

Gruppo di lavoro istituito nell'ambito dell'Osservatorio permanente sulla Giustizia penale del Tribunale di Teramo

Componenti del gruppo di lavoro: Dott. Lorenzo Prudenzano, Avv. Monica Passamonti, Avv. Martina Barnabei.

Oggetto della relazione: modifiche introdotte al codice di procedura penale dall'art. 13 D.Lgs. n. 150/2022 (artt. 293, 294, 295, 296, 300, 309 e 311).

Art. 293 c.p.p.: la riforma interessa gli adempimenti esecutivi di competenza delle polizia giudiziaria in sede di esecuzione delle ordinanze in materia di custodia cautelare.

Questa parte della riforma è vigente a far data dal 30 dicembre 2022.

La riforma ha previsto che la comunicazione che viene consegnata alla persona attinta da misura cautelare personale di tipo custodiale in sede di esecuzione deve contenere l'avviso "*della facoltà di accedere ai programmi di giustizia riparativa*".

La finalità è chiaramente quella di favorire per quanto possibile l'accesso ai programmi di giustizia riparativa.

La riforma in analisi riguarda un'attività di competenza della polizia giudiziaria pertanto spetta eventualmente al Procuratore della Repubblica impartire direttive al riguardo.

Va segnalato che non è prevista alcuna nullità in caso di violazione dell'onere informativo (omesso inserimento dell'avviso nella comunicazione), ma non paiono ipotizzabili vere e proprie nullità, non venendo in rilievo atti dei soggetti del procedimento penale.

Art. 294 c.p.p.: la riforma interessa l'interrogatorio successivo all'esecuzione delle ordinanze in materia di custodia cautelare.

Disciplina dell'interrogatorio "a distanza".

Questa parte della riforma è vigente a far data dal 30 dicembre 2022.

La riforma ha regolato la fattispecie della partecipazione all'interrogatorio successivo all'applicazione di una misura cautelare personale "a distanza" prevedendo che "*il giudice può autorizzare la persona sottoposta a misura cautelare e il difensore che ne facciano richiesta a partecipare a distanza all'interrogatorio*" (art. 294 co. 4 c.p.p.).

La disposizione in questione regola una fattispecie processuale che nel periodo di emergenza epidemiologica legata al Covid-19 è stata disciplinata dall'art. 23 co. 2 D.L. n. 137/2020, disposizione la cui vigenza, prorogata fino al 31 dicembre 2022 dall'art. 16 D.L. n. 228/2021, è ormai esaurita.

La scelta di inserire all'interno del tessuto codicistico l'istituto della partecipazione all'interrogatorio a distanza appare assai significativa poiché rende "regolare" (ancorché subordinata al consenso delle parti private) una fattispecie fino a oggi "eccezionale".

Il che non è privo di conseguenza specialmente con riferimento all'ipotesi di svolgimento di udienze penali a distanza al di là di quanto espressamente consentito.

La disposizione di nuovo conio fa riferimento a un'autorizzazione del giudice competente all'interrogatorio. La natura del provvedimento autorizzatorio non è esplicitata dalla disposizione in esame ma può essere ragionevolmente identificata con il decreto motivato, tenuto conto di quanto disposto dal nuovo art. 133 *ter* co. 1 disp. att. c.p.p. ("*l'autorità giudiziaria, quando dispone che un atto sia compiuto a distanza o che una o più parti partecipino a distanza al compimento di un atto o alla celebrazione di un'udienza, provvede con decreto motivato. Quando non è emesso in udienza, il decreto è notificato o comunicato*").

alle parti unitamente al provvedimento che fissa la data per il compimento dell'atto o la celebrazione dell'udienza e, in ogni caso, almeno tre giorni prima della data suddetta. Il decreto è comunicato anche alle autorità interessate").

Il riferimento all'autorizzazione pare implicare la necessità della presentazione di una vera e propria istanza da parte del soggetto del procedimento penale interessato (la persona sottoposta a misura cautelare e il difensore).

L'uso della forma verbale "*può autorizzare*" adoperata dal nuovo art. 294 co. 4 c.p.p. pare implicare che il giudice, pur a fronte della presentazione di istanza da parte dei soggetti interessati, può nondimeno disporre che la partecipazione avvenga "in presenza".

Il rigetto dell'istanza dovrebbe essere adeguatamente motivato in relazione alle esigenze processuali sottese.

Quid iuris se il giudice dispone la partecipazione a distanza e le parti compaiono durante l'interrogatorio sollevando obiezioni o non sollevando obiezioni?

Nel primo caso è ragionevole ritenere che il giudice debba in ogni caso disporre la partecipazione degli interessati "in presenza", non potendo superare (non tanto il mancato consenso quanto) l'esplicito dissenso manifestato dall'interessato.

Si può ipotizzare l'integrazione in caso contrario di una nullità generale a regime intermedio connessa alla violazione del diritto di difesa.

Nel secondo caso è ragionevole ipotizzare che il mancato rilievo da parte del soggetto interessato comporti un'accettazione implicita degli effetti della statuizione sulla partecipazione "a distanza" con sanatoria dell'eventuale nullità.

Va evidenziata in questa sede la complessità del meccanismo congegnato dalla riforma, che inserisce una sorta di interlocuzione preventiva con il cautelato e con il difensore in contesto procedimentale che deve essere definito entro termini stringenti (cinque giorni in caso di applicazione di custodia in carcere, dieci giorni in caso di applicazione di altre misure cautelari personali coercitive) e che quindi può scontare gli aggravamenti procedurali discendenti dall'attivazione dell'interlocuzione preventiva.

Sul punto il gruppo di lavoro propone la messa a punto e la sottoscrizione di protocolli operativi fra uffici giudiziari e gli organismi rappresentativi dell'avvocatura per "snellire" la procedura di autorizzazione.

In caso di partecipazione all'interrogatorio a distanza il nuovo art. 294 co. 6 *bis* c.p.p. fa "*salva l'applicazione dell'articolo 133-ter, comma 3, terzo periodo*".

Ci si riferisce alla disposizione che prevede "*il collegamento audiovisivo è attuato, a pena di nullità, con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti all'atto o all'udienza e ad assicurare la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti nei diversi luoghi e la possibilità per ciascuna di essa di udire quanto viene detto dalle altre. Nei casi di udienza pubblica è assicurata un'adeguata pubblicità degli atti compiuti a distanza. Dell'atto o dell'udienza è sempre disposta la registrazione audiovisiva*".

Si tratta di garanzie tecniche a tutela del contraddittorio e dell'effettiva partecipazione delle parti (i.e. del diritto di difesa), la cui violazione comporta la nullità degli atti, ragionevolmente a regime intermedio in quanto in contrasto con il diritto di difesa.

Chiaramente non è di interesse la parte relativa alle udienze pubbliche in quanto l'interrogatorio non si svolge nelle forme dell'udienza pubblica.

Disciplina dell'interrogatorio mediante c.d. rogatoria.

Questa parte della riforma è vigente a far data dal 30 dicembre 2022.

È poi dalla riforma innovato l'art. 294 co. 5 c.p.p., disposizione che regola l'interrogatorio mediante c.d. rogatoria, ovvero l'interrogatorio diretto dal giudice per le indagini preliminari competente in relazione al circondario nel quale si trova ristretta la persona destinataria della misura cautelare personale, appositamente delegato dal giudice che ha emesso il relativo provvedimento.

Sono note le critiche, essenzialmente metodologiche, rivolte all'istituto della rogatoria – essa finisce per affievolire le garanzie per la persona da interrogare poiché il giudice chiamato a dirigere il suo interrogatorio non ha generalmente contezza piena del fascicolo processuale rimessogli *in limine* dal giudice competente.

La riforma ha affermato il principio secondo cui l'interrogatorio per rogatoria costituisce l'*extrema ratio* e va preferita, per quanto possibile, la direzione da parte del giudice competente.

È infatti previsto che la rogatoria possa essere richiesta solo laddove in primo luogo il giudice competente ritenga di non procedere egli stesso all'interrogatorio (presupposto già esistente nel sistema precedente) e in secondo luogo non sia possibile autorizzare la partecipazione “a distanza” prevista dall'art. 294 co. 4 c.p.p.

La complessità del meccanismo processuale congegnato dalla riforma ai fini della partecipazione a distanza di cui si è detto è evidentemente destinata ad aggravare la procedura prevista per l'espletamento dell'interrogatorio per rogatoria.

Difatti il giudice competente è chiamato in prima battuta a verificare l'effettiva possibilità di attuare un collegamento a distanza con il luogo in cui si trova la persona sottoposta a misura cautelare personale e solo in caso di accertata impossibilità può delegare il giudice del diverso circondario.

A meno di ritenere che per la rogatoria il giudice che ha emesso la misura cautelare personale possa prescindere dal consenso della persona destinataria del provvedimento: soluzione, questa, difficilmente conciliabile con il richiamo, integrale, dell'art. 294 co. 4 c.p.p.

In ogni caso va segnalato che non è prevista alcuna nullità per il caso di rogatoria disposta a prescindere dalla possibilità di autorizzazione della partecipazione “a distanza”.

Disciplina della documentazione tecnica dell'interrogatorio.

Questa parte della riforma è vigente a far data dal 30 dicembre 2022.

Il nuovo art. 294 co. 6 *bis* c.p.p. impone che la documentazione dell'interrogatorio di persona sottoposta a misura cautelare personale avvenga in prima battuta mediante mezzi di riproduzione audiovisiva e solo in caso di mancanza di strumentazione tecnica a ciò idonea mediante semplice fonoregistrazione.

La disposizione va letta in armonia con l'art. 141 *bis* c.p.p., il quale, del pari interessato dalla riforma, reca la disciplina della documentazione degli interrogatori nei confronti di persona che si trovi a qualsiasi titolo in stato di detenzione da svolgersi “*fuori udienza*”.

È questo il caso dell'interrogatorio previsto dall'art. 294 c.p.p. laddove vengano in rilievo la custodia in carcere e gli arresti domiciliari; non è invece il caso dell'interrogatorio previsto dall'art. 391 c.p.p. il quale si svolge in apposita udienza.

Il novellato art. 141 *bis* c.p. statuisce che la documentazione dell'interrogatorio di persone in stato detentivo deve avvenire, a pena di inutilizzabilità, in via assolutamente prioritaria mediante mezzi di riproduzione audiovisiva e che solo in via subordinata (“*se ciò non è possibile*”) essa può avvenire mediante mezzi di riproduzione fonografica. Vale evidenziare

che la disciplina previgente prevedeva la semplice alternatività fra mezzi di riproduzione audiovisiva e mezzi di riproduzione fonografica.

L'utilizzo preferenziale dei mezzi di riproduzione audiovisiva è stato introdotto al fine di raggiungere due obiettivi: garantire un controllo più accurato sul rispetto dei diritti fondamentali della persona interrogata; consentire l'ascolto o la visione dell'attività processuale in tutti i casi in cui non sia possibile una ripetizione.

Da questo punto di vista la riforma ha modificato l'art. 134 c.p.p., prevedendo la riproduzione audio visiva e fonografica come modalità generale di documentazione che è destinata ad affiancare il verbale "*nei casi previsti dalla legge*".

Laddove l'interrogatorio si svolga "a distanza" l'art. 133 *ter* 3 c.p.p., disposizione richiamata dall'art. 294 co. 6 *bis* c.p.p., impone la documentazione mediante mezzi di riproduzione audiovisiva. Vale osservare che tale previsione, per quanto perentoria, non è presidiata dalla sanzione dell'inutilizzabilità prevista dall'art. 141 *bis* c.p.p.

Art. 295 c.p.p.: la riforma interessa la ricezione da parte del giudice del verbale di vane ricerche rimesso dalla polizia giudiziaria in sede di esecuzione dei provvedimenti cautelari personali.

Questa parte della riforma è vigente a far data dal 30 dicembre 2022.

Per quello che attiene all'art. 295 c.p.p. la riforma si è limitata a prevedere che il giudice che ha emesso la misura cautelare personale non eseguita per impossibilità di rintraccio della persona destinataria, laddove non ritenga che le ricerche compiute dalla polizia giudiziaria siano esaustive in vista della declaratoria di latitanza, deve disporre la loro prosecuzione affinché vengano integrati i presupposti per la declaratoria di latitanza. Tale precisazione è coerente con le modifiche introdotte alla disciplina relativa all'emissione del decreto di latitanza contenuta all'art. 296 c.p.p. di seguito illustrate.

Art. 296 c.p.p.: la riforma interessa la forma e il contenuto del provvedimento del giudice competente che dichiara la latitanza della persona sottoposta a misura cautelare personale.

Questa parte della riforma è vigente a far data dal 30 dicembre 2022.

La riforma ha espressamente previsto che il provvedimento dichiarativo della latitanza deve assumere le forme del "*decreto motivato*".

Per la verità la giurisprudenza di legittimità ha da tempo affermato che il provvedimento dichiarativo assume necessariamente le forme del decreto.

La riforma ha inoltre enucleato il contenuto motivazionale minimo del provvedimento in questione nei casi in cui la sua emissione derivi dalla mancata esecuzione di un'ordinanza applicativa di misura cautelare.

In tali casi il provvedimento deve infatti esplicitamente indicare "*gli elementi che provano l'effettiva conoscenza della misura e la volontà di sottrarsi*".

Tale previsione comporta il superamento della giurisprudenza di legittimità pregressa (cfr. Cass. pen., Sez. V, n. 54189/2016) che riteneva non necessaria la consapevolezza dell'avvenuta emissione del provvedimento cautelare personale stimando sufficiente la consapevolezza della astratta possibilità di sua emissione.

Evidente l'insufficienza del semplice richiamo alle condizioni per la declaratoria di latitanza per fondare un valido decreto di latitanza.

Resta da domandarsi quale sia la conseguenza dell'omessa indicazione dei presupposti della latitanza, specie laddove essi sussistano.

La risposta non è agevole, tenuto conto che la giurisprudenza non è pacifica neppure con riferimento al decreto di latitanza emesso in assenza dei presupposti per la relativa declaratoria.

Vi sono pronunce recenti (Cass. pen., Sez. II, n. 33618/2021) che ritengono che le notifiche della *vocatio in ius* eseguite presso il difensore in costanza di decreto di latitanza invalido siano affette da nullità assoluta.

Non mancano pronunce che discutono di nullità a regime intermedio (Cass. pen., Sez. VI, n. 10957/2015).

L'opzione ermeneutica che individua nella nullità assoluta della *vocatio in ius* la conseguenza dell'esecuzione delle notifiche presso il difensore in forza di decreto di latitanza carente semplicemente sotto il profilo motivazionale, ma fondato su presupposti di latitanza pur sempre esistenti, pare eccessiva.

La riforma ha previsto infine, nell'ottica di salvaguardare fino in fondo la conoscenza in capo al latitante, poi effettivamente rintracciato, della pendenza del procedimento penale (*rectius* processo penale) a suo carico, che in sede di esecuzione del provvedimento cautelare personale deve essere comunicata all'imputato la data dell'udienza successiva laddove sia effettivamente in corso il processo penale.

Dato il riferimento al "*processo*" "*in corso*" si deve ritenere che la garanzia di che trattasi trova spazio anche nella fase dell'udienza preliminare.

L'eventuale omissione dell'informativa da parte della polizia giudiziaria non è presidiata in modo esplicito da forme di nullità. È tuttavia evidente l'incidenza di simile omissione sull'esercizio del diritto di difesa.

Premesso che nel caso in disamina la *vocatio in ius* deve intendersi regolare in presenza di valido decreto motivato di latitanza e di esecuzione delle notifiche presso il difensore, ci si trova in ipotesi di omesso avviso del rinvio del processo pertanto al più si può parlare di nullità generale a regime intermedio, giammai di nullità assoluta, alla stregua della giurisprudenza di legittimità ormai dominante.

Art. 300 c.p.p.: la riforma ha ad oggetto il rapporto fra nuove pene sostitutive e misure cautelari personali in corso di esecuzione al momento della loro applicazione.

Questa parte della riforma è vigente a far data dal 30 dicembre 2022.

La riforma ha regolato anche la sorte delle misure cautelari personali in corso di esecuzione al momento della sostituzione della pena inflitta con sentenza di condanna con le nuove pene sostitutive.

Per un miglior inquadramento della nuova disciplina, si rende preliminarmente opportuno richiamare, sia pur in nota, il testo dell'art. 53 L. n. 689/1981, rubricato "sostituzione delle pene detentive brevi", come modificato dall'art. 71 co. 1 lett. a) D.Lgs. n. 150 del 2022¹.

¹ Art. 53 – Sostituzione delle pene detentive brevi

Il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, quando ritiene di dover determinare la durata della pena detentiva entro il limite di quattro anni, può sostituire tale pena con quella della semilibertà o della detenzione domiciliare; quando ritiene di doverla determinare entro il limite di tre anni, può sostituirla anche con il lavoro di pubblica utilità; quando ritiene di doverla determinare entro il limite di un anno, può sostituirla altresì con la pena pecuniaria della specie corrispondente, determinata ai sensi dell'articolo 56-quater.

Con il decreto penale di condanna, il giudice, su richiesta dell'indagato o del condannato, può sostituire la pena detentiva determinata entro il limite di un anno, oltre che con la pena pecuniaria, con il lavoro di pubblica utilità. Si applicano le disposizioni dei commi 1-bis e 1-ter dell'articolo 459 del codice di procedura penale.

Il nuovo limite edittale di pena detentiva entro cui essa può essere sostituita con una pena sostitutiva ha imposto un coordinamento con le norme processuali in materia di misure cautelari: coordinamento che si è deciso di inserire, seppur con le criticità di seguito illustrate, nell'alveo dell'art. 300 c.p.p.

Come noto, l'art. 300 c.p.p., diversamente dall'art. 299 c.p.p., che regola una forma di controllo *ope iudicis*, prevedeva, prima della riforma, esclusivamente vicende estintive automatiche delle misure cautelari, condizionando *de iure* l'effetto risolutivo della fattispecie cautelare a determinati epiloghi decisori (ad esempio, provvedimento di archiviazione, sentenza di non luogo a procedere o di proscioglimento, nonché pronunce di condanna alle condizioni dettate dalla norma).

La riforma ha introdotto nell'art. 300 c.p.p. il comma 4 *bis* che così recita: *“quando, in qualsiasi grado del processo, è pronunciata sentenza di condanna o sentenza di applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444, ancorché sottoposta a impugnazione, alla pena pecuniaria sostitutiva o al lavoro di pubblica utilità sostitutivo, di cui alla legge 24 novembre 1981 n. 689, non può essere mantenuta la custodia cautelare. Negli stessi casi, quando è pronunciata sentenza di condanna o sentenza di applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444 alla pena della detenzione domiciliare sostitutiva, non può essere mantenuta la custodia cautelare in carcere. In ogni caso, il giudice può sostituire la misura in essere con un'altra meno grave di cui ricorrono i presupposti ai sensi dell'articolo 299”*.

Circa la *ratio* della disposizione, è illuminante la Relazione illustrativa: *“in primo luogo, in ossequio al principio di proporzione tra pena irroganda o irrogata e regime cautelare, si pone il problema della compatibilità della prosecuzione di misure cautelari, soprattutto se custodiali, con la condanna a pena sostitutiva, considerando che solo la pena sostitutiva maggiormente afflittiva della semilibertà comporta una quota di esecuzione carceraria; la pena della detenzione domiciliare comporta un momento restrittivo della libertà personale extra carcerario; mentre nelle altre pene sostitutive non vi è alcuna restrizione della libertà personale di natura detentiva”*.

L'enunciato legislativo lascia intendere, al contempo, che altre misure, meno gravose, risultano comunque compatibili con la sanzione sostitutiva.

Correlativamente è, infatti, previsto il potere del giudice, qualora ne ricorrano i requisiti, di sostituire la misura in essere con altra meno grave (ad esempio, nella seconda ipotesi esaminata, la custodia in carcere con gli arresti domiciliari).

Come affermato nella Relazione illustrativa *“la condanna a pena sostitutiva della pena detentiva non osta inoltre alla prosecuzione di una misura cautelare, poiché lo stesso art. 57 l. n. 689/1981 dispone che “per ogni effetto giuridico, la semilibertà, la detenzione domiciliare e il lavoro di pubblica utilità si considerano come pena detentiva della specie corrispondente a quella della pena sostituita”, replicando nel contenuto la corrispondente norma previgente”*.

La collocazione sistematica della novella nell'alveo dell'art. 300 c.p.p., pur a fronte della modifica della rubrica della norma, suscita qualche perplessità, in quanto le locuzioni utilizzate (*“non può essere mantenuta la custodia cautelare”* e la successiva, *“non può essere mantenuta la custodia cautelare in carcere”*) hanno significato ben diverso dalla locuzione utilizzata nel primo comma della stessa disposizione *“le misure ... perdono immediatamente efficacia”*.

Ai fini della determinazione dei limiti di pena detentiva entro i quali possono essere applicate pene sostitutive, si tiene conto della pena aumentata ai sensi dell'articolo 81 del codice penale.

Il diverso linguaggio utilizzato, lungi dall'involgere una questione meramente formale, pare indicativo del fatto che il legislatore non ha inteso introdurre una ulteriore causa estintiva destinata a operare automaticamente, ossia *de iure*, bensì una serie ipotesi che possono dar luogo all'estinzione ovvero anche alla mera modificazione della misura, analogamente a quanto previsto dall'art. 299 c.p.p., secondo un modello di controllo *ope iudicis*.

Conferma dell'interpretazione data si trae dalla previsione secondo cui *“in ogni caso, il giudice può sostituire la misura in essere con un'altra meno grave”*, giacché è previsto il potere di sostituire la misura in essere, divenuta incompatibile con la pena sostitutiva applicata, con altra misura compatibile.

Ciò non toglie che, al verificarsi delle ipotesi previste dal comma 4 *bis* in commento, ove non intenda sostituire la misura in essere, il giudice dovrà emanare un provvedimento che ne decreti la cessazione.

Formalmente, stando alla rubrica dell'art. 300 c.p.p. in cui sono collocate le nuove disposizioni, dovrebbe trattarsi di un provvedimento che ne attesti l'estinzione, trattandosi, in sostanza, di un'ipotesi di perdita di efficacia, ancorché non automatica, in conseguenza della pronuncia di una sentenza, ipotesi assimilabile, sotto questo aspetto, a quella prevista al comma 1 dell'articolo in disamina.

In favore dell'esegesi in discorso, secondo cui non si è in presenza di una causa estintiva che opera automaticamente, depone anche la Relazione illustrativa, laddove si afferma che *“anche la condanna a pena sostitutiva è compatibile con una quota residua di pericolo di reiterazione di condotte delittuose, ai sensi dell'art. 274, co. 1 lett. c) c.p.p., posto che la stessa legge delega prevede che il giudice detti “opportune prescrizioni” che assicurino la prevenzione del pericolo di commissione di altri reati (art. 1, co. 1 17, lett. c) l. n. 134/2021). Tuttavia, tali prescrizioni potranno operare solo con l'esecuzione della condanna definitiva e la sottoposizione agli obblighi, lasciando potenzialmente privo di cautela specifica l'arco di tempo intermedio tra la condanna non definitiva e la sua esecuzione, nel caso in cui si prevedesse l'immediata ed automatica caducazione delle misure cautelari”*.

Di talché, chiariscono i Relatori, *“la mera estinzione delle misure cautelari incompatibili con la condanna a pena sostitutiva – come sopra anticipato - avrebbe potuto lasciare un vuoto di tutela cautelare anche in casi di residua pericolosità sociale, se non si fossero previste regole di graduazione dei provvedimenti cautelari. Con l'introduzione del nuovo comma 4 bis dell'articolo 300 c.p.p., si è pertanto siglata l'incompatibilità della prosecuzione delle misure cautelari custodiali, in caso di condanna a pena sostitutiva non detentiva [...] Si è previsto che la condanna alla pena della detenzione domiciliare sostitutiva sia incompatibile solo con la misura della custodia cautelare in carcere [...]. In tal modo, si è voluto risolvere il problema delle esigenze cautelari residue, da un lato, non prevedendo l'estinzione della misura tout court, ma soltanto il divieto di prosecuzione delle misure radicalmente incompatibili; dall'altro, e in tutti i casi, si è ribadita la possibilità di graduare il regime cautelare alla condanna in concreto, richiamando per intero tutti i poteri e le condizioni di sostituzione della misura in corso, di cui all'art. 299 c.p.p.”*.

Nella Relazione illustrativa il summenzionato problema della collocazione sistematica della nuova disciplina viene affrontato nei seguenti termini: *“... si pone il problema della collocazione sistematica della nuova disciplina, poiché il tema non afferisce direttamente alle esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p., né ai criteri di scelta delle misure nella fase genetica, di cui all'art. 275 c.p.p.; a ben vedere, inoltre, non sono esattamente pertinenti nemmeno gli istituti della revoca o della sostituzione delle misure cautelari, di cui all'articolo*

299 c.p.p., legati al venir meno dei presupposti di merito che sostengono il provvedimento restrittivo. Si è ritenuto, invece, che l'estinzione delle misure per effetto della pronuncia di determinate sentenze, di cui all'art. 300 c.p.p., sia l'istituto più adeguato a contenere la nuova disciplina che si va delineando, poiché anche nel caso in esame si ha la pronuncia di una condanna che per la sua specificità è o può essere incompatibile con la prosecuzione della misura cautelare in corso di esecuzione”.

Nondimeno, i Relatori sono costretti ad ammettere: “la diversità di natura delle pene sostitutive, con riguardo alla modulazione della restrizione della libertà, e l'articolazione delle misure cautelari generano tuttavia problematiche più complesse di quelle affrontate e risolte dagli schemi fissi di incompatibilità e quindi di inefficacia contemplati dall'art. 300 c.p.p.; si è pertanto reso necessario prevedere un assetto di regole specifiche e sufficientemente elastiche per disciplinare in modo semplice una materia molto complessa”. Sotto altro aspetto, si può affermare che, in riferimento alle nuove disposizioni, il giudice che procede (il giudice cioè che applica la pena sostitutiva mediante sentenza di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p.) può provvedere *ex officio* alla revoca o alla sostituzione della misura cautelare: ciò, in base alla regola generale posta dall'art. 299, co. 3 c.p.p. (“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”).

Preme segnalare, per completezza di analisi, che la riforma ha introdotto un'ulteriore causa di perdita di efficacia delle misure custodiali, prevista per la custodia cautelare e per gli arresti domiciliari in caso di pronuncia di sentenza nei confronti dell'irreperibile, ma solo quando quest'ultima diviene irrevocabile (art. 420 *quater* co. 7, in relazione al co. 6 c.p.p., nonché in relazione all'art. 420 *sexies*, co. 6 c.p.p.).

Nel caso di emissione di sentenza di non doversi procedere per mancata conoscenza della pendenza del processo da parte dell'imputato è stato dunque previsto un ulteriore requisito affinché possa operare la causa di estinzione prevista dall'art. 300 c.p.p.: la sentenza non deve essere più revocabile ai sensi della nuova disciplina (artt. 420 *quater* co. 3 e 6 c.p.p. e 159 c.p.).

Il richiamo ai termini previsti in tema di sospensione della prescrizione dall'art. 159 ult. co. c.p. rende potenzialmente lungo il periodo intercorrente tra la pronuncia della sentenza in discorso e l'operatività della causa di perdita di efficacia della misura cautelare.

La sentenza, infatti, diviene non più revocabile solo quando la persona nei cui confronti è stata emessa non è stata ancora rintracciata e sia stato superato il termine massimo di sospensione della prescrizione del reato.

Fino a quel momento, infatti, il destinatario del provvedimento deve essere ricercato dalla polizia giudiziaria ai fini della notifica della sentenza.

Questioni problematiche relative alla preclusione del mantenimento delle misure cautelari personali custodiali in caso di sostituzione di pene detentive.

Il nuovo comma 4 *bis* dell'art. 300 c.p.p., pur traducendo sul piano cautelare il *favor* per l'applicazione delle pene sostitutive, presenta alcune rigidità non trascurabili, foriere di dubbi interpretativi, che non consentono un'immediata soluzione in riferimento all'ampio ventaglio della casistica in concreto verificabile.

Il primo aspetto problematico emerge in ordine alla preclusione introdotta dal nuovo comma 4 *bis* dell'art. 300 c.p.p., consistente nel divieto di “mantenimento” della custodia cautelare in caso di condanna o patteggiamento a pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità o della pena pecuniaria, e nel divieto di mantenimento di custodia in carcere in caso di condanna o patteggiamento a pena sostitutiva della detenzione domiciliare.

È doveroso chiedersi se tale preclusione implichi solo il divieto di “mantenimento” della misura al (solo) momento dell’emanazione della sentenza sfavorevole ovvero precluda, nelle more dell’irrevocabilità della sentenza, anche l’eventuale successiva sostituzione *in peius* della misura della cautela residua, ad esempio in caso di accertato aggravamento delle esigenze cautelari a suo tempo stimate.

D'altronde, il Legislatore si è posto il problema di non lasciar privo di cautela specifica l'arco di tempo intermedio tra la condanna non definitiva e la sua esecuzione (cfr. Relazione cit.), dal momento che ha stabilito che il nuovo meccanismo di caducazione delle misure cautelari non opera automaticamente.

Non è, però, stata introdotta una disciplina specifica riguardante il predetto arco temporale, in particolare una disciplina che autorizzi o vieti espressamente la possibilità di “ripristino” di misure sostituite, o comunque contempra in astratto l'ipotesi, ragion per cui il problema posto non è di agevole soluzione.

Al riguardo, stante l'incertezza derivante dall'interpretazione letterale della legge, una prima risposta al quesito potrebbe essere fornita sulla base di due argomenti, entrambi mutuati dai canoni posti dall'art. 12 Preleggi: da un lato, il ricorso all'individuazione della volontà del legislatore e, dall'altro, l'applicazione dei principi generali dell'ordinamento, in questo caso, direttamente collegati ai criteri e principi generali contenuti nel codice di rito in materia di misure cautelari.

Innanzitutto, viene in rilievo la *ratio* della norma, confermata dalla Relazione illustrativa, laddove si fa leva sul “*problema della compatibilità della prosecuzione di misure cautelari, soprattutto se custodiali, con la condanna a pena sostitutiva*” e si mette in evidenza “*che solo la pena sostitutiva maggiormente afflittiva della semilibertà comporta una quota di esecuzione carceraria; la pena della detenzione domiciliare comporta un momento restrittivo della libertà personale extra carcerario; mentre nelle altre pene sostitutive non vi è alcuna restrizione della libertà personale di natura detentiva*”.

Le osservazioni in discorso suggeriscono che è stato posto un “punto fermo”: una volta individuata e applicata una pena sostitutiva non può più essere disposta una misura cautelare con essa incompatibile, neppure a fronte di un aggravamento delle esigenze cautelari.

Ma la regola è posta, per l'appunto, solo qualora la misura più grave sia incompatibile con la sanzione sostitutiva prescelta.

Di talché, volendo ricorrere a un esempio concreto, può affermarsi che, in ipotesi di applicazione della sanzione sostitutiva della pena pecuniaria, il giudice non potrà, neppure in caso di aggravamento delle esigenze cautelari, successivamente all'emissione della sentenza, sostituire la cautela residuale disposta (ad esempio, l'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, pienamente compatibile con la pena sostitutiva applicata) con altra con essa incompatibile (ad esempio, con gli arresti domiciliari).

Potrebbe, tuttavia, verificarsi il diverso caso in cui, ad esempio, la pena sostitutiva applicata in sentenza sia quella della detenzione domiciliare e il giudice abbia disposto, in prima battuta, la sostituzione, ai sensi del menzionato comma 4 *bis*, della custodia cautelare in carcere con la misura meno afflittiva dell'obbligo di dimora.

Quid iuris se, in seguito, verificandosi un aggravamento delle esigenze cautelari, il pubblico ministero chiedesse la sostituzione della misura in corso (obbligo di dimora) con quella degli arresti domiciliari?

Astrattamente tale misura sarebbe compatibile con la pena sostitutiva applicata.

Il giudice dovrà chiedersi se, in base al comma 4 *bis*, sia consentito sostituire la cautela disposta all'esito della sentenza, con conseguente aggravamento del trattamento cautelare applicato nei confronti dell'imputato.

Sotto questo aspetto, unitamente alla *ratio* della novella, potrebbe soccorrere il secondo argomento proposto, il ricorso ai principi posti dal codice di rito in materia di misure cautelari. La lettura sistematica della disciplina prevista dal codice di rito in materia di misure cautelari dovrebbe consentire di ritenere che, con l'unico limite della compatibilità della misura con la pena applicata, il giudice possa aggravare la cautela, secondo i principi generali posti dagli artt. 272 ss. c.p.p. e seguendo le regole previste per la sostituzione dall'art. 299 co. 4 c.p.p. (*"fermo quanto previsto dall'articolo 276, quando le esigenze cautelari risultano aggravate, il giudice, su richiesta del pubblico ministero, sostituisce la misura applicata con un'altra più grave ovvero ne dispone l'applicazione con modalità più gravose o applica congiuntamente altra misura coercitiva o interdittiva"*).

Naturalmente, come sempre in caso di aggravamento, il giudice dovrà dare conto, in ossequio ai principi posti *in subiecta materia* dalla Suprema Corte, dei motivi per i quali la misura precedente si sia rivelata inadeguata rispetto alla finalità cautelare da prevenire.

Secondo l'interpretazione proposta, dunque, la regola del divieto di "mantenimento" posta dal comma 4 *bis* in esame non può "irrigidirsi" al punto da impedire l'adeguamento delle cautele alle successive evenienze.

L'unico limite alla possibile "fluidità" sembrerebbe essere posto dall'incompatibilità tra pena sostitutiva prescelta e la misura da applicare.

Finché si analizzano fattispecie di sostituzione della misura derivanti esclusivamente da una diversa valutazione delle esigenze cautelari, sembra di potersi attenere ai principi esposti.

La questione si fa più invece intricata laddove si volga lo sguardo alle ipotesi eccezionali contemplate dal codice di rito, in cui non si ponga un problema di rivalutazione delle esigenze cautelari. Il riferimento è all'art. 276 c.p.p., disposizione che offre lo spunto ad un ulteriore quesito.

Strettamente collegata alla problematica appena affrontata è infatti la questione dei provvedimenti adottabili in caso di trasgressione alle prescrizioni imposte.

Segnatamente, occorre chiedersi se, nell'arco temporale intercorrente tra l'emissione della sentenza che applica la pena sostitutiva e la irrevocabilità della stessa, il giudice possa aggravare il trattamento cautelare (mediante sostituzione *in peius* o cumulo) anche ricorrendo alla fattispecie "sanzionatoria" delineata dall'art. 276 c.p.p., norma che dovrebbe restare ferma, ponendo una disciplina eccezionale, ancorché collocata nell'ambito delle disposizioni generali relative alle misure cautelari personali.

Alla luce dell'eccezionalità della norma in esame e della mancata previsione di esplicite deroghe da parte della riforma, non dovrebbero porsi ostacoli alla possibilità di adozione di provvedimenti ai sensi dell'art. 276 co. 1 c.p.p. in caso di trasgressione alle prescrizioni imposte, anche qualora sia stato previamente attivato il meccanismo sostitutivo previsto dal nuovo comma 4 *bis* dell'art. 300 c.p.p., con la precisazione, tuttavia, che dovrebbe esistere un unico, costante limite, quello della compatibilità della misura da applicare con la pena sostitutiva applicata in sentenza.

Problemi si porranno, invece, laddove ci si trovi, ad esempio, nella situazione disciplinata dal comma 1 *ter* dell'art. 276 c.p.p., che prevede, con formula prescrittiva, l'obbligo del giudice di disporre la sostituzione dei domiciliari con la custodia in carcere ("*dispone*").

Ebbene, volendo ricorrere ancora ad un caso concreto, si assuma l'ipotesi in cui sia stata applicata la pena sostitutiva della detenzione domiciliare e il giudice abbia disposto la sostituzione della misura custodiale carceraria con quella degli arresti domiciliari, in ossequio al disposto dell'art. 300 co. 4 *bis* c.p.p.

In ipotesi di trasgressione, da parte dell'imputato, alle prescrizioni degli arresti domiciliari concernenti il divieto di allontanarsi dalla propria abitazione, il giudice si troverebbe dinanzi a un bivio: in base all'art. 276 co. 1 *ter* c.p.p. dovrebbe disporre la revoca della misura e sostituirla con la custodia cautelare in carcere (salvo che il fatto sia di lieve entità); ma in virtù del comma 4 *bis* dell'art. 300 c.p.p. dovrà chiedersi se potrà ripristinare la misura più afflittiva che aveva dovuto sostituire, al momento in cui aveva applicato la pena sostitutiva.

In simile evenienza, si ripresenta il problema interpretativo della nuova norma: il divieto di "mantenimento" della misura incompatibile con la pena applicata è limitato al momento della pronuncia della sentenza ovvero ha natura immanente e va dunque inteso anche quale divieto di ripristino?

Per un verso, la lettera dell'art. 300 c.p.p. novellato si riferisce al divieto di "mantenimento" della misura custodiale carceraria e non ne vieta espressamente il ripristino, ove occorra, così come non prevede una espressa deroga alla disciplina eccezionale posta dall'art. 276 c.p.p. D'altro canto, l'intenzione del legislatore sembra quella di stabilire un divieto, centrato sul limite della compatibilità della misura con la pena applicata, che permanga per tutta la fase cautelare.

Reputando il divieto in parola come immanente, l'art. 276 co. 1 *ter* e l'art. 300 co. 4 *bis* c.p.p. entrerebbero chiaramente in conflitto. Resterà allora irrisolto, sul piano normativo, il problema che si pone circa la norma, tra le due, che dovrà prevalere.

Probabilmente in base al principio del *favor rei*, nonché rifacendosi alle intenzioni del legislatore manifestate nella Relazione illustrativa sub art. 300 c.p.p., potrebbe considerarsi dirimente il canone di riferimento della compatibilità della misura cautelare da scegliere con la pena sostitutiva applicata. In tal caso il comma 1 *ter* dell'art. 276 c.p.p. dovrebbe cedere il passo alla nuova disciplina.

Ma è chiaro che il problema non è di facile soluzione e potrebbe addirittura riproporsi anche in fase di esecuzione, fino alla pronuncia del magistrato di sorveglianza.

Proprio in merito al nuovo art. 661 c.p.p. la Relazione illustrativa espone un raccordo tra l'art. 661 c.p.p. e l'art. 300 co. 4 *bis* c.p.p., affermando: "*la norma va letta in combinato disposto con il nuovo comma 4 bis dell'art. 300 c.p.p., per effetto del quale solo il condannato alla semilibertà sostitutiva, se sottoposto alla custodia cautelare in carcere, rimane nello stato detentivo massimo; mentre il condannato alla detenzione domiciliare sostitutiva non può rimanere comunque in stato di custodia cautelare in carcere, ma permane nello stesso status libertatis solo se si trova agli arresti domiciliari cautelari. In entrambi i casi, il giudice può graduare la misura cautelare ai sensi dell'art 299 c.p.p.*".

Orbene, è vero che il richiamo all'art. 299 c.p.p. contenuto nel comma 4 *bis* dell'art. 300 c.p.p. è effettuato in termini di trattamento migliorativo, ma è altrettanto vero che il richiamo all'intera disciplina posta dall'art. 299 cit., effettuato dalla Relazione illustrativa nella parte richiamata, sembrerebbe lasciar intendere che vi sia un implicito rinvio anche all'art. 276 c.p.p., norma che è fatta salva dal comma 4 dell'art. 299 c.p.p.

Dal che si potrebbe dedurre, in direzione opposta a quella precedentemente proposta, che la volontà del legislatore sia quella dell'applicazione *in toto* dei principi generali dell'ordinamento in tema di misure cautelari, soluzione che appare preferibile poiché farebbe salva la disciplina eccezionale posta dall'art 276 co. 1 ter c.p.p., ponendo rimedio al caso (non raro) di violazioni delle prescrizioni degli arresti domiciliari, che altrimenti non potrebbero essere più sanzionate con l'aggravamento della misura, a causa dello sbarramento del comma 4 *bis* in esame.

Secondo questa lettura, la preclusione del comma 4 *bis* implicherebbe il divieto di "mantenimento" della misura solo al momento dell'emanazione della sentenza sfavorevole e non sembrerebbe precludere, nelle more della irrevocabilità della sentenza, anche la successiva sostituzione *in peius* della cautela residua, in caso di violazione delle prescrizioni. Gli spunti interpretativi offerti, nel tentativo di fornire una prima risposta a problemi applicativi che si porranno nella prassi giudiziaria, naturalmente sono tutt'altro che risolutivi e lasciano aperta una serie di questioni con le quali prevedibilmente saranno costrette a confrontarsi, nei prossimi mesi, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza.

Art. 309 c.p.p.: la riforma interessa le modalità di partecipazione all'udienza camerale di cui all'art. 309 c.p.p. (riesame personale).

Questa parte della riforma è vigente a far data dal 30 dicembre 2022.

Si è previsto che il presidente del collegio adito ex art. 309 c.p.p. in base a una richiesta di riesame di ordinanza in materia cautelare personale può disporre la partecipazione a distanza "dell'imputato che vi consenta".

Questa ipotesi pare *prima facie* non richiedere particolari presupposti, legati al tipo di misura cautelare personale in corso di esecuzione, diversi dal mero "consenso" del cautelato. Valorizzando la lettera della legge deve aggiungersi che non è sufficiente la semplice mancata manifestazione di dissenso ma è necessario un vero e proprio consenso.

La riforma specifica che sussiste un vero e proprio diritto dell'imputato, "quando una particolare disposizione di legge lo prevede" a partecipare a distanza.

La disposizione non pare di agevole lettura specie con riferimento alla "particolare disposizione di legge" costituente il presupposto per l'insorgenza del diritto a partecipare a distanza. Diritto il cui riconoscimento, va evidenziato, non pare superabile in base a diverse valutazioni operate dal presidente del collegio, a differenza di quanto si può ricavare dal nuovo art. 294 c.p.p. a proposito dell'interrogatorio successivo all'applicazione di misure cautelari personali.

Art. 311 c.p.p.: la riforma attiene alle modalità di presentazione del ricorso per cassazione avente a oggetto ordinanze emesse ex artt. 309-310 c.p.p.

Questa parte della riforma è vigente a far data dal 30 dicembre 2022.

Si è previsto che le forme dell'impugnazione delle ordinanze emesse ai sensi degli artt. 309 e 310 c.p.p. sono quelle di cui all'art. 582 c.p.p.