

DIVIETO DI CONCESSIONE DI BENEFICI PENITENZIARI E REVOCA DEGLI ARRESTI DOMICILIARI C.D. «ESECUTIVI»: UN OPINABILE CASO DI ANALOGIA IN MALAM PARTEM

ROSSELLA MASTROTOTARO*

Cass, Sez. I, C.c. 12 gennaio 2005 (dep. 28 gennaio 2005), n. 2884 - Pres. Sossi – Est. **Giordano** – P.M. **Viglietta** (concl. conf.) - Imp. G.G

ISTITUTI DI PREVENZIONE E DI PENA (ORDINAMENTO PENITENZIARIO) - Condannato già agli arresti domiciliari per il fatto oggetto della condanna da eseguire - Successiva revoca degli arresti domiciliari, prima della pronuncia del tribunale di sorveglianza sull'eventuale applicazione di misure alternative - Divieto di concessione di tali misure ai sensi dell'art. 58-*quater* coma 2 ord. penit. - Operatività - Sussistenza.

*Attesa l'equiparabilità alla detenzione domiciliare di cui all'art.47-ter ord. penit. del regime detentivo che si instaura, ai sensi dell'art. 656 comma 1 c.p.p., nei confronti del detenuto già agli arresti domiciliari per il fatto oggetto della condanna da eseguire, l'eventuale, successiva revoca degli arresti domiciliari, quando non sia ancora intervenuta la decisione del tribunale di sorveglianza circa l'applicazione di una delle previste misure alternative, comporta l'operatività del divieto di concessione di tali misure, stabilito dall'art. 58-*quater* comma 2 ord. penit.*

* * *

Corte di Cassazione, Sezione I penale, 12 gennaio/28 gennaio 2005, n. 2884

OSSERVA:

con ordinanza in data 22/6/04 il Tribunale di sorveglianza di Venezia ha dichiarato inammissibile l'istanza di misure alternative alla detenzione presentata da G. G., ristretto in espiazione di pena per uno dei delitti previsti dal comma 1 dell'art. 4-bis O. P., ravvisando la causa ostativa di cui all'art. 58-*quater* comma 2 sul rilievo che al predetto, con provvedimento del 30/3/04, erano stati revocati gli arresti domiciliari in cui era stato mantenuto in via provvisoria, dopo il passaggio in giudi-

* Università del Salento

cato della sentenza di condanna, ai sensi dell'art. 656 comma 10 C.P.P.

Ha ritenuto il Tribunale che la situazione giuridica in cui era venuto a trovarsi il G. dopo il passaggio della sentenza di condanna fosse in tutto assimilabile, tanto da essere dallo stesso art. 656 comma 10 C.P.P. considerata come espiazione di pena, alla detenzione domiciliare.

Contro questa pronuncia l'interessato ha proposto ricorso per cassazione con il quale deduce violazione di legge per essere la norma di carattere restrittivo di cui all'art. 58-quater comma 2 O.P. stata applicata in via di analogia *in malam partem*.

Secondo l'assunto del ricorrente l'effetto ostativo da tale norma previsto potrebbe farsi discendere soltanto dalla revoca della misura alternativa di cui all'art. 47-ter O.P., alla quale è fatto riferimento nell'ambito di una elencazione tassativa.

La doglianza è priva di fondamento, e il gravame deve quindi essere rigettato con le conseguenze in ordine alle spese processuali previste dall'art. 616 C.P.P.

Ed invero, come ha evidenziato il Procuratore generale presso questa Corte, l'art. 656 comma 10 C.P.P., pur non qualificando il regime detentivo che si instaura *ope legis* con il passaggio in giudicato della sentenza nei confronti di chi si trova agli arresti domiciliari e che permane sino alla pronuncia del Tribunale di sorveglianza, dichiara espressamente ad esso applicabili gli adempimenti previsti dall'art. 47-ter O.P. demandandoli al magistrato di sorveglianza e configura una situazione di fatto e di diritto, considerata come espiazione di

pena, che corrisponde pienamente alla detenzione domiciliare provvisoria disciplinata dal comma 1-quater dell'art. 47-ter.

Si può dunque senz'altro affermare che il regime detentivo di cui si tratta altro non è che una particolare forma di applicazione provvisoria, che si distingue solamente per il modo di instaurazione automatica, dell'istituto della detenzione domiciliare al quale l'art 58-quater comma 2 O.P. fa riferimento.

Del tutto legittimamente quindi è stato ricollegato al provvedimento, non impugnato, con cui tale regime è stato revocato nei confronti del G. l'effetto ostativo da quest'ultima norma previsto.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali. Così deciso in Roma, il 12/1/05.

* * *

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, pronunciandosi sulla delicata questione inerente alla possibilità concedere misure alternative alla detenzione al condannato che abbia subito una precedente revoca degli arresti domiciliari in cui è stato temporaneamente mantenuto, ai sensi dell'art. 656 comma 10 c.p.p.,

dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. penit.¹, mostra di condividere la decisione del Tribunale di Venezia che ha dichiarato inammissibile l'istanza dell'interessato in considerazione dell'effetto ostativo esercitato dal disposto di cui all'art. 58-*quater* comma 2 ord. penit.

L'opzione ermeneutica postula, anzitutto, l'assimilazione della situazione giuridica in cui versa il condannato ristretto agli arresti domiciliari al momento del passaggio in giudicato della sentenza ad una forma particolare di detenzione domiciliare provvisoria instaurata *ope legis*.

Senonché, la natura giuridica di questa originale figura di «custodia domiciliare», introdotta dalla l. 27 maggio 1998, n. 165, è tutt'altro che pacifica in dottrina, come dimostrano le numerose teorie proposte al riguardo negli ultimi anni.

Sul punto, la l. n. 165/1998 è stata particolarmente sfuggente, limitandosi, genericamente, a far riferimento allo «stato detentivo» nel quale si trova il condannato che, al momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna, è ristretto in regime di arresti domiciliari per lo stesso fatto di reato.

¹ Nella fattispecie pare violato il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione di cui all'art. 656 comma 9 lett. a) c.p.p., in quanto il ricorrente era stato condannato per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. In dottrina si è osservato che il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione nei confronti dei condannati per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. che si trovino agli arresti domiciliari per lo stesso fatto oggetto della condanna, sebbene non previsto espressamente dall'art. 656 comma 10 c.p.p., si può arguire da considerazioni di ordine letterale e logico. Sotto il primo profilo, il rinvio del citato comma 10 dell'art. 656 c.p.p. al precedente comma 5 implica, di riflesso, il recepimento delle eccezioni ivi contenute. Sul versante logico, pare poco ragionevole prevedere un divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione delle condanne per reati particolarmente gravi nei confronti di soggetti che si trovino in stato di libertà e non nei riguardi di coloro che, condannati per gli stessi fatti, si trovino già in stato di restrizione a titolo cautelare a riprova della loro pericolosità sociale: cfr. DELLA CASA, *Commento all'art. 1 l. 27 maggio 1998, n. 165*, in *Leg. pen.*, 1998, p. 788; DEL NEVO, *Considerazioni critiche sulla riforma delle misure alternative alla detenzione*, in *Doc. giust.*, 1998, n. 7, p. 1252; in giurisprudenza, v. Cass., Sez. un., 13 luglio 1998, P.M. in proc. Griffa, in *Gazz. giur.*, 1998, n. 43, p. 54; nonché Cass., Sez. I, 20 dicembre 2001, Tursi, in *C.E.D. Cass.* n. 220369, secondo cui il divieto di sospensione dell'esecuzione delle pene detentive brevi, previsto dall'art. 656 comma 9 lett. a) c.p.p. nei confronti di soggetti che siano stati condannati per taluno dei delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. trova applicazione anche nel caso in cui il condannato si trovi agli arresti domiciliari per il fatto oggetto della condanna da eseguire, atteso che tale circostanza non fa venir meno la ragione del suddetto divieto, costituita dalla presunzione di particolare pericolosità dei soggetti in questione, contrapposta e prevalente rispetto a quella di ridotta pericolosità, in genere, dei condannati a pene detentive brevi, sulla quale si basa la regola della sospensione, nei loro confronti, dell'esecuzione di tali pene; *contra* Cass., Sez. II, 16 marzo 2000, P.M. in proc. Fort, in *C.E.D. Cass.*, n. 215557, dell'avviso che la disposizione di cui al comma 10 dell'art. 656 c.p.p. è applicabile anche nei confronti del condannato per i delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. penit.

Orbene, l'assimilazione proposta dalla sentenza che si annota, di primo acchito, sembrerebbe condivisibile se riferita al contenuto fattuale delle due situazioni, attesa l'identità, in astratto, delle prescrizioni limitative ed autorizzative previste dagli artt. 284 c.p.p. e 47-ter comma 4 ord. penit., rispettivamente, per la misura cautelare degli arresti domiciliari e per quella alternativa della detenzione domiciliare.

Tuttavia, attesa la disomogeneità della natura, dei presupposti e delle finalità delle due misure, quella cautelare e quella alternativa, non è improbabile che le relative situazioni restrittive si manifestino concretamente in forme diverse, a cominciare dal luogo di applicazione della custodia domestica, in quanto corredate da prescrizioni congeniali alle diverse finalità delle stesse. Onde l'insostenibilità dell'assunto della loro assimilazione anche sotto un profilo meramente fenomenico-fattuale.

Tale conclusione è confermata dalla constatazione che, mentre all'imputato in regime di arresti domiciliari è applicabile l'art. 284 c.p.p., il quale prevede tassative ipotesi di deroghe alle limitazioni della libertà di movimento e comunicazione del soggetto ristretto², al condannato ammesso alla detenzione domiciliare è applicabile l'ordinamento penitenziario, con la conseguente facoltà per il magistrato di sorveglianza di modificare e connotare le prescrizioni dettate dall'omonimo tribunale in rapporto alle esigenze rieducative del detenuto³.

Ad ogni modo, non pare corretto inferire la qualificazione e il conseguente regime giuridico di una misura, ivi inclusi gli effetti

² «Il provvedimento di concessione o diniego, all'imputato che sia agli arresti domiciliari, ad assentarsi nel corso della giornata dal luogo dell'arresto, nonchè - in caso di autorizzazione - quello di modifica o revoca, è inoppugnabile, perchè non decide sulla libertà personale, concedendo, negando o revocando la misura alternativa, ma disciplina esclusivamente le modalità di esecuzione della misura stessa che non si configurano come un diritto dell'imputato in quanto non incidono direttamente o radicalmente sullo "status libertatis"»: così Cass., Sez. I, 22 marzo 1989, Della Pasqua, in C.E.D. Cass., n. 181243.

³ In più occasioni la Corte di cassazione ha ribadito che anche la misura della detenzione domiciliare risponde alle finalità rieducative della pena: cfr. *ex plurimis*, Cass., Sez. I, 24 ottobre 1996, Chiofalo, in C.E.D. Cass., n. 206185, secondo cui la valutazione discrezionale del giudice di sorveglianza deve estendersi all'«opportunità del trattamento alternativo che (...) deve concernere le premesse meritorie e l'attingibilità concreta del beneficio, in relazione alla personalità del condannato». Per contro, parte della dottrina sottolinea che la detenzione domiciliare, nonostante sia inserita tra le misure alternative alla detenzione nel capo IV della l. n. 354/1975, si caratterizza per l'assenza di qualunque finalità rieducativa, configurandosi piuttosto quale modalità alternativa di esecuzione della pena, come si evince dalla rilevante carica afflittiva del regime custodiale in cui si estrinseca: cfr. D'ONOFRIO-SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, 2004, p. 215-216.

della revoca, dalla natura e dal tipo di prescrizioni che caratterizzano la medesima.

Daltro canto, non è possibile ravvisare nella situazione restrittiva di cui all'art. 656 comma 10 c.p.p. una detenzione domiciliare provvisoria instaurata *ope legis*, a seguito del passaggio in giudicato della sentenza di condanna nei confronti di chi si trova agli arresti domiciliari⁴, posto che l'unico automatismo previsto dalla disposizione in esame concerne la sospensione dell'ordine di esecuzione e l'instaurazione del procedimento di sorveglianza *ex artt.* 666 e 678 c.p.p., teso a verificare se il condannato meriti la concessione di una delle misure alternative di cui al comma 5 dell'art. 656 c.p.p.

Sotto questo profilo, l'interpolazione dell'art. 656 comma 10 c.p.p. operata dalla l. 19 gennaio 2001, n. 4, ampliando lo spettro delle misure alternative applicabili a favore del condannato agli arresti domiciliari⁵, ha alterato l'originaria sequenza procedimentale che vedeva il condannato progredire armonicamente dallo *status*

⁴ In tal senso, prima della riformulazione del comma 10 dell'art. 656 c.p.p. ad opera della l. 19 gennaio 2001, n. 4, MACCORA, *La disciplina dell'art. 656 c.p.p. ed i provvedimenti di urgenza di competenza del magistrato di sorveglianza alla luce della riforma operata dalla l. 27 maggio 1998 n. 165*, in AA.Vv., *Esecuzione penale e alternative penitenziarie* (l. 27 maggio 1998 n. 165), a cura di Presutti, Padova, 1999, p. 98.

⁵ Prima della riforma del 2001, l'art. 656 c.p.p. prevedeva che il tribunale di sorveglianza dovesse decidere senza formalità sulla concessione della detenzione domiciliare, mediante un procedimento semplificato, instaurato su semplice impulso del pubblico ministero e senza forma alcuna di contraddittorio e di comparizione delle parti, in modo da garantire il passaggio senza soluzione di continuità dagli arresti domiciliari alla detenzione domiciliare. I magistrati di sorveglianza prospettarono numerose eccezioni di incostituzionalità, *in primis* per violazione del diritto di difesa, assumendo che soltanto la diretta partecipazione del condannato poteva consentirgli di far valere gli specifici interessi che intendeva perseguire; in secondo luogo per violazione dell'art. 27 Cost., poiché l'applicazione della misura della detenzione domiciliare scaturiva non da una valutazione complessiva della situazione del condannato, bensì dallo *status libertatis* in cui lo stesso versava all'atto del passaggio in giudicato della sentenza; infine, per violazione del principio di uguaglianza *ex art.* 3 Cost., in quanto, a parità di condanna, soltanto l'interessato che si trovava in stato di libertà poteva richiedere la misura alternativa alla detenzione che, a proprio opinabile giudizio, meglio rispondeva alla concreta situazione personale, familiare, sociale, avvalendosi a tal fine di tutte le garanzie del procedimento di sorveglianza di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p. Senonché, la Corte di cassazione (Cass., Sez. I, 15 aprile 1999, Chiovitti, in *Cass. pen.*, 2000, p. 766) e il Giudice delle leggi (Corte cost., 4 novembre 1999 n. 422, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 949 s., con nota di VARRASO, *La conversione "automatica" degli arresti in detenzione domiciliare*) hanno asseverato la costituzionalità della norma. Il *modus procedendi* ivi previsto, infatti, doveva intendersi circoscritto ai soli casi in cui il tribunale di sorveglianza intendesse concedere senz'altro la misura detentiva domiciliare; in caso contrario, doveva seguirsi la procedura in contraddittorio prevista dagli artt. 678 comma 1 e 666 c.p.p. Analogamente doveva procedersi nel caso in cui il soggetto ammesso alla detenzione domiciliare intendesse ottenere altra misura alternativa di esecuzione delle pene detentive brevi.

cautelare degli arresti domiciliari a quello della detenzione domiciliare⁶.

Proprio la circostanza che il procedimento avviato dal pubblico ministero può ben sfociare nella concessione al condannato agli arresti domiciliari di una misura alternativa diversa dalla detenzione domiciliare - o cedere il testimone alla esecuzione delle pena *intra moenia*⁷ - impedisce *ex ante* di qualificare quello *status* restrittivo come detenzione domiciliare «provvisoria», preludio, quasi, di una successiva detenzione domiciliare «definitiva».

Sicché, solo in caso di definitiva ammissione del condannato alla misura detentiva domiciliare, quella precedente potrà essere definita, alla luce di un giudizio *ex post*, una detenzione domiciliare goduta provvisoriamente, a meno di non voler ritenere che si sia di fronte ad una novità assoluta del nostro sistema, che, per la prima volta, consente l'applicazione dei benefici penitenziari da parte di un giudice diverso da quello di sorveglianza⁸.

Tale opzione esegetica, tuttavia, prescinderebbe dalla considerazione della struttura del processo, inteso come insieme di fasi ordinate e successive, che attuano in forma progressiva la funzione tipica della giurisdizione penale, ciascuna delle quali è connotata da regole e provvedimenti tipici ed uffici giudiziari funzionalmente competenti all'adozione di questi ultimi.

Anche l'identità di contenuto tra gli arresti domiciliari e la condizione in cui permane il condannato a mente dell'art. 656 comma

⁶ La precedente versione della disposizione, che consentiva il passaggio diretto ed esclusivo dagli arresti alla detenzione domiciliare alimentava la c.d. teoria «minimalista», secondo cui la norma dell'art. 656 comma 10 c.p.p. non è altro che una mera «autorizzazione» del legislatore alla protrazione di una situazione detentiva, in attesa della decisione del tribunale di sorveglianza in ordine all'eventuale applicazione della detenzione domiciliare, senza soluzione di continuità rispetto alla misura cautelare degli arresti domiciliari: cfr. PRESUTTI, *Le misure alternative alla detenzione. Le nuove figure. I presupposti, le preclusioni e le revoche*, relazione per l'incontro di studio organizzato dal C.S.M. a Frascati il 16-17 novembre 1998. Circa le ricadute su tale impostazione della riformulazione dell'art. 656 comma 10 c.p.p. ad opera della l. n. 4/2001, v. FIORENTIN, *La custodia domiciliare prevista dall'art. 656 comma 10 c.p.p.: natura, poteri gestori del magistrato di sorveglianza e procedimento davanti al tribunale di sorveglianza*, in www.diritto.it.

⁷ Occorre tenere presente che l'applicazione della detenzione domiciliare non può mai costituire oggetto di un diritto, ma il risultato di una valutazione discrezionale complessa, tesa ad accertare non solo la effettiva ricorrenza delle condizioni oggettive e soggettive per l'accesso all'istituto, ma anche (ove detta valutazione dia esito positivo), la compatibilità o meno del beneficio con le esigenze di una effettiva espiazione della pena inflitta, tenendo conto delle molteplici finalità di quest'ultima, che sono, al tempo stesso, afflittive, preventive e recuperatorie: cfr. Cass., Sez. I, 4 novembre 1992, Milenkovic, in *C.E.D. Cass.*, n. 192433.

⁸ Così DEL NEVO, *Considerazioni critiche*, cit., p. 1252, il quale sottolinea il particolare peso che le decisioni del giudice di cognizione in materia di libertà personale vengono ad assumere ai fini del «percorso (...) del reo in sede esecutiva».

10, ultimo periodo, c.p.p., induce a ritenere che, passata in giudicato la sentenza di condanna e in pendenza del procedimento avviato dal pubblico ministero per l'eventuale applicazione di una misura alternativa, non si manifesti un diverso regime detentivo, sia pure per effetto di un automatismo processuale: si assiste, semplicemente, ad una conservazione dello *status* preesistente in attesa della decisione del tribunale, onde consentire all'interessato l'accesso alle misure alternative senza soluzione di continuità o, come efficacemente affermato, «senza assaggio di pena»⁹.

Sicché, come il condannato in stato di libertà continua a godere fino alla decisione del tribunale di sorveglianza sull'istanza di ammissione ad una delle misure previste, così il condannato agli arresti domiciliari vi permane fino alla conclusione del procedimento di sorveglianza inscenato dal pubblico ministero¹⁰.

Peraltro, la constatazione che la transizione dalla fase processuale di cognizione a quella dell'esecuzione, segnata dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna, comporta un «avvicendamento» dei titoli restrittivi impone di prendere le distanze dall'idea che lo stato detentivo *ex art. 656 comma 10 c.p.p.* sia qualificabile come arresti domiciliari prorogati *ex lege*, la cui gestione è affidata al magistrato di sorveglianza¹¹ in attesa della pronuncia dell'omonimo tribunale, competente in ordine alla decisione definitiva sul percorso penitenziario del condannato.

⁹ Cfr. DELLA CASA, *Codice commentato dell'esecuzione della pena*, a cura di Bertaccini e Guazzaloca, vol. III, Utet, 2002, p. 42.

¹⁰ Cfr. Corte cost., 4 novembre 1999, n. 422, *cit.*, secondo cui la finalità dell'art. 656 comma 10 c.p.p. «di impedire che il condannato agli arresti domiciliari possa fare ingresso in carcere all'atto dell'esecuzione della condanna prima di poter accedere alla misura alternativa più simile a quella cautelare» non è lesiva «di valori costituzionali», specie se si considera che la stessa l. n. 165/1998, all'art. 4, «ha profondamente mutato la configurazione della detenzione domiciliare», le cui «connotazioni consentono ora effettivamente di tracciare un qualche parallelismo con la misura degli arresti domiciliari, in termini senz'altro meno labili rispetto al passato».

¹¹ La competenza del magistrato di sorveglianza alla gestione di questa forma di arresti domiciliari prorogati è tutt'altro che pacifica. Invero, Mag. Sorv. Torino, ord. 26 giugno 2002, in *www.diritto.it*, ha sollevato conflitto negativo di competenza con la Corte di Appello di Torino circa l'adozione dei provvedimenti opportuni in merito alla misura degli arresti domiciliari a seguito della segnalazione di evasione. Il giudice *a quo*, anzitutto, ha osservato che la Corte di cassazione, con sentenza n. 1554/1992, aveva stabilito che, ai sensi dell'art. 300 c.p.p., «la sentenza di condanna non estingue le misure cautelari pendenti fino al sopravvenire dell'ordine di esecuzione (rimanendo in vita la misure, svincolate dalla loro durata massima, a garanzia dell'esecuzione)»; in secondo luogo, ha precisato che, a norma dell'art. 656 comma 10 c.p.p., «nel caso di sopravvenuta condanna nei confronti del detenuto agli arresti domiciliari, la misura cautelare deve essere prorogata, con ordine di esecuzione sospeso, divenendo il magistrato di sorveglianza, in attesa delle deliberazioni del tribunale di sorveglianza, competente al solo fine della concessione di autorizzazioni», competenza in cui non può ricomprendersi, «stando alla lettera della legge», anche quella a «sospendere, revocare, o aggravare la misura». Nel commento

Invero, tale impostazione, da un lato, non tiene in debita considerazione la diversità degli uffici che dispongono e, rispettivamente, modificano lo *status* in esame¹², dall'altro, trascura che gli arresti domiciliari rientrano nel *genus* delle misure cautelari personali e, dunque, non possono costituire modalità di esecuzione della pena detentiva. A tal proposito, è principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità che il passaggio in giudicato della sentenza di condanna ed il conseguente ordine di esecuzione sanciscono il mutamento della condizione personale di detenuto in attesa di giudizio in quella di detenuto in espiazione pena¹³.

A mezza via tra le due tesi opposte degli arresti prorogati e della detenzione domiciliare instaurata *ope legis* si colloca altro opzione esecutiva¹⁴, secondo cui la situazione descritta dall'art. 656 comma 10 c.p.p. rappresenta «una sorta di stato anodino, una specie di limbo tra il processo e la pena (...) non più arresti domiciliari, essendo concluso il processo di cognizione ed essendo affidata la gestione esecutiva al magistrato di sorveglianza, né ancora detenzione domiciliare, non essendo in tal caso prevista un'applicazione provvisoria di tale misura alternativa»¹⁵.

A ben guardare, la natura giuridica dello stato restrittivo in cui il condannato permane in attesa della decisione del tribunale di sorveglianza sulla eventuale concessione di una misura alternativa è definita dallo stesso art. 656 comma 10 c.p.p., secondo cui «il

a tale ordinanza, MARCHESELLI, *Arresti domiciliari ex art. 656 comma 10 c.p.p. La questione della competenza a provvedere alla sospensione della misura in casi di evasione, prima della pronuncia del tribunale di sorveglianza*, in www.diritto.it, rileva che «via per affermare la competenza del magistrato di sorveglianza è, in effetti, quella di ritenere che il richiamo, operato dall'art. 656 c.p.p., "agli adempimenti previsti dall'articolo 47-ter ord. penit." abbia carattere generale e non limitato, come invece nell'interpretazione di cui al provvedimento in rassegna, alle sole "autorizzazioni"».

¹² Così obliterando la specifica disposizione dell'art. 656 comma 10, ultimo periodo, c.p.p., che prevede la competenza del magistrato di sorveglianza per gli adempimenti connessi allo stato detentivo in esame, e la conseguente modificabilità, da parte del giudice della pena, di provvedimenti e prescrizioni adottati da altra autorità giudiziaria, in diversa sede e, come già notato, con finalità affatto diverse da quelle proprie dell'esecuzione penitenziaria.

¹³ Cfr. Cass., Sez. III, 30 novembre 1995, P.G. in proc. Tomagra, in *C.E.D. Cass.*, n. 203283; Id., Sez. VI, 29 novembre 1994, Pannuccio, *ivi*, n. 200880; Id., Sez. VI, 7 ottobre 1993, Massai Khemais, *ivi*, n. 196024; Id., Sez. I, 18 settembre 1992, P.M. in proc. Zogno, *ivi*, n. 192076.

¹⁴ MAZZAMUTO, *Carceri e sistema penitenziario*, in *Gazz. giur.*, 1998, n. 25, p. 5.

¹⁵ La disciplina dell'iter procedimentale di cui all'art. 656 c.p.p., nella parte in cui prevede che gli atti siano trasmessi a cura del pubblico ministero al tribunale di sorveglianza per l'applicazione di una delle misure alternative consentite, assumendo evidentemente che la situazione detentiva precedente non sia (ancora) una misura alternativa, costituisca un insuperabile ostacolo testuale alla teoria della costituzione *ope legis* della detenzione domiciliare che, altrimenti, dovrebbe solo essere ratificata, non certo concessa *ex novo* dal tribunale: v. FIORENTIN, *La custodia domiciliare*, cit.

tempo corrispondente è considerato come pena espiata a tutti gli effetti».

Uno stato, dunque, in cui, tenuto conto anche del carattere affittivo delle limitazioni imposte¹⁶, scorre il tempo dell'esecuzione della pena detentiva, sia pure nella forma attenuata della restrizione *extramoenia*, in conseguenza della sospensione dell'ordine di carcerazione. Al riguardo, va osservato che, mentre per i soggetti in stato di libertà al momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna, il decreto di sospensione *ex art. 656 comma 5 c.p.p.* incide sull'*an* della esecuzione della pena detentiva, per coloro già ristretti agli arresti domiciliari per il fatto oggetto della condanna da eseguire, l'omologo provvedimento di cui al successivo comma 10 del medesimo articolo si riflette solo sul *quomodo* dell'esecuzione.

Coerentemente, l'ultimo inciso del comma 10 dell'*art. 656 c.p.p.* devolve gli adempimenti previsti dall'*art. 47-ter ord. penit.* al magistrato di sorveglianza¹⁷.

La stessa esigenza di garantire, anche durante questa breve fase parentetica, che il trattamento riservato ai condannati in espiazione di pena sia conforme al senso di umanità e tenda alla risocializzazione del reo implica la possibilità di tempestivi interventi

¹⁶ Oltre all'obbligo principale di non allontanarsi dal proprio domicilio, possono prevedersi prescrizioni aggiuntive, quali il divieto per il ristretto di avere rapporti, anche nella forma di meri contatti occasionali, con persone diverse dai suoi conviventi o da coloro che lo assistono. Invero, l'esigenza di assistenza che legittima il contatto del soggetto ristretto con persone diverse dai suoi conviventi si correla al tipo e alla gravità della malattia da cui il medesimo è affetto, dovendosi sempre conciliare al meglio le esigenze di cautela processuale con il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità: cfr. Cass., Sez. VI, 2 febbraio 1995, Paziente, in *C.E.D. Cass.*, n. 200767. Con d.l. 24 novembre 2000, n. 341, conv. nella l. 19 gennaio 2001, n. 4, è stata prevista, altresì, la possibilità per il giudice di prescrivere l'uso di strumenti elettronici di controllo atti a realizzare una forma di vigilanza a distanza dell'arrestato. Sulle prescrizioni aggiuntive degli arresti domiciliari v. MEYER, *Alcune particolari modalità degli arresti domiciliari*, in *Cass. pen.*, 1985, p. 1925.

¹⁷ DELLA CASA, *Commento all'art. 1*, cit., p. 790, riconosce una vera e propria competenza funzionale al magistrato di sorveglianza per tutte le questioni prospettate in questo lasso di tempo. Invero, il riferimento agli «adempimenti previsti dall'*art. 47-ter ord. penit.* non deve intendersi alla lettera, essendo sintomatico della volontà del legislatore di demandare al magistrato di sorveglianza tutti quelli adempimenti - ad esempio l'autorizzazione a comparire davanti ad altra autorità giudiziaria per ragioni di giustizia *ex art. 22 disp. att. c.p.p.* - che si rendano necessari durante la parentesi detentiva *de qua*.

La competenza per territorio deve essere determinata, in forza della regola generale di cui all'*art. 677 comma 1 c.p.p.*, con riferimento al luogo in cui si trova il condannato al momento della presentazione dell'istanza, in quanto, nei confronti del condannato ristretto agli arresti domiciliari, l'esecuzione della pena è già iniziata, di tal che egli non può considerarsi in stato di libertà, bensì di detenzione, sia pure in forma attenuata: v. DELL'INNOCENTI-FALDI, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, Giuffrè, 2005, p. 311.

«correttivi» *ad hoc* ogniquale volta le originarie prescrizioni imposte al fine di fronteggiare i *pericula* di cui all'art. 274 c.p.p. non siano funzionali al perseguimento delle finalità che governano l'esecuzione della pena¹⁸.

Peraltro, il richiamo agli adempimenti connessi alla misura della detenzione domiciliare, lungi dal connotare la natura del peculiare stato detentivo di cui all'art. 656 comma 10 c.p.p., si spiega, più semplicemente, con considerazioni di natura pratica, legate alla necessità di individuarne *per relationem* la corrispondente regolamentazione.

Evocando gli artt. 656 comma 10, ultimo periodo, c.p.p. e 47-ter ord. penit. situazioni fattuali identiche, «sagomate» sulla restrizione dell'interessato nella propria abitazione o in luoghi assimilati, è verosimile che in entrambe le situazioni si profileranno le stesse esigenze da fronteggiare con i medesimi strumenti processuali, quale, ad esempio, l'autorizzazione al condannato ad allontanarsi dal luogo di detenzione per il tempo strettamente necessario per provvedere alle sue indispensabili esigenze di vita o per esercitare un'attività lavorativa, in considerazione di una condizione personale o familiare di indigenza.

Né il riferimento a quegli adempimenti è sufficiente per concludere che il legislatore abbia voluto configurare un nuovo tipo di detenzione domiciliare, sulla scia dell'innegabile proliferazione di nuove forme di detenzione domestica registratasi negli ultimi interventi normativi in materia¹⁹. *Ubi voluit lex dixit*, esattamente come è accaduto quando la l. n. 165/1998 ha introdotto le due nuove tipologie di detenzione domiciliare di cui all'art. 47-ter comma 1-bis e 1-ter ord. penit.²⁰.

¹⁸ Si pensi, a titolo esemplificativo, alla possibilità di assentarsi dal luogo di detenzione domestica per contatti con le strutture di recupero sociale o terapeutico, per coltivare rapporti familiari o per partecipare ad attività di formazione culturale o professionale. Tali opportunità rieducative coincidono con quelle offerte ai detenuti in regime ordinario (v., tra l'altro, art. 30-ter ord. penit.): cfr. FIORENTIN, *La custodia domiciliare*, cit.

¹⁹ Negli ultimi anni si è assistito ad una moltiplicazione esponenziale di forme di esecuzione della pena nella propria abitazione o in luogo di privata dimora. Allo stato, il sistema normativo ne prevede, addirittura, sette forme diverse: a) quella di cui all'art. 47-ter comma 1 (c.d. «detenzione domiciliare sanitaria»); b) quella di cui all'art. 47-ter comma 1-bis (c.d. «detenzione domiciliare generica»); c) quella di cui all'art. 47-ter comma 1-ter (c.d. «detenzione domiciliare umanitaria»); d) quella di cui all'art. 47-quater; e) quella di cui all'art. 47-quinquies, comma 1 (c.d. «detenzione domiciliare speciale»); f) quella di cui all'art. 47-quinquies ultimo comma, lettera a) (c.d. «detenzione domiciliare speciale prorogata»); g) quella prevista per le persone che collaborano con la giustizia (art. 16-nonies d.l. 15 gennaio 1991 n. 8, conv., con modificazioni, nella l.15 marzo 1991, n. 82, come introdotto dall'art. 14 l. 13 febbraio 2001, n. 45).

²⁰ DEL NEVO, *Considerazioni critiche*, cit., p. 1252.

Se il regime detentivo in cui permane il condannato in attesa della decisione del tribunale di sorveglianza, a mente dell'art. 656 comma 10 c.p.p., non è qualificabile *stricto sensu* detenzione domiciliare, allora, anche la revoca del medesimo prima che sia intervenuta la suddetta pronuncia è inidonea a produrre l'effetto ostativo di cui all'art. 58-*quater* comma 2 ord. penit.²¹.

Alla revoca degli «arresti domiciliari esecutivi» consegue soltanto la rimozione dell'effetto sospensivo *ex* art. 656 comma 5 c.p.p. e l'immediata esecuzione della pena.

Nel caso di specie, dunque, è stato erroneamente invocato dal Tribunale di sorveglianza di Venezia, prima, e dalla Suprema Corte, poi, a fondamento della ritenuta inammissibilità dell'istanza di misure alternative presentata dal condannato *in vinculis*, l'effetto inibitorio di cui all'art. 58-*quater* comma 2 ord. penit.

D'altronde, la circostanza che l'epilogo del procedimento di sorveglianza attivato dal pubblico ministero *ex* art. 656 comma 10 c.p.p. sia stato segnato dalla revoca dello stato detentivo in cui il condannato era stato mantenuto in via provvisoria, anzichè da una decisione del tribunale che abbia negato l'applicazione di una delle misure alternative di cui al comma 5 dell'art. 656 c.p.p.²², avrebbe comunque impedito di calibrare la declaratoria di inammissibilità su un preteso divieto di *bis in idem*, a norma dell'art. 666 comma 2 c.p.p.

²¹ L'automatica estensione da una fattispecie ad un'altra di disposizioni sfavorevoli al reo, come l'art. 58-*quater* comma 2 ord. penit., è praticabile solo se tra le due fattispecie del rapporto di estensione sia riconoscibile un rapporto di perfetta omogeneità, e non di mera assimilazione. L'opzione ermeneutica non condivisa finisce, invece, per estendere – *in malam partem* – alla revoca dello stato detentivo di cui all'art. 656 comma 10 c.p.p. la disciplina preclusiva applicabile, per espresso disposto dell'art. 58-*quater* comma 2 ord. penit., alla revoca della detenzione domiciliare ordinaria, realizzando, in tal modo, un risultato non giustificato alla luce della diversa natura delle due fattispecie di custodia domiciliare in confronto.

D'altro canto, l'art. 58-*quater* comma 2 ord. penit. è norma di stretta interpretazione anche per il suo indubbio carattere eccezionale. Essa introduce nell'ordinamento un rigido divieto di concessione di determinati benefici penitenziari, sottraendo al giudice di sorveglianza la possibilità di valutare gli eventuali progressi trattamentali compiuti dal condannato successivamente alla revoca della misura alternativa e di apprezzare la rilevanza della violazione commessa, in rapporto all'evoluzione della personalità del detenuto, ai fini della concessione di benefici penitenziari prima della scadenza del termine triennale stabilito.

²² La soluzione di un'immediata segnalazione al tribunale di sorveglianza delle violazioni accertate durante la restrizione *ex* art. 656 comma 10 c.p.p. ad opera del magistrato preposto agli adempimenti previsti per questa fase, affinché l'organo collegiale ne tenga conto in sede di decisione sulla eventuale applicazione delle misure alternative, è proposta da chi esclude la possibilità di sospendere, in via cautelativa, ai sensi dell'art. 51-*ter* ord. penit., gli «arresti domiciliari esecutivi»: cfr. la dottrina citata *infra*, nota 24.

A dire il vero, è lo stesso riconoscimento del potere di revoca di questa ibrida forma di arresti domiciliari, prima ancora che il tribunale si sia pronunciato sulla eventuale applicazione di una misura alternativa, a non convincere. Anche volendo ritenere, in linea con la decisione in commento, che «il regime detentivo che si instaura *ope legis* con il passaggio in giudicato della sentenza di condanna nei confronti di chi si trova agli arresti domiciliari (...) corrisponde pienamente alla detenzione domiciliare provvisoria disciplinata dal comma 1-*quater* dell'art. 47-*ter*» ord. penit., dalla quale si distinguerebbe «solamente per il modo di instaurazione automatica», occorrerebbe ammettere che il naturale epilogo del procedimento di sorveglianza instaurato per impulso del pubblico ministero *ex art. 656 comma 10 c.p.p.*, in presenza di condotte incompatibili con il beneficio della detenzione domiciliare, *medio tempore* tenute dal condannato, sia il diniego della misura alternativa.

Sembra indiscutibile, infatti, che la revoca di una misura alternativa presupponga effetti costitutivi, non provvisori, da rimuovere.

Non a caso, anche la dottrina che riconosce la possibilità di disporre la sospensione cautelativa *ex art. 51-ter* ord. penit. della detenzione domiciliare applicata provvisoriamente, a norma dell'art. 47-*ter* comma 1-*quater* ord. penit.²³, dubita che il provvedimento finale del tribunale di sorveglianza possa revocare la misura, non ancora applicata definitivamente dall'organo collegiale, anziché rigettare l'istanza di concessione della stessa.

Sicché, pure ipotizzando che il meccanismo della sospensione cautelativa sia estensibile agli «arresti domiciliari esecutivi»²⁴,

²³ In tal senso MARCHESELLI, *L'esecuzione penale domiciliare. La difficile ricostruzione di un sistema*, in *www.diritto.it*, muovendo dalla considerazione che si tratta pur sempre di detenzione domiciliare in esecuzione, ancorché provvisoria. Sulla applicabilità del meccanismo sospensivo *ex art. 51-ter* ord. penit. anche alla detenzione domiciliare applicata provvisoriamente v., anche, CANEPA-MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, 8ª ed., Giuffrè, 2006, p. 355.

²⁴ In alcuni uffici di sorveglianza è invalsa la prassi di disporre la sospensione cautelativa dello stato detentivo di cui all'art. 656 comma 10 c.p.p. facendo leva sul richiamo, operato dallo stesso articolo, «agli adempimenti previsti dall'articolo 47-*ter*» ord. penit., al quale deve attribuirsi carattere generale e non limitato alle sole «autorizzazioni». In dottrina, si è negata la possibilità di sospendere in via cautelativa la custodia domestica di cui all'art. 656 comma 10 c.p.p., in quanto la mancanza di un provvedimento di concessione della misura alternativa, del quale non potrà mai essere disposta la revoca, appare un ostacolo logicamente insuperabile all'estensione di quella disciplina all'ipotesi *de qua*: cfr. COMUCCI, *Problemi applicativi della detenzione domiciliare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 208; DELLA CASA, *Commento all'art. 1*, cit., p. 791. Secondo CANEPA-MERLO, *Manuale*, cit., p. 355, posto che il comma 10 dell'art. 656 c.p.p. richiama le disposizioni di cui all'art. 47-*ter* ord. penit., occorre ritenere che agli arresti domiciliari nella fase interlocutoria sia applicabile, quantomeno, la sospensione (discrezionale: v. Corte cost. n. 173/1997, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 809) per il caso di segnalata evasione, prevista dal

occorre prendere atto che, all'esito della procedura di cui all'art. 51-ter ord. penit., il tribunale di sorveglianza, qualora ritenga che i comportamenti posti in essere dal condannato siano corrispondenti a quelli che imporrebbero la revoca della corrispondente misura alternativa, deve semplicemente negare l'«applicazione» di quest'ultima.

E naturalmente, il diniego di una misura alternativa per inidoneità del condannato ad intraprendere un percorso rieducativo *extra moenia* non costituisce causa ostativa al futuro godimento dei benefici penitenziari *ex art. 58-quater* comma 2 ord. penit.²⁵.

comma 9 di quest'ultimo articolo.

²⁵ La dottrina ha rilevato criticamente come la «blindatura» della pena detentiva per un periodo di tre anni, provocata dalla revoca di una misura alternativa (art. 58-quater comma 2 ord. penit.), «contrasta apertamente con la realtà del percorso trattamentale, che non può essere concepito come una lineare *situation in progress*, ma è fatto di avanzamenti e di ripiegamenti, ai quali deve corrispondere un sistema duttile di sanzioni positive e negative»: v. DELLA CASA, *La crisi d'identità delle misure alternative tra sbandamenti legislativi, esperimenti di «diritto pretorio» e irrisolte carenze organizzative*, in *Cass. pen.* 2002, 3283.

