornice normativa di riferimento, per come la si è sin qui ricostruita. In tale cornice, l'unico percorso che potrebbe condurre all'approdo sostenuto da tale orientamento passa inevitabilmente attraverso la promozione di un incidente di costituzionalità, teso a prospettare un possibile contrasto tra l'art. 275 *bis* c.p.p. – che subordina la scelta della misura lieviore al concreto rinvenimento dello strumento elettronico – e gli artt. 3 e 13 Cost., fondato sul rilievo che l'applicazione di tale disciplina determina una compressione della libertà personale più gravosa di quella ritenuta strettamente necessaria, e figlia di un bilanciamento tra interessi viziato dalle carenze della pubblica amministrazione⁴⁸.

⁴⁷ La disposizione era stata introdotta dall'art. 8 d.l. 26 giugno 2014, n. 92, convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n. 117.

⁴⁸ La soluzione imposta dal quadro normativo determina un trattamento cautelare, più gravoso rispetto a quello che sarebbe idoneo allo scopo, la cui applicazione viene a dipendere da circostanze casuali e non addebitabili all'imputato (v. già C. MINNELLA, *La mancanza di scorte può creare discriminazioni*, in *Guida dir.*,

In tutto questo, l'esistenza di questa netta spaccatura in seno alla giurisprudenza della Cassazione (e delle ulteriori sperequazioni che derivano dalla spaccatura medesima, che aggiungono disparità di trattamento a disparità di trattamento), ha il pregio di evidenziare quanto la situazione concreta conduca ad esiti discriminatori, costituendo uno stimolo utile (indispensabile?) affinché lo Stato provveda finalmente ad ampliare le dotazioni, così da porre l'Italia in linea con le scelte già operate da altri Paesi⁴⁹.

5. L'opzione compromissoria della "lista d'attesa": perplessità.

Ciò detto rispetto alla contrapposizione tra le due soluzioni estreme, si deve infine dar conto anche di una terza strada, meglio esplicitata, più che dalla giurisprudenza di legittimità (che si limita più che altro a darne conto), da alcune pronunce di merito⁵⁰, il cui intento è quello di limitare l'impatto discriminatorio dell'insufficienza delle apparecchiature tecniche, che finisce per "distribuire" la possibilità della cautela domiciliare elettronica in modo del tutto casuale.

In particolare, si allude alla soluzione che, più vicina a quella di maggior rigore, propugna la necessità di disporre la custodia in carcere; contestualmente, però, e previa valutazione ed esplicitazione, da parte del giudice cautelare, dell'idoneità degli arresti domiciliari con sorveglianza elettronica, essa pone una sorta di condizione risolutiva di tale iniziale scelta, per l'ipotesi in cui, nel corso dell'esecuzione della cattività carceraria, sopraggiunga la concreta disponibilità del braccialetto elettronico⁵¹.

2015, f. 14, p. 78). Nondimeno, nel considerare i rapporti con entrambi i principi costituzionali, si deve ricordare come il Giudice delle leggi costantemente escluda, ai fini del sindacato *ex art. 3 Cost.*, la rilevanza delle disparità di mero fatto, ossia di quelle differenze di trattamento che conseguono a circostanze contingenti ed accidentali, e dunque riferibili non al contenuto della norma in sé ma alle vicende concernenti la sua concreta applicazione (v. ad esempio, fra le numerose, Corte cost. n. 155 del 2005, o n. 142 del 2006).

⁴⁹ Si tratta dell'unico modo per risolvere la situazione. Infatti, se anche le Sezioni unite dovessero optare per la tesi più ispirata al principio del *favor rei*, è ragionevole prevedere che la prassi reagirebbe con la tendenza a riconoscere meno frequentemente i presupposti per applicare il presidio *ex art. 275 c.p.p.* anziché la custodia in carcere.

⁵⁰ Il livello di diffusione di questa tesi intermedia tra i giudici di merito si coglie soprattutto attraverso la giurisprudenza di legittimità, in particolare esaminando le vicende procedurali retrostanti alle decisioni della Suprema Corte. Nell'ambito della giurisprudenza di merito, v. Trib. Siena, 17 settembre 2015, *cit.*, particolarmente interessante anche perché riporta ampi brani di altre decisioni inedite.

⁵¹ Analoga soluzione può seguire anche ad un differente schema teorico, ossia quello in base al quale il giudice applica gli arresti domiciliari con sorveglianza elettronica alla condizione, risolutiva di tale originaria scelta, della disponibilità degli stessi; e ove tale scelta non risulti praticabile a causa concreta carenza di apparecchi disponibili, si realizzerebbe tale condizione risolutiva con conseguente applicazione della custodia in carcere.

In dottrina si veda D. POTETTI, *op. cit.*, p. 4152 s., che prospetta una duplice possibilità, rimettendo al giudice, nel caso concreto, la scelta se applicare la custodia in carcere o gli arresti domiciliari "semplici" sulla scorta di un giudizio di prevalenza che – dato atto dell'impossibilità di applicare la misura più idonea, ossia gli arresti domiciliari "elettronici" – metta a confronto l'intensità delle esigenze cautelari e la

Sebbene improntato ad una comprensibile logica di equità, tale *modus operandi* non sembra comunque ortodosso. Anch'esso contrasta infatti con la struttura dell'art. 275 *bis* c.p.p., poiché configura un provvedimento applicativo degli arresti domiciliari "elettronici" sottoposto a una condizione sospensiva avente ad oggetto il concreto reperimento del dispositivo; in attesa che si realizzi tale eventualità, si applica la custodia cautelare in carcere.

Invero, nell'ambito di una materia rigorosamente improntata al principio di legalità, una simile soluzione, per poter concretamente operare, dovrebbe giocoforza essere stabilita e regolamentata per via legislativa⁵². Non a caso, del resto, e così come denunciato dall'Unione delle Camere penali italiane⁵³, questa interpretazione di compromesso è connotata da presupposti ed esiti applicativi molto incerti. Basti considerare la difficoltà di dare una risposta ad un quesito preliminare, concernente la base territoriale cui riferire la "lista d'attesa": deve trattarsi di una base nazionale o distrettuale? Per poter rendere davvero operativa questa soluzione interpretativa "intermedia", almeno tale interrogativo richiederebbe necessariamente una risposta mediante legge⁵⁴.

A ciò si aggiunga che, come già ricordato, nel 2013 il monitoraggio elettronico è stato esteso anche alla misura dell'allontanamento dalla casa familiare. In conseguenza dell'esiguità delle scorte, anche questa novità normativa genera non pochi problemi, essendo difficile rispondere ad un dubbio ulteriore, concernente i criteri di preferenza nella scelta se applicare il braccialetto elettronico a presidio degli arresti domiciliari piuttosto che a presidio dell'allontanamento dalla casa familiare.

Ancora: visto che, come più sopra ricordato, il ricorso agli arresti domiciliari "elettronici" può avvenire sia nel momento di prima applicazione della misura sia in via sostitutiva (e dunque ai sensi dell'art. 299 c.p.p.), ci si dovrebbe poi chiedere se possa essere opportuno privilegiare un'unica "lista d'attesa" piuttosto che due, distinte, da destinare alle diverse eventualità. In proposito, è doveroso segnalare che, nella prassi, alcuni uffici giudiziari si sono orientati nel senso di imporre comunque

tutela della libertà personale dell'imputato. Nella prospettiva dell'A., tale soluzione sarebbe però temporanea, poiché in entrambi i casi, una volta ottenuta la disponibilità del braccialetto elettronico, si dovrebbe applicare il presidio con le caratteristiche disciplinate dall'art. 275 *bis* c.p.p. In senso contrario alla tesi compromissoria della lista d'attesa si schiera invece la giurisprudenza del Tribunale di Bologna, che oltretutto, a tale ultimo proposito, segnala la difficoltà di giustificare il "passaggio" dagli arresti domiciliari semplici a quelli con braccialetto elettronico, «giacché il regolare decorso della detenzione domiciliare non rafforzata rappresenterebbe positivo collaudo della sua efficacia e adeguatezza» (ord. 29 gennaio 2016, cit.).

⁵² Oltretutto, essa rischia di risultare controproducente sul piano politico, riflettendo la rassegnata accettazione dell'inaccettabile scarsità delle dotazioni messe a disposizione dei giudici cautelari. In quest'ottica si spiega la soluzione, adottata ad esempio dal Tribunale della libertà di Bologna, che, aderendo alla tesi più rigorosa, esclude appunto il ricorso alla lista d'attesa.

⁵³ Si allude alla delibera del 10 marzo 2015 dell'Unione delle Camere penali italiane-Osservatorio carcere, consultabile sul sito www.camerepenali.it.

⁵⁴ Né in proposito pare possa essere considerata sufficiente una circolare ministeriale, fonte cui fa riferimento R. G. GRASSIA, *Il braccialetto elettronico: uno strumento inespresso. Quando la tecnologia è al servizio dell'uomo, ma la copertura finanziaria non è al servizio della tecnologia*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 3, p. 4 del pdf.

l'ingresso in carcere, così di fatto riservando l'applicazione degli arresti domiciliari "elettronici" solo mediante la procedura scandita dall'art. 299 c.p.p. e non anche con quella delineata dagli artt. 291 e 292 c.p.p.⁵⁵

E' chiaro: lasciare simili (o anche ulteriori) questioni alle elaborazioni del diritto vivente rischia di generare inevitabili sperequazioni; tanto più che questi profili "materiali", pur gravidi di conseguenze concrete, non risultano soggetti ad alcuna forma di controllo giurisdizionale.

⁵⁵ Si tratta ad esempio della soluzione adottata dalla Sezione dei giudici per le indagini preliminari e dell'udienza preliminare del Tribunale di Torino, così come risulta dal primo punto della nota (datata 28 giugno 2013) contenente le modalità operative in ordine all'esecuzione delle ordinanze cautelari *ex art. 275 bis c.p.p.*: «le ordinanze applicative degli arresti domiciliari *ex art. 275 bis c.p.p.* saranno emesse unicamente nei confronti di soggetti già ristretti in carcere» (il documento è consultabile in *Rass. penit. e crim.*, 2013, 2, p. 74 s.