

Osservatorio sulla Corte di cassazione

Misure cautelari personali

La decisione

Misure cautelari personali – Misure coercitive – Arresti domiciliari con bracciale elettronico – Indisponibilità del congegno – Mantenimento custodia cautelare in carcere (C.p.p., art. 257-*bis*; D.L. 23 dicembre 2013, n. 146, art.1; L. 21 febbraio 2014, n. 10).

Qualora non dovesse aversi la disponibilità dei c.d. braccialetti elettronici e fino a quando tale disponibilità non si avrà, dovrà essere mantenuta la custodia cautelare in carcere. Può essere quindi ribadito il seguente principio di diritto, già ribadito da questa Corte: qualora il giudice reputi che il c.d. bracciale elettronico sia una modalità di esecuzione degli arresti domiciliari necessaria ai fini della concessione della misura e, tuttavia, tale misura non possa essere concessa per la concreta mancanza di tale strumento di controllo da parte della P.G. o dell'Amministrazione penitenziaria, non sussiste alcun vulnus ai principi di cui agli artt. 3 e 13 Cost., né alcuna violazione dei diritti di difesa, perché l'impossibilità della concessione degli arresti domiciliari senza controllo elettronico a distanza dipende pur sempre dall'intensità delle esigenze cautelari e pertanto ascrivibile alla persona dell'indagato.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE SECONDA, 19 febbraio 2016 (ud. 27 gennaio 2016) *Presidente*, GENTILE – *Relatore*, PELLEGRINO – *P.G.*, DI NARDO – *I. M., ricorrente*.

Custodia cautelare in carcere e bracciale elettronico. Dubbi interpretativi fra dottrina e giurisprudenza e la pronuncia delle Sezioni unite n. 20769/2016

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il caso. – 3. Le problematiche inerenti la natura del bracciale elettronico. – 4. I contrasti in ordine alle conseguenze sulla carenza dei dispositivi di controllo. – 5. La soluzione interpretativa delle Sezioni unite.

1. Il Legislatore è, per l'ennesima volta, intervenuto¹ sulla delicata materia delle misure cautelari personali². Questa volta, la ragione è stata anche la necessi-

¹ Per un ampio quadro delle riforme sul punto, nonché per i dovuti riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, cfr. i recenti lavori collettanei in T. BENE (a cura di), *Il rinnovamento delle misure cautelari. Analisi della legge n. 47 del 16 aprile 2015*, Torino, 2015, *passim*; A. DIDDÌ-R.M. GERACI (a cura di), *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, Torino, 2015, *passim*; cfr. CHINNICI-NEGRI, *Una riforma carica di ambizioni ma troppo cauta negli esiti*, in *Le misure cautelari nella strategia del «minimo sacrificio necessario»* (l. 16 aprile 2015, n. 47) a cura di CHINNICI, Roma, 2015, p.36.

² Cfr. Corte cost., n. 279 del 2013, in *Giur cost.*, 2013, 4514 ss., con note di F. DELLA CASA, *Il monito della consulta circa il «rimedio estremo» della scarcerazione per il condannato vittima di un grave e*

tà di affrontare il noto fenomeno del sovraffollamento carcerario³ per il quale l'Italia è stata condannata più volte dalla Corte di Strasburgo⁴.

Con la riforma, il Legislatore ha voluto riservare un'attenzione particolare alla disciplina del controllo elettronico a distanza della persona sottoposta agli arresti domiciliari (art. 275-*bis* c.p.p.), comunemente noto con il nome di "braccialetto elettronico"⁵.

Le procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici, rappresentano ormai, alla luce della versione vigente dell'art. 275-*bis* c.p.p., un peculiarità accessoria (*ma ordinaria*) della misura cautelare degli arresti domiciliari.

diffuso sovraffollamento; PUGIOTTO, *L'Urlo di Munch della magistratura di sorveglianza (Statuto costituzionale della pena e sovraffollamento carcerario)* in *Dir. pen. cont.*, 2014, 10; RUOTOLO, *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata* in *Dir. pen. e cost.*, 4.

³ Cfr. MATTEO DI STEFANO - CHRISTIAN DI MEO - ROSA CALABRESE, *L'esigenza del sistema carcerario italiano*, in *questa Rivista*, 2013, 2, secondo cui: "Il sovraffollamento delle carceri rappresenta uno dei problemi più gravi della Repubblica Italiana: esso ha origini antiche e viene spesso affrontato come una condizione ormai fisiologica degli istituti detentivi, rappresentando invece una distorsione del funzionamento degli stessi; si parla, in proposito, di "fisiologica patologia. Nel corso dei lavori parlamentari aventi ad oggetto la conversione in legge del d.l. n. 211 del 2011 ("Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri") è stato rilevato come la questione relativa al sovraffollamento carcerario non può essere inquadrata come emergenza straordinaria, bensì come problematica strutturale che investe l'Italia ormai da più di quaranta anni". Inoltre GARGANI, *Sicurezza sociale e diritti dei detenuti nell'età del sovraffollamento carcerario*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 5, 13. In giurisprudenza, cfr. da ultimo, Corte EDU, 10 marzo 2015, Varga e altri c. Ungheria.

⁴ La questione riguarda la sentenza pilota della Corte EDU, 8 gennaio 2013, Torreggiani e a. c. Italia, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 927 ss., con nota di M. DOVA, *Torreggiani c. Italia: un barlume di speranza nella cronaca del collasso annunciato del sistema sanzionatorio* e in www.penalecontemporaneo.it, con nota di VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro un anno*. Cfr. anche Corte EDU, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, in *Cass. pen.*, 2009, 4927 ss., con nota di PLASTINA, *L'Italia condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per l'insufficienza temporanea dello spazio individuale nella cella assegnata a un detenuto nel carcere di Rebibbia, ma assolta per la gestione, in quel contesto, della sovrappopolazione carceraria*. Cfr. TONINI, *Manuale di Procedura Penale*, Milano, 2016, 405, nota n. 13: "In altri paesi lo strumento è stato utilizzato con maggiore frequenza per vari motivi. Da un lato è stata lasciata discrezionalità più limitata al giudice mediante la previsione di categorie di soggetti e di reati; da un altro lato, il braccialetto è stato affiancato all'istituto della cauzione. Tale adempimento è stato ritenuto dalle autorità e dall'opinione pubblica un'ideale contro spinta alla fuga".

⁵ Com'è noto, l'art. 275-*bis* c.p.p. è stato introdotto con il D.L. 21 novembre 2000, n. 341, conv. con mod. in L. 19 gennaio 2001, n. 4 ed era originariamente rivolto ai soli arresti domiciliari. Più recentemente, le particolari modalità di controllo oggetto di tale disposizione sono state interessate da diverse novelle tra cui il D.L. 14 agosto 2013, n. 93, conv. con mod. in L. 15 ottobre 2013, n. 119, che ha ampliato la possibilità di applicare il braccialetto anche alla misura di cui all'art. 282-*bis* c.p.p.; il D.L. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. con mod. in L. 21 febbraio 2014, n. 10, che ha riformato il primo comma dell'art. 275-*bis* c.p.p.; la L. 16 aprile 2015, n. 47, che, come vedremo, ha inserito, all'interno dell'art. 275 c.p.p., un nuovo comma 3-*bis*, che si riferisce all'art. 275-*bis* c.p.p.

Questo risultato si è ottenuto sostituendo (*nel corpo dell'art. 275-bis c.p.p.*) l'inciso "*se lo ritiene necessario*" con l'attuale "*salvo che le ritenga non necessarie*".

Tali interventi normativi hanno sollevato, inevitabilmente, diversi dubbi interpretativi⁷ che la giurisprudenza e la dottrina hanno tentato di risolvere.

Le problematiche affrontate nella sentenza in commento, riguardano la delicata questione concernente la natura del braccialetto elettronico⁸ e le conseguenze derivanti dalla sua eventuale indisponibilità⁹, spesso determinata, per un verso, dal forte incentivo all'utilizzo dello strumento di controllo¹⁰ e, dall'altro, dalle difficoltà ad ottenere un numero adeguato di dispositivi¹¹.

⁶ Ciò è avvenuto con l'art. 1 co. 1, lett. a), del d.l. n. 146 del 2013, conv. Con modif. nella l. n. 10 del 2014.

⁷ Cfr. SCALFATI, *Legislazione "a pioggia" sulle cautele ad personam: l'effervescente frammentarietà di un triennio*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, 6.

⁸ NEGRI, *Tecniche di riduzione della custodia in carcere ad extrema ratio*, in *Le misure cautelari personali nella strategia del "minimo sacrificio necessario"*, a cura di Chinnici, Roma, 2016, p. 39 ss.

⁹ Si ricordi che il cosiddetto braccialetto elettronico è, in verità, una cavigliera, che consente di monitorare gli spostamenti di un soggetto da un luogo a un altro. L'attuazione pratica di tale mezzo di controllo è regolata dal d.m. 2 febbraio 2001. In merito al funzionamento pratico di tali apparecchiature cfr. S. APRILE, *Il sistema per il controllo elettronico delle persone sottoposte alla misura degli arresti domiciliari previsto dall'art. 275-bis, c.p.p.: "braccialetto elettronico". L'esperienza del Gip di Roma*, in *Rass. pen. crim.*, 2013, 2, 53 ss. In ottica operativa, pare particolarmente interessante anche il protocollo di gestione del braccialetto elettronico adottato dal Tribunale di Taranto, reperibile presso il sito www.tribunale.taranto.giustizia.it. Per uno sguardo sull'esperienza torinese, cfr., invece, GIANFROTTA, *Il braccialetto elettronico questo sconosciuto*, in *Rass. pen. crim.*, 2013, 2, 63 ss.

¹⁰ Ci si riferisce alla già citata riforma dell'art. 275-bis c.p.p., operata dal d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, che ha sostituito, all'interno del co. 1 di tale disposizione, l'inciso «*se lo ritiene necessario*», con quello «*salvo che le ritenga non necessarie*», creando così un'obbligatoria considerazione del braccialetto elettronico come alternativa al carcere; cfr. SPAGNOLO, *Per un'effettiva gradualità delle misure cautelari personali*, in *Leg. pen.*, 2014, 4, 337. In merito a tale modifica, cfr., fra i tanti, oltre al commento appena citato: AMATO, *Arresti domiciliari con il braccialetto elettronico*, in *Guida dir.*, 2014, 4, 47 ss.; CORTESI, *"Braccialetto elettronico": una inaccettabile lettura del rinnovato art. 275-bis c.p.p.*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1743 ss.; M.F. CORTESI, *Interventi sulle misure custodiali*, in *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, cit., 35 ss.; DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014. Aggiornato al d.l. 20 marzo 2014, n. 36*, Torino, 2014, 24 ss.; FIORENTIN, *Con il nuovo svuota carceri 3mila detenuti in meno e braccialetto elettronico esteso ai non domiciliari*, in *Guida dir.*, 2014, 3, 18 ss.; FIORENTIN, *Decreto svuota carceri (d.l. 23 dicembre 2013 n. 146)*, Milano, 2014, 14 ss.; GASPARRI, *Il monitoraggio elettronico non riduce i controlli*, in *Guida dir.*, 2014, 4, 34 ss.; MANCUSO, *Sovraffollamento carcerario e misure di urgenza: un intervento su più fronti per avviare un nuovo corso*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di Conti, Marandola, Varraso, Padova, 2014, 52 ss.; PITTIRUTI, *Le modalità di controllo elettronico negli arresti domiciliari e nell'esecuzione della detenzione domiciliare*, in *Emergenza carceri. Radici remote e recenti soluzioni normative*, a cura di Del Coco, Marafioti, Pisani, Torino, 2014, 98 ss.

¹¹ Attualmente il servizio è fornito da Telecom Italia al Ministero dell'Interno e prevede la disponibilità massima di 2000 dispositivi di rilevazione contemporaneamente; numero che, a seguito della modifica dell'art. 275-bis c.p.p. si è dimostrato inadeguato. Peraltro, l'ordinamento non è riuscito ad aumentare il numero degli apparecchi per la pendenza di un contenzioso amministrativo in merito alla convenzione

2. La sentenza in commento, trae origine da un'ordinanza emessa dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Trapani, con cui si disponeva nei confronti dell'indagato, la misura della custodia cautelare in carcere in relazione al delitto in concorso di rapina aggravata. Avverso il suddetto provvedimento, l'indagato proponeva richiesta di riesame davanti al Tribunale di Palermo che, a sua volta ed in parziale accoglimento del proposto gravame, disponeva la sostituzione della misura cautelare in atto, con quella degli arresti domiciliari previa l'applicazione del c.d. "*braccialetto elettronico*", subordinato alla materiale disponibilità dello stesso con la precisazione che, in mancanza, si sarebbe mantenuta la custodia cautelare in carcere. Avverso l'ordinanza *de qua*, veniva proposto ricorso per Cassazione per contraddittorietà ed illogicità della motivazione, unitamente all'eccepita violazione dell'art. 275-bis c.p.p.

In particolare, il ricorrente, assumeva come la scarcerazione sarebbe dovuta avvenire immediatamente anche in assenza del braccialetto elettronico ed in attesa che il dispositivo diventasse disponibile.

Tale strumento, a parere dei difensori del ristretto, rappresenta una modalità di controllo aggiuntiva che, solo ove fosse rifiutata dal soggetto, comporterebbe il mantenimento della custodia cautelare inframuraria.

Inoltre, sarebbe illogico far dipendere l'esecuzione di un provvedimento di sostituzione della custodia in carcere, alla materiale utilizzabilità di un dispositivo la cui disponibilità è posta in capo ad un soggetto terzo (*nel caso di specie La Telecom*) che è in possesso di un numero molto limitato di braccialetti.

Nell'ambito della sua funzione di nomofilachia, la Suprema Corte non ha accolto le doglianze ed ha invece ritenuto, sulla base del nuovo testo normativo, che l'applicazione della misura degli arresti domiciliari con le particolari modalità di controllo, non può più essere considerata solo una mera modalità di esecuzione di una misura cautelare così come contemplato nella precedente versione dell'art. 275-bis c.p.p.

Essa costituisce la regola generale in tema di applicazione della misura degli arresti domiciliari¹², essendo rimessa alla prudente valutazione del giudice solo la non necessità del controllo elettronico.

tra la società fornitrice e il Ministero, posto che la stessa è stata impugnata da una società concorrente, in quanto conclusa "*a trattativa diretta*". Cfr., per più precise indicazioni sul punto, A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 27.

¹² Cfr. Cass., Sez. II, 19 giugno 2015, n. 28115, *Mass. Uff.*, n. 264230.

L'applicazione del provvedimento restrittivo è subordinata all'accertamento preventivo della disponibilità dei mezzi elettronici o tecnici da parte della polizia giudiziaria.

Da ciò ne discende che, in caso di accertata indisponibilità dei suddetti mezzi di controllo, al giudice sarà necessariamente imposta l'adozione della misura della custodia cautelare in carcere, fermo restando l'onere per la Telecom, di dare immediata comunicazione alla Polizia Penitenziaria della disponibilità dello strumento elettronico da applicarsi.

3. La sentenza in esame, solleva non poche perplessità.

In primo luogo, la questione che preme analizzare, è quella riguardante la natura del dispositivo elettronico, alla luce dell'entrata in vigore della L. 16 aprile 2015, n. 47¹³, che ha interpolato l'art. 275-bis c.p.p., inserendovi un ulteriore co. (3-bis) secondo cui "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 c.p.p.*".

Orbene, il tentativo di dare una classificazione alla misura in esame, costituisce uno degli aspetti più discussi sin dalla sua introduzione nell'ordinamento¹⁴.

¹³ Su tali novità, cfr., fra gli altri, BRONZO, *Le modifiche alle misure cautelari interdittive*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, a cura di Giuliani, 2015, 157 ss.

¹⁴ CESARIS, *Dal Panopticon alla sorveglianza elettronica*, in *Il decreto "antiscarcerazioni"*, a cura di Bargi, Torino, 2001, 60; CIAPPI, *La sorveglianza con braccialetto elettronico*, in *Carcere e territorio*, a cura di Gatti, Gualco, Milano, 2008, 174; CORTESI, *Interventi sulle misure custodiali*, cit., 36; SPANGHER, *La pratica del processo penale - I soggetti. Gli atti. Le prove. Le misure cautelari. Il procedimento penale davanti al giudice di pace*, III, Padova, 2014, 757, il quale afferma che «resta ibrida la natura della misura, non essendo chiaro se si tratti di arresti domiciliari ovvero di alternativa al carcere». Sul tema, cfr., per tutti, nel corso della vigenza dell'originaria versione dell'art. 275-bis c.p.p., con varie opinioni: CARCANO, MANZIONE, *Custodia cautelare e braccialetto elettronico. Le nuove norme in materia di separazione dei processi, giudizio abbreviato, custodia cautelare e controllo elettronico delle persone sottoposte a misura detentiva* (d.l. 341/2000 conv. in l. 4/2001), Milano, 2001, 55 ss.; CURTOTTI, *Custodia cautelare* (presupposti, vicende, estinzione), in *Dig. Pen.*, III Agg., t. I, 2005, 304; DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 25; MANZIONE, *Le «nuove frontiere» della custodia cautelare: dagli arresti domiciliari al controllo a distanza*, in MORGANTE, *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Torino, 2001, 394; MARANDOLA, voce *Braccialetto elettronico*, in *Dizionari sistematici di procedura penale*, a cura di SPANGHER, Milano, 2008, 437; MARZADURI, *sub art. 16 l. 19 gennaio 2001*, n. 4, in *Legislazione pen.*, 2001, 448; SPAGNOLO, *sub art. 275 bis*, in *Misure cautelari*, III, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di Lattanzi, Lupo, Milano, 2008, 148 ss.; SURACI, *L'art. 275 bis del Codice di Procedura Penale tra implicazioni sistematiche e risvolti pratici*, in *www.penale.it*. Dopo la modifica dell'art. 275-bis c.p.p., in argomento, cfr., invece, in particolare, cfr. L. CESARIS, *sub art. 275 bis c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, II ed., a cura di Conso, Illuminati, Padova, 2014, 1109; CISTERNA, *Una figura autonoma da collocare in posizione mediana*, in *Guida dir.*, 2015, 70 ss.; PITTIRUTI, *Le modalità di controllo elettronico negli arresti domici-*

In merito, si è ritenuto che il meccanismo di controllo specifico rappresenti una modalità esecutiva della misura cautelare domiciliare: una regola generale per la sua applicazione.

Così si è inteso aderire non solo alla giurisprudenza¹⁵, ormai consolidata, ma anche alla tesi sostenuta dalla dottrina¹⁶ maggioritaria, che ha qualificato il braccialetto elettronico come “*modalità di esecuzione degli arresti domiciliari*”¹⁷.

Tale considerazione è stata avallata dopo che il D.L. 23 dicembre 2013 n. 146 ha sostituito, in tale disposizione, l'inciso “*se lo ritiene necessario*” con “*salvo che lo ritenga non necessario*”¹⁸.

La riforma ha, invero, generalizzato la prescrizione dello strumento elettronico in esame¹⁹, in tutti i casi in cui il giudice si trovi ad applicare la cautela domiciliare²⁰ giungendo, appunto, a definire l'art. 275-bis c.p.p. quale “*modalità di esecuzione della misura degli arresti domiciliari*”²¹.

Inoltre, la novella in argomento ha inciso anche sull'onere motivazionale.

Infatti, mentre sotto la vigenza della precedente normativa era necessario motivare sull'applicazione del braccialetto elettronico, oggi il giudice deve motivare solo quando lo ritiene non necessario²².

liari, cit., 100; MARANDOLA, *Carcere, arresti domiciliari e braccialetto elettronico*, in *Giur. it.*, 2015, 1724 ss.; SPAGNOLO, *Per un'effettiva gradualità delle misure cautelari personali*, cit., 336 ss.

¹⁵ Cfr. sul punto, Cass., Sez. II, 20 gennaio 2015, n. 6505, in *Mass. Uff.*, n. 262600. Generalmente, però, la giurisprudenza ha parlato di «*mera modalità di esecuzione di una misura cautelare*», cfr. tra le tante, Cass., Sez. III, 3 marzo 2015, n. 26520, in *Dir. giust.*, 2015, 11; Id., Sez. V, 19 giugno 2012, n. 40680, in *Mass. Uff.*, n. 253716.

¹⁶ Nel corso della vigenza dell'originaria versione dell'art. 275-bis c.p.p., CARCANO, MANZIONE, *Custodia cautelare e braccialetto elettronico*, cit., 55; CESARIS, *Dal Panopticon alla sorveglianza elettronica*, cit., 59; MARZADURI, *sub art. 16 l. 19 gennaio 2001*, n. 4, cit., 448; SURACI, *L'art. 275 bis del Codice di Procedura Penale tra implicazioni sistematiche e risvolti pratici*, cit., 4.

¹⁷ CESARIS, *Dal Panopticon alla sorveglianza elettronica*, cit., 59.

¹⁸ Così, ad esempio, SPAGNOLO, *Per un'effettiva gradualità delle misure cautelari personali*, cit., p. 337 ss.; CESARIS, *sub art. 275 bis c.p.p.*, cit., 1109; PITTIRUTI, *Le modalità di controllo elettronico negli arresti domiciliari*, cit., 100.

¹⁹ DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 25; FIORENTIN, *Decreto svuotacarceri*, (d.l. 23 dicembre 2013 n. 146), cit., 18;

²⁰ F. FIORENTIN, *Decreto svuotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013 n. 146)*, cit., 18.

²¹ Così, *Parere del C.s.m.* al d.l. n. 146 del 2013, 10, adottato il 23 gennaio 2014. In dottrina cfr. G. AMATO, *Arresti domiciliari con il braccialetto elettronico*, cit., 47. In giurisprudenza cfr. Cass., Sez. II, 20 gennaio 2015, n. 6505, cit.

²² In dottrina tra i tanti, FILIPPI, ADELANTE PEDRO...con (poco) iudicio. *Un passo (avanti o indietro?) verso la civiltà penitenziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 381; FIORENTIN, *Decreto svuotacarceri*, cit., 14; GASPARRI, *Il monitoraggio elettronico non riduce i controlli*, cit., 34; PITTIRUTI, *Le modalità di controllo elettronico negli arresti domiciliari*, cit., 99. Contra, SPAGNOLO, *Per un'effettiva gradualità delle misure cautelari personali*, cit., 340 ss. In giurisprudenza cfr., tra le tante, Cass., Sez. II, 20 gennaio 2015,

Altra parte della dottrina²³, disattendendo tale interpretazione, ha sostenuto la necessità di proporre un'alternativa a tale disposizione²⁴ che valorizzasse la seconda parte dell'art. 275 c.p.p., ossia il rapporto che sussiste con la custodia cautelare in carcere nel momento in cui l'interessato non abbia prestato il consenso al controllo elettronico²⁵.

Ad ogni modo, secondo quest'ultimo indirizzo, la restrizione domiciliare con monitoraggio elettronico, più che una “*mera*” modalità esecutiva degli arresti domiciliari, rappresenta una misura immediatamente sostitutiva della custodia in carcere, la cui applicazione viene disposta dal giudice contestualmente agli arresti domiciliari e subordinatamente al consenso dell'indagato²⁶ all'adozione dello strumento elettronico²⁷.

La Suprema Corte, con riferimento alla natura del dispositivo di monitoraggio, ha ritenuto che la motivazione prevista dalla riforma, non avrebbe fatto

n. 60505, cit., secondo cui per disporre il braccialetto elettronico non è necessario che il giudice adempia ad alcun onere di motivazione aggiuntivo.

²³ SPAGNOLO, *Per un'effettiva gradualità delle misure cautelari personali*, cit., 340 ss.

²⁴ SPAGNOLO, *Per un'effettiva gradualità delle misure cautelari personali*, cit., 340 ss.

²⁵ Cfr. SPAGNOLO, *Per un'effettiva gradualità delle misure cautelari personali*, cit., 340.

²⁶ TONINI, *Manuale di Procedura Penale*, Milano, 2016 cit., 405 nota n. 13 - Tuttavia l'applicazione del menzionato strumento di controllo, è subordinata al consenso dell'imputato, in ragione dell'incidenza sui diritti fondamentali della persona e della possibile lesione della *privacy*. L'eventuale consenso è manifestato con dichiarazione espressa resa alla p.g., che esegue l'ordinanza applicativa della custodia cautelare. La dichiarazione è trasmessa al giudice assieme al verbale relativo all'esecuzione della misura. Se l'imputato accetta i mezzi di controllo, egli è tenuto ad agevolare l'applicazione e ad osservare le prescrizioni imposte (art. 275-bis, co. 3 c.p.p.); la relativa trasgressione è punita con la reclusione ai sensi dell'art. 18 del d.l. n.341 del 2000. Viceversa se l'imputato nega il consenso, il giudice applica la custodia cautelare in carcere (art. 275-bis co. 1, c.p.p.). Per quanto concerne la qualificazione giuridica il braccialetto elettronico si configura non come una misura cautelare autonoma, bensì come una modalità di sorveglianza applicabile all'arresto domiciliare nei casi nei quali i controlli ordinari sarebbero non sufficienti (*o successivamente onerosi*) al fine di garantire l'applicazione della misura. Dal punto di vista sistematico la misura in questione, permette di evitare la custodia in carcere quando il giudice ritiene che non sia idonea ad assicurare le esigenze cautelari. In verità, si tratta di uno strumento di allarme immediato; non è un dispositivo che impedisce la fuga né costituisce una contro-spinta a quest'ultima. Purtroppo a tale strumento non hanno creduto né i magistrati né gli organi di polizia: è stato attivato soltanto in rari casi e nel dicembre 2003 risultavano attivi solo quattro braccialetti.

²⁷ Cfr. sul punto, sempre SPAGNOLO, *Per un'effettiva gradualità delle misure cautelari personali*, cit., p. 337. - L'Autrice, in questo modo, cita la tesi autorevolmente accreditata da NAPPI, *Guida al Codice di Procedura Penale*, X ed., Milano, 2007, 739, nonché la tesi giurisprudenziale ricorrente secondo cui “*il braccialetto elettronico sarebbe una condizione sospensiva della custodia in carcere*”, così, *ex multis* Cass., Sez. II, 29 ottobre 2003, n. 47413, in *Cass. pen.*, 2005, 896. A ciò aggiungendosi con ulteriori pronunce della giurisprudenza, che pur definendo il braccialetto elettronico come «condizione sospensiva della custodia cautelare», ha continuato a ritenere come lo stesso fosse una «mera modalità di esecuzione di una misura cautelare personale» (Cass., Sez. III, 3 dicembre 2014, n. 7421, in *Mass. Uff.*, n. 262418; Id., Sez. V, 19 giugno 2012, *in* n.40680; Id., Sez. II, 20 gennaio 2015, n. 6505, cit.).

altro che imporre al giudice una valutazione rafforzata per applicare la misura più afflittiva²⁸.

Si tratta di una conclusione non condivisa dalla critica²⁹, la quale ritiene che l'ampliamento dell'onere motivazionale deve essere inteso nel senso che gli arresti domiciliari con i dispositivi di controllo ex art. 275-bis c.p.p., costituiscono una misura autonoma³⁰. Essa si collocerebbe ad un livello intermedio tra la custodia cautelare in carcere e gli arresti domiciliari semplici.

Dopo aver disatteso l'applicazione degli arresti domiciliari "semplici", si dovrà motivare sulle ragioni che non consentono al controllo elettronico di inibire i concreti *pericula libertatis*³¹.

²⁸ Autorevole dottrina, ha ritenuto che "la regola fosse già enucleabile nel sistema previgente dall'art. 275 c.p.p., che già stabiliva che la custodia in carcere poteva applicarsi solo quando ogni altra misura risultasse inadeguata", sul punto, tra i tanti, cfr. TURCO, *La riforma delle misure cautelari*, cit., 109; PILLA, *I criteri di scelta*, cit., 32, nonché FIDELBO, PAZIENZA, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, cit., 32. Peraltro, pare utile rilevare che la sussistenza di tale onere motivazionale, anche prima della novella, era stato affermato anche in giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. II, 9 dicembre 2014, Shiyavon, in *Mass. Uff.*, n. 261718. Contra, però, Id., Sez. II, 20 gennaio 2015, n. 6505, cit.

²⁹ Cfr. CISTERNA, *Una figura autonoma da collocare in posizione mediana*, cit., 70 ss. secondo cui «lo specifico e puntuale onere di motivazione che il legislatore del 2015 ha preteso in ordine alla non applicabilità della misura degli arresti domiciliari rafforzati con il braccialetto elettronico sta a individuare l'esistenza di un'autonomia fattispecie cautelare la quale si pone - in grado intermedio tra la custodia in carcere e gli arresti domiciliari comunemente intesi». Cfr. anche, già prima, DANIELE, *Il palliativo del nuovo art. 275 co. 2 bis c.p.p. contro l'abuso della custodia in carcere*, cit. 4. Nello stesso senso, nella giurisprudenza di merito, cfr., Trib. Siena, 17 settembre 2015, in *questa Rivista* online, 6. Contra, esplicitamente, Cass., Sez. II, 20 gennaio 2015, n. 6505, cit. La tesi secondo cui la misura dell'art. 275-bis c.p.p. andrebbe distinta da quella di cui all'art. 284 c.p.p., era già sostenuta, come si è visto, da P. SPAGNOLO, *Per un'effettiva gradualità delle misure cautelari personali*, cit., 340 ss.; NAPPI, *Guida al Codice di Procedura Penale*, cit., 739. Sul punto TONINI sino all'edizione 5a del Manuale di procedura penale, Milano, 2003, 301, asseriva che "gli arresti domiciliari, sottoposti alle modalità di controllo, costituiscono una misura autonoma rispetto agli ordinari arresti domiciliari e funzionalmente si avvicinano alla custodia in carcere". A partire dall'edizione successiva del Manuale di procedura penale, Milano, 2005, 326, peraltro, l'Autore mutando corrente di pensiero, ha sostenuto una tesi diversa secondo cui: "per quanto concerne la qualificazione giuridica, il braccialetto elettronico si configura non come una misura cautelare autonoma, bensì come una modalità di sorveglianza applicabile all'arresto domiciliare nei casi nei quali i controlli ordinari sarebbero non sufficienti".

³⁰ TONINI, *Manuale di Procedura Penale*, Milano, 2012, 403. In giurisprudenza, si pose il problema relativo alla possibilità di applicare contemporaneamente più misure cautelari diverse e compatibili tra loro. Sul punto si sono pronunciate le Sezioni unite che hanno escluso tale possibilità affermando il principio di tipicità delle misure cautelari. Poiché la legge, di regola, non prevedeva la possibilità di applicazione cumulativa delle misure, il principio di tipicità impone di ritenerla vietata. Cfr. Cass. Sez. un., 30 maggio- 12 settembre 2006, La Stella, in *Dir. giust.*, 2006, 36, 51: "al di fuori dei casi in cui sia espressamente prevista da singole norme processuali non è ammessa l'applicazione simultanea, in un mixtum compositum, di due diverse misure cautelari tipiche, omogenee o eterogenee, che pure siano tra loro astrattamente compatibili(...)".

³¹ Cfr., sul punto, DANIELE, *Il palliativo del nuovo art. 275 co. 2 bis c.p.p. contro l'abuso della custodia in carcere*, cit. 34; Idem, CISTERNA, *Una figura autonoma da collocare in posizione mediana*, cit., 71;

Tale obbligo è stato interpretato come sintomatico della natura di cautela autonoma e intermedia posta tra la misura cautelare inframuraria e gli arresti domiciliari “*semplici*”.

Sulla base di queste considerazioni, è possibile ritenere che la modifica apportata all’art. 275 c.p.p. abbia compiuto una differenziazione tra gli arresti domiciliari semplici e quelli con il monitoraggio elettronico, che indurrebbe a classificare la misura in esame come distinta ed autonoma.

La dottrina maggioritaria al riguardo ha ritenuto, che l’applicazione del braccialetto è stata prevista per tutte quelle situazioni di pericolosità intermedia tra il carcere e la misura fronteggiabile attraverso gli arresti domiciliari, ossia per quei soggetti nei cui confronti il giudice nutre dubbi in ordine alla loro capacità auto limitativa.

Quanto asserito, trova conferma proprio negli argomenti testuali su cui si basa la tesi dottrinale *de qua*, secondo cui, le modalità di controllo in esame, costituirebbero una misura “*immediatamente sostitutiva della custodia in carcere*” e con essa strettamente collegata.

Il discorso che l’art. 275-bis c.p.p. faccia riferimento alla custodia cautelare in carcere -*disposta nel caso in cui l’interessato non acconsenta³² all’applicazione degli strumenti di controllo* - induce a ritenere come il legislatore abbia preso in considerazione ipotesi in cui i *pericula libertatis* siano, in assenza del braccialetto, talmente elevati da meritare la cautela più grave³³.

Di conseguenza si può ritenere che il braccialetto elettronico sia, a scanso di equivoci, una misura coercitiva molto più penetrante³⁴ rispetto agli arresti domiciliari ordinari³⁵, il che costituisce una differenza di non poco conto rispetto alla semplice misura disciplinata dall’art. 284 c.p.p.

In sostanza, anche ove si disattendesse la tesi secondo cui l’art. 275-bis c.p.p. vada a costituire una misura distinta da quella di cui all’art. 284 c.p.p., (*asserendo che si tratti solo di una misura aggiuntiva agli arresti domiciliari ordinari*) occorre evidenziare che i dispositivi vanno ad incidere - *per espressa previsione del legislatore* - sulle concrete esigenze cautelari fronteggiabili con la misura “*principale*”.

³² CISTERNA, *Una figura autonoma da collocare in posizione mediana*, cit., 70.

³³ GREVI, *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Bargi, Padova, 2014, 437, proprio il “particolare rapporto tra la misura custodiale e la misura degli arresti domiciliari “sotto controllo elettronico” dimostra come quest’ultima misura si configuri quale alternativa più favorevole per l’imputato rispetto alla eventualità della misura carceraria (di cui, peraltro, sussisterebbero tutti i presupposti)”.

³⁴ TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2015, 420.

³⁵ In argomento, cfr. CORTESI, *Interventi sulle misure custodiali*, cit., 41. Cfr. anche Trib. Siena, 17 settembre 2015, cit., 5.

A tal proposito, la dottrina, classificando la strumentazione citata come mera modalità di esecuzione degli arresti domiciliari, ha sempre fatto riferimento, tassativamente, ai *pericula libertatis*³⁶ quale punto cardine per l'applicazione dei dispositivi in esame.

4. L'altra questione affrontata nella sentenza in commento, è quella riguardante la ri-applicazione delle misura custodiale in carcere - *dopo la concessione degli arresti domiciliari con braccialetto elettronico* - per indisponibilità dei citati dispositivi.

I giudici di legittimità, richiamando degli orientamenti recenti³⁷, hanno statuito il principio secondo cui *“(...)qualora non dovesse aversi la disponibilità del cd. Braccialetto elettronico e fino a quando tale disponibilità non si avrà, dovrà essere mantenuta la custodia cautelare in carcere, fermo restando l'onere per la T. di dare immediata comunicazione alla Polizia Penitenziaria della disponibilità del braccialetto elettronico da applicare. L'impossibilità di effettuare il controllo elettronico a distanza per carenza degli strumenti tecnici, costituisce una circostanza di fatto che, seppure non ascrivibile agli indagati, deve essere valutata ai fini del giudizio di adeguatezza della misura degli arresti domiciliari. Può quindi essere ribadito il seguente principio di diritto già affermato da questa corte³⁸: qualora il giudice reputi che il cd. Braccialetto elettronico sia una modalità di esecuzione degli arresti domiciliari necessaria ai fini della concedibilità della misura e, tuttavia, tale misura non possa essere concessa per la concreta mancanza di tale strumento di controllo da parte della P.G. o dell'Amministrazione Penitenziaria, non sussiste alcun vulnus ai principi di cui agli artt. 3 e 13 Cost., né alcuna violazione dei diritti di difesa, perché l'impossibilità della concessione degli arresti domiciliari senza controllo elettronico a distanza dipende pur sempre dall'intensità delle esigenze cautelari e pertanto è ascrivibile alla persona dell'indagato(...)*”.

Tale principio ha effetti determinanti sull'ulteriore questione affrontata dalla Corte in relazione alla possibilità di sostituire o meno la misura carceraria con quella domiciliare *“semplice”*, nel caso in cui i dispositivi di controllo fossero indisponibili³⁹.

³⁶ TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2013, 424, nota 13. Sul punto, cfr. anche AMATO, *Arresti domiciliari con il braccialetto elettronico*, cit. 47; CESARIS, *Sub art. 275-bis*, cit., 1109; F.FIORENTIN, *Decreto svuotacarceri*, cit., p. 19.

³⁷ Cfr. Cass., Sez. II, 19 giugno 2015, n. 28115, in *Mass. Uff.*, n. 264230.

³⁸ Cfr. Cass., Sez. II, 19 giugno 2015, n. 28115, in *Mass. Uff.*, n. 264230.

³⁹ Cfr. 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 questa *Rivista* online, 2. In merito a tale problematica, oltre al testo appena citato, cfr. in particolare, CISTERNA, *Una figura auto-*

Orbene, in un contesto simile, è evidente che, qualora si decidesse di aderire alla tesi che vede nello strumento disciplinato dall'art. 275-*bis* c.p.p. un dispositivo volto a fronteggiare le esigenze cautelari più elevate rispetto a quelle riguardanti la misura contemplata nell'art. 284 c.p.p., si dovrebbe affermare che, in assenza dei citati dispositivi di controllo, non riuscendo a contrastare *in toto* i *pericula libertatis*, il giudice si vedrebbe costretto a disporre la misura carceraria.

Viceversa, nel caso in cui si decidesse di avallare la tesi che vede il braccialetto elettronico come mero ausilio tecnico-amministrativo (*quindi autonomo*), gli effetti dell'eventuale indisponibilità dei citati dispositivi sarebbero diversi e non potrebbero in alcun modo ricadere sull'imputato: sarebbe fatta salva la possibilità di applicare, anche solo temporaneamente, la misura domiciliare semplice.

Sulla base di tali premesse, i giudici di legittimità hanno tentato di risolvere il dirimente contrasto tra i due orientamenti contrastanti.

Un primo orientamento⁴⁰, ha ritenuto, con argomentazioni abbastanza articolate⁴¹, che in mancanza dei citati dispositivi, sarebbe doveroso che il soggetto restasse in carcere in ragione del fatto che l'applicazione dello strumento di controllo incide sull'adeguatezza della misura.

La tesi appena citata, è stata sostenuta da due recenti sentenze della Sez. II della Cassazione, le quali hanno confermato che la momentanea indisponibilità degli strumenti di monitoraggio è causa di mantenimento della cautela carceraria, nella forma del rigetto *tout court* dell'istanza di sostituzione.

Nella seconda di queste pronunce⁴² si ritiene che *“l'impossibilità di effettuare il controllo elettronico a distanza per carenza degli strumenti tecnici, costitui-*

noma da collocare in posizione mediana, cit., 67 ss.; MARANDOLA, *Carcere, arresti domiciliari e braccialetto elettronico*, cit., 1724 ss. Si vedano ancora BORRELLI, *Una prima lettura*, cit. 14; TURCO, *La riforma delle misure cautelari*, cit., p. 110, nonché le considerazioni di DANIELE, *Il palliativo del nuovo art. 275 co. 2 bis c.p.p. contro l'abuso della custodia in carcere*, cit., 25.

⁴⁰ Cfr. Cass., Sez. II, 19 giugno 2015, n. 28115, in *Dir. giust.*, 6 agosto 2015, 8; Id., Sez. II, 17 dicembre 2014, 520, *ivi*, 9 gennaio 2015, con nota di IOVOLELLA, *“Domiciliari” sì ma col “braccialetto”, però manca lo strumento tecnologico: carcere confermato*.

⁴¹ Cfr., in particolare, Trib. Siena, 17 settembre 2015, cit., nonché la copiosa giurisprudenza di merito *ivi* citata.

⁴² Cfr. Cass., sez. II, 19 giugno 2015, n. 28115, cit. Peraltro, in tale pronuncia si riprende anche l'affermazione tralatizia secondo cui il *«braccialetto rappresenta una cautela che il giudice può adottare, se lo ritiene necessario, non già ai fini della adeguatezza della misura più lieve, vale a dire per rafforzare il divieto di non allontanarsi dalla propria abitazione ma ai fini del giudizio, 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»*, così, per tutte, Cass., Sez. II, 29 ottobre 2003, n. 47413, cit., p. 897.

sce una circostanza che, seppur non ascrivibile all'indagato, deve essere valutata ai fini del giudizio di adeguatezza della misura degli arresti domiciliari".

Il collegio giudicante, in entrambe le sentenze citate (*aderendo ad un consolidato orientamento giurisprudenziale ut supra citato*), ha chiarito sul punto che *"qualora il giudice reputi che il braccialetto elettronico sia una modalità di esecuzione degli arresti domiciliari necessaria ai fini della concedibilità della misura e, tuttavia, tale misura non possa essere concessa per la concreta mancanza di tale strumento di controllo, non sussiste alcun vulnus agli artt. 3 e 13 Cost., né alcuna violazione dei diritti di difesa, perché l'impossibilità della concessione degli arresti domiciliari senza controllo elettronico a distanza dipende pur sempre dall'intensità delle esigenze cautelari e pertanto è ascrivibile all'indagato"*.

Ma vi è di più. In una delle succitate decisioni, l'organo giudicante ha aggiunto che *"non può pretendersi che lo Stato predisponga un numero indeterminato di braccialetti elettronici, pari al numero dei detenuti per i quali può essere utilizzato, essendo le disponibilità dell'Amministrazione necessariamente limitate, come sono limitate tutte le prestazioni pubbliche offerte ai cittadini, senza che ciò determini alcuna violazione del principio di uguaglianza"*⁴³.

Il principio più volte ribadito nelle pronunce in argomento - *cioè quello secondo cui in caso di indisponibilità del braccialetto il soggetto debba rimanere in carcere* - è stato ribadito anche nella giurisprudenza di merito del Tribunale di Siena⁴⁴.

Il giudice nella sentenza *de qua*, ha sposato la tesi del mantenimento della custodia carceraria in attesa della disponibilità del braccialetto, assumendo nello specifico che *"l'applicazione o meno del presidio elettronico incida eccone sulla valutazione di adeguatezza della misura cautelare, come si può desumere dal comma 3-bis dell'art. 275 c.p.p."*⁴⁵.

Il Tribunale ha chiarito come questa soluzione sia *"Non solo l'unica sostenibile, ma anche la più condivisibile"*, perché rispettosa delle esigenze cautelari.

⁴³ Cfr. Cass., Sez. II, 17 dicembre 2014, n. 520, cit.

⁴⁴ Cfr. Trib. Siena, 17 settembre 2015, cit., che cita altresì, nello stesso senso, Trib. Ravenna, G.i.p., 1 settembre 2015, *inedita*; Trib. Milano, 29 maggio 2015, *inedita*.

⁴⁵ Cfr. sul punto, le chiare parole di CISTERNA, *Una figura autonoma da collocare in posizione mediana*, cit., 70, secondo cui *"è implicita o espressa - soprattutto in sede di applicazione della misura ex art. 275-bis del c.p.p. al momento genetico dell'adozione del provvedimento coercitivo - la considerazione che il giudice non stima affatto adeguata la misura degli arresti domiciliari ex articolo 284 del c.p.p."*.

L'orientamento opposto invece, ribadito in diverse pronunce della Cassazione⁴⁶, pone un principio di diritto antitetico rispetto a quello espresso nella sentenza in commento.

Esso ritiene che in carenza dei citati strumenti di monitoraggio, la soluzione corretta sarebbe l'applicazione degli arresti domiciliari semplici.

Tale secondo orientamento, fonda su fattispecie in cui era stata disposta la sostituzione della misura carceraria con quella domiciliare con i controlli elettronici, ma l'effettiva esecuzione della misura più lieve era stata subordinata alla presenza e positiva verifica delle condizioni per l'installazione dei dispositivi elettronici di controllo.

Inoltre, emblematica appare una sentenza della Suprema Corte di cassazione, che ha ritenuto al riguardo, che “*la natura, meramente modale, del congegno elettronico(...) fa sì che non possa essere subordinata all'efficienza di tale congegno la misura custodiale che il giudice ha ritenuto doversi applicare, in ragione della valutazione di merito sulla pericolosità dell'indagato*”⁴⁷.

Nella predetta pronuncia, i giudici di legittimità hanno voluto ribadire che l'idoneità e la disponibilità del congegno elettronico è un accertamento di fatto antecedente all'applicazione della misura, che non può, per la sua natura servente, condizionare l'effettività della misura prescelta. Il giudice, cioè, non potrà prima sostituire la misura carceraria e poi attendere l'effettiva presenza del braccialetto elettronico, ma dovrà controllare la disponibilità degli strumenti di controllo a distanza con un giudizio prognostico posto *ex ante* all'adozione della misura.

In una fattispecie pressoché analoga⁴⁸, la Cassazione ha ritenuto, con un altro provvedimento, che nel caso in cui il giudice considerasse adeguata alle concrete esigenze cautelari la misura domiciliare, lo stesso non potrebbe disporre che l'imputato resti in carcere fino a che l'Amministrazione della giustizia non si trovi nella materiale possibilità di applicare un funzionante braccialetto elettronico.

In questo caso, la Corte, come conseguenza del ragionamento, ha disposto, in via immediata, l'applicazione degli arresti domiciliari semplici e la liberazione dell'imputato non potendosi attendere il reperimento del citato dispositivo.

⁴⁶ Cfr., in particolare, Cass., Sez. IV, 3 luglio 2015, n. 35571, in *Guida dir.*, 2015, 44, 64 ss. con nota di CISTERNA, *Una figura autonoma da collocare in posizione mediana*, cit. Cass., Sez. II, 23 settembre 2014, n. 50400, in *Mass. Uff.*, n. 261439.

⁴⁷ Cfr. Cass., Sez. II, 23 settembre 2014, n. 50400, cit.

⁴⁸ Cfr. Cass., Sez. IV, 3 luglio 2015, n. 35571, cit.

5. Su questa complessa materia sono intervenute, per dirimere il contrasto interpretativo⁴⁹, le Sezioni unite che, scandendo in modo puntuale gli effetti derivanti dall'indisponibilità del braccialetto elettronico, hanno sottolineato come *“il giudice, investito di una richiesta di applicazione della misura cautelare degli arresti domiciliari con il c.d. braccialetto elettronico o di sostituzione della custodia in carcere con la predetta misura, escluso ogni automatismo nei criteri di scelta delle misure, qualora abbia accertato l'indisponibilità del suddetto dispositivo elettronico, deve valutare, ai fini dell'applicazione o della sostituzione della misura coercitiva, la specifica idoneità, adeguatezza e proporzionalità di ciascuna di esse in relazione alle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto”*.

La decisione si discosta dall'indirizzo interpretativo più rigido secondo cui nel caso di indisponibilità degli apparecchi di monitoraggio, il soggetto debba rimanere *(o essere tradotto)* in carcere⁵⁰.

La *ratio* sottesa alla pronuncia delle Sezioni Unite, trova conforto nel fatto che è rimessa al giudice, nel caso concreto, la scelta se applicare la custodia cautelare in carcere o gli arresti domiciliari semplici, sulla scorta di un giudizio di bilanciamento che, in relazione all'impossibilità di applicare gli arresti domiciliari semplici, metta a confronto l'intensità delle esigenze cautelari e la tutela della libertà personale dell'imputato.

Dunque, in sostanza, con la sentenza *de qua* si è stabilito come non possa negarsi che, proprio in ragione dello stretto collegamento esistente tra la natura e il grado delle esigenze cautelari poste alla base della misura ritenuta più adeguata ad affrontarle rispetto alla misura restrittiva più grave e a quella degli arresti domiciliari semplici, la mancata reperibilità del dispositivo, imponga al giudice una rivalutazione della fattispecie concreta, alla luce dei principi di adeguatezza e proporzionalità, in relazione alle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto.

⁴⁹ Cfr. l'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite della Cass. Pen. Sez. I, 28 gennaio 2016, n. 5799 *“In tema di misure cautelari personali, va rimessa alle Sezioni unite la questione relativa alla possibilità o meno di concedere la sostituzione della misura cautelare della custodia in carcere con quella degli arresti domiciliari con previsione del controllo attraverso l'attivazione di dispositivi elettronici, anche nell'ipotesi di accertata indisponibilità degli stessi da parte della polizia giudiziaria”*.

⁵⁰ MARANDOLA, *Carcere, arresti domiciliari e braccialetto elettronico*, cit., 1725; CISTERNA, *Una figura autonoma da collocare in posizione mediana*, cit., 70 ss.; Diversamente la giurisprudenza di merito, onde permettere l'inserimento dell'interessato in una *“lista d'attesa”*, dispone la sostituzione della misura carceraria con gli arresti domiciliari con l'ausilio elettronico, subordinandone l'esecutività all'effettivo reperimento di un braccialetto (Trib.Siena 17 settembre 2015, cit. p. 4 nota 4).

Essa, dunque, aderendo al parere di parte della dottrina⁵¹, adotta una soluzione intermedia che rischia di generare, però, ulteriore confusione in mancanza di una concreta selezione di condotte valutative specifiche.

Sarebbe, pertanto, auspicabile che il Legislatore strutturasse il sistema cautelare secondo il modello della “*pluralità graduata*” predisponendo una gamma di misure alternative, connotate in modo rigido da diversi gradi di incidenza sulla libertà personale; dall’altro lato, dovrebbe prefissare con maggiore precisione, corrispondenti criteri per scegliere il trattamento cautelare, in modo adeguato alle esigenze configurabili nei singoli casi concreti.

I profili procedurali richiamati in precedenza, aprono, invero, la strada ad un altro dato sul quale preme focalizzare l’attenzione, relativo all’equiparazione del livello di afflittività tra gli arresti domiciliari con monitoraggio elettronico e gli arresti domiciliari “*semplici*”.

L’applicazione del braccialetto elettronico è da considerarsi, inequivocabilmente, una misura certamente più gravosa per l’imputato, ragion per cui non può condividersi l’orientamento giurisprudenziale che giudica l’impiego del braccialetto elettronico una modalità “*aggiuntiva*” di controllo sugli arresti domiciliari⁵².

La *ratio* che giustifica questa considerazione muove dal principio secondo cui la custodia in carcere sia *ab origine* una misura estrema, apicale, ed ogni volta che il giudice la sostituisce con la detenzione domestica ne decreta la eccessività rispetto alle esigenze cautelari concrete ed attuali.

In questa ottica, la disponibilità del presidio elettronico non servirà ad intaccare il giudizio circa “*l’indispensabilità del carcere*” che il giudice ha compiuto nel momento in cui ha ritenuto adeguata la misura meno afflittiva rispetto a quella inframuraria.

⁵¹ TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2013, 424, nota 13. Sul punto, cfr. anche G. AMATO, *Arresti domiciliari con il braccialetto elettronico*, cit. 47; CESARIS, *Sub art. 275 bis*, cit., p. 1109; F. FIORENTIN, *Decreto svuotacarceri*, cit., 19.; GREVI, *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale*, Padova, 2014, p. 437, proprio il “*particolare rapporto tra la misura custodiale e la misura degli arresti domiciliari “sotto controllo elettronico” dimostra come quest’ultima misura si configuri quale alternativa più favorevole per l’imputato rispetto alla eventualità della misura carceraria (di cui, peraltro, sussisterebbero tutti i presupposti)*”.

⁵² 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, MANZIONE, *Le nuove frontiere della custodia cautelare: dagli arresti domiciliari al controllo a distanza*, in *Scritti in onore di A. Cristiani*, a cura di Morgante, Torino, 2001, 394, e CURTOTTI, *Custodia cautelare (presupposti, vicende, estinzione)*, in *Dig. Pen., Agg. III*, t. 1, 2005, 304. Sul punto v. anche CORTESI, *Arresti domiciliari*, Torino, 2012, 100.

Assodato questo giudizio, occorrerà affermare che l'indisponibilità momentanea del presidio elettronico non può far rivivere una assoluta indispensabilità che di fatto era già stata valutata, superata e vinta.

La diversa opzione si pone in contrasto inevitabile con i principi fondamentali ed apre le porte ad un incidente di costituzionalità per contrasto tra l'art. 275-*bis* c.p.p. e gli artt. 3 e 13 Cost.

L'aggravamento sostanziale della misura, dopo aver statuito l'inutilità della detenzione inframuraria, fondata sulla carenza dei dispositivi elettronici, addebitabile a vicende amministrative e non a situazioni processuali⁵³, finisce per mortificare la scelta cautelare, facendola arretrare al cospetto di inefficienze dell'amministrazione carceraria.

E non sembra coerente con la inviolabilità della libertà personale *ex art. 13 Cost.* e con la logica cautelare *ex art. 278, co. 2, Cost.*⁵⁴

GUIDO ROSSI

⁵³ 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. MINELLA, *La mancanza di scorte può creare discriminazioni*, in *Guida dir.*, 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).

⁵⁴ Su questi aspetti, cfr. DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000, p.22.