

Penale Sent. Sez. F Num. 26542 Anno 2020

Presidente: DI STEFANO PIERLUIGI

Relatore: MONACO MARCO MARIA

Data Udiienza: 13/08/2020

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

BANDINI ANTONIO nato a SAN SEVERO il 28/11/1971

avverso l'ordinanza del 02/03/2020 del TRIB. LIBERTA' di BARI

udita la relazione svolta dal Consigliere MARCO MARIA MONACO;
sentite le conclusioni del Procuratore Generale ASSUNTA COCOMELLO per il
rigetto

RITENUTO IN FATTO

Il TRIBUNALE di BARI, SEZIONE del RIESAME, con ordinanza del 2/3/2020, ha rigettato l'appello avverso l'ordinanza con la quale la CORTE d'APPELLO di BARI, in data 3/2/2019, aveva respinto l'istanza di revoca o sostituzione della misura cautelare della custodia in carcere originariamente disposta nei confronti di BANDINI ANTONIO in relazione al reato di cui all'art. 73, comma 4, D.P.R. 309/90.

1. In data 20 ottobre 2018 la polizia giudiziaria ha arrestato Antonio Bandini, già sottoposto alla misura degli arresti domiciliari per altro titolo, in flagranza dei reati di evasione e detenzione, presso la propria abitazione, di sostanza stupefacente al fine di spaccio.

Il successivo 23 ottobre 2018 il Giudice per le Indagini del Tribunale di Bari, all'esito dell'udienza di convalida, ritenuta la gravità degli indizi, l'inidoneità di ogni altra gradata misura per l'attualità e concretezza del pericolo di reiterazione delle condotte criminose ed escluso che potesse all'imputato essere irrogata una pena inferiore ai tre anni, ha applicato al ricorrente la misura della custodia cautelare in carcere per il reato di cui all'art. 73 D.P.R. 309/1990.

Il 21 gennaio 2019 il Giudice per l'udienza preliminare del Tribunale di Foggia, ritenuta la continuazione tra i reati contestati e la diminuzione per il rito abbreviato, ha condannato l'imputato alla pena di anni 4, mesi 1 e giorni 10 ed euro 14.000,00 di multa.

Avverso la sentenza ha presentato appello la difesa e la Corte territoriale, con sentenza del 19 novembre 2019, preso atto dell'accordo intervenuto con il Procuratore Generale, ai sensi dell'art. 599 *bis* cod. proc. pen., ha rideterminato la pena in anni 2, mesi 10 ed euro 12.000,00 di multa e confermato nel resto la condanna.

In data immediatamente successiva a tale pronuncia la difesa ha presentato istanza di revoca o sostituzione della custodia cautelare in carcere evidenziando che a seguito della sentenza d'appello, considerato quanto disposto dall'art. 275, comma 2 *bis* cod. proc. pen., la misura in atto non era più proporzionata alla pena irrogata. All'istanza era allegata una dichiarazione nella quale la compagna del ricorrente si dichiarava disponibile ad ospitarlo per l'esecuzione della gradata misura degli arresti domiciliari.

La Corte territoriale, con ordinanza del 3 dicembre 2019, ritenuto che le originarie esigenze cautelari non fossero venute meno e che il periodo trascorso *in vinculis* non consentisse una rivalutazione del quadro cautelare, ha rigettato l'istanza.

Avverso l'ordinanza ha presentato appello la difesa rilevando il difetto di motivazione in ordine alla ritenuta persistenza della pericolosità, anche e soprattutto con riferimento al divieto di applicare la custodia cautelare in carcere posto dall'art. 275, comma 2 *bis*, cod. proc. pen. in caso di pena irrogata non superiore a tre anni.

Il Tribunale di Bari, Sezione del riesame dei provvedimenti cautelari, ritenuto che l'art. 275 comma 2 *bis* cod. proc. pen. si riferisca alla fase di applicazione della misura e che lo stesso non sia automaticamente applicabile nel caso in cui la pena successivamente irrogata sia inferiore, evidenziato comunque che il domicilio indicato per l'esecuzione degli arresti domiciliari non era idoneo, ha rigettato l'appello.

2. Avverso l'ordinanza ha proposto ricorso per cassazione l'imputato che, a mezzo del difensore, ha dedotto i seguenti motivi.

2.1. Violazione di legge con riferimento alla mancata applicazione dell'art. 275, comma 2 *bis* cod. proc. pen. Nel primo motivo la difesa rileva che il Tribunale avrebbe erroneamente interpretato e applicato l'art. 275, comma 2 *bis* cod. proc. pen. Il divieto previsto dalla norma, infatti, diversamente da quanto ritenuto dal Tribunale opererebbe non solo nella fase applicativa della misura ma anche nel corso dell'esecuzione della stessa e, quindi, la circostanza che all'esito del giudizio di appello la pena inflitta al ricorrente sia stata ridotta da 4 anni, mesi 1 e giorni 10 a 2 anni e 10 mesi, imporrebbe la revoca o sostituzione della misura della custodia cautelare in carcere.

2.2. Vizio di motivazione in ordine alla ritenuta inidoneità del domicilio. Nel secondo motivo il ricorrente censura la motivazione del Tribunale nella parte in cui, non tenendo nel dovuto conto il tenore della dichiarazione di disponibilità sottoscritta dalla compagna del ricorrente, conclude per l'inidoneità del domicilio indicato in quanto non sarebbe stata fornita prova del titolo in virtù del quale la stessa aveva la disponibilità dell'immobile di residenza. Sotto altro profilo, poi, anche il riferimento alla circostanza che il ricorrente è imputato per evasione sarebbe inconferente. Per tale imputazione, infatti, non è stata disposta la misura oggetto di ricorso e la condotta avrebbe potuto essere presa in considerazione esclusivamente per l'aggravamento della misura originaria degli arresti domiciliari, quella applicata in altro e diverso procedimento.

Considerato in diritto

Il ricorso è fondato.

1. L'art. 275 stabilisce i criteri di scelta delle misure cautelari.

Il sistema prevede in generale che il giudice debba fare riferimento ai principi di adeguatezza e proporzionalità.

Il primo, contenuto nel comma 1, fa riferimento alla specifica idoneità della misura a soddisfare la natura e il grado dell'esigenza cautelare ritenuta sussistente.

Il secondo, contenuto nel comma 2, fa riferimento all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o che si ritiene possa essere irrogata.

La prima parte del terzo comma, poi, sempre in generale, prevede che la misura della custodia cautelare in carcere possa essere disposta solo quando le altre misure, anche applicate cumulativamente, risultino inadeguate e il quarto

comma, infine, regola delle situazioni particolari, quali quella della donna incinta e dell'imputato che ha superato i settanta anni.

I criteri generali, così indicati in estrema sintesi, sono stati specificati e interpolati nel corso del tempo con l'introduzione di ulteriori disposizioni e, per quanto rileva nel caso di specie, con la previsione di cui al comma 2 *bis*, che è stato introdotto dall'art. 4 della legge 330/1995, poi sostituito dall'art. 8 L. 117/2014 e infine modificato dall'art. 18 L. 69/2019.

2. Nel sistema attuale il comma 2 *bis*, quindi, integra il principio di proporzionalità previsto dal secondo comma che, appunto, nella scelta della misura impone al giudice di fare riferimento all'entità del fatto e *"alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata"*.

Ai sensi del comma 2 *bis*, infatti:

- i. in generale e assoluto, non può essere applicata la misura della custodia cautelare in carcere o degli arresti domiciliari se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena;
- ii. salvo alcune specifiche deroghe, non può essere applicata 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.

3. A fronte della prima parte della norma, che non pone alcun problema interpretativo, la seconda parte del comma 2 *bis* -quella che stabilisce il divieto di applicare la misura della custodia cautelare nel caso in cui sia irrogata una pena inferiore a tre anni- prevede delle deroghe e delinea così una disciplina articolata che appare opportuno analizzare.

3.1. La custodia cautelare in carcere non può essere irrogata *"salvo quanto previsto dal comma 3 e ferma restando l'applicabilità degli articoli 276, comma 1 ter e 280, comma 3"*.

3.1.1. Il riferimento al comma 3 dello stesso art. 275 cod. proc. pen. è da intendersi alle ipotesi in cui in tale disposizione è prevista una specifica presunzione di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere.

Come anche recentemente evidenziato, infatti, l'art. 275, comma 2-*bis*, cod. proc. pen., attraverso la previsione del limite di pena di tre anni, introduce una ulteriore "soglia di sbarramento" e non avrebbe senso, pena lo svilimento di tale disposizione, consentirne il generalizzato 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. La clausola in questione ha, pertanto, una sua ragion d'essere solo se rapportata alle ipotesi di cui alla seconda parte del medesimo comma 3 dell'art. 275, in quanto connotate da una

valutazione presuntiva, perché operata a monte dallo stesso legislatore, di pericolosità dell'agente e di adeguatezza della massima misura coercitiva (Sez. 6, n. 18856 del 15/03/2018, Fasciolo, Rv. 273248; Sez. 6, n. 32498 del 05/07/2016, Vasta, Rv. 267985).

3.1.2. Il riferimento agli artt. 276, comma 1 *ter* e 280, comma 3 cod. proc. pen. è alla specifica ipotesi della custodia cautelare in carcere da disporre quale aggravamento di altra e diversa misura originariamente applicata e non in relazione a un autonomo titolo cautelare (Sez. 6, n. 50817 del 12/12/2019, Ciotola, non massimata; Sez. 6, n. 18856 del 15/03/2018, Fasciolo, Rv. 273248).

3.2. Il divieto di applicare la custodia cautelare in carcere *"non si applica nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 423 bis, 527, 612 bis, 612 ter, e 624 bis cod. pen. nonché all'art. 4 bis della L 354/1975 e successive modificazioni"*. Il tenore di questa specifica deroga, nella quale si fa riferimento, direttamente e indirettamente, rinviando all'art. 4 *bis* dell'ord. penitenziario, a un elenco tassativo di reati, non pone alcun problema interpretativo.

3.3. Il divieto di disporre la custodia cautelare in carcere previsto dalla disposizione non si applica *"quando, rilevata l'inadeguatezza di ogni altra misura, gli arresti domiciliari non possono essere disposti per mancanza di uno dei luoghi di esecuzione indicati nell'articolo 284, comma 1"*.

3.3.1. In tale parte la norma prevede che, escluse le situazioni specifiche in precedenza tassativamente indicate, la deroga al divieto di applicare la custodia cautelare in carcere operi solo qualora siano contemporaneamente presenti due condizioni: *"l'inadeguatezza di ogni altra misura"* e la *"mancanza"* di uno dei luoghi di esecuzione degli arresti domiciliari, così indicati in generale come la misura coercitiva custodiale più afflittiva applicabile nel caso in cui si preveda che la pena irrogata sia inferiore ai tre anni e nessun'altra misura gradata possa garantire la tutela delle esigenze cautelari in concreto ritenute sussistenti.

A fronte di tale previsione il termine utilizzato, *"mancanza"*, già di per sé chiaro, anche in virtù dello specifico riferimento ai *"luoghi di esecuzione indicati nell'articolo 284, comma 1"*, deve ritenersi nel senso di inesistenza, cioè di impossibilità di indicare un luogo (un'abitazione, un luogo di privata dimora ovvero un luogo pubblico di cura o assistenza o una casa famiglia protetta) dove la misura domiciliare possa in concreto ed effettivamente essere eseguita.

Sotto tale profilo, pertanto, il riferimento contenuto in alcune sentenze all'inidoneità del domicilio rinviando ad una situazione soggettiva e non ad una inidoneità oggettiva equiparabile alla mancanza/inesistenza, è errato (nello stesso senso cfr. Sez. 4, n. 43631 del 18/09/2015, Jovanovic, Rv. 264828, nella

quale il soggetto era senza fissa dimora e anche Sez. 5, n. 7742 del 04/02/2015, Abdou, Rv. 262838 nella quale, in relazione a un imputato straniero e senza alcun legame con il territorio italiano, si faceva riferimento all'imminente scadenza del contratto di locazione, stipulato dalla sorella dell'imputato per soli quattro mesi).

La diversa soluzione, quella secondo la quale la deroga opererebbe ogni volta che le altre misure non risultino adeguate e l'impossibilità di applicare gli arresti domiciliari si fondi sull'inidoneità, anche soggettiva del domicilio (in questo senso cfr. Sez. 2, n. 46874 del 14/07/2016, Guastella, Rv. 26814301; Sez. 3, n. 15025 del 18/12/2018, dep. 2019, Manto, Rv. 275860), non è condivisibile.

In tali pronunce, infatti (nelle quali sono pure citate le sentenze Jvanovic e Abdou, ma senza tenere conto dei casi specifici oggetto dei ricorsi) si fa riferimento in generale all'inadeguatezza della misura degli arresti domiciliari laddove la norma, invece, richiede espressamente ed esclusivamente la mancanza, materiale e concreta, di uno dei luoghi previsti dall'art. 284, comma 1, cod. proc. pen.

4. Ai sensi dell'art. 275, comma 2 *bis* cod. proc. pen., in sintesi:

4.1. La custodia cautelare in carcere non può essere applicata nel caso in cui il giudice preveda che possa essere concessa la sospensione condizionale della pena.

La disposizione non prevede deroghe.

4.2. La custodia cautelare in carcere non può essere applicata qualora il giudice preveda che possa essere irrogata una pena inferiore a tre anni, a meno che non si sia in presenza di una delle seguenti specifiche situazioni:

a) non sia disposta quale aggravamento di una diversa e meno afflittiva misura originariamente applicata nel medesimo procedimento in conseguenza della violazione delle prescrizioni imposte, articoli 280, comma 3 e 276, comma 3 *ter*, cod. proc. pen.;

b) non sia disposta per uno dei reati per i quali debba applicarsi l'art. 275, comma 3 cod. proc. pen. seconda parte;

c) non sia applicata in relazione a uno dei reati espressamente previsti dallo stesso art. 275, comma 2 *bis* cod. proc. pen., cioè i delitti di cui agli articoli 423 *bis*, 527, 612 *bis*, 612 *ter*, e 624 *bis* cod. pen. nonché all'art. 4 *bis* della L 354/1975 e successive modificazioni;

d) le altre misure risultino inadeguate e gli arresti domiciliari non possano essere disposti perché manca, cioè non esiste, non è stato indicato o non è

comunque reperibile in concreto, uno dei luoghi dove eseguire in concreto la misura.

5. La valutazione circa la sussistenza, persistenza e consistenza delle condizioni che legittimano l'applicazione della misura deve essere oggetto di verifica in ogni momento e non solo nella fase di applicazione.

5.1. Ai sensi dell'art. 299 cod. proc. pen., infatti, le misure coercitive *"sono immediatamente revocate quando risultano mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità previste dall'art. 273 cod. proc. pen. o delle disposizioni relative alle singole misure ovvero le esigenze cautelari previste dell'art. 274 cod. proc. pen."*

Norma questa per la quale deve ritenersi che il principio di proporzionalità, al pari di quello di adeguatezza, operi come parametro di commisurazione delle misure cautelari alle specifiche esigenze ravvisabili nel caso concreto, tanto al momento della scelta e della adozione del provvedimento coercitivo, che per tutta la durata dello stesso, imponendo una costante verifica della perdurante proporzionalità e idoneità della misura applicata a fronteggiare le esigenze che concretamente permangano o residuino, secondo il principio della minor compressione possibile della libertà personale (cfr. Sez. U, n. 16085 del 31/03/2011, Khalil, Rv. 249324; Sez. 6, n. 18195 del 20/12/2018, dep. 2019, Romeo, Rv. 275678; Sez. 2, n. 12807 del 19/02/2020, Barbaro, Rv. 278999).

Sotto tale profilo, pertanto, la verifica della persistenza della proporzionalità, così come espressamente indicato dal tenore dell'art. 273, comma 2, cod. proc. pen. in cui si fa riferimento alla *"sanzione irrogata"*, può e deve essere effettuata anche in fase successiva all'applicazione della misura e, nel caso in cui sia stata pronunciata una sentenza, la pena da considerare non può evidentemente che essere quella in concreto applicata.

In tema di misure cautelari personali, infatti, 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 (sul punto e in relazione a una situazione nella sostanza sovrapponibile cfr. Sez. 4, n. 12890 del 13/02/2019, Betassa, Rv. 275363).

6. Tanto in generale premesso, il ricorso è fondato e l'ordinanza impugnata deve essere annullata.

6.1. Diversamente da quanto indicato dal Tribunale del riesame, per le ragioni evidenziate, il divieto di disporre la custodia cautelare in carcere di cui all'art. 275, comma 2 *bis* cod. proc. pen. opera sia nella fase di applicazione sia nel corso dell'esecuzione della misura, a maggior ragione qualora la pena irrogata sia inferiore ad anni tre.

La diversa conclusione cui è pervenuto il Tribunale, facendo peraltro riferimento a principi estrapolati da una sentenza di legittimità resa in relazione a una fattispecie differente, è errata.

La situazione oggetto del ricorso in relazione al quale si era pronunciata questa Corte (cfr. Corte Sez. 6, n. 1798 del 16/12/2014, dep. 2015, Ila, Rv. 262059, riportata quasi integralmente a pagine 3 e 4 dell'ordinanza impugnata) si riferiva infatti ad un caso in cui, a fronte di una pena irrogata superiore a tre anni, il residuo da scontare, detratto il presofferto in custodia, era inferiore a tre anni. Situazione questa radicalmente diversa da quella oggetto dell'attuale ricorso e nella quale, appunto, in assenza di divieti normativi, non opera alcun automatismo e la situazione concreta, sia in termini di adeguatezza che di proporzionalità, deve essere oggetto di valutazione da parte del giudice.

6.2. 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.

6.2.1. La circostanza che l'imputato avesse indicato l'abitazione della compagna e che questa si fosse dichiarata disponibile ad accoglierlo, infatti, determinava per ciò solo l'esistenza di un luogo ove gli arresti domiciliari potevano essere eseguiti ed escludeva quindi che ricorresse l'ulteriore condizione richiesta dalla norma per derogare al divieto di applicare la custodia cautelare in carcere, la mancanza del domicilio.

Le ragioni indicate nel provvedimento impugnato circa l'inidoneità del domicilio (perché sito in San Severo e perché la compagna non avrebbe documentato "*il titolo di disponibilità dell'immobile ... né la capacità reddituale della stessa al mantenimento...*"), d'altro canto, non incidendo sull'esistenza del "luogo", sono inconferenti quanto al parametro normativo:

-la circostanza che l'abitazione sia in San Severo si riferisce all'inidoneità soggettiva del domicilio e, quindi, all'adeguatezza della misura;

-la dichiarazione di disponibilità resa dalla compagna a ospitare l'imputato presso la propria abitazione è, per come formulata, sufficiente ad attestare l'esistenza di un luogo stabile e oggettivamente idoneo dove eseguire la misura.

7. Per le ragioni esposte il provvedimento impugnato deve essere annullato con riferimento alla ritenuta impossibilità di disporre gli arresti domiciliari.

L'annullamento, d'altro canto, considerata la ritenuta inadeguatezza di ogni altra misura (punto peraltro neanche oggetto di doglianza da parte della difesa) e non essendo necessari ulteriori accertamenti o valutazioni di fatto per adottare i provvedimenti necessari, deve essere disposto, ex art. 620 lett. l) cod. proc. pen., senza rinvio e la custodia cautelare in carcere sostituita con la misura degli arresti domiciliari da eseguirsi presso l'abitazione della compagna o presso un altro domicilio (purché esistente e oggettivamente idoneo in base ai parametri di cui all'art. 284 cod. proc. pen.) che verrà indicato dal ricorrente all'atto della scarcerazione.

P.Q.M.

Annulla senza rinvio l'ordinanza impugnata sostituendo la misura della custodia in carcere applicata a Bandini Antonio con la misura degli arresti domiciliari presso il domicilio che verrà indicato all'atto della scarcerazione. Manda alla cancelleria per gli adempimenti di cui all'art. 626 cod. proc. pen.

Così deciso il 13/08/2020

Il Consigliere estensore

Marco Maria Monaco



Il Presidente

Pierluigi D. Stefano

