

LE SEZIONI UNITE E “LO SCANDALO DEL BRACCIALETTO”⁽¹⁾

Elena Valentini

La vicenda del braccialetto elettronico rappresenta in modo esemplare la distanza che spesso separa la realtà dal dato positivo, che possono divaricarsi, anche in modo sensibile, a causa di ritardi e inefficienze imputabili alla pubblica amministrazione; in questo caso, per di più, il superamento degli ostacoli concreti alla piena realizzazione del disegno legislativo sarebbe tutt'altro che insormontabile. Com'è facile intuire, la sorveglianza elettronica offre una varia serie di vantaggi: innanzitutto, identifica uno strumento formidabile per contrastare il sovraffollamento carcerario, poiché connotato da un livello di adeguatezza molto superiore ma da un'afflittività pressappoco corrispondente a quella degli arresti domiciliari “semplici”; oltre a ridurre il ricorso alla custodia carceraria, essa assicura anche un

sensibile abbattimento dei costi (molto più contenuti rispetto a quelli della detenzione, quantomeno nell'ipotesi di un impiego su vasta scala delle nuove strumentazioni), consentendo altresì di liberare le forze di polizia dal compito di svolgere i controlli *in loco*.

Non è semplice condensare in poche battute la parabola italiana del braccialetto elettronico; si tratta infatti di una storia ricca di opacità, costellata da inerzie che hanno significativamente compromesso (e tuttora compromettono) l'effettiva valorizzazione dell'istituto.

Sul piano squisitamente normativo, questa forma di sorveglianza viene introdotta nel 2000, con il cosiddetto “decreto antiscarcerazioni” (d.l. 341/2000); e già il nome la dice lunga sulla *ratio* ispiratrice del provvedimento governativo, volto a dilatare la durata massima della custodia cautelare in carcere e a rafforzare la risposta dell'apparato alle possibili trasgressioni delle misure

¹ Relazione tenuta dalla Prof.ssa Elena Valentini al Convegno “Custodia cautelare e sovraffollamento carcerario. Rimini Rimini...tre anni dopo” tenutosi a Rimini il 12 maggio 2017.

obbligatorie. A stretto giro – con decreto ministeriale del 2 febbraio 2001 – viene varato il relativo regolamento attuativo.

La novità è duplice, e riguarda tanto la disciplina cautelare quanto quella di ordinamento penitenziario, che appunto – con l’innovazione all’art. 47 ord. penit. – prevede la possibilità di monitorare elettronicamente il rispetto delle prescrizioni inerenti alla detenzione domiciliare.

Concentrando l’esame sull’innovazione che ha investito il codice di rito, la disciplina rilevante è quella introdotta con l’art. 275 *bis* c.p.p., secondo cui, «nel disporre la misura degli arresti domiciliari anche in sostituzione della custodia cautelare in carcere, il giudice, se le ritiene necessarie in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto, prescrive procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici, quando ne abbia accertato la disponibilità da parte della polizia giudiziaria». La disposizione contempla altresì la possibilità, per l’imputato, di rifiutare questa forma di controllo; per tale ragione, con il medesimo provvedimento applicativo degli “arresti domiciliari elettronici” il giudice è chiamato a disporre «l’applicazione della misura della custodia cautelare in carcere qualora l’imputato neghi il consenso all’adozione dei mezzi e strumenti anzidetti».

Nella disposizione si trova un riferimento all’esigenza, da parte del giudice, di verificare l’effettiva disponibilità dell’apparecchiatura da parte della polizia giudiziaria. Per come originariamente concepito, tale

riferimento era chiaramente funzionale a garantire un margine temporale tra l’entrata in vigore della novità normativa e la predisposizione materiale del nuovo strumento (acquisto, stipula della convenzione e del contratto col gestore telefonico, installazione delle centraline, addestramento: tanto che inizialmente era prevista una fase sperimentale da attuarsi solo in alcune città). Nondimeno, quella specificazione è comunque rimasta scritta nero su bianco, e si è di fatto oggettivizzata: il giudice, prima di applicare la sorveglianza elettronica, deve verificare la disponibilità dell’apparecchio, che potrebbe in concreto mancare per ragioni le più varie.

All’indomani dell’innesto dell’art. 275 *bis* c.p.p., viene attivata la convenzione con la Telecom; ma nei primi dodici anni di vita dell’istituto ci si è trovati dinanzi alla sua sostanziale disapplicazione: nonostante i considerevoli costi scaturiti dal contratto siglato con il gestore telefonico, la novità normativa viene infatti totalmente trascurata dalla prassi, tanto da determinare significative prese di posizione da parte sia del Consiglio di Stato (a margine di una vertenza promossa da *Fastweb* in ordine a una presunta violazione della disciplina in materia di libera concorrenza) sia della Corte dei Conti, organi che hanno entrambi censurato l’ingente spreco di risorse.

A seguire, però, muta lo scenario di contesto: non solo nel 2012 viene emessa una Raccomandazione del Consiglio d’Europa intesa a incentivare l’impiego della sorveglianza

elettronica, ma – soprattutto – nel gennaio 2013 arriva la sentenza Torreggiani, che racchiude precise direttive intese anche a potenziare tale modalità di controllo.

Non è un caso, quindi, se il legislatore sceglie di agire su più fronti, nella prospettiva di assecondare le indicazioni di tali organi sovranazionali.

Innanzitutto, con una modifica all'art. 282 *bis* c.p.p. (operata con d.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito con l. n. 15 ottobre 2013, n. 93), viene prevista la possibile applicazione della sorveglianza elettronica anche a presidio dell'allontanamento dalla casa familiare, così indirettamente testimoniando l'estensibilità di tale forma di controllo a tutte le misure che implicano limitazioni agli spostamenti territoriali dell'imputato.

Pochi mesi dopo interviene l'innovazione più significativa, realizzata con uno dei provvedimenti governativi cosiddetti "svuotacarceri" (segnatamente il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, poi convertito con l. 21 febbraio 2014, n. 10), che incappa in una vera e propria eterogenesi dei fini. In particolare, attraverso un maldestro intervento sul primo comma dell'art. 275 *bis* c.p.p., il legislatore cambia la locuzione «*se lo ritiene necessario*» – presente nella stesura originaria della norma – in quella «*salvo che lo ritenga non necessario*». All'esito della riforma, dunque, quando opta per gli arresti domiciliari, il giudice deve sempre applicare anche il monitoraggio elettronico, a meno che lo ritenga superfluo. L'effetto della variazione all'art. 275 *bis* c.p.p. è però evidentemente difforme da quello

perseguito dal legislatore: se l'intento era infatti quello di valorizzare l'applicazione degli arresti domiciliari al posto della custodia in carcere, una simile prescrizione non fa altro che ampliare l'ambito operativo dei domiciliari elettronicamente monitorati a discapito di quelli "semplici". In altri termini: nel rapporto tra custodia in carcere, arresti domiciliari elettronicamente monitorati e arresti domiciliari semplici, l'innovazione estende l'ambito operativo degli "arresti domiciliari elettronici" al contempo riducendo quello degli arresti domiciliari controllati con metodi tradizionali, senza scalfire l'ambito di applicazione della custodia carceraria.

Successivamente, con l. 16 aprile 2015, n. 47 – e dunque nell'ambito del più ampio disegno riformatore che ha recentemente investito la materia cautelare personale nel suo complesso – il legislatore interviene nuovamente, questa volta inserendo il comma 3 *bis* in seno all'art. 275 c.p.p.: stando al nuovo disposto, se applica la custodia in carcere il giudice deve specificare per quali ragioni ritiene inadeguati gli arresti domiciliari con braccialetto. Si tratta, a ben vedere, della disposizione – a rigore superflua, ma con ogni probabilità utile a contrastare le scorciatoie motivazionali comunque riscontrabili nella prassi – che avrebbe avuto in mente il legislatore del 2013, e che racchiude l'ennesima esplicitazione del principio di adeguatezza (già declinato in termini generali nel primo comma dell'art. 275, e in termini specificamente riferiti alla custodia in carcere negli artt. 275, comma 3, e 292, comma 2, lett. *c bis*, c.p.p.).

L'insieme di queste novità normative sortisce un effetto pressoché immediato, conseguente all'indotta sensibilizzazione della magistratura, da più fronti incalzata a prendere *realmente* in esame questa alternativa al carcere: il braccialetto elettronico, da misura "dimenticata" quale era stata per oltre dieci anni, diviene nel volgere di poco tempo una misura di largo impiego, tanto da determinare il rapido esaurimento delle scorte in dotazione alla polizia giudiziaria (e questo sebbene il rinnovo della convenzione alla Telecom, a dieci anni dalla prima, abbia determinato il passaggio dagli originari 400 apparecchi ai 2.000 attualmente disponibili). Nelle more dell'ulteriore ampliamento delle attrezzature, annunciato da tempo ma (allo stato) non ancora realizzato, nella prassi si instaura anche una fantomatica "lista d'attesa", totalmente deregolamentata – non c'è traccia di un simile istituto né nella disciplina del codice né in quella del regolamento attuativo – e incredibilmente rimessa alla gestione da parte della Telecom (!). Come prevedibile, l'inedita situazione venutasi a creare dal 2014 ha generato non solo la nascita di una significativa casistica giurisprudenziale in materia di braccialetto elettronico (fino a quel momento molto episodica), ma anche l'insorgere di due opposti schieramenti in giurisprudenza, in ordine al comportamento che il giudice deve assumere una volta che, preso atto dell'indisponibilità del braccialetto, debba optare per una soluzione necessariamente diversa.

Le opposte posizioni in campo si nutrono di una serie di argomenti piuttosto vari, e (quantomeno a mio

avviso) non sempre irresistibili². Ridotte all'osso, le ragioni a sostegno delle tesi in conflitto possono essere sintetizzate come segue.

Stando alla prima impostazione (quella dagli esiti più severi per l'imputato), se il giudice ha ritenuto adatti i soli "arresti domiciliari elettronici", allora ha evidentemente già scartato l'idoneità dei "domiciliari semplici"; a quel punto, giocoforza, l'unica misura adeguata a fronteggiare l'intensità delle esigenze cautelari non potrà che essere la custodia in carcere. Stando alle pronunce che aderiscono a questa (più risalente) posizione, gli esiti di una tale logica non violerebbero l'art. 3 Cost.: infatti, sebbene sia indubbia la disparità di trattamento riservata all'imputato che finisce in carcere a causa dell'indisponibilità del dispositivo (in quello specifico momento non reperibile), la soluzione non confligge col principio di uguaglianza né può dirsi irragionevole, posto che l'intensità dei *pericula libertatis* è comunque attribuibile all'imputato medesimo.

Secondo l'altra impostazione, visto che gli arresti domiciliari elettronicamente monitorati non identificano una misura diversa dagli arresti domiciliari (ma solo una modalità esecutiva degli stessi), il giudice che abbia individuato come massimamente adeguati gli arresti domiciliari con braccialetto dovrà necessariamente optare per i domiciliari "tradizionali". Stando a questa lettura, il presupposto logico –

² Per una disamina ben più dettagliata sul punto (nonché, più in generale, sul tema oggetto di questa relazione), rinvio a quanto scritto in E. VALENTINI, *Arresti domiciliari e indisponibilità del braccialetto elettronico: è il momento delle Sezioni unite*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 aprile 2016.

non sempre esplicitato, ma comunque sottostante, e di indubbia forza persuasiva – sta nell’idea secondo cui le inefficienze e i ritardi del sistema non possono essere fatti ricadere sull’imputato. Se è infatti vero che la scelta tra arresti domiciliari e custodia in carcere spesso dipende da fattori e contingenze che nulla hanno a che vedere con l’intensità delle esigenze cautelari (prima fra tutti l’indisponibilità del domicilio), in questo caso la differenza è eclatante, poiché l’alternativa carcere/domicilio viene a dipendere dall’incapacità dell’apparato di attuare le scelte (garantistiche) messe in campo dal legislatore.

Il tratto peculiare della vicenda è che tutte (o comunque gran parte) delle pronunce che si sono espresse sulla questione hanno impiegato toni tendenzialmente “assoluti”. Il che – come vedremo subito – ha reso più facile il compito delle Sezioni unite, le quali, chiamate a pronunciarsi sul contrasto, hanno bocciato entrambe le alternative fiorite nel panorama giurisprudenziale, in qualche misura tacciate di aver surrettiziamente introdotto due diverse forme di automatismo (in un senso o nell’altro) non contemplate dal dato normativo.

Segnatamente, sulla scorta della spaccatura riscontrabile nel diritto vivente, le Sezioni unite sono state chiamate a pronunciarsi su questo specifico interrogativo: «se il giudice, investito della richiesta di applicazione della misura cautelare degli arresti domiciliari con braccialetto elettronico, o di sostituzione della custodia cautelare in carcere con la predetta misura, in caso di indisponibilità di tale

dispositivo elettronico, debba applicare la misura più grave della custodia in carcere ovvero quella meno grave degli arresti domiciliari»

Posta dinanzi al quesito, e dopo aver dato conto della complessiva evoluzione della disciplina vigente in materia, la Corte ha innanzitutto confermato l’assunto secondo il quale gli arresti domiciliari “elettronici” non identificano una misura cautelare diversa rispetto agli arresti domiciliari “semplici”, ma solo una particolare modalità esecutiva del medesimo presidio. La conclusione era comune ad entrambi gli orientamenti, ma era stata oltremodo valorizzata – quale argomento a sostegno – dalla tesi più garantistica. Secondo tale esegesi, il fatto che il giudice già si sia orientato per gli arresti domiciliari con sorveglianza elettronica non avrebbe potuto che implicare, in seconda battuta, l’opzione per gli arresti domiciliari tradizionali, ovvero per la diversa modalità esecutiva della *medesima* misura cautelare.

In realtà, e ferma restando la correttezza della soluzione (le modalità di controllo non modificano la qualificazione giuridica del presidio, che resta sempre lo stesso), va detto che si trattava comunque di una questione priva di reali ricadute: infatti, il livello di adeguatezza di una misura cautelare prescinde dal suo inquadramento sistematico, prestandosi a variare sensibilmente in funzione dei singoli contenuti del provvedimento applicativo, che può prevedere prescrizioni e modalità di controllo anche molto differenziate. Non a caso, del resto, le stesse Sezioni unite, pur dopo aver chiarito la natura non

autonoma degli arresti domiciliari di cui all'art. 275 *bis* c.p.p., non traggono alcuna particolare inferenza da tale premessa di sistema.

Passando al cuore della pronuncia, la Corte ha restituito la questione negando che la stessa possa essere risolta in termini assoluti, e dunque “bocciando” entrambe le soluzioni messe in campo dal diritto vivente. In particolare, le Sezioni unite hanno tracciato una sorta di *vademecum*, affermando che il giudice dovrà decidere in due tempi: dopo aver valutato l'astratta idoneità degli arresti domiciliari con braccialetto elettronico, constatata la concreta indisponibilità dell'apparecchio dovrà verificare, in un secondo momento, quale sia la più idonea tra le due misure rimanenti (se la custodia in carcere o gli arresti domiciliari “semplici”).

Il tutto in virtù della necessità di evitare l'instaurazione di automatismi, sulla scorta delle indicazioni offerte dalla Corte costituzionale (in particolare con la serie di pronunce che si sono espresse sul regime presuntivo di cui all'art. 275, comma 3, seconda parte, c.p.p.).

Di primo acchito, la pronuncia è difficilmente criticabile, per la persuasività degli argomenti spesi e per la prudenza degli esiti decisorii raggiunti. Leggendo, risulta difficile non condividere i passaggi motivazionali e la soluzione (di buon senso) in concreto prescelta.

Ad una più attenta lettura, però, l'impressione è quella di trovarsi di fronte a una sentenza elusiva, che evita soluzioni drastiche muovendo dal ripudio degli automatismi e al contempo non si confronta fino in

fondo con tutti i dati normativi rilevanti per risolvere la questione.

Dal primo punto di vista, il richiamo alla giurisprudenza costituzionale in materia di “cattura quasi obbligatoria”, sebbene suggestivo, si pone in realtà fuori fuoco. Nel caso di specie, infatti, entrambe le tesi in campo intendevano sollecitare una presa di posizione volta ad ottenere un'indicazione sicura da parte delle Sezioni unite, onde evitare sperequazioni applicative conseguenti alla diversa sensibilità (anche ideologica) del singolo giudice: giudice che, essendo costretto a scartare l'applicazione dell'unica misura effettivamente idonea allo scopo (gli arresti domiciliari elettronicamente monitorati) avrebbe potuto privilegiare, sul piano astratto, le esigenze di tutela della collettività o – alternativamente – l'impossibilità di comprimere oltre il necessario la libertà del singolo (per cause imputabili alla pubblica amministrazione). In altri termini: nessuna delle due tesi contrapposte, in realtà, evocava automatismi, ma denunciava un problema, interrogandosi sul comportamento che il giudice deve in concreto tenere di fronte all'impossibilità di applicare la più adeguata tra le misure offerte dall'ordinamento. Per questo, come già accennato, il richiamato ripudio degli automatismi (evocato sull'onda dell'insegnamento della Corte costituzionale) non pare del tutto pertinente, e finisce demandare la delicatissima scelta al singolo giudice. Né, più in generale, la decisione delle Sezioni unite pare realmente innovativa. Infatti, affermare – come fa il principio di diritto enunciato in risposta al quesito – che il giudice,

«dato atto della impossibilità di adottare tale modalità di controllo, [deve] valutare la specifica idoneità, adeguatezza e proporzionalità di ciascuna delle misure, in relazione alle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto», non fa altro che richiamare i principi generali, così di fatto avallando (sia pure non apertamente) la più severa tra le due soluzioni in campo. Del resto, dietro alla tesi secondo la quale ove non sia disponibile il braccialetto elettronico va necessariamente applicata la custodia in carcere c'è un preciso – ed ineccepibile – rigore logico: se il giudice ha già scartato l'applicabilità degli arresti domiciliari “semplici”, evidentemente li ha già ritenuti non adeguati.

Sul piano dell'esegesi (e della mappatura della disciplina rilevante), nella sentenza manca una ponderata riflessione sul tenore dell'art. 275 *bis* c.p.p., per come risultante dalla modifica operata nel dicembre 2013. Si tratta – lo si è visto – di una disposizione in chiara controtendenza con la *ratio* che avrebbe inteso ispirarla: sebbene indotta dall'esigenza di restringere la portata della custodia in carcere, il suo effetto finale è quello di rendere meno semplice l'applicazione dei domiciliari tradizionali, che, per trovare spazio operativo, impongono al giudice un particolare onere motivazionale (oltretutto assai difficile da soddisfare, tanto da configurare una vera e propria *probatio diabolica*).

A ben vedere, in un'attenta prospettiva di riforma come quella operata nel 2015 sarebbe stato opportuno riportare l'art. 275 *bis* c.p.p. al suo tenore

originario; così formulato, esso replica una logica non così distante da quella sottesa alla “cattura quasi obbligatoria” (come pure a quella che fonda i tanti ulteriori automatismi presenti nella disciplina cautelare), poiché pone una presunzione relativa di inadeguatezza degli arresti domiciliari semplici a vantaggio di una presunzione relativa di adeguatezza di quelli elettronicamente monitorati.

E' chiaro come una simile prescrizione – che appunto si sarebbe dovuto espungere, soprattutto perché ha natura generale e condiziona in modo molto significativo i rapporti tra le due misure cautelari di più frequente applicazione – rischi di neutralizzare gli effetti della decisione delle Sezioni unite. Infatti, se il giudice non è stato in grado di superare tale presunzione in prima battuta, difficilmente riuscirà a farlo in seguito, sulla mera scorta dell'indisponibilità del braccialetto. Il che lo porterà a optare in concreto per la soluzione più severa, quella del carcere: ossia la soluzione più conforme al consueto percorso logico imposto al giudice cautelare, costretto ad alzare progressivamente l'asticella fino a trovare la misura sì meno restrittiva, ma sempre tra quelle idonee a fronteggiare i *pericula libertatis*.

Data la problematicità della norma, sarebbe forse stato opportuno che le Sezioni unite vi dedicassero maggiore attenzione; magari per affermare – a chiare lettere – che, riscontrata la mancanza delle apparecchiature, la presunzione di inadeguatezza dei “domiciliari tradizionali” deve ritenersi superata (dalle contingenze).

Più in generale, la pronuncia pare un po' troppo timida, là dove, oltre a non

censurare in maniera sufficientemente decisa lo scandalo delle mancate dotazioni da parte del governo, neppure menziona la prassi della “lista d’attesa”. Sebbene l’ordinanza di remissione non si occupasse di questo aspetto, sarebbe stato utile ricevere qualche indicazione in proposito da parte delle Sezioni unite: per come operante in concreto, tale prassi realizza infatti una gestione degli strumenti di controllo al di fuori di qualsiasi legalità, per di più affidata a un ente privato (la Telecom), con un palese rischio di abusi e sperequazioni (insite già solo nel fatto che non ogni ufficio giudiziario – comprensibilmente – aderisce a questa forma di regolamentazione *extra ordinem*).