

## Sospensione condizionale della pena e condanna infratriennale: vademecum operativo sui divieti cautelari imposti dall'art. 275 comma 2-bis c.p.p.

di **Antonio Gatto**

**Sommario:** **1.** La ricostruzione storica della disposizione. – **2.** I divieti connessi alla sospensione condizionale della pena. – **2.1.** Lo specifico riferimento a "custodia cautelare in carcere" e "arresti domiciliari". – **2.2.** Le misure cautelari di cui agli artt. 285 bis e 286 c.p.p. – **2.3.** Le misure previste nel processo minorile. – **2.4.** L'applicabilità anche in fase dinamica. – **3.** I divieti attinenti alla condanna infratriennale. – **3.1.** "Salvo quanto previsto dal comma 3". – **3.2.** L'eccezione dell'aggravamento sanzionatorio ex art. 276 comma 1 ter c.p.p. – **3.3.** La condanna infraquinquennale per evasione ex art. 284 comma 5 bis c.p.p. – **3.4.** L'inesensibilità del regime derogatorio di cui all'art. 391 comma 5 c.p.p. – **3.5.** Il delitto di evasione e la barriera preclusiva dell'art. 275 comma 2 bis c.p.p. – **3.6.** Divieto di custodia carceraria solo in fase genetica o anche in fase dinamica? – **3.7.** La prognosi di pena e il principio dell'assorbimento. – **3.8.** I reati ostativi e la mancanza di un luogo di esecuzione dei domiciliari. – **3.9.** La rilevabilità d'ufficio dei divieti previsti dall'art. 275 comma 2 bis c.p.p. – **4.** Schema finale di sintesi.

### **1. La ricostruzione storica della disposizione.**

Al fine di meglio lumeggiare la portata normativa delle disposizioni contenute nell'attuale testo dell'art. 275 comma 2 bis c.p.p., appare opportuno procedere preliminarmente alla ricognizione storica della statuizione in esame.

Il comma 2 bis dell'art. 275 del codice di rito è stato introdotto dall'art. 4 della L. 332/1995<sup>1</sup>, secondo cui "Non può essere disposta la misura della custodia cautelare se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena".

Il testo originario del comma in commento, dunque, prevedeva semplicemente il divieto di disporre la misura della "custodia cautelare" in ipotesi di prognosi favorevole in ordine alla concedibilità, con la successiva sentenza di condanna in sede di giudizio di merito, del beneficio della sospensione condizionale della pena.

---

<sup>1</sup> La riforma introdotta nel 1995 viene analizzata da O. LUPACCHINI, *La riforma dell'8 agosto 1995: come viene applicata come viene discussa - Dubbi sull'effettiva portata delle modificazioni agli artt. 274 e 275 c.p.p.*, in *Diritto Penale e Processo*, 1996, 1, p. 124.

Il comma 2 *bis* dell'art. 275 c.p.p. è stato poi modificato, dopo circa un ventennio, dall'art. 8 del D.L. 92/2014, il quale ha statuito: *"Non può essere applicata la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena. Non può applicarsi la misura della custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva da eseguire non sarà superiore a tre anni"*.

Come si vede, il Decreto Legge del 2014 è intervenuto a modificare il primo periodo del comma 2 *bis* dell'art. 275 c.p.p., in relazione alla sospensione condizionale, e ha introdotto un nuovo (secondo) periodo alla disposizione in esame, che attiene, invece, all'entità della *"pena detentiva da eseguire"*.

In verità, la modifica apportata al primo periodo, con la semplice sostituzione dell'espressione *"misura della custodia cautelare"* con quella *"misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari"*, non ha sostanzialmente alcuna reale portata normativa, in virtù di quanto stabilito dall'art. 284 comma 5 c.p.p., secondo cui *"l'imputato agli arresti domiciliari si considera in stato di custodia cautelare"*<sup>2</sup>.

Vi era già, dunque, una specifica disposizione, nell'ambito del codice di rito, che faceva (e fa) convergere nell'espressione *"custodia cautelare"*, sia la misura della custodia in carcere sia quella degli arresti domiciliari.

Certamente più innovativa e problematica risulta, invece, la disposizione contemplata nel secondo alinea dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., a seguito dell'entrata in vigore del D.L. 92/2014.

In ogni caso, va rilevato che, in sede di conversione, la L. 117/2014 ha significativamente modificato il testo introdotto dal D.L. 92/2014, con la conseguenza che ne è scaturito il seguente testo dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p.: *"Non può essere applicata la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena. Salvo quanto previsto dal comma 3 e ferma restando l'applicabilità degli articoli 276, comma 1-ter, e 280, comma 3, non può applicarsi la misura della custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni. Tale disposizione non si applica nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 423-bis, 572, 612-bis e 624-bis del codice penale, nonché all'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, e quando, rilevata l'inadeguatezza di ogni altra misura, gli*

---

<sup>2</sup> Sui molteplici argomenti che, anche prima della riforma del 2014, inducevano a ritenere che anche gli arresti domiciliari, al pari della custodia carceraria, fossero preclusi dal testo dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., occorre ricordare G. SPANGHER, *La sospensione condizionale esclude anche gli arresti domiciliari?*, in *Diritto Penale e Processo*, 1997, 3, p. 326.

*arresti domiciliari non possano essere disposti per mancanza di uno dei luoghi di esecuzione indicati nell'articolo 284, comma 1, del presente codice*<sup>3</sup>.

L'ultima modifica che ha interessato il comma in esame è stata introdotta dal recente art. 16 comma 1 L. 69/2019, che ha aggiunto il reato di cui all'art. 612 *ter* c.p. (Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti) all'elenco dei delitti esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. (terzo periodo del medesimo comma).

Così ricostruiti gli interventi legislativi che hanno, dapprima, introdotto e, successivamente, modificato il testo dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., è possibile ora procedere all'analisi dei contenuti della disposizione in esame.

## **2. I divieti connessi alla sospensione condizionale della pena.**

Come anticipato, l'originario testo del codice di rito non prevedeva alcuna disposizione specifica attinente al particolare rilievo in sede cautelare della prognosi di concedibilità, con la sentenza destinata a definire il giudizio di merito, del beneficio della sospensione condizionale della pena.

Una puntuale statuizione in tal senso è stata introdotta solo con la L. 332/1995, la quale ha inserito, nel testo dell'art. 275 c.p.p., il comma 2 *bis*.

A seguito delle modifiche intervenute con la L. 117/2014, il testo attualmente in vigore del primo periodo dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., risulta, dunque, essere il seguente: *"Non può essere applicata la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena"*. È stato, pertanto, espressamente previsto un preciso divieto di applicazione della custodia cautelare nell'ipotesi in cui sia prevedibile, da parte del Giudice della cautela, la concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena con la sentenza di definizione del giudizio di merito.

---

<sup>3</sup> Ampia parte della dottrina ha espresso, sin da subito, pesanti critiche alla riforma che, nel 2014, ha interessato il comma 2 *bis* dell'art. 275 c.p.p., ponendo in evidenza aporie, contraddizioni e dimenticanze del dettato normativo; si richiamano, in particolare: F. VIGANÒ, *Pubblicato ed entrato in vigore un decreto legge sul risarcimento dei detenuti vittima di sovraffollamento (con una importante e problematica modifica in materia di custodia cautelare in carcere)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 30/6/2014; F. VIGANÒ, *Una norma da eliminare: l'art. 8 del d.l. 92/2014*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 7/7/2014; S. FIORE, *Maneggiare con cautela. Per un uso consapevole dei limiti normativi all'uso della custodia in carcere (ancora a proposito dell'art. 275 comma 2 bis c.p.p.)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*; M. DANIELE, *Il palliativo del nuovo art. 275 comma 2 bis c.p.p. contro l'abuso della custodia cautelare*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 22/9/2014; in senso pienamente favorevole si esprime, invece, M. CERESA GASTALDO, *Tempi duri per i legislatori liberali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10/7/2014, secondo cui la disposizione introdotta costituisce *"un presidio di reale garanzia, che attraverso l'ideale collegamento tra il piano cautelare e quello dell'esecuzione della pena traduce e rende effettivo il principio di proporzionalità"*; sul D.L. 92/2014, si veda anche D. CHINNICI - I. PARDO, *Sulla modifica dell'art. 275, comma 2-bis, c.p.p. tra punti fermi e zone d'ombra*, in *Archivio Penale*, 2014, n. 3.

La Corte costituzionale, chiamata subito a pronunciarsi sulla conformità di tale disposizione ai principi costituzionali (in particolare: artt. 3, 25 comma 1, 27 comma 2 e 101 comma 2 Cost.) ha statuito che la norma in questione, non solo non contrasta con la Carta costituzionale, ma rappresenta *“il naturale sviluppo del principio di proporzionalità sancito dal comma 2 dello stesso art. 275 c.p.p., giacché, alla indefettibile correlazione che deve stabilirsi tra il differenziato livello di compressione della libertà personale, tipico di ciascuna misura, e l’entità della sanzione che si ritiene possa essere irrogata, coerentemente si sovrappone l’inapplicabilità delle più gravi misure custodiali nell’ipotesi in cui il giudice ritenga che l’irroganda pena possa non essere eseguita per la sussistenza dei presupposti che legittimano la concessione del beneficio della sospensione condizionale”*<sup>4</sup>.

### **2.1. Lo specifico riferimento a “custodia cautelare in carcere” e “arresti domiciliari”.**

È certamente da ritenere che il divieto di applicazione della custodia cautelare in ipotesi di previsione della concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena riguardi, stando alla lettera dell’art. 275 comma 2 *bis* (primo periodo) c.p.p., solo ed esclusivamente le due misure custodiali inframuraria e domiciliare, non anche le misure meramente coercitive e interdittive<sup>5</sup>.

Il principio era già pacificamente affermato dalla giurisprudenza, vigente il precedente testo della disposizione in esame, che utilizzava l’espressione *“custodia cautelare”*. L’assunto è ulteriormente confermato oggi, a seguito delle modifiche intervenute con il D.L. 92/2014 conv. in L. 117/2014, che, in maniera ancor più chiara, specifica che il divieto riguarda la *“custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari”*.

Il divieto sancito dall’art. 275 comma 2 *bis* (primo periodo) c.p.p. si riferisce, pertanto, esclusivamente alla custodia carceraria e agli arresti domiciliari, non alle misure non custodiali o interdittive<sup>6</sup>.

In tal senso depone la costante giurisprudenza di legittimità, secondo la quale il divieto di applicazione di una misura cautelare, allorché sia ipotizzabile la concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena nell’eventualità di condanna nel giudizio di merito, è riferibile soltanto alla misura carceraria e agli arresti domiciliari e non alle altre limitazioni della libertà personale che possono essere disposte in fase cautelare<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Corte cost., 22/7/1996 – dep. 11/7/1996, n. 278, in *Diritto Penale e Processo*, 1996, p. 1067, e in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, p. 2422.

<sup>5</sup> Sulla situazione anteriore alla riforma del 2015, si segnala G. TERRANOVA, *Misure cautelari e prognosi di sospensione condizionale della pena*, in *Giurisprudenza italiana*, 1995, 6.

<sup>6</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 18299 del 10/1/2017 - dep. 11/4/2017, Benci.

<sup>7</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 39976 del 19/9/2013 - dep. 26/9/2013, Amorello, Rv. 256273, in un caso relativo alla misura dell’obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria; Sez. 6, n. 18683 del

Se così è, e non v'è dubbio che lo sia, stante il tenore letterale della norma in esame, occorre comunque considerare che, poiché la disposizione dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. non formula alcun parametro oggettivo cui debba ancorarsi l'apprezzamento giudiziale circa la prognosi di applicabilità del beneficio della sospensione condizionale della pena, ai fini dell'eventuale applicazione della misura coercitiva è d'obbligo il riferimento ai limiti fissati dagli artt. 163 e 164 c.p. e alla pericolosità dell'indagato, desumibile dagli indici previsti dall'art. 133 c.p., inerenti al delitto contestato, alle modalità di esecuzione e alla personalità del prevenuto, perché possa in definitiva argomentarsi che l'autore del fatto si asterrà dal commettere ulteriori reati<sup>8</sup>. Conseguentemente, la pericolosità sociale dell'indagato non può che essere apprezzata sulla base dei medesimi parametri valutativi, sia che si tratti di pronosticare la futura concedibilità del beneficio della sospensione condizionale, sia che si intenda valutare la probabilità di futura commissione di ulteriori delitti. I criteri da adottare, desumibili dall'art. 133 c.p., risultano, infatti, assolutamente sovrapponibili.

In virtù di tali considerazioni, se è vero che la disposizione di cui all'art. 275 comma 2 *bis* (primo periodo) c.p.p., con il conseguente divieto di applicazione della custodia cautelare, riguarda le sole misure della custodia inframuraria e della tutela domiciliare, appare evidente che una motivazione che, da un lato, affermi che l'indagato può beneficiare (con ogni probabilità) in futuro della concessione del beneficio della sospensione condizionale in quanto non pericoloso (art. 164 comma 1 c.p.) e, dall'altro, sostenga che possono comunque adottarsi nei suoi confronti altre misure cautelari, coercitive o interdittive (purché non custodiali), in quanto è probabile che egli torni a delinquere (*ex art. 274 lett. c c.p.p.*), rischia seriamente di apparire contraddittoria.

Il giudizio prognostico sulla probabile concessione della sospensione condizionale della pena, che legittima il rigetto della richiesta di applicazione della misura cautelare ai sensi dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., implica, infatti, l'esclusione del pericolo di reiterazione del reato, dal momento che la concessione della sospensione è indefettibilmente correlata a una previsione favorevole in ordine alla condotta futura del condannato<sup>9</sup>, con la conseguenza che la ritenuta sussistenza del pericolo di reiterazione del reato

---

9/1/2008 - dep. 8/5/2008, Pepe, Rv. 239931, sempre in tema di obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria; Sez. 2, n. 6480 del 21/11/1997 - dep. 16/4/1998, Accardo, Rv. 210596; Sez. 6, n. 4542 del 21/11/1997 - dep. 17/2/1998, P.M. in proc. Nolfo, Rv. 210317; Sez. 1, n. 3607 del 23/5/1997 - dep. 8/9/1997, P.M. in proc. Difato, Rv. 208494.

<sup>8</sup> Cass. pen., Sez. 5, n. 5475 del 2/12/1997 - dep. 28/1/1998, Tudor, Rv. 209565; Sez. 1, n. 4427 del 28/6/1996 - dep. 6/8/1996, Scirica, Rv. 205506.

<sup>9</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 1952 del 14/5/1997 - dep. 19/6/1997, Osmani T., Rv. 20830901.

esime il Giudice dal dovere di motivare sulla prognosi relativa alla concessione della sospensione condizionale della pena<sup>10</sup>.

Nel peculiare caso in cui si ritenga sussistente il solo pericolo di fuga, la previsione favorevole in ordine alla concedibilità del beneficio della sospensione condizionale della pena, traducendosi in una prognosi di pena detentiva finale non superiore a due anni, preclude la possibilità di adottare qualsiasi misura cautelare (custodiale, coercitiva o interdittiva), atteso che l'art. 274 comma 1 lett. b) c.p.p. consente l'applicazione di misure cautelari quando l'imputato si è dato alla fuga o sussiste un concreto e attuale pericolo che egli si dia alla fuga, solo qualora il Giudice ritenga "*che possa essere irrogata una pena superiore a due anni di reclusione*".

## **2.2. Le misure cautelari di cui agli artt. 285 bis e 286 c.p.p.**

Resta da affrontare e risolvere la questione attinente alla possibilità di applicare, pur in presenza di una prognosi favorevole in relazione alla concedibilità del beneficio della sospensione condizionale, le misure della custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri (art. 285 bis c.p.p.) e della custodia cautelare in luogo di cura (art. 286 c.p.p.).

Il problema si è posto, in particolare, proprio a seguito della riforma introdotta nel 2014.

Invero, in precedenza, il primo periodo dell'art. 275 comma 2 bis c.p.p., come si è detto, in presenza della possibilità di concedere la sospensione condizionale della pena, escludeva, in maniera omnicomprensiva, la "*custodia cautelare*", certamente inclusiva della custodia in carcere (art. 285 c.p.p.), degli arresti domiciliari (art. 284 c.p.p.), per via di quanto disposto dal richiamato art. 284 comma 5 c.p.p., ma anche della custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri (art. 285 bis c.p.p.) e della custodia cautelare in luogo di cura (art. 286 c.p.p.), trattandosi, anche sotto il profilo strettamente letterale e nominalistico, pur sempre di forme alternative di "*custodia cautelare*".

Come si è visto, con l'entrata in vigore del D.L. 92/2014, convertito sul punto senza modifiche dalla L. 117/2014, nel primo periodo dell'art. 275 comma 2 bis c.p.p., il riferimento all'ampio e generico concetto di "*custodia cautelare*" è stato sostituito con il richiamo alle due specifiche misure custodiali della "*custodia cautelare in carcere*" (art. 285 c.p.p.) e degli "*arresti domiciliari*" (art. 286 c.p.p.).

---

<sup>10</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 43377 del 28/9/2016 - dep. 13/10/2016, Di Martino; Sez. 6, n. 30327 del 9/6/2016 - dep. 15/7/2016, Sheshi; Sez. 3, n. 48707 del 25/11/2015 - dep. 10/12/2015, Palombizio; Sez. 3, n. 40529 del 5/5/2015 - dep. 9/10/2015, Xhani; Sez. U, n. 1235 del 28/10/2010 - dep. 19/1/2011, Giordano ed altri, Rv. 248866; Sez. 6, n. 50132 del 21/11/2013 - dep. 12/12/2013, Pilli, Rv. 258501.

Già il parere espresso dal Consiglio Superiore della Magistratura sul D.L. 92/2014, ammoniva: *"Per quanto apprezzabile sia la finalità perseguita, non può sottacersi, al riguardo, che l'espressa, congiunta citazione di custodia in carcere ed arresti domiciliari pone il problema, da affrontare e risolvere in via ermeneutica ovvero attraverso l'introduzione di opportuno emendamento, dell'estensione, certamente ragionevole, del divieto di applicazione alle residue misure cautelari di tipo detentivo (quali la custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri ex art. 285-bis c.p.p., la custodia cautelare in luogo di cura prevista dall'art. 286 c.p.p. ovvero il collocamento in comunità per i minorenni)"*<sup>11</sup>.

Sebbene il monito del Consiglio sia rimasto inascoltato e la L. 117/2014 abbia convertito il primo periodo dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. confermando l'identico testo riportato nel D.L. 92/2014, a parere di chi scrive, sarebbe certamente irragionevole ritenere che, nonostante l'esplicito richiamo alle sole misure cautelari della *"custodia in carcere"* e degli *"arresti domiciliari"*, il Legislatore del 2014 abbia inteso espungere dal novero delle misure precluse dalla disposizione in esame la custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri di cui all'art. 285 *bis* c.p.p. e la custodia cautelare in luogo di cura prevista dall'art. 286 c.p.p.

Appare decisiva, in proposito, la considerazione secondo la quale, se il Legislatore ha espressamente inteso impedire, in ipotesi di concedibilità della sospensione condizionale della pena, la misura degli arresti domiciliari, certamente avrà inteso escludere anche l'applicabilità di misure ancor più gravose e restrittive della libertà personale, quali le due cautele previste dagli artt. 285 *bis* e 286 c.p.p.

Dovendo, dunque, riconoscere un senso alla modifica apportata dal D.L. 92/2014 (e dalla L. 117/2014) alla prima parte dell'art. 275 *bis* c.p.p., pena un'interpretazione abrogativa della stessa, non può che concludersi che, sostituendo il generico richiamo alla *"custodia cautelare"* con quello più specifico alla *"custodia cautelare in carcere"* e agli *"arresti domiciliari"*, il Legislatore non abbia inteso operare una restrizione applicativa della norma preesistente, espungendo dal novero delle misure interdette quelle di cui agli artt. 285 *bis* e 286 c.p.p., bensì marcare la differenza tra primo e secondo periodo dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p.

La modifica del 2014 si prefigge, dunque, lo scopo di chiarire che la misura degli arresti domiciliari è preclusa solo in ipotesi di prognosi favorevole in ordine alla concedibilità della sospensione condizionale, non invece dalla semplice previsione della comminatoria di una pena detentiva non superiore a tre anni.

---

<sup>11</sup> Parere espresso dal Consiglio Superiore della Magistratura il 30 luglio 2014.

### 2.3. Le misure previste nel processo minorile.

Sussiste contrasto, in seno alla giurisprudenza di legittimità, in ordine all'applicabilità del primo comma dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. alle misure cautelari della permanenza in casa e del collocamento in comunità, rispettivamente previste dagli artt. 21 e 22 D.P.R. 448/1988 nell'ambito del processo minorile.

Secondo un primo orientamento, la disposizione in esame sarebbe estensibile alle predette misure, con la conseguenza che, in ipotesi di prognosi favorevole in ordine alla concedibilità della sospensione condizionale della pena, non sarebbero applicabili al minore, non soltanto la custodia in carcere (art. 23 D.P.R. 448/1988), ma neppure la permanenza in casa e il collocamento in comunità<sup>12</sup>.

È stato, in proposito, statuito che l'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., inserito dall'art. 4 L. 332/1995, secondo cui *"non può essere disposta la misura della custodia cautelare se il giudice ritiene che con la sentenza penale possa essere concessa la sospensione condizionale della pena"* è riferibile anche alle misure introdotte dagli artt. 21 e 22 del rito minorile (D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448) e non solo all'ipotesi della custodia cautelare in carcere. Infatti, non può negarsi - nelle misure della permanenza in casa e del collocamento in comunità - un rilevante e decisivo carattere o contenuto di limitazione della libertà personale del minore che giustifica, ai fini dell'applicazione dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., un trattamento comune alle altre *"misure custodiali"*<sup>13</sup>.

In senso contrario, si è invece sostenuto che l'art. 275 comma 2 *bis* (prima parte) c.p.p. è riferibile alla sola custodia cautelare in carcere e non anche alle misure introdotte dagli artt. 21 e 22 del rito minorile (D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448); e ciò perché, secondo quanto espressamente stabilito rispettivamente dai commi quarto e terzo delle citate disposizioni, con queste ultime misure il minore viene considerato in stato di custodia cautelare ai soli fini della durata massima della misura e del calcolo della pena da scontare, mentre per il resto è considerato libero anche se sottoposto a prescrizioni ed obblighi<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> In dottrina, propende per tale opzione interpretativa G. LEO, *Osservatorio dei contrasti giurisprudenziali - Sull'applicabilità delle misure cautelari nel caso di prognosi della sospensione condizionale per imputati minorenni*, in *Diritto Penale e Processo*, 2008, 5, p. 589.

<sup>13</sup> Cass. pen., Sez. 3, n. 3722 del 3/11/1995 - dep. 30/1/1996, Milavi, Rv. 204162 - 01; nello stesso senso successivamente: Sez. 2, n. 35330 del 12/6/2007 - dep. 21/9/2007, Marcu, Rv. 237852 - 01; Sez. 2, n. 48738 del 29/11/2012 - dep. 17/12/2012, C., Rv. 253845 - 01; Sez. 4, n. 34900 del 12/4/2017 - dep. 17/7/2017, S.L., Rv. 270754 - 01.

<sup>14</sup> Cass. pen., Sez. 4, n. 2389 del 5/7/1999 - dep. 13/3/2000, Vincente, Rv. 215875 - 01; nei medesimi termini in seguito: Sez. 4, n. 11993 del 22/2/2007 - dep. 22/3/2007, Materia, Rv. 236285 - 01; Sez. 4, n. 50077 del 17/10/2017 - dep. 31/10/2017, C., Rv. 271277 - 01.

A parere di chi scrive, è proprio quest'ultimo l'orientamento ermeneutico da preferire.

In tal senso depone, oltre agli argomenti valorizzati dalla giurisprudenza di legittimità, la lettera del disposto di cui al primo periodo del secondo comma *bis* dell'art. 275 c.p.p., il quale, soprattutto a seguito della riforma del 2014, fa specificamente riferimento alle sole misure della "*custodia cautelare in carcere*" e degli "*arresti domiciliari*".

Inoltre, le cautele della permanenza in casa e del collocamento in comunità non paiono disegnate dal D.P.R. 448/1988 come misure a carattere strettamente "*custodiale*". Esse, infatti, oltre a salvaguardare le esigenze cautelari, sono finalizzate a promuovere attività di studio o lavoro o comunque attinenti all'educazione del minore (art. 21 comma 2, richiamato dall'art. 22 comma 3 del predetto Decreto)<sup>15</sup>.

Diverso risulta, poi, l'apparato sanzionatorio in ipotesi di violazione delle prescrizioni rispetto a quello previsto per le misure "*custodiali*".

La disciplina normativa, dunque, non sembra prestarsi all'appiattimento di tali cautele sulle misure custodiali, derivandone la non estensibilità alle stesse del disposto di cui all'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p.

Va, infine, rimarcato che, per gli imputati minorenni, la sospensione condizionale può essere concessa con sentenza di condanna a pena fino a tre anni, non a due come per gli imputati maggiorenni (art. 163 comma 2 c.p.), con la conseguenza che, estendendo il primo periodo dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. alle misure della permanenza in casa e del collocamento in comunità, queste ultime sarebbero precluse per condanne fino a tale più elevata soglia, coincidente con quella del secondo periodo del medesimo articolo, che non esclude la custodia domiciliare, ma solo quella carceraria. Ne deriverebbe, dunque, una sensibile distorsione della disposizione in esame.

#### **2.4. L'applicabilità anche in fase dinamica.**

La disposizione di cui al primo periodo dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., inerente alla concedibilità del beneficio della sospensione condizionale della pena, opera sia in fase genetica che in fase dinamica, cioè sia al momento di prima applicazione del regime cautelare, sia per tutta la sua durata.

Conseguentemente, qualora in fase genetica sia stata effettuata una prognosi sfavorevole (che esclude la concessione del beneficio) e la sospensione sia stata, invece, concessa con il provvedimento di condanna (anche non irrevocabile), con la pronuncia della sentenza, la misura cautelare

---

<sup>15</sup> Le peculiarità delle cautele in questione rispetto alle misure custodiali previste per gli imputati maggiorenni vengono messe in evidenza da N. MENNUNI, *Le misure cautelari per minorenni*, in *Giurisprudenza italiana*, 2006, 4, p. 1004.

perde efficacia, in virtù di quanto espressamente statuito dall'art. 300 comma 3 c.p.p., oltre che dall'art. 532 comma 2 c.p.p.<sup>16</sup>.

Occorre, anzi, osservare che, mentre, come si è detto, in ipotesi di prognosi di concessione della sospensione condizionale, il disposto dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. preclude (letteralmente) solo la possibilità di adottare la custodia carceraria e gli arresti domiciliari, nel momento in cui viene pronunciata una sentenza a pena condizionalmente sospesa, in virtù di quanto previsto dagli articoli suindicati, cessa di avere efficacia qualsiasi misura cautelare, dunque, non soltanto le misure a carattere custodiale, ma anche quelle meramente coercitive o interdittive.

La giurisprudenza di legittimità ha ulteriormente chiarito che, in quest'ultimo caso, cessano di produrre effetti anche tutte le prescrizioni accessorie rispetto alla misura cautelare.

Si è, in particolare, affermato che la misura patrimoniale dell'ingiunzione del pagamento periodico di un assegno a favore delle persone conviventi, le quali per effetto della misura cautelare di allontanamento dalla casa familiare, rimangano prive di mezzi adeguati, eventualmente disposta dal Giudice *ex art. 282 bis* c.p.p., ha carattere provvisorio ed è accessoria rispetto alla misura cautelare personale dell'allontanamento dalla casa familiare. In caso di sentenza di condanna a pena detentiva condizionalmente sospesa, dunque, perdono efficacia sia la misura cautelare personale, sia quella patrimoniale<sup>17</sup>.

### **3. I divieti attinenti alla condanna infratriennale.**

Operata la trattazione del primo alinea del comma 2 *bis* dell'art. 275 c.p.p., dedicato agli effetti in sede cautelare della prognosi di concedibilità del beneficio della sospensione condizionale, è ora possibile passare all'esame degli ulteriori due periodi di cui si compone il predetto comma.

Tali disposizioni, come anticipato, hanno introdotto un divieto di applicazione della sola misura della custodia in carcere (non anche della gradata misura degli arresti domiciliari), in ipotesi di prognosi di sentenza di condanna a pena infratriennale.

È stato, infatti, chiarito che il divieto di applicazione della misura degli arresti domiciliari, previsto dall'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., così come novellato dal D.L. 92/2014 convertito con L. 117/2014, consegue esclusivamente alla prognosi di prevedibile concessione della sospensione condizionale della pena e non anche a quella di prevedibile irrogazione di una pena detentiva non superiore ai tre anni<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 17 del 20/11/2006 - dep. 3/1/2007, P.M. in proc. Maddii, Rv. 235675 - 01.

<sup>17</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 11361 del 7/2/2003 - dep. 11/3/2003, Costantino, Rv. 224795 - 01.

<sup>18</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 53541 del 10/12/2014 - dep. 23/12/2014, Tomasello, Rv. 261609 - 01; nello stesso senso successivamente: Sez. 5, n. 27976 del 1/7/2020 - dep. 7/10/2020, Marino; Sez. 6, n. 29621 del 3/6/2016 - dep. 13/7/2016, Viviani, Rv. 267793 - 01, in cui è stato affermato

È proprio in relazione alla seconda parte dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. che si sono registrati i maggiori problemi applicativi e i più accesi contrasti giurisprudenziali e dottrinali, già a partire dalla clausola di riserva con cui si apre il secondo periodo del comma in commento.

### 3.1. "Salvo quanto previsto dal comma 3".

Secondo l'indirizzo interpretativo ampiamente maggioritario della Suprema Corte, i limiti di applicabilità della misura della custodia cautelare in carcere previsti dall'art. 275 comma 2 *bis*, secondo periodo, c.p.p. possono essere superati dal Giudice qualora ritenga, secondo quanto previsto dal successivo comma terzo, prima parte, del medesimo art. 275 c.p.p., comunque inadeguata a soddisfare le esigenze cautelari ogni altra misura meno afflittiva<sup>19</sup>.

Il ragionamento della Corte muove dall'*incipit* del secondo periodo dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. ("*salvo quanto previsto dal comma 3*"), la disposizione che, fatte salve alcune specifiche eccezioni, impone, come si è detto, il divieto di applicazione della custodia in carcere qualora non sia prevedibile la

---

che il divieto, ai sensi dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., di applicazione della misura cautelare della custodia in carcere, nel caso in cui il Giudice ritenga che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni, non si estende agli arresti domiciliari o alle altre più tenui misure coercitive; negli stessi termini Sez. 6, n. 1669 del 9/10/2019 - dep. 16/1/2020, Lizzio.

<sup>19</sup> Cass. pen., Sez. 3, n. 36265 del 9/9/2020 - dep. 17/12/2020, Cuomo, in cui si contestava il delitto di violazione delle misure di prevenzione di cui all'art. 75 comma 2 D.Lgs. 159/2011; Sez. 1, n. 36263 del 17/6/2020 - dep. 17/12/2020, Vermenchuk; Sez. 2, n. 20481 del 11/3/2020 - dep. 9/7/2020, Vezi; Sez. 1, n. 37047 del 12/7/2019 - dep. 4/9/2019, P.M. in proc. Garofalo; Sez. 1, n. 33851 del 30/4/2019 - dep. 25/7/2019, Comes; Sez. 3, n. 31204 del 14/3/2019 - dep. 16/7/2019, P.M. in proc. Bougrine e altro; Sez. 1, n. 24123 del 28/2/2019 - dep. 30/5/2019, Fabbozzi e altro; Sez. 1, n. 14973 del 13/2/2019 - dep. 4/4/2019, Garofalo; Sez. 6, n. 3797 del 13/11/2018 - dep. 25/1/2019, Adgohe e altro; Sez. 5, n. 3175 del 8/11/2018 - dep. 23/1/2019, Leonardi; Sez. 1, n. 51001 del 27/9/2018 - dep. 8/11/2018, Lusha; Sez. 1, n. 50836 del 5/4/2018 - dep. 8/11/2018, Lalima; Sez. 6, n. 50111 del 11/10/2018 - dep. 6/11/2018, Tucci, in cui l'imputato aveva patteggiato in primo grado la pena di due anni di reclusione per il delitto di spaccio di sostanze stupefacenti; Sez. 1, n. 25163 del 22/11/2017 - dep. 5/6/2018, Frazzica; Sez. 6, n. 24191 del 17/5/2018 - dep. 29/5/2018, Albano; Sez. 3, n. 5840 del 9/1/2018 - dep. 8/2/2018, Torri; Sez. 3, n. 930 del 30/11/2017 - dep. 12/1/2018, Perna; Sez. 5, n. 55747 del 25/9/2017 - dep. 13/12/2017, Stojanovic, con imputato condannato in primo grado ad un anno e sei mesi di reclusione per i delitti di tentato furto aggravato e resistenza ad un pubblico ufficiale; Sez. 3, n. 15025 del 18/12/2018 - dep. 5/4/2019, Manto, in cui l'imputato era stato condannato in primo grado alla pena di tre anni di reclusione per il delitto di cui all'art. 73 D.P.R. 309/1990; Sez. 6, n. 7458 del 19/1/2017 - dep. 16/2/2017, Nikolos; Sez. 6, n. 45692 del 27/9/2016 - dep. 28/10/2016, Borici, per il delitto di cui all'art. 73 del D.P.R. 309/1990; Sez. 2, n. 46874 del 14/7/2016 - dep. 8/11/2016, Guastella; Sez. 6, n. 11045 del 27/1/2016 - dep. 16/3/2016, Calia; Sez. 6, n. 6271 del 27/1/2016 - dep. 15/2/2016, D'Ottavio; Sez. 6, n. 10 del 2/12/2015 - dep. 4/1/2016, Caretto e altri; Sez. 3, n. 32702 del 27/2/2015 - dep. 27/7/2015, Jabbar.

comminatoria di una pena superiore a tre anni di reclusione con la sentenza che definirà il giudizio di merito.

Orbene, secondo le predette sentenze, con la clausola di riserva *“salvo quanto previsto dal comma 3”*, il Legislatore intenderebbe porre, come deroga al divieto di applicazione della misura custodiale massima sancito dall’art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., il principio contenuto nel primo periodo del terzo comma del medesimo articolo, secondo cui *“la custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate”* (art. 275 comma 3, primo periodo, c.p.p.).

Secondo questa impostazione, pertanto, il Giudice, pur operando una prognosi di pena inferiore a tre anni, potrebbe comunque disporre la custodia carceraria, qualora ritenga inadeguate tutte le altre misure cautelari, anche cumulativamente applicate.

Sebbene numerosissime siano le sentenze che affermano il predetto principio, l’unica pronuncia che ne contiene la motivazione è la sentenza capostipite Jabbar del 2015.

Proprio per la sua importanza e per il fatto di costituire l’unica argomentazione a fondamento di un principio di diritto tralatiziamente ribadito fino ad oggi dalla data di entrata in vigore della riforma del 2014, che ha novellato il testo dell’art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. introducendo lo sbarramento legato alla prognosi di pena infratriennale, appare opportuno richiamare testualmente quanto, in quella sede, affermato dalla Suprema Corte:

*“Le deroghe si giustificano con quanto prevede l’art. 656, cod. proc. pen., secondo il quale, normalmente, l’esecuzione della sentenza di condanna a pena detentiva resta sospesa nei confronti di chi deve scontare una pena residua non superiore a tre anni di reclusione, a meno che, appunto, non si tratti di condannati per delitti di cui agli articoli 423-bis, 572, 612-bis e 624-bis del codice penale, nonché all’articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354 (art. 656, comma 9, lett. a, cod. proc. pen.).*

*In questi casi la condanna viene eseguita anche se la pena da scontare non è superiore a tre anni. È chiara la ratio dell’intervento legislativo: impedire a chi si ritiene che non dovrà espiare la pena in carcere ogni inutile contatto con la realtà inframuraria.*

*Occorre tuttavia considerare che, secondo quanto prevede lo stesso art. 656, comma 9, lett. b), cod. proc. pen., la sospensione della esecuzione della pena detentiva non superiore a tre anni di reclusione non può essere disposta nei confronti di coloro che, per il fatto oggetto della condanna da eseguire, si trovano in stato di custodia cautelare in carcere al momento in cui la sentenza diviene definitiva.*

*Si tratta di regola, non modificata dall’intervento legislativo del 2014, che dimostra come lo stesso Legislatore contempra la possibilità che, nonostante i*

*limiti e le preclusioni previste dall'art. 275, comma 2-bis, secondo paragrafo, la misura della custodia cautelare in carcere può essere applicata quando il Giudice ritenga possibile una condanna a pena uguale o inferiore a tre anni di reclusione e contestualmente reputi inutile, sul piano cautelare, ogni altra misura meno afflittiva (tanto varrebbe, allora, non applicare affatto alcuna misura cautelare)".*

Alla luce di tale considerazione, i Giudici di legittimità hanno statuito il seguente principio di diritto: *"il Giudice può prescindere dai limiti di applicabilità della custodia cautelare in carcere previsti dall'art. 275, comma 2-bis, secondo paragrafo, cod. proc. pen., come introdotto dall'art. 8, comma 1, d.l. 26 giugno 2014, n. 92, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 117, quando, ai sensi del successivo comma 3, prima parte, ritenga comunque inadeguata ogni misura cautelare meno afflittiva a soddisfare le esigenze cautelari"*.

Nell'interpretazione offerta dalla Corte, quindi, appare decisivo il richiamo all'art. 656 comma 9, lett. b), c.p.p., il quale, in deroga a quanto previsto dal comma 5 del medesimo art. 656 c.p.p., anche al di fuori dei casi in cui si proceda per i delitti ostativi previsti dall'art. 656 comma 9, lett. a), c.p.p. (sostanzialmente i medesimi che costituiscono eccezione anche in sede cautelare, ai sensi dall'art. 275 comma 2 bis, terzo periodo, c.p.p.), prevede che, anche in ipotesi di condanna a pena detentiva non superiore a tre anni di reclusione, sia possibile che, nel momento in cui diviene irrevocabile la sentenza di condanna, l'imputato si trovi in custodia cautelare in carcere.

Ciò dimostrerebbe che il divieto di custodia carceraria sancito dall'art. 275 comma 2 bis, secondo periodo, c.p.p., può essere superato dal richiamo all'art. 275 comma 3 c.p.p., inteso con riferimento al primo periodo di detta disposizione, che consente, sebbene in termini di *extrema ratio*, l'applicabilità della custodia in carcere.

Orbene, la tesi in esame prende le mosse dall'effettivo intento del Legislatore del 2014 di creare una connessione tra fase cautelare e fase esecutiva. Nella premessa del D.L. 92/2014, si legge, infatti, *"ritenuta, ulteriormente, la straordinaria necessità e urgenza di modificare il comma 2-bis dell'articolo 275 del codice di procedura penale, al fine di rendere tale norma coerente con quella contenuta nell'articolo 656, in materia di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva"*.

Tuttavia, l'assunto che la Corte ne ricava, già non condivisibile - a parere di chi scrive - nel momento in cui è stato elaborato (anno 2015), risulta totalmente superato dalle modifiche normative intervenute successivamente e, in particolare, alla luce della sentenza della Corte costituzionale n.

41/2018<sup>20</sup>, che ha elevato da tre a quattro anni la soglia generale di pena detentiva entro la quale è prevista la sospensione dell'esecuzione.

Procedendo con ordine, è possibile rilevare che, anche prescindendo da quanto statuito dal Giudice delle leggi nel 2018, il disposto dell'art. 656 comma 9, lett. b), c.p.p. non appare giustificare la generalizzata possibilità di applicazione della custodia in carcere, anche qualora, ai sensi dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., sia preventivamente o sia stata pronunciata una sentenza di condanna a pena detentiva non superiore a tre anni.

L'art. 656 comma 9, lett. b), c.p.p., infatti, offre "*copertura*" ad una serie di situazioni ben diverse da una generalizzata "*deroga*" all'art. 275 comma 2 *bis*, secondo periodo, c.p.p., quali in particolare:

- la mancanza di un luogo idoneo in cui eseguire la misura gradata degli arresti domiciliari (art. 275 comma 2 *bis*, terzo periodo, c.p.p.);
- i processi aventi ad oggetto reati sottoposti a "*presunzione carceraria*" (art. 275 comma 3, secondo e terzo periodo, c.p.p.);
- l'aggravamento sanzionatorio per evasione (art. 276 comma 1 *ter* c.p.p.);
- il caso in cui si proceda nei confronti di indagato o imputato già condannato per evasione nel quinquennio precedente i fatti-reato per cui si procede (art. 284 comma 5 *bis* c.p.p.).

Ciò, in disparte i reati ostativi di cui all'art. 275 comma 2 *bis*, terzo periodo, c.p.p., ai quali offre "*copertura*", in fase esecutiva, già la lett. a) del comma 9 dell'art. 656 c.p.p.

Conseguentemente, il disposto di cui all'art. 656 comma 9, lett. b), c.p.p. non perde la sua ragion d'essere, né appare norma eccentrica rispetto al sistema, anche interpretando la clausola di riserva dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. ("*salvo quanto previsto dal comma 3*"), in relazione alle ipotesi derogatorie di cui al secondo e al terzo periodo del comma 3 del medesimo articolo e non in riferimento alla regola generale del primo periodo dello stesso comma.

Ciò detto, sviluppando argomentazioni valedoli sin dal momento di entrata in vigore del divieto di applicazione della custodia in carcere in ipotesi di previsione o di pronuncia di sentenza a condanna infratriennale e che possono essere tuttora ribadite, non può non osservarsi che il quadro normativo di riferimento è profondamente mutato a seguito della richiamata pronuncia della Corte costituzionale n. 41/2018, che ha sancito il definitivo "*disallineamento*" tra la previsione cautelare di cui all'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. e quella dettata, in fase esecutiva, dall'art. 656 commi 5 e 9 c.p.p.

Con detta sentenza, il Giudice delle leggi ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 3 Cost., l'art. 656 comma 5 c.p.p., nella parte

---

<sup>20</sup> La pronuncia è commentata da A. MACRILLÒ, *Esecuzione delle pene detentive: l'auspicata declaratoria d'incostituzionalità dell'art. 656, comma 5, c.p.p.*, in *Diritto Penale e Processo*, 2018, 9, p. 1149.

in cui prevedeva che il Pubblico Ministero sospendesse l'esecuzione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non superiore a tre anni, anziché a quattro anni.

Di conseguenza, il diverso limite di pena oramai previsto in sede cautelare (tre anni, ai sensi dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p.) e in sede esecutiva (quattro anni, in virtù del "nuovo" art. 656 comma 5 c.p.p.) rende ormai improponibile una lettura della disposizione cautelare in "combinato disposto" con l'art. 656 c.p.p.

La statuizione deve quindi essere interpretata in maniera "autonoma", scevra da condizionamenti specificamente attinenti alla fase esecutiva della pena.

Ciò anche alla luce della costante giurisprudenza di legittimità successiva alla richiamata sentenza della Consulta, secondo la quale l'intervento della Corte costituzionale sulla norma dettata in materia di esecuzione dall'art. 656 c.p.p. non impone affatto una rimodulazione, negli stessi termini (prevedendo, anche in tal caso, la soglia di pena di quattro anni), del disposto di cui all'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., stanti le profonde differenze esistenti tra pene e misure cautelari e le ragioni poste a fondamento della decisione del Giudice delle leggi, tutte interne alla fase di esecuzione della pena, non suscettibili di automatica estensione sul piano cautelare, la quale non può dunque ritenersi imposta dai principi di uguaglianza e di ragionevolezza (art. 3 Cost.).

È stata, infatti, giudicata manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., in relazione agli artt. 3 e 27 Cost., nella parte in cui esclude l'applicabilità della custodia cautelare nei casi in cui sia prevedibile l'irrogazione di una pena detentiva non superiore a tre anni, anziché a quattro, come previsto dall'art. 656 comma 5 c.p.p., nel testo risultante dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale, ad opera della sentenza n. 41/2018, non essendo ravvisabile alcuna irragionevolezza nella diversa individuazione del limite di pena, attesa la differente finalità dei due istituti, che consiste, nel primo caso, nel ridurre il ricorso alla custodia e, nel secondo, nel salvaguardare gli obiettivi di risocializzazione, propri esclusivamente della fase esecutiva<sup>21</sup>.

Conseguentemente, è indubbio che sia da preferire l'orientamento ermeneutico, allo stato minoritario, fatto proprio da alcune pronunce della Suprema Corte<sup>22</sup>, secondo cui la clausola di riserva contenuta nell'*incipit*

<sup>21</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 18891 del 28/2/2019 - dep. 6/5/2019, Canevagli, Rv. 275480 - 01; nello stesso senso: Sez. 2, n. 42325 del 9/7/2019 - dep. 15/10/2019, Pizzuti; Sez. 6, n. 9438 del 29/1/2019 - dep. 4/3/2019, Pizzimenti; Sez. 6, n. 554 del 31/10/2018 - dep. 8/1/2019, Wang; Sez. 6, n. 52209 del 16/10/2018 - dep. 20/11/2018, Sapienza e altro.

<sup>22</sup> Cass. pen., Sez. F., n. 26542 del 13/08/2020 - dep. 23/09/2020, Bandini; Sez. 6, n. 50817 del 12/12/2019 - dep. 16/12/2019, Ciotola; Sez. 6, n. 39114 del 4/7/2019 - dep. 24/9/2019, Maggi; Sez. 6, n. 26266 del 28/3/2019 - dep. 13/6/2019, P.M. in proc. Scalabrino; Sez. 6, n. 9438 del 29/1/2019 - dep. 4/3/2019, Pizzimenti; Sez. 6, n. 8059 del 31/1/2019 - dep. 22/2/2019, Lattanzi; Sez. 6, n. 995 del 4/10/2018 - dep. 10/1/2019, Longo; Sez. 6, n. 45010 del 10/5/2018 - dep.

dell'art. 275 comma 2 *bis*, secondo periodo, c.p.p. (*"salvo quanto previsto dal comma 3"*) *"va logicamente riferita alle fattispecie in deroga"* previste dalla richiamata disposizione e *"non già alla previsione generale con cui si apre il succitato comma 3 ("La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate")*: *invero, tenuto conto che il succitato art. 275 comma 2 bis introduce una ulteriore "soglia di sbarramento", attraverso la previsione del limite di pena di cui si è detto, non avrebbe senso, pena lo svilimento della stessa innovativa disposizione inserita nel sistema, consentirne l'ordinario superamento sulla scorta di una valutazione discrezionale sempre rimessa al Giudice, quale appunto quella del primo periodo dell'art. 275 comma 3 del codice di rito; laddove la clausola in questione ha una sua ragion d'essere se rapportata alle ipotesi di cui alla seconda parte del medesimo comma 3 dell'art. 275, in quanto connotate da una valutazione, per così dire, in tutto o in parte "bloccata" - perché eseguita a monte dallo stesso Legislatore - di pericolosità dell'agente e di adeguatezza della massima misura coercitiva"*<sup>23</sup>.

Tale soluzione interpretativa appare maggiormente aderente al dato normativo e più rispettosa del rapporto esistente tra l'art. 275 comma 2 *bis*, secondo periodo, c.p.p. e la disposizione di cui all'art. 275 comma 3, primo periodo, c.p.p.

L'inciso *"salvo quanto previsto dal comma 3"* è, infatti, inserito all'interno di una disposizione (comma 2 *bis*, secondo periodo) che introduce una deroga ai principi di carattere generale in materia cautelare, stabilendo un paletto ben preciso per il Giudice della cautela, al quale è vietato adottare la misura inframuraria nel caso in cui non sia preventivabile l'inflizione di una pena detentiva superiore a tre anni con la sentenza che definirà il processo.

Se così è, il riferimento al terzo comma operato dal comma 2 *bis* dell'art. 275 c.p.p. non può che essere interpretato, non in relazione al primo periodo (principio generale di residualità della misura custodiale carceraria), bensì alle puntuali eccezioni a tale regola di carattere generale, contemplate dal secondo e dal terzo periodo del terzo comma del medesimo articolo (in sostanza, i soli delitti per i quali la disposizione in esame prevede una presunzione assoluta o relativa di adeguatezza della sola misura carceraria).

Ne è conferma il parallelismo che può essere operato tra la clausola di salvezza prevista dall'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. (*"salvo quanto previsto dal comma 3"*) e quella, assolutamente identica, che costituisce l'*incipit* dell'art. 299 comma 2 c.p.p., disposizione che, nel consentire, in via generale, la

---

8/10/2018, P.M. in proc. Sourour; Sez. 6, n. 38417 del 21/6/2018 - dep. 8/8/2018, Missaghi; Sez. 6, n. 18856 del 15/3/2018 - dep. 2/5/2018, Fasciolo; Sez. 6, n. 16857 del 6/2/2018 - dep. 16/4/2018, P.M. in proc. Gentile; Sez. 6, n. 49737 del 3/7/2017 - dep. 30/10/2017, Buscemi.

<sup>23</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 32498 del 5/7/2016 - dep. 26/7/2016, Vasta.

sostituzione della misura cautelare in esecuzione con altra meno grave (o mediante l'adozione di modalità meno gravose), fa salvo quanto statuito "dall'art. 275, comma 3".

È evidente, come peraltro confermato dalla pacifica giurisprudenza in materia, che, sebbene il riferimento sia, indistintamente, al complessivo "art. 275, comma 3", l'art. 299 comma 2 c.p.p. intenda fare salve le sole ipotesi derogatorie previste dal secondo e dal terzo periodo di tale comma, cioè le fattispecie per le quali è prevista una presunzione (assoluta o relativa) di adeguatezza della sola misura inframuraria<sup>24</sup>.

Inoltre, il fine del primo periodo dell'art. 275 comma 3 c.p.p. è certamente quello di affermare il principio di *extrema ratio* della custodia carceraria, applicabile solo qualora tutte le altre misure cautelari, anche congiunte, risultino inadeguate.

La tesi che si critica sembra distorcere il senso della norma in questione, che viene interpretata non come filtro estremo all'adottabilità della misura custodiale massima, ma come norma legittimante la custodia inframuraria, utilizzata per aggirare un chiaro limite all'applicazione del regime carcerario (rappresentato dalla pena in concreto preventivabile o già comminata con sentenza non ancora divenuta definitiva).

Un ulteriore argomento a confutazione dell'opzione ermeneutica fatta propria dalle sentenze di legittimità suindicate sembra enucleabile dallo stesso testo dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p.. Invero, l'ultima parte dell'ultimo periodo di detta norma prevede espressamente l'unico caso in cui, pur in presenza di un reato per il quale risulti prevedibile la comminatoria di una pena non superiore a tre anni di reclusione, "rivive" il generale principio di adeguatezza lasciato alla discrezionalità del Giudice. Si tratta del caso in cui la misura degli arresti domiciliari non possa essere disposta per mancanza di uno dei luoghi di esecuzione previsti dall'art. 284 comma 1 c.p.p.: solo in tal caso, pur in presenza di una pena concreta preventivabile non superiore a tre anni, può essere disposta la misura carceraria, "rilevata l'inadeguatezza di ogni altra misura".

In ogni altra ipotesi (fatti salvi i delitti espressamente elencati dallo stesso art. 275 comma 2 *bis* terzo periodo c.p.p.), la valutazione di adeguatezza della misura è circoscritta per legge e la discrezionalità del Giudice non può superare i precisi paletti normativamente imposti.

Ancora: l'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. fa "chirurgicamente" salva la fattispecie prevista dall'art. 276 comma 1 *ter* c.p.p. (aggravamento sanzionatorio per evasione), escludendo dalla disposta eccezione non soltanto l'ipotesi dell'aggravamento cautelare (art. 299 comma 4 c.p.p.), ma anche quella

---

<sup>24</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 32222 del 9/7/2010 - dep. 23/8/2010, Galdi, Rv. 24759601; Sez. 5, n. 27146 del 8/6/2010 - dep. 13/7/2010, P.M. in proc. Femia, Rv. 24803401; Sez. 6, n. 20447 del 26/1/2005 - dep. 31/5/2005, Marino, Rv. 23145101.

dell'aggravamento sanzionatorio senza evasione (art. 276 commi 1 e 1 *bis* c.p.p.). Trattasi, pertanto, di disposizione minuziosamente dettagliata, insuscettibile di essere "*neutralizzata*" mediante il richiamo ad un principio di carattere generale.

In conclusione, la tesi accolta dall'orientamento giurisprudenziale che qui si critica determina una sostanziale *interpretatio abrogans* dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., la cui articolata e puntuale disciplina, tesa a limitare l'uso della custodia carceraria, non avrebbe alcun senso se si attribuisse al Giudice la possibilità di eluderla, secondo il suo "*discrezionale*" giudizio, semplicemente richiamando il principio di carattere generale stabilito dall'art. 275 comma 3, primo periodo, c.p.p.

La norma ha proprio il fine di espungere, nei casi ivi previsti, la misura della custodia in carcere tra quelle selezionabili, stabilendo che, nelle ipotesi contemplate, la misura massima adottabile è quella degli arresti domiciliari.

### **3.2. L'eccezione dell'aggravamento sanzionatorio ex art. 276 comma 1 *ter* c.p.p.**

L'art. 276 c.p.p. (rubricato "*Provvedimenti in caso di trasgressione alle prescrizioni imposte*"), al comma 1 *ter*, statuisce: "*In deroga a quanto previsto nel comma 1, in caso di trasgressione alle prescrizioni degli arresti domiciliari concernenti il divieto di allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora, il giudice dispone la revoca della misura e la sostituzione con la custodia cautelare in carcere, salvo che il fatto sia di lieve entità*"<sup>25</sup>.

La disposizione in esame, dunque, fatto salvo il caso in cui la trasgressione risulti di lieve entità, impone la sostituzione degli arresti domiciliari con quella massima della detenzione carceraria nell'ipotesi in cui la misura domiciliare venga violata nel suo nucleo centrale e consustanziale: l'obbligo di non allontanarsi dal luogo di esecuzione della misura.

Come anticipato, l'art. 275 comma 2 *bis*, secondo periodo, c.p.p. fa espressamente salva l'applicazione dell'art. 276 comma 1 *ter* c.p.p., conseguentemente, anche qualora sia prevedibile una sentenza di condanna infratriennale o sia già stata pronunciata condanna non definitiva a pena detentiva non superiore a tre anni, il Giudice procedente potrà comunque disporre la sostituzione della misura degli arresti domiciliari con quella della custodia in carcere, in ipotesi di allontanamento non autorizzato dal luogo di esecuzione della misura da parte dell'indagato o imputato.

Il letterale riferimento al solo comma 1 *ter* dell'art. 276 c.p.p. induce evidentemente ad escludere che la deroga al divieto di applicazione della custodia in carcere, previsto dall'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., possa operare

---

<sup>25</sup> Comma aggiunto dall'art. 16, D.L. 24 novembre 2000, n. 341, convertito in legge, con modificazioni, dalla L. 19 gennaio 2001, n. 4 e, successivamente, così sostituito dall'art. 5, comma 1, L. 16 aprile 2015, n. 47.

anche nelle ipotesi in cui l'indagato o imputato ponga in essere una qualunque altra violazione della misura in atto, diversa dall'evasione dal luogo di esecuzione degli arresti domiciliari (aggravamento sanzionatorio senza evasione, previsto dall'art. 276 commi 1 e 1 *bis* c.p.p.).

Il richiamo all'art. 280 comma 3, anch'esso contenuto, al pari di quello all'art. 276 comma 1 *ter* c.p.p., nel disposto dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., consente, infatti, in ipotesi di violazione di prescrizioni cautelari, di superare lo sbarramento rappresentato dalla pena edittale astrattamente prevista per il reato per il quale si procede, non spiegando alcun effetto, invece, in relazione alla pena che si ritiene possa essere comminata in concreto al termine del giudizio di merito.

A *fortiori*, il divieto di applicazione della custodia in carcere sancito dall'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. non potrà essere superato da un acuirsi delle esigenze cautelari dovuto a causa diversa dalla violazione delle prescrizioni attinenti alla misura in corso di esecuzione (aggravamento cautelare, previsto dall'art. 299 comma 4 c.p.p.).

Il testuale riferimento all'art. 276 comma 1 *ter* c.p.p., inoltre, consente di affermare che la deroga in tal modo sancita al divieto di custodia carceraria previsto dall'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. operi esclusivamente in fase di "aggravamento" della misura già in corso di esecuzione. La deroga così disposta non potrà, invece, produrre alcun effetto in relazione al procedimento principale per il delitto di evasione (art. 385 c.p.) che dovesse essere intentato nei confronti dell'autore della violazione.

L'art. 276 comma 1 *ter* c.p.p., dunque, non può essere letto e interpretato estensivamente, fino a ricomprendere anche l'ipotesi dell'evasione, autonomamente contestata in altro procedimento penale, ben distinto da quello, presupposto, in cui la misura domestica è stata violata.

La disposizione in esame, infatti, configura indubbiamente una norma eccezionale, in quanto costituisce una palese deroga al principio di carattere generale, in materia di violazione delle prescrizioni attinenti alle misure cautelari, previsto dal primo comma dell'art. 276 c.p.p. (che, com'è noto, non contempla alcun "automatismo sanzionatorio", sia pure solo "relativo", a seguito dell'entrata in vigore della L. 47/2015).

Conseguentemente, alla disposizione di cui all'art. 276 comma 1 *ter* c.p.p. va data un'interpretazione di stretto diritto, come previsto dall'art. 14 delle disposizioni preliminari al codice civile ("*Applicazione delle leggi penali ed eccezionali*"), secondo cui "*le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati*".

### **3.3. La condanna infraquinquennale per evasione ex art. 284 comma 5 bis c.p.p.**

L'art. 284 comma 5 *bis* c.p.p. statuisce che *"non possono essere, comunque, concessi gli arresti domiciliari a chi sia stato condannato per il reato di evasione nei cinque anni precedenti al fatto per il quale si procede, salvo che il giudice ritenga, sulla base di specifici elementi, che il fatto sia di lieve entità e che le esigenze cautelari possano essere soddisfatte con tale misura. A tale fine il giudice assume nelle forme più rapide le relative notizie"*<sup>26</sup>.

Sebbene la lettera della disposizione faccia esplicito riferimento solo alla misura degli arresti domiciliari, la giurisprudenza di legittimità ritiene, condivisibilmente, che la norma in questione ponga un divieto di applicazione di qualsiasi misura diversa rispetto alla custodia cautelare in carcere.

È stato, infatti, affermato che deve ritenersi obiettivamente contraddittoria, rispetto al significato sostanziale del disposto di cui all'art. 284 comma 5 *bis* c.p.p., la lettura della norma che, muovendo da un'interpretazione strettamente letterale della stessa (che esclude la concedibilità degli arresti domiciliari al condannato definitivo per reato di evasione nei cinque anni precedenti il fatto per cui si procede), ritiene comunque praticabile il giudizio di adeguatezza in relazione ad eventuali alternative misure cautelari di minore afflittività, pur in presenza di un soggetto dalla stessa legge presuntivamente ritenuto, in ragione della condanna definitiva subita per il reato di evasione, non sufficientemente affidabile quanto al pronosticabile rispetto delle prescrizioni che verrebbero allo stesso imposte in connessione con l'adozione di misure cautelari diverse dal carcere<sup>27</sup>.

Il medesimo principio è stato più recentemente affermato dalla Cassazione, che ha ribadito che il divieto di concessione degli arresti domiciliari al condannato per evasione ha carattere assoluto e deve intendersi quale divieto di applicazione di qualsivoglia misura cautelare meno afflittiva della custodia carceraria<sup>28</sup>.

Pur a seguito del passaggio da un divieto *"assoluto"* a un divieto meramente *"relativo"*, intervenuto con l'approvazione della L. 47/2015, si ritiene che il predetto assunto sia rimasto tuttora attuale. Invero: o il fatto-evasione verrà considerato di *"lieve entità"* e allora non vi sarà alcuna preclusione; oppure

<sup>26</sup> Comma aggiunto dall'art. 16, D.L. 24 novembre 2000, n. 341, convertito in legge, con modificazioni, dalla L. 19 gennaio 2001, n. 4, sostituito dall'art. 5, L. 26 marzo 2001, n. 128 e, successivamente, così modificato dall'art. 6, comma 1, L. 16 aprile 2015, n. 47.

<sup>27</sup> Cass. pen., Sez. 4, n. 31434 del 4/7/2013 - dep. 22/7/2013, Sanseverino, in cui si evidenzia inoltre come, nell'attestare la presunzione assoluta d'inaffidabilità del soggetto già definitivamente condannato per evasione, l'art. 284 comma 5 *bis* c.p.p. valorizzi una circostanza (la previa condanna definitiva per tale delitto) specificamente riferita alla storia personale dell'interessato, del tutto svincolata dal titolo formale del reato contestato.

<sup>28</sup> Cass. pen., Sez. 2, n. 5976 del 23/1/2014 - dep. 7/2/2014, Paragliola.

l'evasione infraquinquennale verrà considerata di non *"lieve entità"* e allora scatterà il divieto di applicazione di qualsiasi altra misura diversa da quella custodiale inframuraria, esattamente come in precedenza. In altri termini, la novità introdotta con la L. 47/2015 riguarda l'*an* del divieto (se esso sussista o meno) non il *quantum* (l'ampiezza della sua portata).

È possibile, dunque, che si registri un *"conflitto"* tra l'art. 284 comma 5 *bis* c.p.p., che impone l'applicazione della sola misura carceraria, in ipotesi di pregressa condanna per evasione nei cinque anni che precedono il delitto oggetto di addebito cautelare, e l'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., che vieta di disporre la custodia in carcere, qualora sia prevedibile una condanna infratriennale o sia già stata pronunciata sentenza non definitiva a pena detentiva non superiore a tre anni<sup>29</sup>.

Secondo un non condivisibile orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte, il disposto di cui all'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. prevarrebbe sull'obbligo di applicazione della custodia in carcere dettato dall'art. 284 comma 5 *bis* c.p.p.

La Corte motiva tale assunto facendo riferimento alle deroghe espressamente contemplate dallo stesso art. 275 comma 2 *bis* c.p.p.

Si afferma, infatti, che tale disposizione *"prevede quale eccezione il solo caso di cui all'art. 276 c.p.p., comma 1 ter, ovvero la violazione di prescrizioni imposte con la misura. Quindi non è applicabile la disciplina di cui all'art. 284 c.p.p., comma 5 bis, (...) (divieto di applicazione degli arresti domiciliari a chi è stato condannato per evasione nei cinque anni precedenti) perché tale disposizione presuppone chiaramente che per il reato in questione possa essere disposta la custodia in carcere"*<sup>30</sup>.

Altre sentenze, che appaiono più in linea con l'effettivo rapporto tra le due disposizioni in esame, seppur motivando assai succintamente sul punto, hanno affermato che, nell'antinomia tra le due disposizioni, a prevalere non può che essere la norma dettata dall'art. 284 comma 5 *bis* c.p.p., trattandosi di *"norma speciale"* rispetto alla prima<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> In dottrina, si interroga sul punto C. BRIGNONE, *Custodia cautelare in carcere e divieto di concessione degli arresti domiciliari in caso di evasione e pena irroganda non inferiore a tre anni*, in *Il Penalista*, 26/8/2015.

<sup>30</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 17657 del 12/2/2015 - dep. 27/4/2015, Caradonna, in un caso in cui il Tribunale del Riesame, su appello del Pubblico Ministero, aveva sostituito la misura degli arresti domiciliari applicata dal GIP proprio sulla base del divieto di concessione della detenzione domiciliare sancito dall'art. 284 comma 5 *bis* c.p.p.; la Corte ha annullato il provvedimento di sostituzione della misura ritenendo la prevalenza del divieto di applicazione della custodia carceraria di cui all'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., in virtù della condanna in primo grado alla pena di un anno e sei mesi di reclusione; nello stesso senso più recentemente Sez. 6, n. 12237 del 22/1/2019 - dep. 19/3/2019, Guccione.

<sup>31</sup> Cass. pen., Sez. 4, n. 2226 del 23/10/2014 - dep. 16/1/2015, Boboaca, con nota di D. POTETTI, *L'art. 275, comma 2 bis, c.p.p. e il giudice veggente*, in *Cassazione penale*, 2016, 3, IV, p. 1113.

Muovendo proprio dal "*carattere di specialità*" della disposizione di cui all'art. 284 c.p.p., è stato affermato il seguente principio di diritto: "*l'art. 284 c.p.p., comma 5 bis, anche in seguito all'entrata in vigore della nuova formulazione dell'art. 275 c.p.p., comma 2 bis, assume il significato di una presunzione assoluta di adeguatezza della sola misura della custodia in carcere nei confronti del soggetto che ha riportato una condanna per il reato di evasione nei cinque anni precedenti al fatto per cui si procede*"<sup>32</sup>.

Invero, appare difficilmente discutibile che la disposizione di cui all'art. 284 comma 5 *bis* c.p.p. assuma carattere speciale rispetto a quella dettata dall'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., con la conseguente prevalenza della prima sulla seconda.

Milita in tal senso, in primo luogo, la collocazione sistematica delle due norme: la prima è inserita nell'art. 284 c.p.p., dedicato agli "*Arresti domiciliari*", come recita la rubrica dell'articolo, incastonato nel Capo II ("*Misure coercitive*") del Titolo I del Libro IV del Codice di rito; la seconda è, invece, significativamente inserita nell'art. 275 c.p.p., rubricato ("*Criteri di scelta delle misure*"), contenente i principi, di carattere generale, dunque suscettibili di essere derogati da disposizioni puntuali e specifiche, in materia di individuazione della misura da applicare, articolo che appartiene al Capo I del medesimo Titolo del Libro dedicato alle misure cautelari, assai chiaramente intitolato "*Disposizioni generali*".

Palese risulta, inoltre, il carattere speciale della disposizione di cui all'art. 284 comma 5 *bis* c.p.p., sotto il profilo soggettivo: l'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. trova applicazione generalizzata, nei confronti di chiunque venga sottoposto a procedimento penale; l'art. 284 comma 5 *bis* c.p.p. si applica solo a coloro che, sottoposti a un procedimento penale, siano già stati condannati, in passato, per il delitto di evasione, con sentenza divenuta irrevocabile nel quinquennio che precede il delitto che viene contestato. Trattasi, dunque, di una cerchia soggettiva ben più ristretta di quella cui si applica la prima disposizione; con la conseguenza che il disposto si connota come norma puntuale e specifica, a differenza della prima, che appartiene ai principi generali di selezione della misura cautelare da adottare.

D'altro canto, come già evidenziato, a seguito delle modifiche introdotte dalla L. 47/2015, l'affermazione della prevalenza della disposizione di cui all'art. 284 comma 5 *bis* rispetto a quella prevista dall'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. non comporta, automaticamente e in maniera assoluta, l'impossibilità di disporre una misura gradata nei confronti di chi abbia riportato una sentenza di condanna per evasione nel quinquennio che precede i fatti

---

<sup>32</sup> Cass. pen., Sez. 2, n. 14111 del 12/3/2015 - dep. 8/4/2015, Rondinone; nello stesso senso successivamente Sez. 6, n. 6271 del 27/1/2016 - dep. 15/2/2016, D'Ottavio; ancor più recentemente Sez. 7, n. 25375 del 13/6/2016 - dep. 17/6/2016, Tetaj; da ultimo Sez. 1, n. 48721 del 15/10/2019 - dep. 29/11/2019, Comes.

oggetto di contestazione, potendo sempre egli dimostrare che si sia trattato di evasione di *"lieve entità"*, neutralizzando, in tal modo, il divieto imposto dall'ultimo comma dell'art. 284 c.p.p.

Il concetto di *"lieve entità"* dell'evasione riecheggia il disposto dell'art. 276 comma 1 *ter* c.p.p.. È dato, dunque, cogliere un parallelismo tra le due norme (284 comma 5 *bis* e 276 comma 1 *ter* c.p.p.) anche nel loro atteggiarsi rispetto all'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p.: il Legislatore che ha redatto quest'ultima disposizione ha evidentemente qualificato con particolare sfavore la condotta di evasione (perpetrata nell'ambito del medesimo procedimento, nel caso dell'art. 276 comma 1 *ter* c.p.p.; sanzionata, invece, nel quinquennio antecedente, nel caso dell'art. 284 comma 5 *bis* c.p.p.), sancendo, in linea di principio, l'impossibilità di beneficiare di misure gradate. In entrambi i casi, tuttavia, è concessa la possibilità di dimostrare la *"lieve entità"* dell'evasione, neutralizzando le norme di particolare rigore previste dall'art. 276 comma 1 *ter* e 284 comma 5 *bis* c.p.p., determinando una riespansione del divieto di custodia carceraria introdotto con l'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p.

#### **3.4. L'inestensibilità del regime derogatorio di cui all'art. 391 comma 5 c.p.p.**

L'art. 391 comma 5 c.p.p., nell'ambito della disciplina dell'udienza di convalida dell'arresto operato in flagranza, statuisce che, se ricorrono le condizioni di applicabilità previste dall'art. 273 e taluna delle esigenze cautelari stabilite dall'art. 274, il Giudice dispone l'applicazione di una misura coercitiva a norma dell'art. 291 c.p.p.. Quando l'arresto è stato eseguito per uno dei delitti indicati nell'art. 381 comma 2 c.p.p. ovvero per uno dei delitti per i quali l'arresto è consentito *"anche fuori dai casi di flagranza"*, l'applicazione della misura è disposta *"anche al di fuori dei limiti di pena previsti dagli articoli 274, comma 1, lettera c), e 280"*<sup>33</sup>.

Si tratta, evidentemente, di una norma a carattere derogatorio *in malam partem*, dunque, insuscettibile di interpretazione analogica ed estensiva: in alcun modo, pertanto, appare sostenibile che tale disposizione possa essere intesa nel senso che, oltre a derogare i limiti (edittali) di pena previsti dagli artt. 274 comma 1 lett. c) e 280 c.p.p., essa deroghi *"implicitamente"* anche il limite di pena (in concreto) preventivabile ai sensi dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p.. Né il mancato richiamo di quest'ultima disposizione può essere

---

<sup>33</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 40994 del 1/10/2015 - dep. 12/10/2015, P.G. in proc. El Mkhatri, Rv. 26560901, con nota di S. DI PAOLA, *Misure cautelari personali, evasione dagli arresti domiciliari, arresto, convalida, applicazione della custodia in carcere, legittimità*, in *Il Foro italiano*, 2016, 11, II, p. 693, afferma che, a seguito di convalida dell'arresto per il delitto di evasione, il Giudice può disporre, una volta riscontrate le esigenze cautelari, la misura della custodia in carcere anche al di fuori dei limiti di pena previsti dall'art. 274, comma primo lett. c), oltre che a quelli fissati dall'art. 280 c.p.p., in applicazione dell'art. 391 comma 5 c.p.p..

archiviato semplicemente come una svista del Legislatore o un difetto di coordinamento superabile in via interpretativa.

In materia di arresto al di fuori dei casi di flagranza, una speciale norma, derogatoria rispetto ai principi di carattere generale, è prevista in relazione al delitto di evasione.

Stabilisce, infatti, l'art. 3 del D.L. 152/1991, convertito, con modificazioni, in L. 203/1991, in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa: *"È consentito l'arresto anche fuori dei casi di flagranza della persona che ha posto in essere una condotta punibile a norma dell'art. 385 del codice penale. Nell'udienza di convalida il giudice, se ne ricorrono i presupposti, dispone l'applicazione di una delle misure coercitive previste dalla legge anche al di fuori dei limiti previsti dall'articolo 280 del codice di procedura penale"*.

Espressamente, si prevede, pertanto, per il peculiare delitto di evasione, sia l'arresto al di fuori dei casi di flagranza, sia la possibilità di applicare misure coercitive *"anche al di fuori dei limiti previsti dall'articolo 280 del codice di procedura penale"*.

La disposizione in esame, che si riferisce a coloro che hanno posto in essere *"una condotta punibile a norma dell'art. 385 del codice penale"*, trova applicazione anche in caso di allontanamento senza autorizzazione e senza giustificato motivo dal luogo di detenzione domiciliare ex art. 47 *ter* della L. 354/1975<sup>34</sup>.

Ma, anche in tal caso, com'è agevole rilevare, il regime derogatorio riguarda esclusivamente i limiti edittali di pena stabiliti dall'art. 280 c.p.p., nessuna deroga è invece prevista, per il delitto di evasione, in riferimento alla pena concreta che si ritiene possa essere applicata al termine del giudizio di merito.

### **3.5. Il delitto di evasione e la barriera preclusiva dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p.**

Chiarito quanto precede, è possibile ritenere che, qualora si proceda in via autonoma (non in fase di aggravamento di una precedente misura) per il delitto di evasione, non sia possibile disporre la misura cautelare della custodia in carcere: ciò proprio in quanto, essendo il delitto in questione (in forma non aggravata) punito con una pena edittale da uno a tre anni di reclusione (art. 385 comma 1 c.p.), non è matematicamente possibile pronosticare che all'indagato possa essere comminata, al termine del giudizio, una pena in concreto superiore a tre anni.

Trova applicazione, nel caso in questione, la barriera preclusiva dell'art. 275 comma 2 *bis*, secondo periodo, c.p.p., dovendo compiere una prognosi di

---

<sup>34</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 4139 del 14/1/2014 - dep. 29/1/2014, Morabito, Rv. 258255; Sez. 6, n. 6097 del 17/12/2004 - dep. 17/2/2005, Valente, Rv. 230992.

pena necessariamente non superiore a tre anni e non rientrando il delitto di evasione (art. 385 c.p.) nell'elenco dei reati ostativi previsti dal terzo periodo del medesimo comma 2 *bis*<sup>35</sup>.

Impraticabili risultano, infatti, tutte le strade che, in molteplici arresti di legittimità sono state percorse al fine di propugnare la possibilità di applicare la misura cautelare massima nel caso in cui si proceda per il delitto in questione.

Invero, come sopra più ampiamente argomentato:

- la clausola di riserva "*salvo quanto previsto dal comma 3*", contenuta nello stesso art. 275 comma 2 *bis* (secondo periodo) c.p.p., va intesa in relazione alle ipotesi derogatorie previste per i delitti a "*presunzione carceraria*" di cui all'art. 275 comma 3 (secondo e terzo periodo) c.p.p. e non come richiamo del principio di carattere generale sancito dalla prima parte del medesimo terzo comma;
- la clausola di riserva "*ferma restando l'applicabilità degli articoli 276, comma 1 ter, e 280, comma 3*" (contenuta sempre nell'art. 275 comma 2 *bis*, secondo periodo, c.p.p.), in relazione all'art. 276 comma 1 *ter* c.p.p., trova applicazione solo in fase dinamica, cioè qualora la misura carceraria venga adottata in sostituzione della pregressa misura degli arresti domiciliari, a seguito di aggravamento dovuto alla violazione del divieto di allontanarsi dal luogo di esecuzione della misura domiciliare; l'eccezione, invece, non opera nel caso in cui si proceda autonomamente per il delitto di evasione (con apertura di altro procedimento per detto reato); quanto all'art. 280 comma 3 c.p.p., esso consente di derogare esclusivamente il limite edittale astrattamente previsto per l'applicazione della custodia in carcere (pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni e delitto di finanziamento illecito dei partiti di cui all'art. 7 L. 195/1974), ma non il limite di pena che si ritiene potrà essere irrogata, in concreto, con la definizione del giudizio di merito;
- la deroga prevista dall'art. 391 comma 5 c.p.p., che consente di bypassare (letteralmente) i "*limiti di pena previsti dagli articoli 274, comma 1, lettera c), e 280*", non può essere estesa *in malam partem* alla pena che si presume possa essere irrogata al termine del giudizio di

---

<sup>35</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 39114 del 4/7/2019 - dep. 24/9/2019, Maggi; Sez. 6, n. 11162 del 19/7/2018 - dep. 13/3/2019, Surgo; Sez. 6, n. 8059 del 31/1/2019 - dep. 22/2/2019, Lattanzi; Sez. 6, n. 995 del 4/10/2018 - dep. 10/1/2019, Longo; Sez. 6, n. 45010 del 10/5/2018 - dep. 8/10/2018, P.M. in proc. Sourour; Sez. 6, n. 38417 del 21/6/2018 - dep. 9/8/2018, Missaghi; Sez. 6, n. 18856 del 15/3/2018 - dep. 2/5/2018, Fasciolo; Sez. 6, n. 16857 del 6/2/2018 - dep. 16/4/2018, P.M. in proc. Gentile; Sez. 6, n. 32498 del 5/7/2016 - dep. 26/7/2016, Vasta; Sez. 6, n. 31583 del 23/6/2016 - dep. 21/7/2016, Halilovic, pur riguardo al diverso tema dell'ingiustificato allontanamento dal luogo di detenzione domiciliare disposta ai sensi dell'art. 47 *ter* della L. 354/1975.

merito ai sensi dell'art. 275 comma 2 *bis*, secondo periodo, c.p.p., disposizione alla quale l'art. 391 comma 5 c.p.p. non fa in alcun modo riferimento.

In conclusione, colui che, trasgredendo alle prescrizioni degli arresti domiciliari, si allontani dal domicilio e venga poi arrestato per evasione, non potrà essere sottoposto a custodia cautelare in carcere in relazione a tale delitto, salvo che gli arresti domiciliari non possano essere disposti per sopravvenuta mancanza di uno dei luoghi di esecuzione indicati nell'art. 284 comma 1 c.p.p. (secondo l'eccezione specificamente prevista dall'art. 275 comma 2 *bis*, terzo periodo, c.p.p.)<sup>36</sup>.

Potrebbe apparire paradossale che la misura della custodia carceraria non possa essere adottata proprio in caso di evasione, cioè nel caso in cui l'indagato abbia plasticamente ed inequivocabilmente dimostrato di non essere in grado di ottemperare alle prescrizioni impostegli con misure gradate.

Tuttavia, se un "*disegno*" può scorgersi nella "*scelta*" del Legislatore, può trattarsi della volontà di evitare un "*doppio binario*" cautelare, foriero di valutazioni da parte di Giudici diversi, suscettibili di statuizioni eterogenee, potenzialmente contraddittorie.

Può ritenersi, dunque, che il Legislatore abbia inteso "*costringere*" il Pubblico Ministero, ove lo ritenga, a richiedere l'aggravamento della misura nel procedimento principale (*ex art. 276 comma 1 ter c.p.p.*), precludendogli, di fatto, un efficace utilizzo dell'azione cautelare nel procedimento secondario (quello che vede contestato il delitto di evasione), nell'ambito del quale non potrà che ottenere, come massima misura possibile, gli arresti domiciliari.

### **3.6. Divieto di custodia carceraria solo in fase genetica o anche in fase dinamica?**

Un'ulteriore questione di indubbio rilievo attiene alla portata applicativa del disposto dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p.: se cioè esso trovi applicazione solo nella fase "*genetica*", in sede di prima applicazione della misura, o anche in fase "*dinamica*", dunque, anche in ipotesi di sostituzione di una misura precedentemente adottata.

Secondo un consolidato insegnamento giurisprudenziale di legittimità, la disposizione in esame troverebbe applicazione solo ed esclusivamente in fase genetica, restando del tutto irrilevante (almeno in termini di automatismo) in tutte le successive fasi di "*gestione*" della misura.

In questo senso, si rinvencono sia sentenze ormai datate, risalenti anche al lasso temporale collocato tra l'approvazione del D.L. 92/2014 e l'intervento

---

<sup>36</sup> In questo senso anche L. GIORDANO, *E' applicabile la custodia in carcere all'evaso all'esito del giudizio di convalida dell'arresto?*, in *Diritto Penale e Processo*, 2017, 12, p. 1629.

della L. 117/2014, di conversione del medesimo Decreto, sia pronunciate in epoca recentissima.

Con una prima sentenza del 2014, la Suprema Corte ha affermato che il limite di tre anni di pena detentiva necessario per l'applicazione della custodia in carcere, previsto dall'art. 275 comma secondo *bis* c.p.p., come novellato dal D.L. 92/2014, nel testo anteriore alle modificazioni introdotte dalla legge di conversione 117/2014, deve essere oggetto di valutazione prognostica solo al momento di applicazione della misura, non anche nel corso della protrazione della stessa, con la conseguenza che il presupposto assume rilievo non in termini di automatismo, ma solo ai fini del giudizio di perdurante adeguatezza del provvedimento coercitivo, a norma dell'art. 299 c.p.p.<sup>37</sup>

Identico principio è stato ribadito subito dopo da ulteriori pronunce dei Giudici di legittimità<sup>38</sup>.

In un successivo arresto, oltre a ribadire il medesimo principio di diritto, la Corte precisa che il giudizio del Tribunale del Riesame, espresso all'esito del procedimento *ex art.* 309 c.p.p., attiene alla fase di prima valutazione della misura, in quanto avente ad oggetto l'ordinanza genetica della cautela<sup>39</sup>.

Come si è già anticipato, il suindicato principio di diritto, oltre ad essere stato affermato negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della riforma del 2014, si rinviene anche in recentissime pronunce della Suprema Corte<sup>40</sup>.

Alcune di queste appaiono particolarmente rilevanti, in quanto vi si afferma chiaramente che il divieto di adozione della custodia carceraria non trova applicazione non solo quando la pena da espiare, dedotto il presofferto cautelare, sia divenuta, nel corso del giudizio e proprio in virtù della protratta esecuzione della misura custodiale, inferiore a tre anni, ma anche qualora, nel corso del processo di merito, intervenga una sentenza di condanna a pena non superiore a tre anni di reclusione<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 1798 del 16/12/2014 - dep. 15/1/2015, Ila, Rv. 262059 - 01.

<sup>38</sup> Cass. pen., Sez. 4, n. 13025 del 26/3/2015 - dep. 27/3/2015, Iengo, Rv. 262961 - 01.

<sup>39</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 47302 del 5/11/2015 - dep. 30/11/2015, P.M. in proc. Speciali, Rv. 265339 - 01; nei medesimi termini anche Sez. 5, n. 10138 del 20/12/2017 - dep. 6/3/2018, P.M. in proc. Minucci ed altri.

<sup>40</sup> Cass. pen., Sez. 4, n. 21912 del 25/6/2020 - dep. 22/7/2020, Marku, in un caso in cui l'imputato, incensurato, aveva già raggiunto un accordo con il Pubblico Ministero per l'applicazione di una pena di due anni e otto mesi per il delitto di cui all'art. 73 D.P.R. 309/1990; Sez. 3, n. 17555 del 13/3/2019 - dep. 24/4/2019, Gualtieri; Sez. 4, n. 37834 del 22/6/2018 - dep. 6/8/2018, Rojas Valderrama; Sez. 2, n. 3674 del 22/12/2016 - dep. 25/1/2017, Markja; Sez. 2, n. 39363 del 15/9/2016 - dep. 22/9/2016, Fajjari; Sez. 4, n. 24111 del 17/5/2016 - dep. 9/6/2016, Chartawi; Sez. 4, n. 33848 del 6/7/2015 - dep. 31/7/2015, Bruno; Sez. 4, n. 33836 del 3/6/2015 - dep. 31/7/2015, Nadir.

<sup>41</sup> Cass. pen., Sez. 4, n. 21913 del 25/6/2020 - dep. 22/7/2020, El Felhi, in cui l'imputato era stato condannato, al termine del giudizio di secondo grado, alla pena detentiva di due anni e

Può dunque rilevarsi come il principio appena riportato debba considerarsi ampiamente consolidato nella giurisprudenza della Corte, sedimentatosi a partire dall'entrata in vigore del D.L. 92/2014 (convertito dalla L. 117/2014), fino a giungere ai nostri giorni.

Occorre, tuttavia, osservare come alcune recentissime pronunce della Suprema Corte abbiano accolto il principio opposto, affermando che il limite di tre anni di pena detentiva necessario per l'applicazione della custodia in carcere, previsto dall'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., opera non solo nella fase di applicazione, ma anche nel corso dell'esecuzione della misura, sicché quest'ultima non può essere mantenuta qualora sopravvenga una sentenza di condanna, quantunque non definitiva, a pena inferiore al suddetto limite<sup>42</sup>. L'innovativo principio è stato affermato per la prima volta, in consapevole contrasto con l'opposto consolidato orientamento, nel 2019, con una pronuncia in cui si sottolinea come il giudizio valutativo preliminare e generale di proporzionalità della cautela sia stato espressamente commisurato dal Legislatore non soltanto alla fase della prognosi sanzionatoria da svolgersi al momento della prima applicazione della misura, quando non vi sia stata ancora alcuna condanna nei confronti dell'indagato, ma anche a quella - logicamente successiva - in cui una condanna vi sia stata<sup>43</sup>.

---

otto mesi di reclusione; Sez. 2, n. 20481 del 11/3/2020 - dep. 9/7/2020, Vezi, in cui la pena detentiva irrogata in primo grado di tre anni e otto mesi di reclusione era poi stata ridotta in appello a due anni e sei mesi; Sez. 6, n. 50111 del 11/10/2018 - dep. 6/11/2018, Tucci, in cui l'imputato aveva patteggiato in primo grado la pena di due anni di reclusione per il delitto di spaccio di sostanze stupefacenti; Sez. 5, n. 55747 del 25/9/2017 - dep. 13/12/2017, Stojanovic, con imputato condannato in primo grado ad un anno e sei mesi di reclusione per i delitti di tentato furto aggravato e resistenza ad un pubblico ufficiale; Sez. 2, n. 48552 del 13/9/2017 - dep. 23/10/2017, Er Raoui, in cui l'imputato aveva patteggiato per diversi reati una pena inferiore a tre anni di reclusione; Sez. 5, n. 30369 del 10/3/2016 - dep. 15/7/2016, Muntianu, in cui l'imputato era stato condannato, in primo grado, a seguito di giudizio abbreviato, per due tentativi di furto aggravato e due furti aggravati, alla pena detentiva di tre anni di reclusione; Sez. 2, n. 25131 del 14/4/2016 - dep. 16/6/2016, Marchese, in cui l'imputato aveva patteggiato la pena di due anni di reclusione.

<sup>42</sup> Cass. pen., Sez. F., n. 26542 del 13/8/2020 - dep. 23/9/2020, Bandini, Rv. 279632 - 01: in motivazione, la Corte ha precisato che i principi di proporzionalità e adeguatezza devono essere costantemente verificati, al fine di attuare la minor compressione possibile della libertà personale, non potendo prevalere le valutazioni compiute in fase cautelare rispetto alla pronuncia adottata in fase di merito; così i Giudici di legittimità giungono ad affermare: *"Nel caso di specie, in conclusione, il Giudice della cautela, preso atto che la Corte territoriale aveva rideterminato la pena finale in anni 2 e mesi 10, inferiore a tre anni, rilevata l'inadeguatezza di ogni altra misura, era tenuto a sostituire la custodia cautelare in carcere con gli arresti domiciliari, unica misura custodiale applicabile allo stato al ricorrente nel presente procedimento"*.

<sup>43</sup> Cass. pen., Sez. 5, n. 20540 del 22/1/2019 - dep. 13/5/2019, Erzemberger, non massimata, in cui la Corte ha annullato con rinvio il provvedimento con il quale il Tribunale del Riesame, in funzione di Giudice di appello ex art. 310 c.p.p., aveva accolto il gravame formulato dal

A parere di chi scrive, sebbene l'orientamento da ultimo richiamato sia, allo stato, ampiamente minoritario, se non del tutto isolato, è proprio quest'ultimo quello maggiormente aderente al dettato normativo<sup>44</sup>.

In primo luogo, occorre analizzare gli argomenti che hanno reiteratamente indotto la Suprema Corte ad accogliere il principio opposto, dell'applicabilità del divieto di cui all'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. alla sola fase genetica del trattamento cautelare, al fine di verificarne la reale persuasività.

La Cassazione ha più volte statuito, in particolare, che il disposto di cui si tratta è inserito all'interno di un articolo (art. 275 c.p.p.), contenente disposizioni che trovano applicazione solo in fase genetica della misura, significativamente collocato subito dopo il disposto dell'art. 274 c.p.p., relativo alla verifica circa la sussistenza di esigenze cautelari. Da ciò la conseguenza che anche il secondo comma *bis* dell'articolo in esame dovrebbe trovare attuazione solo in fase di prima applicazione del regime cautelare, mentre sarebbe irrilevante (almeno in termini di automatismo) nel corso del giudizio, anche qualora dovesse sopraggiungere una sentenza di condanna ad una pena non superiore a tre anni di reclusione.

In particolare, la Cassazione, in riferimento alla riforma del 2014 (D.L. 92/2014 e L. 117/2014) ha sostenuto che *"la novella invocata è inserita nell'ambito della disciplina in materia di adeguatezza delle misure da applicare, che costituisce oggetto di valutazione immediatamente successiva a quella della sussistenza delle esigenze cautelari, ed è priva di un collegamento funzionale con l'obbligo di costante verifica della correlazione tra misura cautelare in atto e pena irroganda, che permetta, ai fini dell'esecuzione della prima, la considerazione degli eventi verificatisi successivamente, come richiesto nell'art. 300 cod. proc. pen."*<sup>45</sup>.

L'argomento della collocazione sistematica del comma 2 *bis* all'interno dell'art. 275 c.p.p. non sembra, invero, particolarmente convincente.

Si può, anzi, affermare l'esatto contrario.

Non vi è norma dell'articolo in esame che non trovi applicazione sia in fase genetica che in fase dinamica del regime cautelare.

Così è certamente per i principi di carattere generale in materia di adeguatezza della misura in relazione al grado e alle esigenze cautelari da

---

Pubblico Ministero avverso l'ordinanza con la quale il GUP aveva sostituito la misura della custodia in carcere con quella attenuata degli arresti domiciliari, ripristinando la detenzione carceraria; i Giudici di legittimità, in particolare, hanno affermato che l'adozione della misura cautelare massima era ormai interdetta dall'intervenuta sentenza di condanna alla pena detentiva di due anni e sei mesi di reclusione.

<sup>44</sup> Il contrasto ormai esistente sul punto in seno alla giurisprudenza di legittimità è stato segnalato anche da una recente relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Suprema Corte di Cassazione: si fa riferimento in particolare alla Relazione n. 93 del 26 novembre 2020.

<sup>45</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 1798 del 16/12/2014 - dep. 15/1/2015, Ila, cit.

soddisfare nel caso concreto (comma 1), proporzionalità del trattamento cautelare rispetto all'entità del fatto e "*alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata*" (comma 2) ed *extrema ratio* della custodia carceraria, adottabile solo quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate (comma 3, primo periodo). Ma è così anche per le precisazioni, puntualizzazioni e deroghe ai principi di carattere generale, anch'esse contenute negli altri commi dell'art. 275 c.p.p.:

- ipotesi di presunzione relativa della sussistenza di esigenze cautelari e presunzione assoluta di tutelabilità delle stesse con la sola misura carceraria (comma 3, secondo periodo);
- ipotesi di presunzione relativa della sussistenza di esigenze cautelari e presunzione relativa di adeguatezza della sola custodia in carcere (comma 3, terzo periodo);
- obbligo di indicazione, in ipotesi di applicazione della custodia in carcere, delle ragioni per le quali i *pericula libertatis* non possono essere salvaguardati con la gradata misura degli arresti domiciliari con l'utilizzo degli strumenti elettronici di controllo di cui all'art. 275 *bis* c.p.p. (comma 3 *bis*);
- divieto, tranne la sussistenza di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, di applicazione della custodia carceraria nei confronti di donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni con lei convivente, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, ovvero nei confronti di persona che abbia superato l'età di settanta anni (comma 4);
- divieto di applicazione della custodia in carcere nei confronti di persona affetta da AIDS conclamata o da altra malattia che renda le sue condizioni di salute incompatibili con il regime carcerario (commi 4 *bis*, *ter*, *quater* e *quinquies*).

All'interno dello stesso comma 2 *bis* dell'art. 275 c.p.p., non v'è dubbio che il primo periodo, che pone il divieto di custodia cautelare in ipotesi di prognosi favorevole in ordine alla concedibilità del beneficio della sospensione condizionale, trovi applicazione sia in fase genetica che in fase dinamica, considerato il disposto dell'art. 300 comma 3 c.p.p. (nonché dell'art. 532 comma 2 c.p.p.), che prevede la perdita di efficacia della misura qualora venga pronunciata sentenza di condanna se la pena viene condizionalmente sospesa.

L'indirizzo interpretativo che qui si critica sostiene che, mentre l'art. 300 comma 3 c.p.p. costituisce la disposizione che consente di estendere l'ambito di applicazione del primo periodo del comma 2 *bis* dell'art. 275 c.p.p. (sospensione condizionale) alla fase dinamica, nessuna norma è contemplata dall'art. 300 c.p.p. in relazione al divieto previsto dal secondo periodo del comma 2 *bis* del medesimo art. 275 c.p.p. (condanna infratriennale).

Tuttavia, non si può non rilevare che, in relazione alla concessione del beneficio della sospensione condizionale, al Legislatore era sufficiente imporre la perdita di efficacia della misura cautelare precedentemente adottata, prevedendone *sic et simpliciter* l'estinzione (esattamente come disposto dall'art. 300 comma 3 c.p.p.); ben più complessa è la situazione in cui l'imputato, già ristretto in custodia cautelare in carcere, venga condannato ad una pena non superiore a tre anni di reclusione, senza la concessione della sospensione condizionale.

In tal caso, infatti, nella stragrande maggioranza dei casi, non si tratta di far cessare semplicemente la misura carceraria, bensì di sostituirla con un'altra cautela, con un provvedimento non di mera revoca o declaratoria di inefficacia, bensì, di sostituzione, che involge importanti profili valutativi da parte del Giudice procedente, che rifuggono da automatismi presuntivi (anche in ipotesi di sostituzione della custodia in carcere con gli arresti domiciliari, il Giudice dovrà preventivamente verificare la sussistenza di un luogo di esecuzione della misura tra quelli indicati dall'art. 284 comma 1 c.p.p.).

Conseguentemente, a differenza dell'ipotesi di concessione della sospensione condizionale, che, almeno potenzialmente e in linea di principio, priva completamente la sentenza di condanna pronunciata di una sanzione da eseguire, il Legislatore - nella prospettiva accolta da chi scrive - si è limitato a prevedere il divieto di prosecuzione dell'applicazione della custodia in carcere, lasciando al Giudice il compito di individuare, tra tutte le altre misure cautelari, quella più idonea a salvaguardare i residui *pericula libertatis*. Non v'è dubbio che, in altre disposizioni del medesimo art. 275 c.p.p., il Legislatore sia stato assai più chiaro e univoco in ordine all'applicabilità delle stesse sia in fase genetica che in fase dinamica. Basti pensare alle statuizioni che, in presenza di determinate condizioni, prevedono che "*non può essere disposta né mantenuta la custodia cautelare in carcere*" (commi 4 e 4 bis), certamente molto più chiare del disposto del comma 2 bis, secondo cui, alle condizioni ivi previste, "*non può essere applicata la misura della custodia cautelare*" (primo periodo) e "*non può applicarsi la misura della custodia cautelare in carcere*" (secondo periodo).

Tuttavia, non può non rilevarsi come l'espressione adoperata nel secondo periodo del comma 2 bis dell'art. 275 c.p.p. sia sostanzialmente identica a quella che viene utilizzata dal Legislatore nel primo periodo e non v'è dubbio che quest'ultimo (che sancisce il divieto di custodia cautelare in ipotesi di prognosi favorevole in ordine alla concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena) trovi applicazione durante tutto il corso del procedimento penale, sia in fase genetica che in fase dinamica del trattamento cautelare.

Così è ragionevole ritenere che, se il Legislatore ha utilizzato l'espressione "*non può essere applicata la misura della custodia cautelare*" intendendo che

la misura custodiale non può essere né disposta (in fase genetica) né mantenuta (in fase dinamica), al primo periodo del comma 2 *bis*, lo stesso abbia inteso fare con l'espressione, sostanzialmente identica "*non può applicarsi la misura della custodia cautelare in carcere*", nel secondo periodo della medesima statuizione.

In definitiva, si ritiene che le disposizioni del comma 2 *bis* dell'art. 275 c.p.p., al pari di tutte le altre previsioni contenute in detto articolo, debbano trovare applicazione non soltanto all'origine del regime cautelare, ma per tutto il corso del procedimento.

In ogni caso, a parere di chi scrive, l'argomento più solido che induce a far ritenere l'applicabilità del comma 2 *bis*, secondo periodo, dell'art. 275 c.p.p. anche al di là della mera fase genetica del procedimento cautelare, si rinviene proprio nel testo della medesima disposizione codicistica.

Quest'ultima, infatti, come già anticipato, nel sancire il divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere in ipotesi di previsione di sentenza di condanna ad una pena non superiore a tre anni di reclusione, fa espressamente salvo il caso di cui all'art. 276 comma 1 *ter* c.p.p. ("*ferma restando l'applicabilità degli articoli 276, comma 1 ter, e 280, comma 3*").

Si è già evidenziato che l'art. 276 comma 1 *ter* c.p.p. prevede, in ipotesi di allontanamento non autorizzato dal luogo di esecuzione degli arresti domiciliari, la sostituzione della misura graduata domiciliare con quella massima della custodia carceraria, salvo che il fatto sia di lieve entità.

Appare evidente dunque come, nel caso di specie, vi sia già una misura cautelare in corso di esecuzione (arresti domiciliari): trattasi, pertanto, di disposizione che attiene alla fase dinamica del procedimento cautelare, non alla fase genetica dello stesso (aggravamento della misura domiciliare già in corso mediante sostituzione con la custodia in carcere).

In altri termini: se il Legislatore ha fatto espressamente salva l'ipotesi (dinamica) prevista dall'art. 276 comma 1 *ter* c.p.p., appare evidente come egli abbia inteso estendere, in linea di principio, il divieto di custodia cautelare in carcere anche alla fase dinamica, fatta salva, appunto, l'ipotesi dell'allontanamento non autorizzato dal luogo di esecuzione della custodia domiciliare.

In quest'ultimo caso, né la prognosi in ordine alla futura eventuale pronuncia di una sentenza di condanna ad una pena detentiva non superiore a tre anni di reclusione, né una sentenza infratriennale eventualmente già intervenuta, costituiscono ostacolo all'aggravamento del regime cautelare in atto (arresti domiciliari) con la sostituzione dell'originaria misura con quella carceraria.

Se il Legislatore, nell'introdurre l'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., avesse inteso dettare una disposizione applicabile alla sola fase genetica del regime cautelare, la clausola di riserva inerente all'art. 276 comma 1 *ter* c.p.p. non avrebbe avuto alcun senso, in quanto l'intera disciplina di ogni tipologia di aggravamento cautelare sarebbe stata estranea all'alveo applicativo della

norma. Tale effetto si sarebbe prodotto *"a monte"* e in via generalizzata e radicale (rispetto a qualsiasi mutamento *in peius* o *in melius* della misura in corso), senza alcun bisogno di specifiche clausole di riserva.

La puntuale esclusione della peculiare ipotesi di aggravamento prevista dall'art. 276 comma 1 *ter* c.p.p. fa comprendere, dunque, come il dettato dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. non sia affatto estraneo alle modifiche del regime cautelare successive alla sua primigenia applicazione.

Trattasi, come si è detto, sebbene totalmente trascurato dalla giurisprudenza di legittimità, forse del più importante argomento a sostegno della tesi secondo la quale il comma 2 *bis* (secondo periodo) dell'art. 275 c.p.p. non possa essere relegato negli angusti confini della fase genetica, dovendo esso ritenersi esteso a tutta la durata della misura.

Non solo: anche sul piano strettamente logico, prima ancora che giuridico, appare irragionevole ritenere che la misura della custodia in carcere non possa essere applicata in ipotesi di mera prognosi di condanna ad una pena non superiore a tre anni di reclusione e non riconoscere poi, invece, alcun effetto preclusivo alla sentenza infratriennale concretamente intervenuta, attribuendo, in tal modo, alla previsione di un evento una valenza coercitiva superiore a quella del concreto verificarsi dell'evento stesso.

Opera, dunque, in tal caso, *l'argumentum a fortiori*: se un determinato effetto giuridico è sancito per la previsione di un evento, a maggior ragione, quel determinato effetto giuridico si produrrà in ipotesi di concretizzazione dell'evento.

Occorre ancora considerare che il comma 2 *bis* dell'art. 275 c.p.p. è stato significativamente inserito immediatamente dopo la disposizione contenuta nel comma 2 del medesimo articolo, che afferma il generale principio di proporzionalità in materia cautelare (di cui il comma 2 *bis* costituisce un'articolazione), secondo il quale ogni misura deve essere proporzionata all'entità del fatto e *"alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata"*.

È la stessa norma-cardine in materia di proporzionalità, dunque, a prevedere che, una volta che sia stata pronunciata sentenza, in qualunque grado del giudizio di merito, il trattamento cautelare non può che essere calibrato sulla sanzione già concretamente *"irrogata"* (sebbene non ancora in via definitiva), non più sulla sanzione che *"si ritiene possa essere irrogata"*. In altri termini, lo spazio per la *"prognosi"* permane solo fino a quando non sia intervenuto un *"giudizio"* cristallizzato in una sentenza, a partire da quel momento, il provvedimento di merito fa stato ad ogni effetto, anche sotto il profilo cautelare.

Ai sensi dell'art. 299 comma 1 c.p.p., inoltre, le misure coercitive *"sono immediatamente revocate quando risultano mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità previste dall'art. 273 o dalle"*

*disposizioni relative alle singole misure ovvero le esigenze cautelari previste dell'art. 274".*

Tale statuizione chiarisce come il principio di proporzionalità e le sue articolazioni e specificazioni, così come le "*disposizioni relative alle singole misure*", debbano costituire oggetto di costante verifica in fase cautelare, dunque, non solo in sede di prima applicazione della misura, ma per tutto il corso della sua durata.

In conclusione - a giudizio di chi scrive - se, ai fini dell'applicazione dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., appare del tutto irrilevante, almeno in termini di automatismo, che il residuo di pena da eseguire, in ragione del presofferto cautelare subito, si assottigli fino a scemare al di sotto della soglia di tre anni (circostanza che può essere considerata dal Giudice solo allo scopo di valutare la persistente proporzionalità tra misura irrogata e residuo di pena da eseguire), lo stesso non può affermarsi nell'ipotesi in cui, nel corso del giudizio di merito, in qualunque grado, intervenga la pronuncia di una sentenza a pena detentiva non superiore a tre anni. In tal caso, fatte salve le eccezioni normativamente previste dallo stesso art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., non può non ritenersi operante il divieto di custodia cautelare sancito dalla disposizione in esame: secondo il generale "*principio dell'assorbimento*", la statuizione in punto di pena contenuta nella sentenza emessa nel giudizio di cognizione vincolerà totalmente il Giudice della cautela, il quale, in assenza di nuovi elementi istruttori, non potrà più effettuare alcuna prognosi difforme dalla determinazione della sanzione accolta in sentenza (sebbene non ancora irrevocabile).

### **3.7. La prognosi di pena e il principio dell'assorbimento.**

Alla luce di quanto si è detto, il Giudice cautelare può effettuare una prognosi di pena solo fino al momento in cui, in qualunque grado del giudizio di merito, non intervenga una sentenza, le cui statuizioni, anche in relazione al disposto dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., sottrarranno, sui temi decisi, ogni discrezionalità al Giudice della cautela (il Giudice procedente *ex art.* 279 c.p.p. e tutti i Giudici chiamati a pronunciarsi sull'eventuale impugnazione cautelare ai sensi degli artt. 309, 310 e 311 c.p.p.).

In fase pre-sentenza, dunque, il Giudice cautelare è chiamato ad operare una valutazione prognostica. Appare perciò opportuno chiarire quali siano i parametri valutativi ai quali egli deve attenersi e cosa si intenda per "*pena detentiva irrogata*" ai sensi dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p.

Considerato che la disposizione in esame non contiene alcuna peculiare previsione al riguardo, il Giudice cautelare non potrà che porsi nella stessa identica prospettiva del Giudice di merito, operando la dosimetria della pena come se dovesse emettere sentenza allo stato degli atti.

Conseguentemente, vengono in rilievo, oltre all'astratta pena edittale prevista per il reato oggetto di contestazione, i parametri valutativi esplicitati

dall'art. 133 c.p. in ordine alla "gravità del reato" e alla "capacità a delinquere del colpevole"<sup>46</sup>.

In particolare, è stato chiarito che *"il giudice della cautela, chiamato ad esprimersi, ai sensi dell'art. 275, comma 2 bis, secondo periodo, cod. proc. pen., in via prognostica, sulla pena detentiva da irrogarsi all'esito del giudizio al fine di escludere l'applicazione della misura della custodia cautelare in carcere ove la pena risulti contenuta nella misura non superiore ai tre anni, deve condurre il proprio sindacato discrezionale, tenendo conto di tutti gli indici sintomatici della gravità del reato e della capacità a delinquere previsti dall'art. 133 cod. pen."*<sup>47</sup>.

I medesimi criteri valutativi trovano applicazione anche in ordine alla prognosi di concedibilità del beneficio della sospensione condizionale della pena ai sensi dell'art. 275 comma 2 bis, primo periodo, c.p.p.

Secondo alcune pronunce di legittimità, non può ritenersi *"che il Giudice della cautela, operando il giudizio prognostico di cui all'art. 275 comma 2 bis c.p.p., debba formulare una valutazione sull'eventuale favorevole bilanciamento delle circostanze attenuanti ed attenuanti generiche con le aggravanti contestate, non solo perché si tratta di un giudizio rimesso esclusivamente al giudice di merito, dipendente anche dal comportamento processuale ed extraprocessuale dell'interessato (...), che resta al di fuori della 'conoscibilità' del Giudice della cautela, ma proprio perché la prognosi di quest'ultimo non può che scaturire dagli elementi a disposizione nella fase procedimentale delle indagini, che riguardano, da un lato, la pena edittale, dall'altro la gravità della condotta e la personalità dell'interessato"*<sup>48</sup>.

L'assunto non appare, tuttavia, condivisibile.

Il giudizio di bilanciamento tra circostanze aggravanti e attenuanti è certamente rimesso al Giudice di merito, ma ciò che si chiede al Giudice della cautela è una *"prognosi di giudizio"*, non un *"giudizio"*, e ciò vale non solo per il bilanciamento delle circostanze, ma per ogni segmento valutativo che concorre alla determinazione della pena che si ritiene, secondo una valutazione prognostica, possa essere irrogata al termine del processo.

Eventuali problemi di *"conoscibilità"* di fatti rilevanti dovranno evidentemente essere risolti dalla parte che allega l'esistenza di una determinata circostanza attenuante o aggravante, mediante produzione documentale, se del caso, successiva all'espletamento di indagini difensive (così, ad esempio, in ordine all'eventuale risarcimento del danno cagionato alla persona offesa ex art. 62 n. 6 c.p.).

---

<sup>46</sup> Cass. pen., Sez. 2, n. 31760 del 19/6/2018 - dep. 11/7/2018, Yordanov M.; Sez. 2, n. 31759 del 19/6/2018 - dep. 11/7/2018, Yordanov Y.

<sup>47</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 47302 del 5/11/2015 - dep. 30/11/2015, P.M. in proc. Speciali.

<sup>48</sup> Cass. pen., Sez. 4, n. 29457 del 24/9/2020 - dep. 23/10/2020, Lo Cheik; Sez. 4, n. 28163 del 24/9/2020 - dep. 9/10/2020, Sarr Gorgui.

Inoltre, affermare che, nella prognosi *ex art. 275 comma 2 bis c.p.p.*, non possa tenersi conto delle circostanze (e del relativo giudizio di bilanciamento) equivale ad asserire l'assoluta impossibilità di operare una prognosi sanzionatoria, a causa dell'enorme peso che soprattutto le circostanze speciali o ad effetto speciale assumono nella determinazione della pena.

Evidentemente si tratterà di un giudizio (*rectius* di una prognosi di giudizio) "*allo stato degli atti*", foriero di errori, in considerazione della cognizione sommaria tipica del procedimento cautelare e suscettibile di essere rimesso in discussione alla luce di nuove e più compiute acquisizioni istruttorie. Ma è una valutazione alla quale il Giudice della cautela non può sottrarsi, pena l'integrale "*disapplicazione*" della disposizione in esame.

Peraltro, è noto che l'art. 278 c.p.p. ("*Determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure*"), statuisce: "*Agli effetti dell'applicazione delle misure, si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato. Non si tiene conto della continuazione, della recidiva e delle circostanze del reato, fatta eccezione della circostanza aggravante prevista al numero 5) dell'articolo 61 del codice penale e della circostanza attenuante prevista dall'articolo 62 n. 4 del codice penale nonché delle circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale*"<sup>49</sup>.

Tale disposizione esclude, quindi, la rilevanza della continuazione, della recidiva e delle circostanze ad effetto comune (fatte salve le eccezioni ivi indicate). Tuttavia, l'art. 278 comma 1 e l'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. operano su piani diversi: il primo attiene alla "*pena astratta*" prevista per un determinato reato; il secondo alla prognosi di "*pena in concreto*" da comminare.

Conseguentemente, ai fini della valutazione prognostica *ex art. 275 comma 2 bis c.p.p.*, devono essere prese in considerazione tutte le circostanze, non soltanto quelle speciali o ad effetto speciale, ivi compresa la recidiva (art. 99 c.p.) in tutte le sue varianti.

Conclusioni analoghe si impongono in relazione alla continuazione.

I Giudici di legittimità, infatti, in tema di "*continuazione interna*" al procedimento, hanno condivisibilmente affermato che, ai fini del computo della pena concretamente irrogabile, previsto dall'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., è necessario considerare gli aumenti di pena conseguenti al cumulo materiale o giuridico e relativi a tutti i reati cui si riferisce la misura, mentre la disposizione dell'art. 278 c.p.p., secondo cui non si tiene conto della continuazione per la determinazione dei limiti di pena entro i quali è consentita l'applicazione della misura cautelare, si riferisce alla individuazione

---

<sup>49</sup> Articolo così modificato dall'art. 2, D.L. 1 marzo 1991, n. 60, convertito, con modificazioni, in L. 22 aprile 1991, n. 133, dall'art. 6, L. 8 agosto 1995, n. 332 e dall'art. 4, L. 26 marzo 2001, n. 128.

dei limiti edittali previsti in astratto per l'applicazione delle misure cautelari: in una fattispecie in cui la Corte ha rigettato il ricorso proposto avverso la misura cautelare in carcere disposta in relazione a plurimi reati di evasione, sul presupposto che per effetto della continuazione e della conseguente possibilità di aumentare la pena base fino al triplo, il Giudice di merito aveva correttamente ritenuto irrogabile, all'esito del giudizio, una pena superiore a tre anni di reclusione<sup>50</sup>.

La Cassazione ha, invece, escluso che, nella prognosi di pena da effettuare ai fini dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., possa attribuirsi rilievo alla "continuazione esterna" al procedimento. È stato, infatti, affermato che, anche qualora sia astrattamente ipotizzabile che, al termine del giudizio di merito, venga comminata una pena in continuazione con quella inflitta in altro procedimento con sentenza già passata in giudicato, ai fini del disposto dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., occorre operare una prognosi di pena relativa allo specifico reato oggetto di contestazione<sup>51</sup>.

Una questione particolare si pone in ordine ai riti alternativi: se cioè il Giudice cautelare debba o meno tenere conto di eventuali riti speciali preannunciati dall'indagato o imputato, spesso decisivi al fine di contenere la pena finale entro la soglia dei tre anni prevista dall'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p.

In proposito si è affermato, in seno alla giurisprudenza di legittimità, un orientamento ormai consolidato, adottato sia in relazione alla prognosi di concedibilità della sospensione condizionale (art. 275 comma 2 *bis*, primo periodo, c.p.p.) sia in prospettiva di commisurazione della pena (art. 275 comma 2 *bis*, secondo periodo, c.p.p.).

La Suprema Corte è, infatti, costante nell'affermare che, in tema di applicazione o di revoca delle misure cautelari personali, la valutazione prognostica del Giudice circa la concedibilità della sospensione condizionale della pena, o, per altro verso, circa la possibilità di irrogare una pena detentiva circoscritta a tre anni di reclusione, richiesta dall'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., non può tenere conto dell'eventuale applicazione delle diminuenti previste per riti speciali per i quali l'imputato ha preannunciato di optare, in assenza di elementi concreti (quali, ad esempio, la presenza di un'istanza già formalizzata di giudizio abbreviato non condizionato o di applicazione di pena già munita del consenso del Pubblico Ministero) che consentano di ritenere concretamente prevedibile l'accesso a tali forme alternative di definizione del procedimento<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 9438 del 29/1/2019 - dep. 4/3/2019, Pizzimenti, Rv. 275289 - 01.

<sup>51</sup> Cas. pen., Sez. 6, n. 7458 del 19/1/2017 - dep. 16/2/2017, Nikolos.

<sup>52</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 36263 del 17/6/2020 - dep. 17/12/2020, Vermenchuk; Sez. 4, n. 29457 del 24/9/2020 - dep. 23/10/2020, Lo Cheik; Sez. 4, n. 28163 del 24/9/2020 - dep. 9/10/2020, Sarr Gorgui; Sez. 5, n. 27976 del 1/7/2020 - dep. 7/10/2020, Marino; Sez. 3, n. 18028 del 18/1/2019 - dep. 2/5/2019, Sciuto; Sez. 5, n. 13688 del 1/2/2019 - dep. 28/3/2019, Sarcina; Sez. 4, n. 10888 del 27/2/2019 - dep. 12/3/2019, Candeh; Sez. 1, n. 8230 del 3/10/2018 - dep.



È stato precisato che il Giudice della cautela non può tenere conto delle soltanto preannunciate opzioni dell'indagato per uno dei riti alternativi fino a quando esse configurino evenienze processuali ancora future e incerte. In detta fase, esse risultano dipendenti da un'ancora mancante - in via espressa e formale - manifestazione di volontà dell'interessato, o anche (nel rito *ex artt. 444 e ss. c.p.p.*) del Pubblico Ministero, o ancora, in ipotesi di domanda di accesso al rito abbreviato condizionato, dal provvedimento giudiziale ammissivo, ai sensi dell'art. 438 comma 5 c.p.p.<sup>53</sup>.

Conseguentemente, nel giudizio prognostico che deve essere operato ai sensi dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., al fine di verificare se sussista o meno, nel caso di specie, un divieto di applicazione della custodia cautelare (sia il carcere sia gli arresti domiciliari, in caso di concedibilità del beneficio della sospensione condizionale; solo il carcere nell'ipotesi di pena irrogabile non superiore a tre anni), non si potrà tenere conto di mere manifestazioni di volontà preannunciate, ma occorrerà verificare se tali dichiarazioni siano o meno state formalizzate nelle opportune sedi e valutarne gli eventuali sviluppi.

In tal senso, sicuro rilievo assume la formulata richiesta di giudizio abbreviato incondizionato, che, non essendo subordinata ad alcuna integrazione istruttoria, non potrà che essere accolta dal Giudice di merito; così come l'istanza di definizione della pena su richiesta già avanzata dall'imputato e rispetto alla quale sia già intervenuto l'assenso della pubblica accusa, che presenta serie probabilità di essere accolta dal Giudice che verrà chiamato a decidere sulla stessa.

Sulla prognosi di pena non incide, invece, certamente la liberazione anticipata, la cui concessione deriva da valutazioni future e incerte, riservate alla fase esecutiva. Decisivo appare, in tal senso, il riferimento alla "*pena detentiva irrogata*" contenuto nell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., che prescinde

---

25/2/2019, Salsiccia; Sez. 3, n. 7164 del 23/11/2018 - dep. 15/2/2019, Belbarbouchi; Sez. 1, n. 51177 del 6/6/2017 - dep. 9/11/2018, Piccolo; Sez. 3, n. 14057 del 20/2/2018 - dep. 27/3/2018, Fortunato; Sez. 3, n. 2764 del 12/12/2017 - dep. 23/1/2018, Caltabiano; Sez. 6, n. 39489 del 14/6/2017 - dep. 28/8/2017, Bonaventura; Sez. 2, n. 228 del 16/12/2016 - dep. 3/1/2017, Giorgio; Sez. 4, n. 51969 del 10/11/2016 - dep. 6/12/2016, Sainovic; Sez. 6, n. 48956 del 21/9/2016 - dep. 18/11/2016, Scognamiglio; Sez. 4, n. 39538 del 15/7/2016 - dep. 23/9/2016, Aleksandrov, che aggiunge che, nella valutazione prognostica della pena comminabile, non si può tenere conto neppure delle circostanze attenuanti generiche; Sez. 4, n. 26600 del 23/3/2016 - dep. 27/6/2016, Casale; Sez. 4, n. 24111 del 17/5/2016 - dep. 9/6/2016, Chartawi; Sez. 5, n. 18570 del 8/1/2016 - dep. 4/5/2016, Longobardi e altri, in cui si precisa che non può prendersi in considerazione neppure la futura applicazione dell'istituto della continuazione con una precedente condanna per reato analogo, per il suo carattere di possibilità astratta ed eventuale, in assenza di dati concreti di valutazione; Sez. 3, n. 36918 del 13/5/2015 - dep. 14/9/2015, Agostinone, Rv. 26517601; Sez. 4, n. 42682 del 24/5/2007 - dep. 20/11/2007, Ehuiaika, Rv. 238298; Sez. 6, n. 2925 del 30/9/1996 - dep. 19/11/1996, Marino, Rv. 206433; Sez. 2, n. 5569 del 18/12/1995 - dep. 24/1/1996, Squeo, Rv. 203788.

<sup>53</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 8230 del 3/10/2018 - dep. 25/2/2019, Salsiccia.

dunque dalla pena che, una volta divenuta irrevocabile la sentenza di condanna, dedotto il presofferto cautelare e i periodi di liberazione anticipata, dovrà concretamente essere eseguita.

La motivazione della prognosi effettuata dal Giudice della cautela può essere, dunque, più o meno complessa, in base ai diversi elementi da ponderare che vengono in rilievo nel caso specifico sottoposto alla sua attenzione, ed anche in considerazione della pena edittale stabilita per il delitto oggetto di addebito cautelare: più la pena edittale massima prevista sarà vicina alla soglia dei tre anni, più intenso sarà l'onere motivazionale del Giudice della cautela nell'argomentare che la pena in concreto inflitta, al termine del processo, sarà superiore a detta soglia.

La predetta intensità andrà, invece, gradatamente sfumando al salire della pena edittale stabilita per il reato per cui si procede. È stato, infatti, affermato che la prognosi dell'irrogazione di una pena superiore a tre anni di reclusione può ritenersi implicitamente formulata quando la pena edittale superi congruamente tale limite e il Giudice, nell'emettere o nel confermare la misura custodiale, non faccia riferimento alla pena prevedibilmente comminabile<sup>54</sup>.

Se il quadro valutativo in ordine alla determinazione della pena irrogabile appare, dunque, abbastanza complesso prima della pronuncia di una sentenza, in qualsiasi grado del giudizio di merito, esso si semplifica enormemente con il sopraggiungere di quest'ultima.

Nel momento in cui viene pronunciata sentenza, anche solo di primo grado, infatti, il Giudice della cautela, salva l'emersione di nuovi elementi istruttori, è totalmente vincolato a quanto in essa statuito, anche in tema di quantificazione della pena, anche con specifico riferimento all'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p.

A partire da tale momento, il Giudice cautelare non potrà più compiere alcuna prognosi su tutte le questioni affrontate e decise in sede di cognizione, ma dovrà calibrare ogni sua decisione muovendo proprio dalle statuizioni contenute in sentenza.

È il portato fondamentale del "*principio dell'assorbimento*", che prevede, appunto, che ogni statuizione del Giudice di merito contenuta nella sentenza (sebbene non ancora irrevocabile) "*assorbe*" ogni possibile valutazione del Giudice della cautela sulle medesime questioni.

---

<sup>54</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 8237 del 16/11/2018 - dep. 25/2/2019, Ferrara, in cui è stato anche precisato che ogni eccezione relativa alla omissione o al contenuto del giudizio prognostico deve essere sollevata tempestivamente avanti al Giudice di merito, non potendo essere posta per la prima volta in sede di legittimità; al contrario, Sez. 2, n. 8932 del 17/1/2019 - dep. 1/3/2019, Aliano ed altri statuisce che una motivazione più incisiva è richiesta nell'ipotesi in cui il Giudice della cautela abbia riqualificato il reato in termini di tentativo, evenienza che, valutata anche la personalità dell'indagato (specie se incensurato), muta in modo significativo il quadro sanzionatorio di riferimento.

Il principio in esame rappresenta, chiaramente, una declinazione della regola del *ne bis in idem* di cui all'art. 649 c.p.p. e svolge la fondamentale funzione di impedire che, in ordine a questioni decise dal Giudice della cognizione con sentenza, possa intervenire nuovamente il Giudice cautelare, magari con valutazioni e decisioni di segno contrario: ciò determinerebbe, con ogni evidenza, un sensibile *vulnus* alla coerenza interna del sistema.

La regola dell'assorbimento delle valutazioni cautelari nelle decisioni contenute nella sentenza non irrevocabile emessa nel parallelo giudizio di cognizione trova fondamento nella funzione strumentale ed ancillare che il giudizio cautelare è destinato a svolgere in relazione al giudizio di merito, con la conseguente impossibilità che nel procedimento cautelare possano essere adottate statuizioni che si pongono in contrasto con le decisioni assunte, con sentenza, nel giudizio di cognizione.

Il principio in questione, che trova la sua pietra miliare, a livello di giurisprudenza costituzionale, nella sentenza della Consulta n. 7/1996, è stato inizialmente affermato con riferimento ai soli gravi indizi di colpevolezza, statuendo che, una volta intervenuta una sentenza di condanna in ordine ad un determinato reato, non è più consentito al Giudice cautelare porre in discussione la sussistenza di una piattaforma indiziaria connotata dalla necessaria gravità<sup>55</sup>.

L'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale dell'istituto ne ha poi determinato l'espansione, con la conseguenza di dover oggi ritenere che ogni statuizione contenuta in una sentenza emessa in qualsiasi grado del giudizio di merito vincola totalmente il Giudice cautelare, il quale non se ne può, dunque, discostare, fatta salvo l'intervento di nuovi elementi probatori<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Cass. pen., Sez. 2, n. 5988 del 23/1/2014 - dep. 7/2/2014, Paolone, Rv. 258209 - 01, secondo cui la sopravvenienza di una sentenza di condanna per gli stessi fatti per i quali è stata applicata una misura cautelare personale preclude al Giudice dell'appello incidentale *de libertate* la rivalutazione della gravità indiziaria, in assenza di una diversa contestazione del fatto addebitato e di nuovi elementi di fatto; così anche: Sez. 1, n. 2350 del 22/12/2009 - dep. 19/1/2010, Siclari, Rv. 246037 - 01; Sez. 1, n. 38036 del 13/7/2004 - dep. 27/9/2004, Porcelli, Rv. 230049 - 01; nello stesso senso, più recentemente, Sez. 1, n. 55459 del 15/6/2017 - dep. 12/12/2017, Gagliardi, Rv. 272398 - 01.

<sup>56</sup> Cass. pen., Sez. 4, n. 26636 del 6/5/2009 - dep. 30/6/2009, Turloiu, Rv. 244877 - 01, in cui è stato affermato che, in tema di misure cautelari personali, una volta intervenuta la sentenza di condanna, la valutazione delle esigenze cautelari, anche in sede di riesame, deve mantenersi nell'ambito della ricostruzione operata dalla pronuncia di merito, non solo per quel che attiene all'affermazione di colpevolezza e alla qualificazione giuridica ma, anche, per tutte le circostanze del fatto, che non possono essere apprezzate in modo diverso dal Giudice della cautela; nello stesso senso Sez. 5, n. 579 del 3/2/1999 - dep. 8/3/1999, Marinelli, Rv. 213469 - 01, secondo cui il "*principio dell'assorbimento*", in base al quale quando interviene una decisione che in ogni caso contiene in sé una valutazione di merito di tale incisività da assorbire la valutazione dei gravi indizi di colpevolezza, può dirsi ragionevolmente precluso il riesame su tale punto da parte del Giudice chiamato a pronunciarsi in sede di impugnativa proposta avverso il provvedimento restrittivo della libertà, sebbene sia stato espresso in

Conseguentemente, se il Giudice di merito ha comminato una pena detentiva non superiore a tre anni, nessuna valutazione o giudizio prognostico è più riservato al Giudice della cautela, il quale, ad ogni effetto, non potrà che prendere atto della decisione cristallizzata nella sentenza di condanna, sotto ogni profilo (sussistenza di gravi indizi di colpevolezza, qualificazione giuridica del fatto-reato, presenza di circostanze aggravanti o attenuanti e relativo bilanciamento, quantificazione della pena, concessione o meno del beneficio della sospensione condizionale ed ogni altra statuizione contenuta in sentenza, ovviamente non definitiva, altrimenti non si sarebbe più in fase cautelare).

Il principio è stato applicato proprio alla determinazione della pena ex art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. da un recente arresto della giurisprudenza di legittimità, in cui è stato affermato che, una volta intervenuta la sentenza di condanna anche non definitiva, la valutazione degli elementi rilevanti ai fini del giudizio incidentale, anche in sede di riesame o di appello, deve mantenersi nell'ambito della ricostruzione operata dalla pronuncia di merito, non solo per quel che attiene all'affermazione di colpevolezza e alla qualificazione giuridica, ma anche per tutte le circostanze del fatto, non potendo essere queste apprezzate in modo diverso dal Giudice della cautela: nella fattispecie la Corte ha ritenuto illegittima, per violazione dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., l'ordinanza con la quale, in sede di appello, era stata applicata la misura della custodia cautelare in carcere, dopo che l'imputato aveva già patteggiato una pena inferiore a tre anni di reclusione<sup>57</sup>.

Il "*principio dell'assorbimento*", che ha portata assolutamente generale in materia cautelare, rappresenta, dunque, un ulteriore importante argomento a sostegno della tesi dell'applicabilità del disposto di cui all'art. 275 comma

---

materia di valutazione dei gravi indizi, deve valere anche per altri accertamenti compiuti dal Giudice di merito che hanno il pregio di una maggiore completezza ed affidabilità rispetto a quelli compiuti nella fase delle indagini preliminari; ed invero, l'autonomia decisionale del Giudice della libertà, che resta piena nella valutazione delle esigenze cautelari, soffre delle limitazioni in ordine all'accertamento delle modalità e circostanze dell'azione e della gravità dei reati contestati e ritenuti in sentenza a seguito di istruttoria dibattimentale, elementi di cui si deve tener conto nella valutazione delle esigenze cautelari di cui all'art. 274 lett. c) c.p.p.; una tale limitazione, invero, si giustifica non solo per la maggiore affidabilità delle decisioni di merito, ma anche con la necessità di evitare che nel corso dello stesso procedimento ed in relazione allo stesso fatto vi siano decisioni del tutto dissonanti.

<sup>57</sup> Cass. pen., Sez. 4, n. 12890 del 13/2/2019 - dep. 25/3/2019, Bettassa, Rv. 275363 - 01: la sentenza in questione deve ritenersi attinente alla fase genetica del regime cautelare, atteso che riguarda un caso in cui l'istanza di applicazione della misura cautelare era stata, in prima battuta, rigettata dal GIP, ma poi applicata dal Tribunale del Riesame, in funzione di Giudice di appello ex art. 310 c.p.p., a seguito dell'impugnazione formulata dal Pubblico Ministero avverso il primigenio provvedimento reiettivo; la pronuncia è commentata da A. BUCCARELLA, *Sui rapporti tra procedimento cautelare e merito nel prisma dell'art. 275, comma 2 bis, c.p.p.*, in *Il Foro italiano*, 2020, 2, 2, p. 142; negli stessi termini successivamente: Sez. 4, n. 19867 del 12/6/2020 - dep. 2/7/2020, Iaffulli; Sez. 4, n. 21758 del 26/6/2020 - dep. 21/7/2020, Costanzo.

2 *bis* c.p.p. non solo in fase genetica, ma anche in fase dinamica: contraddirebbe patentemente tale principio un procedimento in cui, dopo una prima valutazione prognostica compiuta dal Giudice della cautela in ordine alla determinazione della pena in concreto comminabile (ritenuta superiore a tre anni), il medesimo Giudice cautelare potesse obliterare del tutto l'intervenuta pronuncia di una sentenza che, smentendo le originarie previsioni, irroggi una pena detentiva non superiore a tre anni.

Il principio dell'assorbimento vale ovviamente anche in senso sfavorevole all'imputato: una volta intervenuta una sentenza che, in qualunque grado, escluda la concedibilità della sospensione condizionale o commini una pena detentiva superiore a tre anni, al Giudice cautelare e dell'impugnazione cautelare, in assenza di nuovi elementi istruttori, sarà interdetta una qualsiasi prognosi in senso contrario alle statuizioni contenute nel provvedimento di merito.

### **3.8. I reati ostativi e la mancanza di un luogo di esecuzione dei domiciliari.**

Come si è rilevato, ai sensi del terzo periodo dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., il divieto di adozione della custodia cautelare in carcere, previsto dal secondo periodo della medesima disposizione, non trova applicazione qualora si proceda per alcuni delitti specificamente elencati.

Si tratta, in particolare, dei seguenti reati: incendio boschivo (art. 423 *bis* c.p.); maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.); atti persecutori (art. 612 *bis* c.p.); diffusione illecita di immagini e video sessualmente espliciti (art. 612 *ter* c.p.); furto in abitazione e furto con strappo (art. 624 *bis* c.p.); nonché i reati previsti dall'art. 4 *bis* dell'Ordinamento penitenziario (L. 354/1975).

In ipotesi di contestazione cumulativa di più delitti nell'ambito del medesimo procedimento, si ritiene che la deroga prevista dalla disposizione in esame operi anche nel caso in cui solo uno o solo una parte dei diversi reati oggetto di contestazione rientri nell'elenco suindicato.

L'altra eccezione prevista dal terzo periodo dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. è rappresentata dall'assenza di un luogo di esecuzione degli arresti domiciliari. I "luoghi" cui si fa riferimento sono quelli previsti dall'art. 284 comma 1 c.p.p.: l'abitazione dell'indagato, un altro luogo di privata dimora, un luogo pubblico di cura o di assistenza ovvero, ove istituita, una casa famiglia protetta.

In tal caso, il Giudice potrà disporre la misura massima della custodia in carcere secondo i principi generali, dunque, dopo aver verificato l'inadeguatezza di ogni altra misura cautelare.

I Giudici di legittimità hanno ritenuto senz'altro applicabile la disposizione in esame a cittadini stranieri senza fissa dimora in Italia<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 11376 del 12/1/2018 - dep. 13/3/2018, El Kired.

Non appare, invece, condivisibile l'indirizzo interpretativo secondo cui, atteso il riferimento al concetto di "mancanza" contenuto nella disposizione in esame, al Giudice chiamato a disporre la misura sarebbe preclusa ogni valutazione in merito alla "idoneità" del luogo di potenziale esecuzione della stessa.

È stato affermato, in proposito, che *"deve essere escluso che nel concetto di inesistenza di uno dei luoghi ove scontare gli arresti domiciliari possa rientrare anche l'eventuale inadeguatezza dell'abitazione sotto il profilo della regolarità dell'occupazione della medesima ovvero della regolarità edilizia; ogni valutazione sul punto non pare giustificabile alla luce del chiaro portato normativo che preclude l'applicazione ed il mantenimento della custodia carceraria nei confronti dei soggetti ai quali sia stata applicata una pena inferiore ad anni 3 di reclusione. Stante infatti l'eccezionalità del mantenimento della misura maggiormente afflittiva in tali casi, il giudizio negativo può essere ancorato soltanto alla mancanza del luogo ove scontare gli arresti domiciliari e non anche ad una valutazione di inadeguatezza dello stesso"*<sup>59</sup>.

A parere di chi scrive, invece, il concetto di "mancanza" di un luogo di esecuzione della misura degli arresti domiciliari fa riferimento all'assenza di un "luogo idoneo", non potendo escludersi una valutazione del Giudice della cautela a tale riguardo, quantomeno in relazione all'adeguatezza sanitaria dell'immobile, che potrebbe porre in pericolo la stessa incolumità fisica dell'indagato ivi ristretto, o all'occupazione abusiva dell'abitazione, rispetto alla quale il provvedimento dell'Autorità giudiziaria di eventuale disposizione della misura domiciliare consentirebbe o perpetuerebbe un illecito penale. In questa prospettiva, in una pronuncia della Suprema Corte è stato affermato che, ai fini dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., si ha una "mancanza" sostanziale del domicilio, pur formalmente indicato, qualora la disponibilità dell'immobile scaturisca da un contratto di locazione stipulato dalla sorella dell'indagato (regolarmente registrato) della durata di soli quattro mesi: contratto che, ad avviso della Corte, non consente l'esecuzione della misura degli arresti domiciliari che presuppone un radicamento stabile sul territorio<sup>60</sup>.

Con riferimento al relativo onere probatorio, è stato condivisibilmente statuito che, ai fini della sostituzione della misura della custodia cautelare in carcere con quella degli arresti domiciliari, è onere dell'interessato privo di un'abitazione (nella specie, perché senza fissa dimora nel territorio dello Stato), fornire tutte le indicazioni necessarie circa la concreta disponibilità di uno dei luoghi di esecuzione indicati dall'art. 284 comma 1 c.p.p., con la conseguenza che, in mancanza di queste, il Tribunale del Riesame, in quanto

<sup>59</sup> Cass. pen., Sez. 2, n. 10425 del 8/2/2018 - dep. 7/3/2018, Abdelaziz.

<sup>60</sup> Cass. pen., Sez. 5, n. 7742 del 4/2/2015 - dep. 19/2/2015, Abdou.

sprovvisto di poteri istruttori, può legittimamente rigettare la richiesta di applicazione della forma di cautela meno afflittiva pur in presenza di una prognosi di condanna a pena non superiore tre anni di reclusione<sup>61</sup>.

### **3.9. La rilevabilità d'ufficio dei divieti previsti dall'art. 275 comma 2 bis c.p.p.**

Secondo le opzioni ermeneutiche qui sostenute, il disposto dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., fatte salve le eccezioni di cui si è detto, impedisce che venga disposta (in fase genetica) o mantenuta (in fase dinamica) la misura cautelare della custodia in carcere nell'ipotesi in cui si preventivi la comminatoria di una pena detentiva non superiore a tre anni o, nel caso in cui sia già stata, in qualunque grado, pronunciata una sentenza di condanna a pena infratriennale.

Si pone, dunque, il problema di verificare se l'operatività del predetto divieto nel caso concreto possa essere rilevata d'ufficio dal Giudice o se, invece, possa essere eccepita solo su iniziativa di parte.

A parere di chi scrive, è da ritenere che, trattandosi di una condizione di legittimità della misura custodiale carceraria, il Giudice investito della decisione cautelare, in via principale o incidentale in fase di impugnazione, possa sempre rilevare, anche d'ufficio, la violazione del disposto dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p.

In primo luogo, non v'è dubbio che il Giudice, chiamato ad esprimersi ai sensi dell'art. 292 c.p.p. sulla domanda cautelare avanzata dal Pubblico Ministero, debba autonomamente verificare se la propria decisione è suscettibile di superare le preclusioni previste dall'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., sia in relazione alla concedibilità della sospensione condizionale della pena (in riferimento alla custodia carceraria e agli arresti domiciliari), sia in ordine alla prognosi di pena infratriennale (quanto alla sola custodia in carcere)

Parimenti è a dirsi per la procedura di riesame *ex art. 309 c.p.p.*, che, pur avendo natura incidentale-impugnatoria, attiene pur sempre alla "*fase genetica*" di applicazione della misura.

La Suprema Corte ha avuto recentemente modo di affermare che, in sede di riesame, il Giudice dell'impugnazione è tenuto a verificare la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. anche d'ufficio, qualora la difesa nulla eccepisca in proposito, dunque anche in mancanza di uno specifico motivo di gravame sul punto<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> Cass. pen., Sez. 3, n. 41074 del 30/09/2015 - dep. 13/10/2015, Z., Rv. 265048 - 01.

<sup>62</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 31796 del 27/10/2020 - dep. 12/11/2020, Stellato, in cui la Cassazione ha affermato che, sebbene alcun riferimento al disposto di cui all'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. fosse contenuto nell'istanza di riesame o nella discussione tenuta dal difensore innanzi al Tribunale, "*tuttavia, trattandosi di presupposto di legittimità dell'applicazione della misura della custodia cautelare in carcere, il Tribunale avrebbe dovuto verificare d'ufficio la sua sussistenza*".

L'assunto trova piena conferma, oltre che nel carattere di "*presupposto di legittimità della misura*" della regola dettata dall'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., nella natura stessa del giudizio di riesame *ex art.* 309 c.p.p., mezzo di impugnazione ad effetto integralmente devolutivo, con il quale vengono affidati al Giudice del gravame i medesimi poteri di cognizione e di decisione che competono al Giudice di prime cure.

La verifica attinente ai presupposti di cui all'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. deve poi essere certamente svolta anche in ipotesi di formulazione di istanza di revoca o sostituzione della misura in corso di esecuzione.

Ai sensi dell'art. 299 comma 1 c.p.p., infatti, le misure coercitive e interdittive sono immediatamente revocate quando risultano mancanti, anche per fatti sopravvenuti, "*le condizioni di applicabilità previste dalle disposizioni relative alle singole misure*".

In virtù di quanto disposto dall'ultimo periodo del terzo comma del medesimo articolo: "*Il giudice provvede anche di ufficio quando assume l'interrogatorio della persona in stato di custodia cautelare o quando è richiesto della proroga del termine per le indagini preliminari o dell'assunzione di incidente probatorio ovvero quando procede all'udienza preliminare o al giudizio*".

Il comma immediatamente successivo (comma 3 *bis*) precisa poi che il Giudice, prima di provvedere in ordine alla revoca o alla sostituzione delle misure coercitive e interdittive, di ufficio o su richiesta dell'imputato, deve sentire il Pubblico Ministero.

È da ritenere che la verifica dei presupposti di cui all'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. debba essere effettuata d'ufficio dal Tribunale del Riesame anche qualora il Collegio decida in funzione di Giudice di appello *ex art.* 310 c.p.p. Se è vero infatti che, nel giudizio di appello cautelare, a differenza del giudizio di riesame, trova applicazione il principio devolutivo *tantum devolutum quantum appellatum*, è stato affermato che, in sede di appello *ex art.* 310 c.p.p., il controllo officioso del Giudice sulla legittimità del provvedimento prescinde totalmente dal principio devolutivo, fissato in via generale dall'art. 597 c.p.p.<sup>63</sup>.

In ogni caso, non v'è dubbio che, almeno in tutte le ipotesi in cui il *petitum* della difesa verta (anche in parte) sulla revoca-sostituzione della misura cautelare in corso di esecuzione per ritenuto affievolimento delle esigenze cautelari, il Giudice dell'impugnazione che revochi o sostituisca la misura

---

<sup>63</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 8691 del 14/11/2017 - dep. 22/2/2018, Attabia, Rv. 272215 - 01: in applicazione di tale principio la Corte ha ritenuto legittima l'ordinanza del Tribunale della libertà che aveva dichiarato d'ufficio l'inammissibilità dell'istanza di revoca o sostituzione della misura coercitiva, applicata in un procedimento per delitto commesso con violenza alla persona, per omessa notifica dell'istanza alla persona offesa, ai sensi dell'art. 299 comma 3 c.p.p., trattandosi di un vizio deducibile e rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo cautelare.

custodiale in corso di esecuzione in virtù del disposto dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., anziché per degradazione dei *pericula libertatis*, non incorre in alcuna violazione del principio devolutivo.

Intanto, è da ritenere che il Giudice di prime cure abbia, almeno implicitamente, deciso la questione attinente alla concedibilità della sospensione condizionale o alla prognosi di pena ultratriennale, proprio in virtù di quanto statuito dal sopra richiamato art. 299 comma 1 c.p.p.: il "*filtro*" dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. rientra, dunque, nell'ambito del *decisum*.

Inoltre, le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno affermato che la regola del *tantum devolutum quantum appellatum* delimita anche i poteri di cognizione del Giudice di appello in materia di impugnazione di ordinanze aventi ad oggetto misure cautelari personali, ma tale limite è operante soltanto rispetto ai punti della decisione impugnata attinti dai motivi di gravame, nonché a quelli con essi strettamente connessi o da essi dipendenti, e non riguarda, invece, le deduzioni in fatto e le argomentazioni in diritto svolte dal Giudice di primo grado<sup>64</sup>.

Sempre in composizione allargata, la Cassazione aveva in precedenza già statuito che la preclusione derivante dall'effetto devolutivo dell'appello riguarda esclusivamente i "*punti*" della sentenza che, non essendo stati oggetto dei motivi di impugnazione, abbiano acquistato autorità di giudicato; non riguarda, invece, nell'ambito dei motivi proposti, le argomentazioni e le questioni di diritto non svolte o erroneamente prospettate a sostegno del *petitum* che forma oggetto del gravame, atteso che il Giudice di appello ben può - senza esorbitare dalla sfera devolutiva, dell'impugnazione - accogliere il gravame in base ad argomentazioni proprie o diverse da quelle dell'appellante<sup>65</sup>.

#### 4. Schema finale di sintesi.

Qualora si condividano le considerazioni espresse nei precedenti paragrafi (come si è detto, in parte in contrasto con orientamenti giurisprudenziali di legittimità sufficientemente consolidati), i contenuti precettivi enucleabili dalle disposizioni che compongono l'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. risultano essere i seguenti.

---

<sup>64</sup> Cass. pen., Sez. U, n. 8 del 25/6/1997 - dep. 3/10/1997, Gibilras, Rv. 208313 - 01, in una fattispecie relativa ad appello avverso provvedimento di rigetto di istanza di scarcerazione per decorrenza dei termini massimi di custodia cautelare per asserita contestazione a catena, fondata, tra l'altro, sull'esistenza di vincolo di continuazione o di connessione tra i reati contestati; nell'enunciare il principio di cui in massima, la Cassazione ha ritenuto corretta la decisione del Tribunale della libertà basata, pur in assenza al riguardo di deduzioni dell'appellante o di argomentazioni del Giudice *a quo*, sull'esistenza di una preclusione derivante dal giudicato cautelare sul punto; nello stesso senso Sez. 1, n. 6989 del 11/12/1997 - dep. 26/2/1998, Macrì, Rv. 209896 - 01.

<sup>65</sup> Cass. pen., Sez. U, n. 1 del 27/9/1995 - dep. 4/1/1996, Timpanaro, Rv. 203096 - 01.

In tema di sospensione condizionale della pena:

- **"prognosi di concedibilità della sospensione condizionale"**: se il Giudice ritiene che, con la sentenza di condanna, potrà essere concesso il beneficio della sospensione condizionale della pena, non può applicare né mantenere né la custodia in carcere né gli arresti domiciliari (art. 275 comma 2 *bis*, primo periodo, c.p.p.);
- **"sentenza di condanna a pena condizionalmente sospesa"**: se, in qualsiasi grado del processo, viene pronunciata sentenza di condanna a pena condizionalmente sospesa, qualsiasi misura cautelare (non solo a carattere custodiale, ma anche qualunque misura meramente coercitiva o interdittiva) perde efficacia (artt. 300 comma 3 e 532 comma 2 c.p.p.).

Più articolato risulta il quadro normativo in relazione alla prognosi o alla pronuncia di una sentenza di condanna a pena detentiva infratriennale.

In tal caso, il Giudice (in linea di principio e fatte salve le eccezioni successivamente specificate) non potrà applicare o mantenere la custodia in carcere, adottando al massimo la misura degli arresti domiciliari, in caso di:

- **"prognosi di pena detentiva non superiore a tre anni"**: se il Giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni, non potrà applicare o mantenere la custodia cautelare in carcere (art. 275 comma 2 *bis*, secondo periodo, c.p.p.);
- **"sentenza di condanna a pena detentiva non superiore a tre anni"**: se, in qualsiasi grado del processo, viene pronunciata sentenza di condanna a pena non superiore a tre anni, il Giudice non può disporre né mantenere la custodia carceraria (art. 275 comma 2 *bis*, secondo periodo, c.p.p.);
- **"aggravamento cautelare"**: in ipotesi di prognosi di pena infratriennale o di intervenuta pronuncia di sentenza di condanna a pena detentiva non superiore a tre anni, il Giudice non potrà disporre la custodia in carcere neppure in caso di aggravamento delle esigenze cautelari originariamente rilevate (art. 299 comma 4 c.p.p.);
- **"aggravamento sanzionatorio senza evasione"**: in ipotesi di prognosi di pena infratriennale o di intervenuta pronuncia di sentenza di condanna a pena detentiva non superiore a tre anni, il Giudice non potrà disporre la custodia in carcere nemmeno in caso di inottemperanza alle prescrizioni imposte con altre misure cautelari, qualora trattasi di violazione diversa dall'allontanamento dal luogo di esecuzione degli arresti domiciliari (artt. 275 comma 2 *bis*, secondo periodo, 276 commi 1 e 1 *bis* c.p.p.);
- **"evasione"**: se si procede (in via principale e autonoma, non dunque in caso di aggravamento della misura cautelare già in essere, che è stata violata) per il delitto di evasione (non aggravato), punito con la pena

massima della detenzione fino a tre anni, il Giudice non potrà disporre la custodia in carcere (artt. 275 comma 2 *bis*, secondo periodo, e 385 commi 1 e 3 c.p.).

In deroga a tali “*regole*” di carattere generale, il Giudice potrà disporre o mantenere comunque la misura cautelare carceraria, nonostante la prognosi di pena infratriennale o l’intervenuta pronuncia di una sentenza a pena detentiva non superiore a tre anni, nei seguenti casi:

- “**reati ostativi**”: si procede per uno dei reati ostativi previsti dallo stesso comma 2 *bis* (art. 275 comma 2 *bis*, terzo periodo, c.p.p.);
- “**reati a presunzione carceraria**”: si procede per uno dei reati per i quali il terzo comma dell’art. 275 prevede una presunzione relativa di sussistenza di esigenze cautelari e una presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia in carcere (art. 275 comma 2 *bis*, secondo periodo, e comma 3, secondo periodo, c.p.p.) oppure per uno dei delitti per i quali il terzo comma prevede una presunzione relativa di sussistenza di esigenze cautelari e una presunzione anch’essa relativa di adeguatezza della sola custodia carceraria (art. 275 comma 2 *bis*, secondo periodo, e comma 3, terzo periodo, c.p.p.);
- “**assenza di domicilio**”: mancanza di un luogo di esecuzione degli arresti domiciliari, rilevata l’inadeguatezza di ogni altra misura cautelare (artt. 275 comma 2 *bis*, terzo periodo, e 284 comma 1 c.p.p.);
- “**aggravamento sanzionatorio per evasione**”: l’indagato o imputato, al quale era stata applicata la misura cautelare degli arresti domiciliari, ha violato il divieto di allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di esecuzione della misura domiciliare, salvo si tratti di fatto di lieve entità (artt. 275 comma 2 *bis*, secondo periodo, 276 comma 1 *ter* e 280 comma 3 c.p.p.);
- “**evasione infraquinquennale**”: si procede nei confronti di indagato o imputato che ha riportato condanna definitiva per evasione nel quinquennio antecedente i fatti-reato oggetto di contestazione, salva l’ipotesi di evasione di lieve entità (art. 284 comma 5 *bis* c.p.p.).