

FABIO CASSIBBA

Ricercatore confermato di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Milano-Bicocca

L'indisponibilità del "braccialetto elettronico": le Sezioni Unite escludono automatismi decisori ma residuano dubbi

The unavailability of electronic surveillance device: the Supreme Court excludes decision-making automatic rules but some doubts still remain

Le Sezioni unite affermano l'autonomia decisoria del giudice che, accertata l'impossibilità di applicare gli arresti domiciliari con procedure di controllo a distanza per l'indisponibilità di dispositivi elettronici, è investito della scelta circa la misura adeguata a soddisfare le esigenze cautelari, essendo svincolato da ogni automatismo.

The sentence affirms the autonomy of the judge's decision-making process when he is prevented to apply house-arrest with remote control for the unavailability of the electronic device. The judge shall refer the decision on the choice of appropriate measure to fulfill the precautionary requirements, since he is not bound by automatic criteria.

LA PORTATA DEL PRINCIPIO DI DIRITTO

Se è richiesta l'applicazione degli arresti domiciliari accompagnati dallo strumento di controllo elettronico a distanza oppure la sostituzione della custodia cautelare in carcere con tale, meno afflittiva misura, il giudice non è vincolato ad alcun criterio di scelta automatico: accertata l'indisponibilità del dispositivo *ex art. 275 bis c.p.p.*, gli tocca valutare l'idoneità, l'adeguatezza e la proporzionalità della misura in rapporto alle esigenze cautelari da soddisfare in concreto.

Il principio di diritto, enunciato dalle Sezioni unite nel risolvere la questione¹ relativa alla portata dell'art. 275 *bis*, comma 1, c.p.p.², investe il dilemma in cui versa il giudice – inapplicabili gli arresti domiciliari con braccialetto elettronico, per la relativa indisponibilità – fra la scelta degli arresti domiciliari "semplici" o della custodia cautelare³.

La stratificazione legislativa e la difettosa tecnica normativa – intervenute, in generale, nella materia cautelare e, più in particolare, sui profili che qui maggiormente premono – hanno generato un «*surplus* di disposizioni dal difficile coordinamento»⁴: il tenore degli artt. 275, comma 3 *bis*, e 275 *bis*, comma 1

¹ Per un primo commento alla pronuncia, I. Guerini, *Più braccialetti (ma non necessariamente) meno carcere: le Sezioni Unite e la portata applicativa degli arresti domiciliari con la procedura di controllo del braccialetto elettronico*, in *Dir. pen. cont.*, ed. on-line del 24 giugno 2016; P. Grillo, *Penuria di "braccialetto elettronici": carcere o arresti domiciliari? Parlano le Sezioni unite*, in *Dir. giust.*, ed. on-line del 20 maggio 2016; F. Morlacchini, *Osservazioni a prima lettura*, in *Arch. pen.*, ed. on-line, 2016, n. 2, p. 1 ss.

² Sull'ordinanza della I Sezione Penale del 28 gennaio 2016 della Corte di cassazione, che sottoponeva alle Sezioni unite la questione, cfr. C. Bressanelli, *"Braccialetto elettronico": alle Sezioni unite la questione della applicabilità della custodia cautelare in carcere nel caso di accertata indisponibilità del dispositivo*, in *Dir. pen. cont.*, ed. on-line del 4 aprile 2016; E. Valentini, *Arresti domiciliari e indisponibilità del braccialetto elettronico: è il momento delle Sezioni Unite*, *ivi*, ed. on-line del 27 aprile 2016, p. 1 ss.

³ Invero, l'alternativa era mal posta, poiché – come si vedrà – il giudice, accertata l'indisponibilità del braccialetto elettronico, è legittimato a scegliere fra tutte le misure cautelari, anche applicandole cumulativamente.

⁴ A. Scalfati, *Scaglie legislative sull'apparato cautelare*, in A. Diddi-R.M. Geraci (a cura di), *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, Torino, 2015, p. 3.

c.p.p. costringe l'interprete a disagiati *chicanes* esegetiche. Cionondimeno, la conclusione cui pervengono le Sezioni unite appare a rime obbligate.

Va, però, subito delimitata la portata del principio di diritto, lasciata alquanto in ombra dalla motivazione.

Il giudice cautelare è legittimato a optare per la custodia cautelare o per gli arresti domiciliari "semplici", una volta accertata l'indisponibilità del braccialetto elettronico, purché il pubblico ministero abbia chiesto l'applicazione della custodia carceraria, da sola, in alternativa o cumulativamente ad altre misure. Vale il principio della domanda cautelare⁵: in difetto di un'espressa richiesta dell'organo dell'accusa, al giudice è, comunque, fatto divieto di applicare la custodia cautelare in carcere, sia nel momento genetico della vicenda incidentale *ex art. 291 c.p.p.* sia in sede di sostituzione *ex art. 299 c.p.p.*⁶. La "cronica" carenza di dispositivi di controllo a distanza induce, così, il pubblico ministero a propendere sempre per la misura più afflittiva, paradossalmente forzato, nel suo intento, dal potere del giudice di pronunciarsi sulla richiesta cautelare solo *in bonam partem*.

Inoltre, il giudice è legittimato a sciogliere la medesima alternativa fuori dalle ipotesi in cui il legislatore – palesando una certa sfiducia verso la discrezionalità dell'organo giurisdizionale⁷ – ne esclude l'autonomo apprezzamento sulla scelta della misura⁸.

I CARDINI DELLA MOTIVAZIONE E LE RELATIVE IMPLICAZIONI

Si fronteggiavano due opposti indirizzi. Sull'identico presupposto dell'accertata indisponibilità del braccialetto elettronico, con la conseguente impossibilità di disporre gli arresti domiciliari accompagnati dallo strumento di controllo, l'uno considerava necessitata l'applicazione della custodia cautelare, ripristinando una sorta di «cattura obbligatoria»⁹, poiché ogni altra misura sarebbe stata – per definizione – inadeguata a soddisfare le esigenze cautelari¹⁰; l'altro giungeva alla medesima, "automatica" conclusione in favore degli arresti domiciliari "semplici", poiché la ravvisata adeguatezza della misura domiciliare rendeva non giustificabile quella carceraria¹¹.

⁵ Sulle implicazioni sistematiche della domanda cautelare, v., per tutti, anche per ulteriori riferimenti, E. Valentini, *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Bologna, 2012, *passim*; Ead., *Domanda cautelare*, in *Enc. dir.*, Annali, VI, Milano, 2013, p. 255 ss.

⁶ In tal senso, da ultimo, Cass., sez. V, 13 gennaio 2015, Baccara, in *CED Cass.* n. 262818.

⁷ E ciò, benché la legge 16 aprile 2015, n. 47 abbia ridotto – è noto – le ipotesi in cui operavano presunzioni *ex lege*, a loro volta frutto della stratificazione normativa emergenziale che aveva negativamente connotato il sistema cautelare nell'ultimo decennio. Sul tema cfr., fra gli altri, con vari accenti, e anche per ulteriori riferimenti, V. Bonini, *La attenuazione degli altri automatismi in peius*, in L. Giuliani (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, p. 135 ss.; S. Carnevale, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare*, *ivi*, p. 101 ss.; A. Marandola, *I nuovi criteri di scelta della misura*, in G.M. Baccari-K. La Regina-E.M. Mancuso, *Il nuovo volto della giustizia penale*, Padova, 2015, p. 411 ss.; F. Morelli, *L'allentamento delle presunzioni legali e giurisprudenziali*, in D. Chinnici-D. Negri (a cura di), *Le misure cautelari personali nella strategia del «minimo sacrificio necessario»*, Roma, 2015, p. 15 ss.; E. Pilla, *I criteri di scelta*, in T. Bene (a cura di), *Il rinnovamento delle misure cautelari*, Torino, 2015, p. 33 ss.; F. Ruggieri, *Una riforma volta a circoscrivere la discrezionalità del giudice a tutela della libertà personale*, *ivi*, p. 1 ss.; E. Turco, *La riforma delle misure cautelari*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 5, p. 113 ss.; F. Zacché, *Le cautele fra prerogative dell'imputato e tutela della vittima di reati violenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 662 ss.; nonché, più in generale, in rapporto alla compatibilità delle presunzioni in ambito cautelare con l'art. 5 C.e.d.u., cfr. F. Zacché, *Vecchi automatismi cautelari e nuove esigenze di difesa sociale*, in O. Mazza-F. Viganò (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, Torino, 2009, p. 291 ss.

⁸ La giurisprudenza di legittimità offre esemplificazioni dell'assunto. Così, per Cass., sez. I, 28 ottobre 2015, Notarianni, in *CED Cass.* n. 266005, «la misura degli arresti domiciliari, anche con la prescrizione dell'adozione del cosiddetto braccialetto elettronico, è incompatibile con il reato di cui all'art. 416-bis, cod. pen., assistito dalla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere, che non consente l'applicazione di misure diverse e meno afflittive». Analogamente, per Cass., sez. III, 3 dicembre 2014, F., in *CED Cass.* n. 262418, nei procedimenti relativi a reati per i quali opera la «presunzione relativa di idoneità della custodia cautelare in carcere, la disponibilità [dell'imputato] ad indossare il ... dispositivo [di controllo elettronico] presuppone che la presunzione sia già [stata] vinta, ossia che il giudice, valutando gli elementi specifici del singolo caso, [abbia] ritenuto che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con misure diverse dalla detenzione carceraria».

⁹ Impiegando qui l'espressione di F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2012, ad esempio, pp. 469 e 507.

¹⁰ Cfr. Cass., sez. II, 4 novembre 2015, Di Pierno, in *CED Cass.* n. 265897; Cass., sez. II, 10 novembre 2015, Pappalardo e altro, in *Arch. n. proc. pen.*, 2016, n. 2, p. 136; Cass., sez. II, 19 giugno 2015, Candolfi, in *Giur. it.*, 2015, p. 1723, con nota di A. Marandola, *Carcere, arresti domiciliari e braccialetto elettronico*, *ibidem*.

¹¹ Cfr. Cass., sez. I, 28 gennaio 2016, n. 5799, in *Dir. giust.*, ed. on-line del 12 febbraio 2016, con nota di A. Foti, *Arresti domici-*

Le Sezioni unite hanno percorso – nettamente – una terza via: escludono «ogni automatismo nella scelta della misura»¹², «restitu[endo] alla giurisdizione i poteri discrezionali, e le responsabilità corrispondenti»¹³.

L'impianto motivazionale è denso di argomenti di ordine storico e sistematico, tutti teleologicamente orientati a sospingere l'interprete – lo affermano a chiare lettere le stesse Sezioni unite¹⁴ – verso una reale marginalizzazione della custodia cautelare in carcere. Vengono, così, in gioco la (travagliata) evoluzione della sorveglianza elettronica *ex art. 275 bis c.p.p.*¹⁵; l'impellente necessità di dare esecuzione alla condanna della Corte europea nel caso Torreggiani c. Italia¹⁶; l'attuazione della Raccomandazione CM/REC(2014)4 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulla sorveglianza elettronica¹⁷; l'esclusione della natura autonoma della misura *ex art. 275 bis c.p.p.*; infine e soprattutto, l'esigenza di responsabilizzare il giudice nella scelta della misura, sottraendolo al gioco di meccanismi presuntivi di adeguatezza delle singole misure, e la doverosità d'una motivazione rafforzata ove la custodia cautelare risulti la sola misura applicabile.

Proprio qui sta il centro del percorso giustificativo delle Sezioni unite.

Criteri automatici di scelta – nel caso di specie, tocca dirlo, di pura creazione pretoria¹⁸ – violano i principi di proporzionalità e di adeguatezza: ora sacrificando eccessivamente e in modo ingiustificato la libertà personale, in aperto contrasto con «il chiaro intento del legislatore di ridurre il più possibile l'applicazione della misura custodiale»¹⁹; ora «introducendo un *favor* non commisurato al convincimento del decidente ed alle valutazioni da questo operate in ordine alla individuazione ed alla tutela delle esigenze cautelari». Ne deriva che, nel momento genetico dell'ordinanza applicativa *ex art. 291 c.p.p.* e in quello deputato al vaglio della sussistenza delle condizioni per la sostituzione *ex art. 299 c.p.p.*, l'indisponibilità dello strumento di controllo elettronico esige che il giudice scelga la misura più adeguata. Egli deve operare «un giudizio di bilanciamento che, dato atto della impossibilità di applicare la misura più idonea [*id est*, gli arresti domiciliari *ex art. 275 bis c.p.p.*], metta a confronto l'intensità delle esigenze cautelari e la tutela della libertà personale dell'imputato»²⁰. Sul piatto della bilancia pesa

liari: l'indisponibilità del braccialetto elettronico pregiudica la concessione della misura?; Cass., sez. I, 10 settembre 2015, n. 39529, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 1, p. 76 ss., con nota critica di 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.*, *ivi*, p. 89 ss.; Cass., sez. III, 1 dicembre 2015, Caredda, in *CED Cass.* n. 265791.

¹² Cfr. il § 5.3. del *Considerato in diritto*.

¹³ Così, G. Illuminati, *Esigenze cautelari, proporzionalità, adeguatezza: quali traguardi?*, in AA.VV., *Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Milano, 2014, p. 337.

¹⁴ Cfr., ad esempio, i § 3. e 4.1. del *Considerato in diritto*.

¹⁵ Introdotto dal d.l. 24 novembre 2000, n. 341, conv. in legge 19 gennaio 2001, n. 4 [c.d. decreto anticarcerazioni, sul quale v., per tutti, L. Cesaris, *Dal panopticon alla sorveglianza elettronica*, in M. Bargis (a cura di), *Il decreto anticarcerazioni*, Torino, 2001, p. 55 s.], poi modificato dal d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. in l. 21 febbraio 2014, n. 10: v., fra gli altri, G. Amato, *Arresti domiciliari con braccialetto elettronico*, in *Guida dir.*, 2014, n. 4, p. 47 ss.; A. Bassi-C. Von Borries, *Il braccialetto elettronico: un dispositivo dimenticato*, in *Questione giustizia*, ed. on-line del 12 dicembre 2013; A. Cisterna, *Una figura autonoma da collocare in posizione intermedia*, *ivi*, 2015, n. 44, p. 69 ss.; M.F. Cortesi, *Interventi sulle misure custodiali*, A. Diddi-R.M. Geraci (a cura di), *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, cit., p. 34-35; E.M. Mancuso, *Sovraffollamento carcerario e misure d'urgenza: un intervento su più fronti per avviare un nuovo corso*, in C. Conti-A. Marandola-G. Varraso (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, 2014, p. 52 ss.; P. Spagnolo, *Per una effettiva gradualità delle misure cautelari personali*, in *Legislazione pen.*, 2014, n. 4, p. 334 ss.; E. Valentini, *Arresti domiciliari e indisponibilità del braccialetto elettronico: è il momento delle Sezioni Unite*, cit., p. 1.

¹⁶ Che ha cagionato al nostro ordinamento «un risveglio brusco e traumatico» da una situazione di abuso della coercizione carceraria: cfr. E. Amodio, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in AA.VV., *Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, cit., p. 7.

¹⁷ Il cui testo è consultabile in *Rass. penit. e criminol.*, 2013, n. 1, p. 229 ss., con il commento di L. Salazar-T. Barzanti, *Il Consiglio d'Europa adotta la nuova raccomandazione sul "braccialetto elettronico"*.

¹⁸ Esemplificativamente, si pensi alle «Modalità operative» per l'esecuzione delle ordinanze cautelari *ex art. 275 bis c.p.p.*, emesse dal Presidente *pro tempore* della Sezione dei giudici per le indagini preliminari e dell'udienza preliminare presso il Tribunale ordinario di Torino, il 28 giugno 2016, consultabili sul sito internet www.questionegiustizia.it, il cui punto n. 1 prevede che «[I]e ordinanze applicative degli arresti domiciliari *ex art. 275 bis c.p.p.* saranno emesse unicamente nei confronti di soggetti già ristretti in carcere». In senso adesivo, A. Bassi-C. Von Borries, *Il braccialetto elettronico: un dispositivo dimenticato*, cit.

¹⁹ Per questa e per la successiva citazione, cfr. il § 5.1. del *Considerato in diritto*.

²⁰ Cfr. il § 5.3. del *Considerato in diritto*.

l'insegnamento della Consulta: fra più interpretazioni del dato normativo, occorre privilegiare quella che meglio garantisce l'invulnerabilità della libertà personale²¹; in ogni caso, occorre dare corpo al principio del minor sacrificio necessario al bene protetto dall'art. 13 Cost.²², in ossequio al recentemente novellato tenore dell'art. 275, comma 3, c.p.p.

Scattano oneri motivazionali rafforzati per il giudice della cautela, espressione dell'insistita tendenza del legislatore – confermata dalla legge n. 47/2015 – ad arricchire l'ordinanza *ex art. 292*, comma 2, c.p.p., vincolandone la validità al rispetto di sempre più numerosi e stringenti requisiti. Il giudice deve fornire una puntuale giustificazione sulla non necessità del controllo mediante mezzi elettronici (art. 275-*bis*, comma 1 c.p.p.) e individuare la misura da applicare alla luce dell'indisponibilità dello strumento di controllo, attraverso un'autonoma valutazione delle concrete e specifiche ragioni per le quali le esigenze cautelari non possono essere soddisfatte con misure diverse dalla custodia cautelare (artt. 275, comma 3 *bis*, e 292, comma 1, lett. *e*), c.p.p.)²³. Ciò, del resto, si pone in linea con il consolidato orientamento dalla Corte di Strasburgo: il giudice deve fornire un'analitica motivazione sulle ragioni per cui non ritiene applicabile una misura diversa da quella carceraria²⁴, tanto più se l'ordinamento contempla strumenti di sorveglianza elettronica²⁵.

In questo contesto, non va sopravvalutata la conclusione delle Sezioni unite circa la natura non autonoma degli arresti domiciliari accompagnati dalle particolari modalità di controllo elettronico²⁶. La natura non autonoma della misura *ex art. 275 bis* c.p.p. porterebbe all'implicita conferma che il giudizio di adeguatezza debba essere parametrato agli arresti domiciliari "semplici". Si tratta d'un argomento *ad adiuvandum*, privo di peso decisivo per sciogliere il quesito: forse, è per questa ragione che la pretesa decisività della classificazione sembra, poi, sfumare nelle pieghe della motivazione.

Più che l'inquadramento teorico degli arresti domiciliari con braccialetto elettronico, contano la natura e l'intensità dell'esigenza cautelare «da soddisfare nel caso concreto», strumentali a rendere davvero «individualizza[to il] trattamento cautelare»²⁷. Ebbene, il reiterato richiamo legislativo – tanto più intenso a seguito della novella attuata dalla legge n. 47/2015 – a valutazioni che tengano conto della concretezza e dell'attualità dell'esigenza cautelare implica che il vaglio sull'adeguatezza della misura debba – a sua volta – essere parametrato sulle concrete modalità esecutive degli arresti domiciliari: queste ultime, non già la collocazione teorica della misura, orientano il giudizio cautelare.

Resta da dire che l'intento di superare automatismi applicativi pone al bando – sia pure implicitamente – la prassi «compromissoria» delle "liste di attesa"²⁸, in forza della quale l'esecuzione degli arre-

²¹ Cfr. Corte cost., sent. 1 aprile 1998, n. 89.

²² Cfr. Corte cost., sent. 22 luglio 2011, n. 231. Così, per le Sezioni unite, s'«impon[e] al giudice di scegliere la misura meno afflittiva tra quelle astrattamente idonee a tutelare le esigenze cautelari ravvisabili nel caso di specie» (cfr. § 5.2. del *Considerato in diritto*).

²³ Su tale profilo v., in particolare, E. Marzaduri, *Commento alla l. 47/2015 – sub Art. 4 – L'applicazione della custodia in carcere alla luce della nuova disciplina delle presunzioni in materia cautelare*, in *Legislazione pen.*, ed. on-line del 1° dicembre 2015, p. 14 s.; P. Spagnolo, *Principio di adeguatezza e residualità della custodia cautelare*, in L. Giuliani (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, cit., spec. p. 96 ss.; E. Valentini, *Arresti domiciliari e indisponibilità del braccialetto elettronico: è il momento delle Sezioni Unite*, cit., p. 5-6.

²⁴ Cfr., da ultimo, *ex multis*, Corte e.d.u., sent. 19 aprile 2016, *Sergey Denisov e altri c. Russia*.

²⁵ Cfr., di recente, Corte e.d.u., 29 febbraio 2014, *Ovsjannikov c. Estonia*. In prospettiva contraria, Cass., sez. VI, 12 novembre 2015, Masella, in *CED Cass.*, n. 265891, ritiene sufficiente la motivazione sull'adeguatezza della sola misura custodiale, non essendo necessario argomentare anche sull'inidoneità degli arresti domiciliari pur assistiti dall'adozione del braccialetto elettronico.

²⁶ Cfr. § 4. del *Considerato in diritto* (nel medesimo senso, Cass., sez. VI, 21 ottobre 2015, Bregu, in *CED Cass.*, n. 265760). Come noto, il tema della natura degli arresti domiciliari con braccialetto e elettronico, quale misura autonoma o mera modalità esecutiva degli arresti domiciliari semplici, è oggetto di ampio e costante dibattito: cfr., da diversi punti di vista, A. Cisterna, *Una figura autonoma da collegare in posizione mediana*, cit., p. 70 ss.; 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.*, cit., p. 83 ss.; P. Spagnolo, *Per una effettiva gradualità delle misure cautelari personali*, in *Legislazione pen.*, 2014, n. 4, p. 336 ss.; E. Valentini, *Arresti domiciliari e indisponibilità del braccialetto elettronico: è il momento delle Sezioni Unite*, cit., p. 8, che – ancor prima della pronuncia delle Sezioni Unite – notava come la questione classificatoria non è così gravida di ricadute concrete rispetto a[ll]o specifico problema [della scelta della misura da adottare mercé l'indisponibilità del braccialetto elettronico]» (*ibidem*).

²⁷ Cfr., rispettivamente, il § 5.3. del *Considerato in diritto* e il § 5.2. del *Considerato in diritto*.

²⁸ L'espressione è di E. Valentini, *Arresti domiciliari e indisponibilità del braccialetto elettronico: è il momento delle Sezioni Unite*, cit., p. 15, cui si rimanda per un'approfondita critica al riguardo (*ivi*, p. 15-17).

sti domiciliari con sorveglianza elettronica veniva sottoposta alla condizione sospensiva che lo strumento di controllo si fosse reso disponibile, applicando o mantenendo, *medio tempore*, la misura intramuraria²⁹. Se il criterio-guida per il giudice – indisponibile lo strumento *ex art. 275 bis c.p.p.* – risiede nell'autonomo apprezzamento dell'adeguatezza di ogni misura, non v'è spazio per soluzioni interlocutorie che pretendano di giustificare la custodia cautelare, pur riconoscendone la sproporzione nel caso concreto³⁰.

DUBBI NON RISOLTI

L'apprezzabile conclusione delle Sezioni unite lascia, però, sul campo residui dubbi.

In primo luogo, tutto il discorso giustificativo – pur esclusi gli automatismi nella scelta della misura maggiormente adeguata – pare circoscrivere l'opzione fra la custodia cautelare e gli arresti domiciliari "semplici". Qui, è certo il condizionamento derivante dalla formulazione della questione sottoposta alle Sezioni unite, che – per l'appunto – introduceva la stringente alternativa fra le due misure in parola.

In realtà, «[q]uest'alternativa secca evade da ogni logica decisoria»³¹, perché irragionevole e contraria ai principi regolatori del sotto-sistema cautelare: resterebbe soffocata l'appena riaffermata discrezionalità del giudice cautelare. Detto altrimenti, se così fosse, l'affermato bando degli automatismi decisori sarebbe poco più che verbale: la discrezionalità del giudice sarebbe rigidamente vincolata dal *judge made law* (che ha sempre considerato tale alternativa come l'unica praticabile). L'unico automatismo decisivo – legislativamente previsto – scatta a seguito del mancato consenso dell'imputato all'applicazione del dispositivo (art. 275 bis, comma 2, c.p.p.): qui, la sostituzione della misura con la custodia cautelare è, per il giudice, scelta obbligata. A tal punto, per soddisfare la concreta esigenza cautelare, accertata l'indisponibilità del braccialetto elettronico, il giudice resta legittimato ad attingere all'intero strumentario previsto dal Libro IV. Basti un esempio: sempre che il pubblico ministero l'abbia richiesto, il giudice può applicare cumulativamente diverse misure in forza degli artt. 275, comma 3, e 299, comma 4, c.p.p.

In secondo luogo – qui il terreno si fa maggiormente scivoloso –, un fugace passaggio motivazionale della pronuncia sottolinea che l'accertata indisponibilità del braccialetto elettronico «impon[e] al giudice una rivalutazione della fattispecie concreta, alla luce dei principi di adeguatezza e proporzionalità di ciascuna misura, in relazione alle esigenze da soddisfare»³². Ora, posto che la valutazione sulla disponibilità del braccialetto elettronico – fattore decisivo per la scelta della misura – deve avvenire necessariamente *ex ante*³³, il concetto di "rivalutazione" suona ambiguo: non chiarisce se tale attività debba collocarsi prima o dopo l'emissione dell'ordinanza applicativa degli arresti domiciliari con braccialetto elettronico; ad ogni modo, risulta impropriamente evocato.

Nell'un caso, più che di rivalutazione, si tratterebbe dell'unica valutazione cui è chiamato il giudice nella scelta della misura. Più precisamente, il giudice dovrebbe compiere un percorso logico in due tappe. Dapprima, egli dovrebbe verificare, non già la concreta disponibilità del braccialetto elettronico

²⁹ La prassi ha trovato breve legittimazione nell'ordinamento, con riguardo alla sola ipotesi della sostituzione della custodia cautelare in carcere, da parte dell'art. 97 bis, comma 3, norme att. c.p.p., nel testo introdotto dal d.l. 26 giugno 2014, n. 92. La previsione è stata poi soppressa, nella parte che qui interessa, in sede di conversione, per opera della legge 11 agosto 2014, n. 117, poiché, «tenuto conto dell'attuale indisponibilità di un sufficiente numero di dispositivi di controllo elettronico, [essa] avrebbe condotto al differimento sine die del provvedimento di sostituzione della custodia cautelare con gli arresti domiciliari in un numero eccessivo di casi» (M. Daniele, *Il palliativo del nuovo art. 275 co. 2 bis c.p.p. contro l'abuso della custodia cautelare*, in *Dir. pen. cont.*, ed. on-line del 22 settembre 2014).

³⁰ In tal senso v., ad esempio, Cass., sez. I, 10 settembre 2015, Quici, in *CED Cass.*, n. 264943. Tale prassi finisce col fondare la custodia cautelare sulla sola base della gravità del reato, assente il contemperamento rappresentato dall'adeguatezza di una misura meno afflittiva, in contrasto con il tenore dell'art. 274, comma 1, lett. b, c.p.p. (nel testo modificato dalla legge n. 47/2015) e col consolidato indirizzo della Corte europea al riguardo (cfr., da ultimo, Corte e.d.u., sent. 19 aprile 2016, *Sergey Denisov e altri c. Russia*).

³¹ F. Cordero, *Procedura penale*, cit., p. 515.

³² Cfr. il § 5.3. del *Considerato in diritto* (corsivo di chi scrive).

³³ Cfr. il § 5. del *Considerato in diritto*.

(nella cui valutazione resterebbe altrimenti implicata, e assorbita, quella dell'astratta adeguatezza dello strumento elettronico), bensì, per l'appunto e solamente, l'astratta adeguatezza di quest'ultimo. Dopodiché, egli – ritenuto che la misura carceraria è sproporzionata e quella domiciliare “semplice” non adeguata – dovrebbe verificare l'effettiva disponibilità dello strumento elettronico per rafforzare gli arresti domiciliari. Resterebbe un mero convincimento interiore del giudice (giuridicamente irrilevante e, comunque, provvisorio) quello maturato prima di avere verificato l'effettiva disponibilità del braccialetto elettronico.

Da qui, un'ovvia conseguenza: se la verifica dell'indisponibilità del braccialetto elettronico precede l'emissione dell'ordinanza cautelare, il giudice deve individuare la misura adeguata a soddisfare le concrete esigenze cautelari come se lo strumento di sorveglianza elettronica neppure fosse previsto dall'ordinamento. Da qui, però, anche un rischio. L'art. 275, comma 3 *bis*, c.p.p. impone al giudice, che intenda applicare la custodia cautelare in carcere, d'indicare le specifiche ragioni per cui ritiene inidonea la misura degli arresti domiciliari con le procedure di controllo a distanza. Dunque, l'indisponibilità del braccialetto elettronico basterebbe a soddisfare l'onere motivazionale sul punto. Così non è. Il giudice deve fornire adeguata motivazione sulle ragioni in forza delle quali misure diverse dalla custodia cautelare sarebbero inidonee a soddisfare l'esigenza cautelare³⁴. Un simile onere motivazionale scongiura il rischio di pregiudizi (comunque insondabili né censurabili, in difetto di una loro esternazione nell'ordinanza cautelare), con il conseguente surrettizio aggiramento dell'esclusione di automatismi applicativi della custodia cautelare³⁵.

Nell'altro caso – se, cioè, la verifica sull'indisponibilità dello strumento elettronico dovesse far seguito all'emissione dell'ordinanza cautelare –, sarebbe addirittura improprio ammettere che il giudice, nella medesima vicenda cautelare, possa compiere una rivalutazione del quadro cautelare fuori dai presupposti tracciati dall'art. 299 c.p.p. per la sua sostituzione. L'accertamento dell'indisponibilità del braccialetto elettronico costituisce un fatto nuovo alla cui luce orientare la scelta di una nuova misura, ma non integra un fattore di aggravamento delle esigenze cautelari rilevante *ex art.* 299, comma 4, c.p.p., per sostituire gli arresti domiciliari con braccialetto elettronico (non eseguibili per indisponibilità dello strumento) con la custodia cautelare. A tal punto, sta al pubblico ministero avanzare una nuova domanda cautelare che tenga conto dell'indisponibilità del braccialetto elettronico: ovviamente, il fatto sopravvenuto esclude l'operatività del c.d. giudicato cautelare.

L'INDISPONIBILITÀ DEL “BRACCIALETTO ELETTRONICO”: UNA *CONDICIO LEGIS* COSTITUZIONALMENTE ILLEGITTIMA

Riferendosi al dovere del giudice di fornire una puntuale motivazione sulla non necessità del controllo elettronico e sull'individuazione della misura da applicare alla luce dell'indisponibilità dello strumento tecnico, le Sezioni unite rivendicano che la soluzione dalle stesse propugnata sia «l'unica compatibile» con gli artt. 3 e 13 Cost.³⁶

³⁴ Il riferimento va, ad esempio, agli arresti domiciliari rafforzati dalle prescrizioni aggiuntive di cui all'art. 284, comma 2, c.p.p., e oggetto del controllo non continuo previsto dall'art. 284, comma 4, c.p.p.

³⁵ Certo, sul versante psicologico, non ci si deve nascondere il rischio che il giudice, accertata l'indisponibilità del braccialetto elettronico, si orienti comunque in favore della custodia cautelare in carcere, inadeguata ogni altra misura meno afflittiva, poiché 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» (Cass., sez. II, 10 novembre 2015, Pappalardo e altro, cit., p. 138). L'esito – dal sapore paradossale – è posto in luce da E. Valentini, *Arresti domiciliari e indisponibilità del braccialetto elettronico: è il momento delle Sezioni Unite*, cit., pp. 12-13. V. anche E. Pilla, *I criteri di scelta*, cit., p. 33; D. Potetti, *Arresti domiciliari e mancanza di mezzi elettronici per il controllo a distanza*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4151. In sostanza, a fronte della ritenuta sproporzione fra la custodia cautelare (posto che questa sarebbe sempre adeguata allo scopo da soddisfare) e il fatto di reato rilevante nella sede cautelare (poiché, se così non fosse, il giudice non si sarebbe orientato verso la misura meno afflittiva degli arresti domiciliari con braccialetto elettronico), l'adeguatezza rischia di diventare il criterio idoneo, da solo, a giustificare la misura carceraria. Tuttavia, il robusto onere motivazionale imposto al giudice in vista dell'applicazione della custodia cautelare dovrebbe arginare simili condizionamenti psicologici. Detto altrimenti, il dovere di motivazione si attegna a strumento per orientare il convincimento del giudice verso una decisione razionale e giustificabile: cfr. G. Ubertis, *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, Torino, 2013, p. 132.

³⁶ Cfr. § 5.4. del *Considerato in diritto*.

Al di là d'una certa forzatura metodologica, la conclusione suona comunque persuasiva nella prospettiva di "individualizzare" il trattamento cautelare. Lo è assai meno in rapporto all'effettiva disponibilità del braccialetto elettronico *ex art. 275 bis c.p.p.*: la condizione si pone in contrasto con l'art. 3 Cost.³⁷.

Occorre naturalmente sgombrare il campo da un equivoco. L'indisponibilità del dispositivo elettronico non integra una condizione suscettibile di generare un pregiudizio di mero fatto, in quanto tale inidonea a rendere fondato il dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 275 *bis*, comma 1, c.p.p. per violazione dell'art. 3 Cost.³⁸. È il legislatore ad avere trasformato una circostanza di mero fatto in una condizione di diritto, ostativa all'adozione degli arresti domiciliari accompagnati dal braccialetto elettronico. Ecco il punto: l'effettiva disponibilità dello strumento di controllo non risponde al canone della ragionevolezza.

Può apparire ragionevole – benché estremamente rigoroso – che il legislatore condizioni l'applicabilità degli arresti domiciliari alla disponibilità di un luogo idoneo per la loro esecuzione: in definitiva, l'indisponibilità del luogo dipende dall'imputato, per quanto (almeno potenzialmente) "incolpevole"³⁹. Un'analogia conclusione non vale per il braccialetto elettronico⁴⁰: qui, l'indisponibilità dello strumento dipende esclusivamente da carenze della pubblica amministrazione⁴¹, che mai possono giustificare la privazione della libertà personale⁴². Suona, poi, artificioso l'indirizzo – giustamente represso dalle Sezioni unite – secondo cui l'indisponibilità del braccialetto elettronico sarebbe comunque addebitabile all'imputato perché – ecco un singolare slittamento concettuale, che stride con l'art. 27, comma 2, Cost. – da lui dipende l'intensità dell'esigenza cautelare da soddisfare⁴³. Inoltre, avere costruito la disponibilità del dispositivo di controllo come condizione degli arresti domiciliari elettronicamente sorvegliati è irragionevole anche alla luce della natura ordinaria di tale misura, non derogatoria degli arresti domiciliari "semplici"⁴⁴. Il legislatore – nell'intento di rendere effettivo il canone per cui la custodia cautelare rappresenta l'*extrema ratio* – impone al giudice di applicare sempre gli arresti domiciliari accompagnati dal dispositivo elettronico, salvo che egli non ritenga necessario adottare le procedure di controllo a distanza (nel qual caso, scattano gli arresti domiciliari "semplici"). Dunque, il condizionamento dato dall'indisponibilità dello strumento genera una paradossale eterogeneità dei fini: la scarsità del mezzo tecnologico porta a marginalizzare l'operatività dell'art. 275 *bis* c.p.p.

A tal punto, è insoddisfacente rilanciare il – pur assai significativo – auspicio espresso dalle Sezioni unite, in favore del «costante potenziamento [della] strategia [di de-carcerizzazione] da parte degli or-

³⁷ Propende per la medesima conclusione, E. Valentini, *Arresti domiciliari e indisponibilità del braccialetto elettronico: è il momento delle Sezioni Unite*, cit., pp. 14-15.

³⁸ Cfr., *ex multis*, C. cost., ord. 7 aprile 2006, n. 142; C. cost., sent. 5 luglio 1995, n. 295.

³⁹ Si pensi, esemplificativamente, ai soggetti senza fissa dimora.

⁴⁰ Cfr. Cass., sez. VI, 6 aprile 2016, n. 463, xy, ined. (in motivazione).

⁴¹ Esplicitamente in tal senso, Cass., sez. III, 1 dicembre 2015, Caredda, cit. Sulla scarsità della dotazione tecnica cfr. R. E. Grassia, *Il braccialetto elettronico: uno strumento inesperto. Quando la tecnologia è al servizio dell'uomo, ma la copertura finanziaria non è al servizio della tecnologia*, in *Arch. pen.*, ed. on-line 2015, n. 3, p. 1 ss.; C. Minnella, *La mancanza di scorte può creare discriminazioni*, in *Guida dir.*, 2015, n. 14, p. 78; M. Pittirutti, *Le modalità di controllo elettronico degli arresti domiciliari e nell'esecuzione della detenzione domiciliare*, in R. Del Coco-L. Marafioti-N. Pisani (a cura di), *Emergenza carceri. Radici remote e recenti soluzioni normative*, Torino, 2014, p. 99.

⁴² Come evidenziato pure dalla Corte di Strasburgo: cfr. Corte e.d.u., sent. 17 aprile 2012, *Mamelka c. Polonia*. In prospettiva critica rispetto a quanto sostenuto nel testo, D. Potetti, *Arresti domiciliari e mancanza di mezzi elettronici per il controllo a distanza*, cit., p. 4151.

⁴³ Cfr., in tal senso, da ultimo, Cass., sez. II, 16 febbraio 2016, n. 6304, in *Dir. giust.*, ed. on-line del 17 febbraio 2016; Cass., sez. II, 4 novembre 2015, Di Pierno, in *CED Cass.*, n. 265897; Cass., sez. II, 10 novembre 2015, Pappalardo e altro, cit.; Cass., sez. II, 19 giugno 2015, Candolfi, in *CED Cass.*, n. 264230; *contra*, correttamente, Cass., sez. III, 1 dicembre 2015, Caredda, cit.

⁴⁴ Depone, fra l'altro, in tal senso la sostituzione della locuzione «se lo ritiene necessario» con quella «salvo che le ritenga non necessarie» nell'art. 275 *bis*, comma 1, c.p.p. per opera del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. in legge 21 febbraio 2014, n. 10. Sul tema, in generale, M.F. Cortesi, *Interventi sulle misure custodiali*, cit., pp. 34-35; E.M. Mancuso, *Sovraffollamento carcerario e misure d'urgenza: un intervento su più fronti per avviare un nuovo corso*, cit., p. 52 ss.; D. Negri, *Tecniche di riduzione della custodia cautelare ad extrema ratio*, in D. Chinnici-D. Negri (a cura di), *Le misure cautelari personali nella strategia del «minimo sacrificio necessario»*, cit., p. 48 ss.; P. Spagnolo, *Per una effettiva gradualità delle misure cautelari personali*, cit., p. 335 ss.; E. Turco, *La riforma delle misure cautelari*, cit., p. 108 ss.; E. Valentini, *Arresti domiciliari e indisponibilità del braccialetto elettronico: è il momento delle Sezioni Unite*, cit., p. 3-4; in giurisprudenza, Cass., sez. II, 10 novembre 2015, Pappalardo e altro, cit., p. 138.

gani politici ed amministrativi ... al fine di aumentare la disponibilità degli strumenti tecnici destinati al controllo delle persone sottoposte agli arresti domiciliari»⁴⁵. A fronte di una pronuncia incline a recepire le ragioni ispiratrici delle novelle dell'ultimo biennio⁴⁶, volte a reprimere l'abuso della custodia cautelare in carcere, è stato il legislatore a mostrarsi poco coraggioso. L'indisponibilità dello strumento elettronico ben poteva essere condizione ragionevole nei primi anni di operatività dell'istituto di nuovo conio; la sua stabilizzazione normativa è oggi non ulteriormente giustificabile, anche alla luce dell'evoluzione tecnologica.

Tocca, allora, alla Corte costituzionale rimuovere l'irragionevole condizione della disponibilità del braccialetto elettronico *ex art. 275 bis c.p.p.*, che si atteggia a comodo alibi per disapplicare ancora l'istituto, a quasi un ventennio dalla sua (astratta) introduzione.

⁴⁵ Cfr. § 3 del *Considerato in diritto*.

⁴⁶ Rammenta A. Scalfati, *Scaglie legislative sull'apparato cautelare*, cit., p. 12, che «nessuna riforma è effettiva se gli operatori giudiziari non sono pronti ad applicarla recependone le ragioni ispiratrici».