

La condizione della persona anziana.

di *Leonardo Suraci*

Sommario

1.Introduzione. – 2. La nozione di “grave impedimento” e gli altri profili di rilevanza dell’età nell’ambito dell’incidente probatorio. – 3. La tutela della libertà personale nel processo. L’anziano e le misure cautelari. – 4. La condizione della persona anziana e la fase dell’esecuzione penale.

1. Introduzione

Se la giovane età, correlandosi ad un processo formativo della personalità in *itinere* e, per questo motivo, particolarmente suscettibile di subire gli effetti negativi di fattori perturbativi di natura esterna scaturenti anche dall’assunzione di delicatissime posizioni nell’ambito del processo, implica l’insorgenza di esigenze di protezione di valori fondamentali di carattere estrinseco – ossia concernenti la persona in sé considerata – ed intrinseco – cioè, proiettate verso la salvaguardia di un tasso sufficiente di affidabilità dei contributi probatori – sempre più intense quanto più ci si allontana dalla soglia della maggiore età e delle quali la legislazione processuale penale deve farsi carico mediante la definizione di specifici “statuti”¹, la situazione della persona in età avanzata non costituisce, al contrario, un elemento che, in termini generali, il legislatore ritiene di rilievo tale da determinare l’esigenza di predisporre un vero e proprio sotto-sistema normativo che, analogamente, possa considerarne le peculiarità.

La ragione è, d’altra parte, comprensibile se solo si riflette sulla circostanza che l’avanzare dell’età non è autonomo e indeclinabile sintomo di decadimento delle facoltà intellettive e volitive – in ipotesi talmente grave da rendere la persona anziana incapace di gestire personalmente le situazioni giuridiche di cui è titolare – né costituisce l’equivalente di uno stato di infermità, di talché non v’è mo-

¹ L’esigenza di apprestare una tutela particolare al minore, anche in ambito processuale, è evidenziata dalla generale dottrina. V., tra tutti, G. Spangher, *La protezione processuale del minore nel procedimento ordinario ed in quello minorile*, in *Studi in ricordo di G. D. Pisapia*, Milano, 2000, p. 703.

tivo di correlare al dato squisitamente anagrafico una rilevante funzione selettiva nell'ambito della più generale dinamica processuale.

D'altra parte, una generalizzata – e, probabilmente, maggiormente permissiva – differenziazione del regime processuale connessa al progredire dell'età della persona potrebbe porre significativi problemi sul versante del contrasto alla criminalità organizzata, da sempre attenta a modificare le proprie dinamiche interne alla luce (anche) della ponderazione dei riflessi delle opzioni normative sulla struttura e sulla funzionalità delle compagini criminose.

Il dato anagrafico in discorso, dunque, assume una valenza tendenzialmente neutra, ragione per la quale soltanto l'attenzione politica verso situazioni enucleabili in via presuntiva permette di delineare forme anche avanzate di protezione di persone ad esse associabili.

Le situazioni in cui l'anzianità anagrafica si correla a siffatte evenienze patologiche sono fronteggiabili sul versante della persona offesa dal reato – e, sotto qualche significativo profilo, anche su quello del semplice dichiarante – attraverso il ricorso alla figura generale, prevista dall'art. 90-*quater* c.p.p.², della c.d. condizione di particolare vulnerabilità.

Introdotta dall'art. 1, legge 15 dicembre 2015, n. 212, la norma, come è noto, stabilisce che, agli effetti delle disposizioni del codice processuale penale, la condizione di “particolare vulnerabilità” della persona offesa è desumibile da diversi fattori – tra i quali, appunto, assume un inedito ed autonomo rilievo l'età – oltre che dallo stato di infermità o di deficienza psichica, dal tipo di reato, dalle modalità e circostanze del fatto per cui si procede.

Si deve tenere conto, specifica altresì la norma, di una serie di circostanze indicative della relativa condizione, dovendosi valutare se il fatto di reato oggetto dell'accertamento processuale è stato commesso con violenza alla persona o con odio razziale, se è riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo anche internazionale, o di tratta di esseri umani, se si caratterizza per finalità di discriminazione e se la persona offesa è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall'autore del reato³.

² Ritenuta la disposizione più importante della riforma attuata con la l. 15 dicembre 2015, n. 212. V., in questo senso, L. Filippi, *Il difficile equilibrio tra garanzie dell'accusato e tutela della vittima dopo il D.Lgs. n. 212/2015*, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, p. 845.

³ Sulla nozione di “particolare vulnerabilità”, accolta dal codice secondo una concezione lata, in chiave sia oggettiva che soggettiva, v. le considerazioni di N. Pascucci, *Le dichiarazioni del minore informato sui fatti dopo l'attuazione della direttiva 2012/29/UE*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3067. Secondo L. Filippi, *Il difficile equilibrio tra garanzie dell'accusato e tutela della vittima dopo il D.Lgs. n. 212/2015*, cit., p. 848, la norma allarga sensibilmente la categoria dei soggetti “particolarmente vulnerabili” e, quindi, le deroghe al processo accusatorio, destando perplessità circa il momento e la competenza ad accertare la situazione processuale predetta.

In presenza di siffatto requisito soggettivo, la verifica di ricorrenza (in concreto) del quale costituisce prerogativa del giudice e può essere ancorata (come già detto) anche alle condizioni di età della persona, può determinare l'attivazione di specifici protocolli rispetto all'acquisizione di elementi dichiarativi, i quali possono riguardare i differenti versanti dei tempi – notevolmente anticipati rispetto all'itinerario acquisitivo ordinario – delle modalità – eventualmente corredate dal possibile ricorso a forme di protezione – e del regime di ammissione della prova, quest'ultimo destinato a “subire” lo spostamento della propria area regolativa all'interno della discutibilissima previsione speciale di cui all'art. 190-*bis* c.p.p.⁴.

Rispetto alla posizione dell'imputato, invece, l'anzianità anagrafica può assumere eventualmente rilievo ai fini della sospensione del processo ma non già *ex sé*, ma ai sensi e (quindi) nei limiti dell'art. 71 c.p.p., il quale opera in funzione di tutela di una situazione soggettiva che si riconnette alla inviolabilità del diritto di difesa: a condizione, pertanto, che il dato anagrafico sia associato ad uno stato mentale talmente compromesso sul piano funzionale da impedire all'imputato di partecipare scientemente al processo.

Può ben dirsi, dunque, che l'anzianità anagrafica – della quale manca, tra l'altro, una nozione normativa generale, circostanza ben spiegabile alla luce di quanto detto poco sopra allorché si è fatto riferimento alla neutralità dell'elemento – è, se processualmente intesa, un dato naturalistico tendenzialmente privo di particolari riflessi ed infatti le singole fattispecie speciali che il codice compendia al fine di fronteggiare situazioni pregiudizievoli del corretto funzionamento dei meccanismi ordinari non guardano a siffatto elemento quale fattore in sé impeditivo o pregiudizievole rispetto al perseguimento del fine processuale, ma si correlano a fattori diversi siccome ritenuti idonei a manifestare esigenze peculiari e, soprattutto, di effettivo e concreto impedimento o pregiudizio.

L'art. 502 c.p.p. delinea, per esempio, i presupposti e le modalità operative dell'esame a domicili di testimoni, periti e consulenti tecnici e, in relazione all'aspetto concernente le situazioni oggettive il cui verificarsi consente la deroga all'obbligo di procedere all'esame del teste o del consulente nel luogo in cui si celebra il processo, chiarisce che deve ricorrere una situazione di impossibilità asso-

⁴ Sull'eccessiva genericità della formulazione normativa scaturente dalla riforma attuata con il d. lgs. 18 dicembre 2015, n. 212 v., di recente, N. Pascucci, *Le dichiarazioni del minore informato sui fatti dopo l'attuazione della direttiva 2012/29/UE*, cit., p. 3071: <<mentre la vecchia formulazione poteva ritenersi accettabile, in quanto ben circoscritta sia da un punto di vista soggettivo che oggettivo, quella odierna rimette all'ampia discrezionalità valutativa *ex art. 90-quater* c.p.p. l'applicazione dell'istituto, creando dunque un *vulnus* al diritto di difesa, al contraddittorio e al principio di uguaglianza dalle proporzioni non determinabili *a priori*>>. V., poi, le considerazioni critiche di L. Filippi, *Il difficile equilibrio tra garanzie dell'accusato e tutela della vittima dopo il D.Lgs. n. 212/2015*, cit., p. 848, secondo il quale la modifica <<allunga il già nutrito elenco di casi che annientano il diritto dell'imputato alla prova e derogano al processo orale>>.

luta a comparire, una situazione tale, cioè, da non consentire alla persona di spostarsi a cagione di un impedimento che sia destinato a perdurare nel tempo – di natura tale, cioè, che anche il differimento dell’udienza per procedere all’esame non potrebbe eliminare questa situazione di oggettiva impossibilità di assumere il mezzo di prova – ovvero che abbia carattere contingente ma sia comunque correlato ad una situazione di particolare urgenza⁵.

Il legislatore, come può vedersi, non si è sottratto – né, chiaramente, avrebbe potuto sottrarsi – all’onere di fare fronte a situazioni di impossibile o eccessivamente difficoltosa localizzazione dell’attività formativa della prova costituenda nell’ambito dell’aula giudiziaria, configurando una fattispecie acquisitiva speciale la quale, comunque congegnata in modo da apparire riguardosa dei principi fondamentali del processo penale di tipo accusatorio, è strutturata in termini talmente rigidi da non prestarsi assolutamente ad accogliere situazioni personali prive delle descritte peculiari connotazioni concrete.

2. La nozione di “grave impedimento” e gli altri profili di rilevanza dell’età nell’ambito dell’incidente probatorio.

Una volta affermatosi, nella configurazione del nuovo modello processuale, il principio della separazione tra la fase delle indagini preliminari – affidata al pubblico ministero ed alla polizia giudiziaria e finalizzata all’acquisizione di elementi necessari alle determinazioni inerenti all’esercizio dell’azione penale – e la fase dibattimentale – sede naturale per la formazione fisiologica (ossia, secondo la regola del contraddittorio) della prova – diveniva necessaria la previsione di un congegno normativo che consentisse l’acquisizione anticipata di prove suscettibili

⁵ V., in dottrina, R. Adorno, *Assunzione delle prove*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, IV, *Procedimenti speciali. Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, t. 1, *Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, Milanofiori Assago, 2009, p. 297; S. Luerti, *Art. 502 c.p.p.*, in *Atti processuali penali. Patologie, sanzioni, rimedi*, a cura di G. Spangher, Milanofiori Assago, 2013, p. 2742. In giurisprudenza, v. Cass. pen., 2.3.2000, n. 6589, in *Cass. pen.*, 2002, 174, secondo la quale il ricorso alla disciplina di cui all’art. 502 c.p.p. deve ritenersi consentito in tutti i casi in cui, anche per ragioni contingenti e occasionali, viene a determinarsi una situazione di impossibilità assoluta (e quindi di legittimo impedimento) del teste a comparire nella pubblica udienza, con l’effetto che, in tale ipotesi, è legittimo escutere il teste nel luogo dove al momento si trova, escludendo la presenza del pubblico e dell’imputato (salvo che quest’ultimo abbia fatto richiesta in senso contrario) purché venga assicurato il contraddittorio con la presenza dei difensori. In caso contrario, puntualizza S. Luerti, *Art. 502 c.p.p.*, cit., p. 2743, l’atto sarebbe viziato da nullità di ordine generale a regime intermedio.

di dispersione⁶, dal momento che <<durante lo scorrere dei mesi e degli anni occupati dalle indagini preliminari col seguito dell'udienza preliminare può venire materialmente meno lo stesso mezzo del quale è necessario muovere per estrarre la prova, quanto risulterne compromessa la sua idoneità rappresentativa>>⁷.

La soluzione, come è a tutti noto, è stata quella di costruire un congegno <<del tutto nuovo rispetto allo scenario tradizionale del processo>>⁸ – l'incidente probatorio, appunto – in virtù del quale le prove suscettibili di dispersione in vista e (quindi) nell'attesa dell'instaurazione del dibattimento possono essere assunte nel corso delle indagini preliminari mediante forme che, pur implicando il necessario sacrificio di taluni dei principi fondamentali tipici del processo accusatorio oralità, immediatezza e concentrazione – garantiscono, sia pure con modalità più sfumate⁹, il diritto delle parti al contraddittorio nella formazione della prova¹⁰, di talché <<i relativi atti valgono come frammenti anticipati del dibattimento>>¹¹ e, in virtù di siffatta caratteristica, vengono *ab inizio* inseriti nel relativo fascicolo e letti ai sensi dell'art. 511 c.p.p.

I timori e le riserve¹² che hanno accompagnato l'introduzione di un istituto ritenuto <<l'ineludibile corollario del principio di "centralità del dibattimento">>¹³

⁶ Sottolinea l'indispensabilità di un siffatto meccanismo, tra gli altri, G. Lozzi, *Indagini preliminari, incidenti probatori e udienza preliminare*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, p. 1284.

⁷ A. Molari, *L'incidente probatorio*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, III, *Il nuovo processo penale. Studi di diritto straniero e comparato*, Milano, 1991, p. 330.

⁸ S. Sau, *Art. 392*, in *Codice di procedura penale*, a cura di A. Giarda, G. Spangher, Milanofiori Assago, 2010, p. 4844.

⁹ V., per questo appunto, C. Cesari, *Prova (Acquisizione della)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. II, p. 720.

¹⁰ Un'analogia funzione assolvono, sia pure nell'ambito di un frangente procedurale più avanzato, gli istituti disciplinati dagli artt. 467 e 554, comma 1 c.p.p. La prima disposizione, come è noto, stabilisce che, durante la fase degli atti preliminari al dibattimento, nei casi previsti dall'art. 392 c.p.p., il presidente del tribunale o della corte di assise dispone, a richiesta di parte, l'assunzione delle prove non rinviabili, osservando le forme previste per il dibattimento. La seconda norma disciplina la medesima evenienza nell'ambito del procedimento a citazione diretta dinanzi al tribunale in composizione monocratica, prevedendo che il giudice per le indagini preliminari è competente ad assumere gli atti urgenti a norma dell'art. 467 c.p.p. Inoltre, lo stesso organo provvede sulle misure cautelari fino a quando il decreto, unitamente al fascicolo per il dibattimento, non è trasmesso al giudice a norma dell'art. 553, comma 1 c.p.p. V., per una puntuale analisi di tali disposizioni e delle problematiche di ordine interpretativo e sistematico ad esse connesse, L. Iafisco, *Gli atti preliminari al dibattimento penale di primo grado*, Torino, 2009, p. 213; G. Garuti, *Il procedimento per citazione diretta a giudizio davanti al tribunale*, Milano, 2003, p. 163.

¹¹ F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2003, p. 866.

¹² Evidenziate, tra i tanti, da A. Macchia, *L'incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1600. Oltre che, in epoca più recente, da C. Quagliarini, *Le modifiche in tema di incidente probatorio*, in *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998, p. 210; S. Sau, *Art. 392*, cit., p. 4844. Di

sono tra gli elementi che stanno alla base della reiterata sottolineatura del suo carattere eccezionale¹⁴ e della predisposizione di una rigida disciplina, soprattutto per quel che concerne il profilo dei presupposti di ammissibilità¹⁵.

L'assunzione della testimonianza mediante l'istituto dell'incidente probatorio – in presenza di presupposti normativi sufficientemente delineati essa è finanche svincolata dal presupposto della indifferibilità allorché si tratti di persona minorenni – può avvenire, infatti, per salvaguardare esigenze di conservazione scaturenti dalla sussistenza di un fondato motivo circa il sopraggiungere di una situazione di inattivabilità differita del mezzo di prova per infermità o altro grave impedimento (art. 392, comma 1, lett. a c.p.p.), oltre che alla luce della ricorrenza di elementi concreti e specifici da cui scaturisce il fondato motivo di ritenere che la persona sia esposta a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità affinché non deponga o deponga il falso (art. 392, comma 1, lett. b c.p.p.).

La prima situazione certamente ricorre allorché le condizioni di salute del testimone lasciano intravedere il venire meno della fonte di prova in vista del dibattimento: oltre ai casi di preventivabile decesso della persona interessata, la situazione di infermità rilevante ricorre, altresì, quando sussiste un'alterazione psicofisica che, sebbene non ritenuta idonea a cagionare la morte, è comunque tale da pregiudicare la futura effettuabilità della deposizione.

Nel silenzio della disposizione, tuttavia, la valutazione di ricorrenza del presupposto normativo anche nella situazione di prevedibile irripetibilità connessa all'età particolarmente avanzata del testimone costituisce il frutto di

<<timori e riserve>> parla anche, in relazione all'introduzione dell'incidente probatorio, B. Piattoli, *Incidente probatorio*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. I, p. 399.

¹³G. De Roberto, *Incidente probatorio*, in *Enc. giur.*, XVI, p. 3.

¹⁴<<Se l'incidente fosse molto frequente>>- rilevava infatti G. Lozzi, *Indagini preliminari, incidenti probatori e udienza preliminare*, cit., p. 1285 - <<il principio, per cui l'assunzione della prova viene riservata a dibattimento, risulterebbe compromesso e, surrettiziamente, attraverso una molteplicità di attività istruttorie, si reintrodurrebbe una forma di istruzione antecedente il dibattimento>>. V., anche, M. Bargis, *L'incidente probatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 1350, la quale, tra l'altro, pone in evidenza la situazione di disparità in cui si trova la difesa rispetto al pubblico ministero nell'ambito della procedura incidentale. Le medesime osservazioni vengono ribadite in Id., *Incidente probatorio*, in *Dig. disc. pen.*, VI, p. 360. V., altresì, P. Tonini, *L'incidente probatorio nell'udienza preliminare: nuove prospettive per il diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1995; G. Di Chiara, *Incidente probatorio*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, p. 547. Anche se, alla luce delle numerose interpolazioni subite nel corso degli anni, non manca chi ritiene anacronistico insistere sulla natura eccezionale dell'istituto. V., infatti, B. Nacar, *Incidente probatorio, termini di esperibilità e sanzioni processuali ad essi collegate*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, p. 1430.

¹⁵ Il timore di un uso preordinato ad ostacolare la segretezza delle indagini è stato, invece, fugato mediante la previsione, contenuta già nella direttiva, della possibilità di dilazionare l'assunzione anticipata della prova richiesta dalla difesa.

un'impostazione dottrinale¹⁶ di un orientamento giurisprudenziale¹⁷ i quali, oltre a collocarsi lungo la linea valutativa che ha determinato la definitiva strutturazione della disposizione, non implica forzature di ordine letterale e sistematico degne di nota.

Ed infatti, l'art. 390 del progetto preliminare del nuovo codice non compendia l'ipotesi generale costituita dal grave impedimento, ma faceva riferimento ai fattori impeditivi ben più restrittivi sul verante definitorio costituiti dalla morte e dall'infermità¹⁸.

Soluzione, questa, da più parti ritenuta (appunto) eccessivamente restrittiva e limitativa, pertanto inidonea a fronteggiare le possibili evenienze concrete della vita, ragione per cui le proposte di modifica della norma tendevano ad estendere l'ambito di operatività dell'istituto, fermi restando in ogni caso i rigorosi parametri che ne condizionavano l'applicazione¹⁹.

La modifica sopraggiunta in sede di progetto definitivo è dotata di una forza espansiva che da più parti è stata ritenuta opportuna, <<posto che sotto l'etichetta di "grave impedimento" vanno a conglobarsi varie ipotesi di prevedibile non acquisizione dibattimentale della prova>>²⁰.

Orbene, se da un punto di vista statico la nozione di impedimento appare poco pertinente rispetto al tema che ci occupa prospettando comunque una situazione impeditiva in essere e di carattere assoluto, non v'è dubbio che, collocandosi nell'ambito funzionale di un istituto che ruota attorno alla nozione di indifferibilità e proietta la propria luce sull'attivabilità di istituti che si collocano in ambiti temporali futuri e molto spesso non prossimi, la stessa assume una valenza dinamica congeniale agli scopi dell'incidente in quanto assicura la formazione anticipata della prova dichiarativa in relazione a fonti delle quali appare tanto più pre-

¹⁶ V., infatti, P. Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, Padova, 2000, p. 24, secondo il quale, non ricorrendo in questa evenienza un'infermità in senso stretto, sarebbe preferibile collocare l'ipotesi nell'ambito del "grave impedimento".

¹⁷In giurisprudenza v., nello stesso senso patrocinato dall'appena citata dottrina, Gip Trib. Firenze, 21-12-2001, Lugorz e altri, in *Foro tosc.*, 2002, p. 267, il quale ha ammesso l'incidente probatorio per il fatto che si trattava di un testimone settantaduenne il quale rappresentava l'unica fonte di prova indifferente nell'ambito del processo.

¹⁸ Lo fa notare M. Bargis, *Incidente probatorio*, cit., p. 348. Ma v., anche, G. Conso, V. Grevi, G. Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalla legge delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, p. 912.

¹⁹ V., rispetto alla necessità di correggere la soluzione ipotizzata in sede di progetto preliminare circa i presupposti applicativi – ove si faceva riferimento ai fattori impeditivi costituiti dalla morte e dall'infermità – le osservazioni espresse, per esempio, dalla Commissione sui maxiprocessi, dalla Facoltà di giurisprudenza di Parma e dal Consiglio dell'ordine degli avvocati di Torino, tutte riprodotte in G. Conso, V. Grevi, G. Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 913, ove i presupposti medesimi venivano definiti <<eccessivamente rigorosi e non del tutto aderenti allo spirito della delega>>.

²⁰ M. Bargis, *Incidente probatorio*, cit., p. 348.

vedibile il venire meno quanto più il dato anagrafico che ne connota l'essere – in termini di presenza fisica, si intende – assume significato.

Allo stesso tempo, ne esce sicuramente – sebbene in via indiretta – rafforzata una generale esigenza di protezione di segmenti di popolazione tendenzialmente portati a vivere l'esperienza processuale alla stregua di un fattore di *stress* intollerabile.

Chiaramente, la situazione normativa non chiama in causa diritti inviolabili della persona e, trattandosi di un elemento di valutazione che si correla anche ad un giudizio prognostico inerente ai tempi del processo, non consente di pervenire a casi di tipizzazione normativa.

Diversa è, invece, l'ipotesi in cui il dato anagrafico concorre a definire una condizione di “particolare vulnerabilità” della persona offesa dal reato, situazione la quale determina in primo luogo una radicale modificazione della dinamica introduttiva dell'incidente istruttorio finalizzato all'acquisizione del contributo dichiarativa di questa, passandosi da un meccanismo incentrato sul requisito dell'indifferibilità ad uno ispirato a criteri di pressoché rigido automatismo.

Il d. lgs. 18 dicembre 2015, n. 212, infatti, ha introdotto un nuovo periodo all'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p. che sembra incidere soltanto sul versante dell'ambito soggettivo di operatività dell'incidente, mentre in realtà introduce una ulteriore fattispecie differenziata difficilmente collocabile nel sistema complessivo della procedura speciale²¹.

Ed infatti, se la *ratio* della novella e la collocazione sistematica inducono a rinvenire un necessario collegamento tra la fattispecie afferente alla persona offesa vulnerabile e il dato specializzante costituito dalla deroga rispetto alla necessaria ricorrenza delle situazioni di indifferibilità tipizzate – di talché, la ricorrenza e l'accertamento della predetta condizione autorizza senz'altro l'accesso alla procedura incidentale – la previsione generale contenuta nel primo periodo del comma 1-*bis* costringe a ritenere derogata, rispetto alle ipotesi di particolare vulnerabilità della vittima, la delimitazione ivi stabilita sul diverso terreno dei presupposti di carattere oggettivo, potendo dunque operarsi anche in ambiti procedurali concernenti reati diversi²².

Sembra, in altre parole, essersi completato un percorso che, ridisegnando il quadro complessivo dei valori di protezione sottesi alla procedura incidentale siccome sintetizzati nella nota qualificativa dell'indifferibilità, colloca la vittima del reato al centro del micro sistema incidentale e le esigenze di tutela di essa al vertice della gerarchia dei valori rilevanti.

²¹ L. Filippi, *Il difficile equilibrio tra garanzie dell'accusato e tutela della vittima dopo il D.Lgs. n. 212/2015*, cit., p. 848.

²² V., soprattutto, A. Cisterna, *Oneri di informazione “pesanti” per i Pm e la polizia giudiziaria*, in *Guida al dir.*, 2016, 7, p. 75.

Ma la ricorrenza del requisito della particolare vulnerabilità della persona offesa rileva anche sul terreno delle modalità acquisitive e delle forme documentative dell'atto, secondo una disciplina che, in parte, è applicabile anche alla fase dibattimentale.

L'art. 3, d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24 ha, infatti, aggiunto all'art. 398 c.p.p. un comma 5-ter nel quale si prevede che il giudice, su richiesta di parte, applica la disposizione di protezione contenuta nel comma precedente qualora fra le persone interessate all'assunzione della prova vi siano maggiorenni – dunque, si può notare, non soltanto allorquando essi rivestono la posizione di persona offesa dal reato – in condizione di particolare vulnerabilità, quest'ultima ovviamente desumibile – sebbene dica anacronisticamente la norma, anche dal tipo di reato per cui si procede – dagli indici rivelatori di cui all'art. 90-quater c.p.p.

Nei casi particolari indicati dall'art. 398, comma 5-bis c.p.p. le modalità ordinarie di acquisizione della prova vengono significativamente derogate.

In siffatta evenienza, infatti, con l'ordinanza che accoglie la richiesta di incidente probatorio e qualora le esigenze di tutela delle persone lo rendono necessario od opportuno²³, stabilisce il luogo, il tempo e le modalità particolari attraverso cui procedervi, potendo prevedere che l'udienza si svolga anche in luogo diverso dal tribunale.

La norma, dunque, <<lascia alla piena discrezionalità dell'organo giurisdizionale la scelta di applicare le misure di protezione, ed eventualmente a quale tipologie ricorrere, tra quelle che comportano deroghe alla disciplina ordinaria in relazione al luogo, ai tempi e alle modalità di svolgimento dell'udienza>>²⁴.

Inoltre, la determinazione delle modalità speciali che la norma rimette all'esclusiva valutazione del giudice ben può ricomprendere il ricorso alle forme di protezione compendiate dall'art. 498, comma 4-ter c.p.p. rispetto alla fase dibattimentale²⁵ ovvero le “modalità protette” di cui, molto genericamente, parla il

²³ V., per questi profili della disciplina dell'incidente probatorio, M. G. Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, in *Il minorenne fonte di prova nel processo penale*, a cura di C. Cesari, Milano, 2015, p. 179, la quale pone in risalto l'indeterminatezza dei contenuti e dei presupposti di applicabilità del modulo procedurale speciale.

²⁴ M. G. Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., p. 179. V., inoltre, A. Famiglietti, *La testimonianza del minore di sedici anni in incidente probatorio ed il raggiungimento della maggiore età*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 296.

²⁵ G. Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, Milano, 2000, p. 382; P. Di Gerónimo, *L'incidente probatorio*, cit., p. 178; G. Mulliri, *La legge sulla violenza sessuale. Analisi del testo, primi raffronti e considerazioni critiche*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 753. La norma, introdotta dall'art. 13, legge 3 agosto 1998, n. 269 e come da ultimo modificata dall'art. 2, d.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito in legge 15 ottobre 2013, n. 119, prevede che, nei casi ivi indicati, l'esame del minore vittima del reato o del maggiorenne infermo di mente vittima del reato possa avvenire, a richiesta propria o del difensore, mediante l'uso di un vetro a specchio unitamente ad un impianto citofonico. In senso diverso v., invece, M. G. Coppetta, *Il contribu-*

successivo comma 4-*quater* della disposizione processuale appena citata²⁶ e richiamate, in funzione estensiva rispetto alle esigenze di protezione delle persone offese vulnerabili sebbene in maniera confusionaria ed inopportuna, dal nuovo art. 398, comma 5-*quater* c.p.p.²⁷.

Con una disposizione di carattere speciale in parte superflua²⁸ inserita in funzione di garanzia della posizione di soggetti particolarmente vulnerabili, l'art. 398, comma 5-*bis* c.p.p. – a sua volta richiamato dall'art. 398, comma 5-*ter* c.p.p. e, dunque, applicabile anche ai maggiorenni in concreto vulnerabili – dispone che, nei casi presi in esame, le dichiarazioni testimoniali debbono essere documentate integralmente con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva.

Quando si verifica una indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico, alla documentazione dell'atto si provvede con le forme della perizia²⁹, ovvero della consulenza tecnica³⁰.

to dichiarativo del minorenni nell'incidente probatorio, cit., p. 184, la quale ritiene che il peculiare meccanismo acquisitivo possa operare soltanto in relazione ai presupposti ed ai casi indicati dalla norma afferente all'assunzione della prova in dibattimento. Sulla metodologia di protezione in discorso v., per tutti, C. Cesari, *La "campana di vetro": protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell'esame dibattimentale del teste minorenni*, in *Il minorenni fonte di prova nel processo penale*, a cura di C. Cesari, Milano, 2015, 310.

²⁶ Comma sostituito, anche questo, dall'art. 1, d. lgs. 15 dicembre 2015, n. 212.

²⁷ Introdotto dall'art. 1, d. lgs. 15 dicembre 2015, n. 212.

²⁸ Rileva, infatti, C. Conti, *Esteso l'istituto dell'incidente probatorio alla testimonianza di chi ha meno di sedici anni*, in *Guida dir.*, 1996, 9, p. 27, come <<il disinvolto legislatore ha dimenticato di accompagnare a tali regole la sanzione dell'inutilizzabilità per il caso della loro inosservanza: sicché la disciplina è praticamente inutile poiché la modalità di documentazione consistente nella riproduzione fonografica è già imposta in via generale dal codice (articolo 134 del Cpp), e non ha alcun senso ribadirla in questa sede (tra l'altro in un contesto in cui devono osservarsi le forme del dibattimento: articolo 401, comma 5, del Cpp) solo per renderla contemporaneamente più confusa>>.

²⁹ La quale, nota in chiave critica M. Bargis, *Art. 14, l. 15 febbraio 1996, n. 66 (Norme contro la violenza sessuale)*, cit., p. 515, rischia di determinare un allungamento dei tempi di assunzione della prova.

³⁰ Richiamo, quest'ultimo, che, come pone in rilievo M. G. Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenni nell'incidente probatorio*, cit., p. 191, deve ritenersi inconferente, trattandosi di un atto tipico del pubblico ministero. Nello stesso senso v., inoltre, B. Piattoli, *Incidente probatorio*, cit., p. 411; M. Bargis, *Art. 14, l. 15 febbraio 1996, n. 66 (Norme contro la violenza sessuale)*, cit., p. 515, la quale riconduce il richiamo ad una pedissequa riproposizione del testo dell'at. 141-*bis* c.p.p. V., infine, C. Conti, *Esteso l'istituto dell'incidente probatorio alla testimonianza di chi ha meno di sedici anni*, cit., p. 27, la quale coglie nel richiamo un chiaro sintomo dell'improprietà della disciplina.

3. La tutela della libertà personale nel processo. L'anziano e le misure cautelari

Come è noto, l'art. 272 c.p.p., in linea con le prescrizioni contenute nell'art. 13 Cost. ma in termini invertiti rispetto alla norma costituzionale, stabilisce che la libertà della persona può essere limitata con misure cautelari soltanto a norma delle disposizioni contenute negli articoli che ad esso seguono nell'ambito del titolo dedicato, appunto, alle misure cautelari³¹.

Si fa conseguire, dalla norma, in primo luogo il riconoscimento del carattere eccezionale del provvedimento restrittivo della libertà personale, nel senso che esso non può mai considerarsi fisiologicamente connesso alla vicenda processuale penale³².

Se ne fa derivare, altresì, lo stretto collegamento con i principi di legalità e tassatività, per i quali la restrizione della libertà personale non può essere disposta se non nei limiti in cui essa è consentita dalla legge, soltanto nei casi in cui essa la preveda e solo nei modi da essa indicati³³.

Se, dunque, da un lato l'unico principio stabilito dal codice di rito penale in tema di misure cautelari, quantunque non enunciato espressamente, è quello della stretta necessità delle misure, in coerenza con l'inviolabilità della libertà personale³⁴, dall'altro il giudice chiamato ad individuare la misura da applicare al caso concreto deve attenersi ai criteri fondamentali previsti in maniera puntuale dall'art. 275 c.p.p., che sono ispirati alla logica dell'adeguatezza e della proporzionalità, ed in base ad essi deve tener conto della specifica idoneità di ciascuna misura rapportandola alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare³⁵, deve valutare la congruità della misura rispetto alla gravità del fatto addebitato ed al *quantum* di pena che, presumibilmente, potrà essere irrogato e deve, infine, ragionare secondo un criterio di rigida gradualità per scegliere tra le misure idonee a fronteggiare le esigenze di cautela la meno gravosa per l'indagato³⁶.

³¹ Il libro dedicato alle misure cautelari, evidenzia G. Spangher, *Misure cautelari personali*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VIII, p. 390, costituisce un <<autentico sottosistema normativo>>. Sottolinea il carattere di novità assoluta della scelta sistematica di collocare la disciplina delle misure cautelari in un apposito titolo E. Marzaduri, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, p. 60.

³² G. Spangher, *Misure cautelari personali*, cit., p. 390.

³³ G. Spangher, *Misure cautelari personali*, cit., p. 390.

³⁴ Cass. pen., Sez. I, 20 marzo 1998, n. 1700.

³⁵ Il giudice, dunque, tra le diverse misure previste dal legislatore deve optare per quella maggiormente rispondente alla connotazione concreta delle esigenze cautelari. V., in questi termini, G. Spangher, *Misure cautelari personali*, cit., p. 395.

³⁶ Così si esprime, in generale, Cass. pen., 12-2-2004, n. 16510, in *Pluris*. In dottrina v., invece, A. De Caro, *Misure cautelari personali. Presupposti e criteri applicativi*, in *Trattato di*

Nell'ambito di un sistema cautelare personale ispirato al principio del pluralismo – il quale, è stato detto, <<sottintende la volontà del legislatore di modulare la risposta cautelare a seconda della quantità e qualità dei pericoli reali da tutelare>>³⁷ – la declinazione normativa dei criteri di scelta delle misure cautelari assume così un rilievo fondamentale dal momento che sulla base di essi viene contestualizzato il livello della limitazione della libertà e, quindi, il grado di afflizione che la persona è chiamata a subire.

Come è evidente, l'art. 275 c. p. p. attribuisce al giudice ampi poteri discrezionali, sia pure normativamente guidati³⁸, nella scelta della misura che deve essere sorretta, d'altra parte come deve avvenire in ogni passaggio coinvolgente la sfera dei diritti inviolabili della persona, da una completa, adeguata, congrua e logica motivazione³⁹.

Sia pure contaminato nella sua iniziale linearità dalla previsione di meccanismi presuntiviche, anche *in malam partem*, hanno in maniera più o meno marcata ridimensionato l'ambito valutativo presidiato dal principio di discrezionalità del giudice⁴⁰, il momento della scelta, proprio perchè come già visto orientato alla luce dei criteri di adeguatezza e proporzionalità e nel contesto di un segmento che non può non fare i conti con la presunzione costituzionale di non colpevolezza dell'imputato (art. 27, comma 2 Cost.), si rapporta alla custodia cautelare in carcere con la visione di un istituto limitativo che assume la veste di *extrema ratio*, di strumento cautelare, cioè, da disporre soltanto quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate (art. 275, comma 3 c.p.p.).

La struttura attuale della disposizione appena richiamata si caratterizza per il fatto che il ruolo residuale della misura estrema è stato fortemente rafforzato, dal momento che l'art. 3, legge 16 aprile 2015, n. 47 ha inserito la previsione della

procedura penale, diretto da G. Spangher, II, *Prove e misure cautelari*, tomo 2, *Le misure cautelari*, Milanofiori Assago, 2008, p. 79.

³⁷ A. De Caro, *Misure cautelari personali. Presupposti e criteri applicativi*, cit., p. 77.

³⁸ Evidenzia M. Curtotti, *Custodia cautelare (presupposti, vicende, estinzione)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, tomo 1, p. 295, che la serie di limiti e di regole che disciplinano l'esercizio del potere cautelare da parte dell'autorità procedente evidenzia l'intenzione del legislatore di dare alla discrezionalità giudiziaria una caratterizzazione fortemente vincolata.

³⁹ Cass. pen., 12-2-2004, n. 16510, in *Pluris*. Come sottolineato da G. Spangher, *Misure cautelari personali*, cit., p. 395, l'art. 275 c.p.p. si raccorda sia alla estrema varietà delle situazioni soggettive, sia alla articolazione delle situazioni sottese alle esigenze cautelari, sia all'arricchito ventaglio delle misure applicabili.

⁴⁰ Evidenzia A. De Caro, *Misure cautelari personali. Presupposti e criteri applicativi*, cit., p. 77, come <<molteplici manipolazioni normative succedutesi negli anni hanno [...] disarticolato l'iniziale modello allontanandolo dai referenti fondamentali>>. V., inoltre, P. Dell'Anno, *Custodia cautelare (in generale)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, tomo 1, p. 269. Secondo M. Curtotti, *Custodia cautelare (presupposti, vicende, estinzione)*, cit., p. 296, il ricorso a meccanismi presuntivi rievoca logiche poco tranquillizzanti.

possibilità di applicare congiuntamente misure diverse non più, come in precedenza, nelle ipotesi patologiche prese in esame dagli artt. 276 e 307 c.p.p., ma anche nel momento genetico in cui il giudice deve graduare la risposta cautelare alla luce della natura e del grado delle esigenze cautelari.

Ma la discrezionalità del giudice nell'individuazione della misura maggiormente afflittiva quale unica idonea a fronteggiare le esigenze cautelari è vincolata anche sul versante dell'obbligo di motivazione, essendo previsto un onere rigidamente rafforzato dalla necessità di esplicitare, nell'ordinanza, le ragioni – le quali devono essere specifiche – per cui ritiene inidonea, nel caso concreto, la misura degli arresti domiciliari con le procedure di controllo di cui all'art. 275-*bis* c.p.p. (art. 275, comma 3-*bis* c.p.p.).

Il livello e la pregnanza degli interessi sui quali la vicenda cautelare incide ha imposto, seguendo una logica di bilanciamento che in un <<appropriato regime di comparazione>>⁴¹ sposta l'attenzione verso valori strettamente di pertinenza della persona sottoposta al procedimento penale e dei congiunti vulnerabili⁴² – il diritto alla salute ed all'integrità psico-fisica, il diritto all'assistenza familiare dei minori – meritevoli di adeguata e indeclinabile tutela quanto correlati ai fondamentali diritti della persona umana sanciti dall'art. 2 Cost.⁴³, la previsione di limitazioni ulteriori alle prerogative decisorie del giudice in relazione a specifiche condizioni soggettive.

Entra in gioco, su questo terreno delicatissimo che deve essere gestito con equilibrio, anche la considerazione dell'età della persona che sia destinataria della misura, la quale impone in maniera prepotente di non disporre la misura della custodia in carcere allorché l'imputato sia persona che ha oltrepassato l'età di settanta anni⁴⁴.

⁴¹ G. Spangher, *Misure cautelari personali*, cit., p. 397.

⁴² Parla di <<soggetti deboli>>, invece, G. Spangher, *Misure cautelari personali*, cit., p. 397. S. Furfaro, *Le limitazioni alla libertà personale consentite*, in *Le misure cautelari personali*, a cura di G. Spangher, C. Santoriello, Torino, 2009, p. 84, richiama la figura dei <<soggetti in condizioni di diretta (o indiretta) debolezza>>. Nella relazione al progetto preliminare si faceva riferimento a soggetti “che si trovano in condizioni fisiche o psico-fisiche particolari”. V., infatti, G. Conso, V. Grevi, G. Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 699.

⁴³ Cass. pen., 16-1-2008, n. 5840, in *Pluris*.

⁴⁴ Merita di essere segnalato che Cass. pen., 16-11-2016, n. 2441, in *Pluris*, ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 275, comma 4 c.p.p. in relazione all'art. 3 Cost. nella parte in cui non estende il divieto di custodia cautelare in carcere alle persone ultrassessantenni, inabili anche parzialmente, come previsto dall'art. 47-*ter*, comma 1 lett. d) ord. pen. in materia di esecuzione di pena non superiore a quattro anni, in quanto si tratta di previsioni rispondenti a logiche e finalità differenti, connesse, in un caso, all'andamento del processo e alla tutela della collettività e, nell'altro, alla rieducazione del condannato e a un trattamento che non sia contrario al senso di umanità.

L'art. 275, comma 4 c.p.p., difatti, introduce una presunzione (questa volta) *in bonam partem* in ragione della quale alle condizioni di età normativamente previste – settanta anni, appunto – si connette una presunzione di adeguatezza – o, come si legge nella relazione al progetto preliminare, ad una ulteriore applicazione del principio di adeguatezza⁴⁵ – delle misure diverse da quella maggiormente afflittiva, capace di reggere finanche l'urto di una valutazione di ricorrenza di esigenze cautelari di natura e grado ordinari, in ragione dell'avanzare del processo di <<inevitabile scadimento e debolezza delle condizioni fisiche e psichiche di chi ha superato l'età prevista dalla disposizione>>⁴⁶.

Già prevista nella versione originaria della norma, essa si caratterizzava per la previsione del limite di sessantacinque anni, a sua volta rivista dal d.l. 9 settembre 1991, n. 292, convertito in legge 8 novembre 1991, n. 356.

E' chiaro che l'età avanzata della persona sottoposta alle indagini costituisce un elemento di valutazione del quale il giudice deve tenere conto nella individuazione della misura cautelare da applicare in concreto, avendo la giurisprudenza chiarito che siffatta condizione del soggetto raggiunto da ordinanza cautelare, benché non ancora ultrasettantenne, deve necessariamente essere presa in considerazione imponendo – in relazione alla ricorrenza di fattispecie riferibili alla presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari – quantomeno una più rigorosa giustificazione della impossibilità di escludere la sussistenza in concreto di specifiche esigenze cautelari⁴⁷.

Se, dunque, le condizioni di età della persona costituiscono un dato che, in termini generali, entra a far parte del complesso degli elementi connotativi del grado delle esigenze cautelari e, quindi, della correlativa risposta cautelare, ricorrendo la fattispecie descritta dall'art. 275, comma 4 c.p.p. il legislatore stesso effettua una valutazione che, guardando verso l'altro, tende ad elidere (non elide del tutto, però) la possibilità di disporre l'applicazione della misura cautelare della custodia in carcere⁴⁸.

⁴⁵ G. Conso, V. Grevi, G. Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 699. Come evidenzia S. Furfaro, *Le limitazioni alla libertà personale consentite*, cit., p. 84, la norma costituisce un tentativo di <<attuare [...] quel criterio di adeguatezza, sempre proclamato ma [...] spesso disatteso>>.

⁴⁶ A. De Caro, *Misure cautelari personali. Presupposti e criteri applicativi*, cit., p. 87. Evidenzia S. Furfaro, *Le limitazioni alla libertà personale consentite*, cit., p. 86, come la *ratio* della disposizione derogatoria delle regole generali sia riconducibile al brocardo *senectus ipsa morbus*.

⁴⁷ Cass. pen., 29-3-2011, n. 29188, in *Pluris*.

⁴⁸ Come fa notare A. De Caro, *Misure cautelari personali. Presupposti e criteri applicativi*, cit., p. 88, il legislatore, mediante la previsione della presunzione, ha voluto evitare la massima afflizione possibile a quelle persone che si trovano in condizioni particolari per età o *status* personale, evitando che la detenzione in carcere, dai contenuti particolarmente lesivi, possa ritorcersi nei confronti di persone particolarmente deboli.

Difatti, conformemente ad un dettato normativo attento a bilanciare le ragioni di tutela sociale e del processo con la condizione personale del soggetto che vi è sottoposto e grazie al quale il giudice recupera margini di autonomia valutativa abbastanza significativi, la misura cautelare della custodia in carcere può essere eccezionalmente disposta nei confronti di soggetti ultrasettantenni a condizione che, con il supporto di una (ancora una volta) specifica motivazione⁴⁹ che esponga una diagnosi concreta delle caratteristiche della vicenda cautelare⁵⁰, si dia conto dell'esistenza di esigenze cautelari di intensità così elevata e straordinaria da rendere in concreto inadeguata ogni altra misura⁵¹.

La presunzione *in bonam partem* è, dunque, relativa⁵² e pertanto non riconduce alla condizione anagrafica tipica un <<peso davvero assorbente ai fini dell'esclusione della custodia carceraria>>⁵³, potendo essere superata in presenza di esigenze cautelari normativamente definite di eccezionale rilevanza, ossia, ha chiarito la giurisprudenza, risultanti da concreti, specifici ed attuali elementi, altamente indicativi dell'esistenza di un'eccezionale, oggettivo pericolo che deriverebbe alla comunità sociale dallo stato di libertà del soggetto⁵⁴.

Il legislatore, come è evidente, ha dotato il sistema di una valvola di sicurezza che, fondata sul requisito della necessità della ricorrenza di esigenze cautelari qualificate in termini del tutto peculiari sul terreno della rilevanza⁵⁵, mira a contemperare secondo uno speciale – e differenziato rispetto al regime ordinario – criterio di bilanciamento le concrete esigenze di cautela processuale con quelle di tutela delle particolari esigenze personali di soggetti considerati deboli in vista del-

⁴⁹V., sul punto specifico dell'obbligo di motivazione, Cass. pen., 14-6-2011, n. 27252, in *Pluris*, per la quale è immune da censure l'ordinanza cautelare – nell'occasione, il provvedimento del tribunale del riesame – che ravvisi la sussistenza delle esigenze cautelari di eccezionale rilevanza sulla base di un complessivo argomentare, a nulla rilevando che non sia stato adoperato in motivazione l'aggettivo "eccezionale".

⁵⁰ M. Curtotti, *Custodia cautelare (presupposti, vicende, estinzione)*, cit., p. 298.

⁵¹ Cass., 2-12-2014, n. 1, in *Pluris*. V., in precedenza e negli stessi termini, Cass. pen., 19-4-1999, n. 3096, in *Pluris*.

⁵² <<Se>> - rileva A. Gasparini, *Misure cautelari personali*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. I, p. 474 - <<la diagnosi concreta di esigenze di cautela di "eccezionale rilevanza" neutralizza la presunzione legale di "pericolosità attenuata" a favore dei soggetti che si trovano nelle suddette condizioni e da il via libera all'applicazione del regime inframurario, giusto contrappeso è una maggior responsabilizzazione del giudice nell'adempimento dell'onere motivazionale>>.

⁵³ E. Marzaduri, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, cit., p. 74.

⁵⁴ Cass. pen., 18-3-2011, n. 14571, in *Pluris*. V., in dottrina, A. De Caro, *Misure cautelari personali. Presupposti e criteri applicativi*, cit., p. 88.

⁵⁵ Secondo Cass., 13-2-2013, n. 15016, in *Pluris*, l'applicazione della custodia cautelare in carcere nelle ipotesi in cui ricorrono esigenze cautelari di eccezionale rilevanza – nella specie, madre di prole di età inferiore a tre anni – non è condizionata alla specifica indicazione delle stesse da parte del pubblico ministero, in quanto oggetto di valutazione demandata al giudice.

la possibile applicazione della custodia in carcere anche nei confronti delle figure contemplate dall'art. 275, comma 4 c.p.p.⁵⁶.

Una valvola che, però, incardinandosi a sua volta nella complessiva sistemistica degli istituti di protezione cautelare, risente dell'operare del meccanismo di pesi e contrappesi che ne governa le dinamiche e, pertanto, presenta livelli di maneggiabilità variabili.

Motivo per il quale, dunque, la giurisprudenza ha ritenuto che le peculiari condizioni personali prese in considerazione dall'art. 275, comma 4 c.p.p. perdono effettivo rilievo nel caso della trasgressione delle prescrizioni imposte con la più gradata misura degli arresti domiciliari, in quanto proprio tale trasgressione rende evidente che esse non impediscono comunque la elusione delle regole dettate per la misura meno afflittiva, giustificandosi, pertanto, l'aggravamento ai sensi dell'art. 276, comma 1-ter c.p.p.⁵⁷ senza che sia necessario argomentare circa la ricorrenza di esigenze cautelari di straordinaria rilevanza⁵⁸ ma fermo rimanendo l'obbligo di valutare e motivare la decisione bilanciando le contrapposte esigenze cautelari e di tutela delle condizioni di salute dell'imputato⁵⁹.

Il divieto della custodia cautelare in carcere per gli ultrasessantenni rappresentata, dunque, la regola⁶⁰ sia pure nell'ambito di una disposizione la quale riveste carattere di norma eccezionale, con la conseguenza che non è consentita una sua applicazione attraverso una interpretazione estensiva derogativa dei limiti in essa previsti⁶¹.

La norma, apparentemente lineare e di semplice interpretazione, pone questioni applicative di non secondario rilievo, costituendo una componente del micro-sistema interno all'art. 275 c.p.p. sorretto da una logica di presunzione.

Una questione particolarmente importante affrontata dalla giurisprudenza riguarda il rapporto intercorrente tra i casi di ricorrenza del presupposto oggettivo

⁵⁶Cass. pen., 12-2-2014, n. 10260, in *Pluris*.

⁵⁷Cass. pen., 12-2-2014, n. 10260, cit.

⁵⁸Cass. pen., 12-9-2019, n. 43940, in *Pluris*, secondo la quale la trasgressione delle prescrizioni imposte con gli arresti domiciliari legittima la sostituzione della misura in atto con quella della custodia cautelare in carcere, ai sensi dell'art. 276, comma 1-ter, c.p.p., anche nei confronti dei soggetti di cui all'art. 275, comma 4, c.p.p., senza necessità di verifica della sussistenza delle ragioni di cautela di eccezionale rilevanza, salvo che vi sia la prova della lieve entità del fatto.

⁵⁹V., infatti, Cass. pen., 1-2-2018, n. 11029, in *Pluris*, la quale, in linea con l'orientamento consolidato, ribadisce che la trasgressione delle prescrizioni imposte con gli arresti domiciliari giustifica, anche nei confronti dei soggetti di cui all'art. 275, comma 4 c.p.p., la sostituzione della misura in atto con quella della custodia cautelare in carcere, senza necessità di verificare la sussistenza di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, ma con l'obbligo del giudice di valutare e motivare la sua decisione bilanciando le contrapposte esigenze cautelari e di tutela delle condizioni di salute dell'imputato.

⁶⁰Cass. pen., 19-4-1999, n. 3096, in *Pluris*.

⁶¹Cass. pen., 5-6-2013, n. 38664, in *Pluris*.

delineato dall'art. 275, comma 4 c.p.p. e la presunzione *in malam partem* prevista dall'art. 275, comma 3 c.p.p. rispetto ai delitti criminalità organizzata (artt. 270, 270-bis e 416-bis c.p.p.).

La norma, come è noto, deroga ai principi e criteri di ordine generale che presiedono alla decisione del giudice sull'*an* e sull'entità dell'intervento cautelare introducendo, in caso di ricorsodelle fattispecie tassativamente indicate, una presunzione relativa di sussistenza del *periculum libertatis*, in presenza di gravi indizi di colpevolezza e, in ragione della gravità delle ipotesi criminose considerate, una presunzione assoluta, e dunque non superabile, di adeguatezza e proporzionalità della custodia cautelare in carcere.

In altri termini, in presenza di gravi indizi di colpevolezza per una delle fattispecie specificamente indicate, il giudice viene privato di margini di autonoma valutazione e deve applicare la misura della custodia cautelare in carcere senza necessità di accertare le esigenze cautelari che sono presunte dalla legge⁶².

Orbene, la problematica è stata affrontata dalla Corte di cassazione seguendo approcci diversificati, la divaricazione tra i quali consente di individuare sul tema un atteggiamento ondivago che, tra l'altro, si è manifestato in un arco temporale abbastanza recente e, soprattutto, particolarmente ristretto.

Secondo un recentissimo approdo giurisprudenziale, nel caso in cui ricorra una delle ipotesi previste dall'art. 275, comma 4 c.p.p. e sia, pertanto, inibita la misura della custodia in carcere, la presunzione *in malam partem* di idoneità di cui all'art. 275, comma 3 c.p.p. deve intendersi riferita non più alla misura della custodia cautelare in carcere, ma a quella degli arresti domiciliari in quanto in tal modo si realizza un ragionevole contemperamento tra le esigenze di sicurezza sottese all'adozione della misura privativa della libertà personale e quelle di tutela degli interessi contemplati dalla norma speciale⁶³.

Subito prima, tuttavia, la Corte di cassazione aveva evidenziato, al contrario, che la presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari e di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, di cui all'art. 275, comma 3 c.p.p., è prevalente, in quanto speciale, rispetto alla norma generale stabilita dall'art. 274 c.p.p., di talché se il titolo cautelare riguarda i reati previsti dall'art. 275, comma 3 c.p.p. detta presunzione fa ritenere sussistente, salvo prova contraria, i caratteri di attualità e concretezza del pericolo⁶⁴.

⁶² V., in giurisprudenza e tra le tantissime, Cass. pen., 28-10-2015, n. 3776, in *Pluris*, per la quale la misura cautelare degli arresti domiciliari, anche con la prescrizione dell'adozione del cosiddetto braccialetto elettronico, è incompatibile con il reato di cui all'art. 416-bis c.p.p., assistito dalla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere, che non consente l'applicazione di misure diverse e meno afflittive. In ambito dottrinario v., rispetto ai meccanismi operativi della presunzione, P. Dell'Anno, *Custodia cautelare (in generale)*, cit., p. 269.

⁶³ Cass. pen., 6-12-2019, n. 1592, in *Pluris*.

⁶⁴ Cass. pen., 10-5-2019, n. 24135, in *Pluris*.

Diversamente, una ulteriore e prevalente presa di posizione ha statuito che la presunzione di cui all'art. 275, comma 3 c.p.p., che impone l'applicazione della custodia in carcere quando sussistano gravi indizi in ordine a determinati reati e non risultano acquisiti elementi di esclusione delle esigenze cautelari, è opposta a quella fissata dall'art. 275, comma 4 c.p.p., la quale esclude l'applicabilità della custodia in carcere nei confronti di chi ha superato l'età di settanta anni, a prescindere dalle condizioni di salute in cui versa, salvo la sussistenza di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza⁶⁵.

La seconda presunzione, *in bonam partem*, prevale sulla prima *in malam partem*, con la conseguenza che per mantenere lo stato di custodia carceraria di un ultrasettantenne, il giudice deve valutare come eccezionali le esigenze cautelari, anche quando sussistano gravi indizi in ordine ai reati di cui all'art. 275, comma 3, dando specifica e adeguata motivazione⁶⁶.

Pertanto, la ricorrenza contestuale delle due fattispecie presuntive opera nel senso che nei confronti di imputato ultrasettantenne al quale è contestato uno dei delitti di cui all'art. 275, comma 3 c.p.p., il giudice può disporre gli arresti domiciliari senza necessità di procedere ad una specifica valutazione della ricorrenza delle esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p. e della adeguatezza e proporzionalità della misura adottata, quando risulta l'assenza di elementi idonei, da una parte, a vincere la presunzione di pericolosità (*in malam partem*) di cui alla prima disposizione e, dall'altra, a dimostrare l'esistenza di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza in grado di elidere l'efficacia della presunzione *in bonam partem*⁶⁷.

4. La condizione della persona anziana e la fase dell'esecuzione penale

<<La sentenza penale>> - è stato rimarcato - <<costituisce un atto vincolante del potere giudiziario in quanto le disposizioni in essa contenute debbono essere attuate. A tale scopo è prevista nell'ordinamento giuridico una specifica disciplina relativa ai tempi ed ai modi dell'*iter* necessario a realizzare concretamente il comando del giudice>>⁶⁸.

⁶⁵Cass. pen., 20-12-2018, n. 18195, in *Pluris*.

⁶⁶Cass. pen., 20-12-2018, n. 18195, cit. Negli stessi termini v., inoltre, Cass. pen., 19-3-2015, n. 15911, in *Pluris*, la quale ha ritenuto insufficiente, ai fini della dimostrazione dell'esistenza di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza non altrimenti fronteggiabili, la semplice indicazione del ruolo di rilievo svolto dall'indagato all'interno di un'associazione di tipo mafioso. V., inoltre, Cass. pen., 16-3-2012, n. 11714; Cass. pen., 16-9-2009, n. 43043; Cass. pen., 8-4-2009, n. 18173; Cass. pen., 27-11-2008, n. 1438; Cass. pen., 16-1-2008, n. 5840 (tutte le sentenze citate sono rinvenibili in *Pluris*).

⁶⁷Cass. pen., 4-12-2013, n. 12489, in *Pluris*.

⁶⁸ P. Di Ronza, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale*, Padova, 2003, p. 1.

Nel corso degli anni si è, sia pure tra limiti ed imperfezioni, realizzato un complessivo disegno finalizzato a giurisdizionalizzare la fase dell'esecuzione penale⁶⁹, processo che ha posto al centro dell'attenzione il segmento incidentale disciplinato dall'art. 666 c.p.p., il quale rappresenta il momento di massima espressione di una funzione che si esplica secondo modelli in parte simili a quelli della precedente fase cognitiva.

Il progressivo processo di giurisdizionalizzazione della fase rende oramai superata la tradizionale impostazione che vedeva nell'esecuzione il frangente operativo di funzioni squisitamente amministrative e ciò è pienamente comprensibile se solo si riflette sul fatto che si tratta di un sotto-sistema per il tramite del quale la forza giuridica dei provvedimenti giurisdizionali – i quali non possono che sfociare in una fase, successiva, di attuazione pratica⁷⁰ – si trasforma in forza effettiva, in potere di attuazione concreta che modifica la realtà materiale nel senso previsto nel dispositivo del provvedimento giurisdizionale da eseguire.

Un frangente molto delicato, dunque, reso ancora più interessante dal fatto che la giurisdizione ha prodotto un provvedimento dotato di autorità di cosa giudicata⁷¹ il quale non rende superate le esigenze tipicamente fronteggiate dalla funzione giurisdizionale e ciò per un diversificato e complesso ordine di ragioni, attentamente valorizzate dalla dottrina contemporanea soprattutto alla luce del carattere antropocentrico della Costituzione repubblicana⁷².

In primo luogo, non v'è dubbio che il condannato in via definitiva conservi inalterata la propria connotazione essenziale di persona umana, dunque di soggetto titolare di diritti soggettivi alcuni dei quali presentano i requisiti della indisponibilità e della inalienabilità.

⁶⁹ Si è trattato di una tendenza – rileva L. Kalb, *L'attuazione del titolo esecutivo*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, VI, *Esecuzione e rapporti con le autorità giurisdizionali straniere*, Milanofiori Assago, 2009, p. 78 – collegata ad un'aspirazione professata da tempo, ma conseguita – seppure non completamente – solo con la riforma codicistica del 1988. V., inoltre, P. Di Ronza, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale*, cit., p. 17.

⁷⁰ L. Kalb, *L'attuazione del titolo esecutivo*, cit., p. 73, il quale pone in evidenza come <<[u]na decisione improduttiva di effetti, perché non vengono resi operativi, sarebbe *inutiliter data*>>. Come rilevano A. Gaito, G. Rinaldi, *Esecuzione penale*, Milano, 2000, p. 20, <<[d]ivenuta definitiva la sentenza, inizia una nuova sequela di attività, processualmente rilevanti, affinché alla decisione giurisdizionale conseguano effetti concreti>>.

⁷¹ Sul tema del giudicato, l'esame del quale coinvolge profili molto diversificati, v. R. Normando, *Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, VI, *Esecuzione e rapporti con le autorità giurisdizionali straniere*, Milanofiori Assago, 2009, p. 5.

⁷² Osservano, su questo tema, A. Gaito, G. Rinaldi, *Esecuzione penale*, cit., p. 19, che se <<[q]uando si parla di sentenza irrevocabile, passata in giudicato, le parole evocano un *ché* di definitivo, di chiuso, di intangibile [nella realtà] le cose non sono mai state in questi termini [...] dovendosi convenire che per la persona giudicata (condannata o prosciolta) si apre una nuova fase di attività giudiziaria, con un perdurante rapporto processuale>>.

La condanna, difatti, non trasforma la persona in soggetto materiale dell'esecuzione penale, un corpo destinatario semplicemente della forza fisica che sostanzia l'attuazione della pena irrogata, ma realizza una prospettiva di modificazione della situazione personale nell'ambito della quale si conserva – se non, addirittura, si accresce – l'esigenza di protezione nel nucleo essenziale dei diritti della personalità.

D'altro canto, l'art. 13 Cost. consente limitazioni della libertà personale esclusivamente in forza di un provvedimento giurisdizionale emesso in conformità dei requisiti stabiliti dalla legge, di talché sorge il problema della verifica delle legittimità dello svolgimento di attività protese all'esecuzione della pena (la quale deve essere stata legittimamente) irrogata.

Ancora, la situazione soggettiva del condannato deve essere riguardata alla luce delle possibili sopravvenienze rispetto alla formazione del giudicato costituite, per esempio, dal sopraggiungere di ulteriori giudicati (sempre) nei confronti della medesima persona, evenienza la quale rende indispensabile l'attuazione di forme di coordinamento finalizzate a rendere in sede esecutiva operativi istituti – si pensi al concorso formale di reati ed alla continuazione – che incidono in maniera talvolta particolarmente penetrante sulla determinazione della pena da applicare a fronte di una differente determinazione del giudice della cognizione⁷³.

La necessaria giurisdizionalizzazione dell'itinerario esecutivo, poi, è funzionale all'esplicarsi pieno, completo e corretto delle esigenze di giustizia di cui sono portatrici fattispecie sopravvenute determinanti il venire meno della norma penale incriminatrice (abrogazione ovvero dichiarazione di illegittimità costituzionale).

Infine, la scelta in favore della parcellizzazione delle modalità di espiazione della pena criminale di carattere detentivo – basta pensare, per esempio, alle misure alternative alla detenzione – fa sì che l'organo giurisdizionale sia chiamato, da un lato, a verificare quale tra le diverse forme attuative della (oramai) conclamata pretesa punitiva statale si presti a realizzare in maniera più efficace la funzione rieducativa della pena; dall'altro, a confrontarsi con i fenomeni modificativi correlati al dipanarsi concreto della vicenda esecutiva, ponendo in essere i necessari adattamenti connessi agli esiti del percorso di risocializzazione effettivamente intrapreso.

Il complesso di esigenze sopra richiamate vale a sottolineare il carattere fondamentale delle determinazioni tipiche della fase esecutiva e l'indispensabilità del loro concretizzarsi secondo i canoni della giurisdizionalità, coinvolgendo, la fase esecutiva, non soltanto il segmento di passaggio dal giudicato al titolo esecutivo, ma anche il segmento successivo, quello cioè che riempie di contenuti il momento realizzativo della statuizione – o delle statuizioni – che il titolo esecutivo rende finalmente eseguibili.

⁷³ Ribadisce la centralità del tema della divaricazione fra pena legale, pena inflitta e pena eseguita, L. Kalb, *L'attuazione del titolo esecutivo*, cit., p. 71.

L'articolazione in due segmenti distinti non è casuale, dal momento che il primo di essi, unendo il giudicato al titolo esecutivo, costituisce il ponte che lega la situazione giuridica consolidata nel primo alla situazione giuridica da eseguire attraverso il secondo.

Il giudicato, in altri termini, si caratterizza per la sua capacità – straordinaria ma, allo stesso tempo, problematica e talvolta traumatica – di trasformare la situazione storico-fattuale che ha costituito l'oggetto del processo di cognizione in una situazione giuridico-formale dotata di stabilità sul versante dell'accertamento ma, nel contempo, dinamica e flessibile sotto il profilo degli effetti.

Il titolo esecutivo, d'altra parte, consolida la situazione sul versante tipicamente effettuale e determina ciò che è eseguibile e che, dunque, attraverso l'esecuzione tende a divenire effettivo trattamento sanzionatorio.

Il secondo segmento unisce, invece, il titolo esecutivo e il momento della cessazione dell'esecuzione, frangente terminale di una vicenda formalmente consolidata ma tendenzialmente fluida siccome contrassegnata, anche in ragione del superamento di risalenti concezioni sulla funzione della pena e delle incessanti modificazioni dell'ordinamento giuridico, da continue e rilevantissime sopravvenienze che chiamano in causa un indefettibile esigenza di "lealtà esecutiva".

La delicatezza degli interessi che entrano in gioco nella fase dell'esecuzione penale non possono portare a trascurare la condizione della persona anziana, anche – tra l'altro – per ragioni di coerenza con la peculiare articolazione del trattamento che, come già visto, alla stessa viene riservato in sede cautelare.

Ma le ragioni di coerenza sistematica e di ispirazione assiologica delle fasi cautelare ed esecutiva non possono essere spinte fino al punto da esigere un perfetto parallelismo nella conformazione delle rispettive – e analoghe sul versante delle esigenze di tutela e dei valori della persona coinvolti – fattispecie astratte.

Lo ha chiarito senza utilizzare mezzi termini la Corte di cassazione la quale ha ritenuto la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'art. 3 Cost. – in conseguenza della mancata estensione, alla fattispecie cautelare regolata dall'art. 275, comma 4 c.p.p., del regime previsto dall'art. 47-ter, legge 26 luglio 1975, n. 354 (legge di ordinamento penitenziario) – manifestamente infondata in ragione del fatto che la persona sottoposta alle indagini in stato di custodia cautelare versa in una situazione differente rispetto al condannato in esecuzione di pena⁷⁴.

In effetti, continua la Suprema Corte, non si può enunciare *sic et simpliciter* il principio secondo cui "la misura cautelare della custodia cautelare in carcere, rappresentando di fatto una anticipazione della pena, non può essere applicata quando la stessa pena non può essere il carcere", principio idoneo ad attribuire la natu-

⁷⁴Cass. pen., 16-11-2016, n. 2441, in *Pluris*.

ra di “norma parametro” all’art. 47-ter, legge 26 luglio 1975, n. 354 nell’ambito di un sistema sostanzialmente unitario⁷⁵.

Il sistema, invero, non è affatto unitario e per la Corte risponde a logiche differenti: mentre l’esecuzione della pena è, infatti, informata all’obiettivo della rieducazione del condannato ed al divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, che ne costituisce il presupposto indispensabile, poichè un trattamento inumano non può rieducare il soggetto (art. 27, comma 3 Cost.)⁷⁶, le misure cautelari – non a caso menzionate in altro articolo della Costituzione, ossia l’art. 13, comma 5 – sono a tutela di altre esigenze – quelle cioè, indicate dall’art. 274 c.p.p. – e quindi sono strettamente connesse all’andamento del processo oltre che alla tutela della collettività dal pericolo di commissione di nuovi reati⁷⁷.

In altri termini, i limiti alla custodia cautelare in carcere hanno un fondamento diverso rispetto alla regolamentazione dell’ordinamento penitenziario benchè basati sul doveroso rispetto della dignità e della salute del soggetto interessato.

In relazione alla misura alternativa alla detenzione presa in esame nel caso concreto, pertanto, se l’ampia – ma non assoluta, evidenzia la Corte – possibilità per il condannato ultrasessantenne inabile anche parzialmente di fruire della detenzione domiciliare si giustifica nell’ottica di una pena adeguata all’età ma anche allo stato di salute del soggetto – una pena quindi in grado di rieducare il soggetto in quanto non contraria al senso di umanità – le esigenze cautelari, se gravi, attuali e concrete, possono imporre la custodia cautelare in carcere nei confronti del soggetto della stessa età e nelle medesime condizioni⁷⁸.

Tutto ciò, ovviamente, non significa disattenzione verso le condizioni di salute o di inabilità degli imputati sottoposti a misure cautelari personali: sotto questo profilo – un profilo di carattere non giuridico vincolante – la norma dell’ordinamento penitenziario – la quale non è, si è già visto, da considerare “norma parametro” – può certamente essere tenuta in considerazione dal giudice della cognizione al fine di graduare le proprie decisioni in punto di libertà personale nei confronti degli imputati⁷⁹.

Detto questo, le condizioni di età della persona condannata vengono in rilievo quale parametro essenziale di valutazione ai fini dell’applicazione della misura alternativa della detenzione domiciliare, figura inserita nell’ambito della legge di

⁷⁵Cass. pen., 16-11-2016, n. 2441, cit.

⁷⁶ Per un quadro dei principi di matrice sovranazionale in materia di detenzione v., in ambito enciclopedico, M. Orlandi, *Detenzione (Principi CEDU in materia di)*, in *Dig. disc. pen.*, VII, p. 204.

⁷⁷Cass. pen., 16-11-2016, n. 2441, cit. La necessità di differenziare i due istituti era già stata sottolineata anche dalla giurisprudenza costituzionale. V., infatti, Corte cost., 24 maggio 1996, n. 165, in *www.consultaonline*, la quale aveva esaminato il profilo costituito dalla diversificazione dei limiti di età.

⁷⁸Cass. pen., 16-11-2016, n. 2441, cit.

⁷⁹Cass. pen., 16-11-2016, n. 2441, cit.

ordinamento penitenziario dalla legge 10 ottobre 1986, n. 663, ispirata all'analogo istituto processuale degli arresti domiciliari⁸⁰ – introdotto poco prima nel codice processuale del 1930 dalla legge 28 luglio 1984, n. 398 – e consistente <<nell'espiazione della pena detentiva presso la propria abitazione o altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura od assistenza>>⁸¹.

Si tratta di una misura la quale, in alcun modo riconducibile alle cause di estinzione della pena⁸², secondo la dottrina si pone <<in sintonia con i precetti stabiliti dall'art. 27, comma 3, Cost., in base al quale le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso dell'umanità e dall'art. 32 Cost., che tutela la salute come diritto fondamentale dell'individuo e l'interesse della collettività a rendere meno afflittiva l'espiazione delle pene per quei soggetti destinatari che si trovano in condizioni particolari>>⁸³.

In ogni caso, si è in presenza di un intervento sanzionatorio di natura penale⁸⁴ ed esso, pertanto, si colloca nell'ambito di una funzione della pena quale delineata dall'art. 27, comma 3 Cost.⁸⁵, ragione per cui, pure in presenza di detenuti

⁸⁰ G. Casaroli, *Misure alternative alla detenzione*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, p. 35.

⁸¹ P. Di Ronza, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale*, cit., p. 314. V., inoltre, B. Guzzaloca, M. Pavarini, *L'esecuzione penitenziaria*, Torino, 1995, p. 166. Evidenzia l'estensione del novero dei luoghi di esecuzione, finalizzata ad ampliare l'ambito di concedibilità della misura per includervi chi non dispone di un domicilio, L. Cesaris, *Detenzione domiciliare*, in *Ordinamento penitenziario. Commento*, a cura di F. Della Casa, G. Giostra, Milano, 2015, p. 572. Come chiarito da Cass. pen., 17-1-2007, n. 4143, in *Pluris*, ai fini dell'ottemperanza alla misura della detenzione domiciliare, la nozione di abitazione e delle relative pertinenze, dalla quale la persona ammessa alla misura alternativa non può allontanarsi, è circoscritta alla dimora in cui il soggetto svolge la propria vita domestica e privata e ai luoghi dalla stessa immediatamente raggiungibili senza soluzione di continuità spaziale. V., inoltre, Cass. pen., 30-3-2004, n. 17962, in *Pluris*, ove viene sottolineata la coincidenza con la nozione prevista per la misura cautelare degli arresti domiciliari.

⁸² Lo ha chiarito Cass. pen., 30-1-2013, n. 7508, in *Pluris*, per la quale l'esito positivo della detenzione domiciliare non esclude la rilevanza della relativa condanna ai fini dell'applicazione della recidiva proprio in quanto gli artt. 47-ter e 47-quinquies, l. 26 luglio 1975, n. 354 non prevedono che ad esso consegua l'estinzione della pena e degli effetti penali, né sono suscettibili di essere interpretati in tal senso.

⁸³ P. Di Ronza, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale*, cit., p. 315. Il carattere complesso e difficilmente riconducibile ad unità della natura giuridica, della funzione e dello scopo delle misure alternative alla detenzione – dovuto anche alla pluralità ed eterogeneità dei possibili criteri distintivi – è messo in evidenza da G. Casaroli, *Misure alternative alla detenzione*, cit., p. 18.

⁸⁴ Come afferma Cass. pen., 19-12-1997, n. 7189, in *Pluris*, la detenzione domiciliare realizza un'espiazione di pena, pur se individualizzata e meno afflittiva.

⁸⁵ Lo pone in rilievo, con estrema chiarezza, Cass. pen., 18-5-2005, n. 22161, in *Pluris*. Dubita che la misura si caratterizzi per un contenuto risocializzante e rieducativo, non ricorrendo prescrizioni diverse dal divieto di allontanamento dal luogo di esecuzione della pena, invece, L. Cesaris, *Detenzione domiciliare*, cit., p. 583.

ultrasessantenni, la misura non può essere automaticamente concessa ma deve in ogni caso, la magistratura di sorveglianza, valutarne la meritevolezza e l'idoneità a facilitare il reinserimento sociale del condannato⁸⁶.

Lo sottolinea, sotto altro profilo, l'orientamento giurisprudenziale che coordinando la misura della detenzione domiciliare – nell'evenienza concedibile in presenza di gravi condizioni di salute – con il rinvio dell'esecuzione della pena, chiarisce che la prima può essere disposta in luogo del secondo in tutti i casi in cui il condannato sia in grado di partecipare consapevolmente al processo rieducativo attuato attraverso gli interventi del servizio sociale, e residui un margine di pericolosità sociale che faccia ritenere ancora necessario un controllo da parte dello Stato⁸⁷.

Il rinvio contenuto nell'art. 47-ter, comma 4, legge 26 luglio 1975, n. 354 all'art. 284 c.p.p. per quel che concerne le modalità esecutive è comunque indicativo della connotazione notevolmente afflittiva della misura⁸⁸ la quale, sia pure in una logica di integrale alternatività al carcere, implica un divieto assoluto di allontanamento dal luogo di esecuzione, fatte salve le ulteriori restrizioni che il tribunale di sorveglianza può sempre disporre⁸⁹.

⁸⁶Cass. pen., 8-2-2012, n. 8712, in *Pluris*. V., inoltre, Cass. pen., 24-10-1996, n. 5523, in *Pluris*. L'assenza di automatismi è stata posta in rilievo da Cass. pen., 18-6-2008, n. 28555, in *Pluris*, occasione in cui la Corte ha precisato, altresì, che la disciplina relativa all'applicazione della detenzione domiciliare al condannato ultrasessantenne, non riguardando l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena, ma soltanto modalità esecutive della stessa, non ha carattere di norma penale sostanziale, sicché, in assenza di una specifica disciplina transitoria, è soggetta al principio *tempus regit actum* e non alle regole dettate in materia di successione di norme penali nel tempo dall'art. 2 c.p. e dall'art. 25 Cost. V., negli stessi termini, Cass. pen., 2-2-2007, n. 10308 e, in precedenza, Cass. pen., 17-11-1999, n. 6297 (entrambe in *Pluris*).

⁸⁷Cass. pen., 14-1-2011, n. 4750, in *Pluris*. V., inoltre, Cass. pen., 27-5-2008, n. 26806, in *Pluris*, la quale chiarisce che la detenzione domiciliare, al pari delle altre misure alternative alla detenzione, ha come finalità il reinserimento sociale del condannato, mentre il differimento della pena previsto dagli artt. 146 e 147, comma 1, n. 2 c.p. mira soltanto ad evitare che l'esecuzione della pena avvenga in spregio del diritto alla salute e del senso di umanità.

⁸⁸G. Casaroli, *Misure alternative alla detenzione*, cit., p. 36. Ma v., inoltre, B. Guzzaloca, M. Pavarini, *L'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 166.

⁸⁹Mette in evidenza L. Cesaris, *Detenzione domiciliare*, cit., p. 572, che il rinvio consente di adottare prescrizioni dirette non solo ad attenuare – magari in linea con eventuali esigenze assistenziali connesse all'ipotesi di detenzione domiciliare che qui interessa – ma altresì ad inasprire il regime domiciliare. Secondo Cass. pen., 20-5-2003, n. 30132, in *Pluris*, atteso il rinvio operato dall'art. 47-ter dell'ordinamento penitenziario all'art. 284 c.p.p., deve ritenersi che anche in caso di detenzione domiciliare, come in quello di arresti domiciliari, sia possibile concedere al detenuto l'autorizzazione ad allontanarsi dal domicilio per il tempo strettamente necessario a svolgere attività lavorativa, ove sussistano le condizioni previste dalla disposizione codicistica.

La norma di ordinamento penitenziario distingue, in relazione ai casi di anzianità anagrafica del condannato, due diverse ipotesi, ciascuna dotata di connotazioni autonome sul versante dei presupposti.

La prima, prevista dall'art. 47-ter, comma 01⁹⁰, legge 26 luglio 1975, n. 354 – introdotto dall'art. 7, legge 5 dicembre 2005, n. 251 – non compendia limitazioni sul versante dell'entità della pena da espiare⁹¹ ed è ancorata a rigidi presupposti di carattere oggettivo e soggettivo.

In relazione al primo profilo, ragioni di opportunità connesse all'esigenza di “rispondere” alla domanda di sicurezza proveniente dalla comunità⁹², la misura non è applicabile alla pena per i reati di cui al libro II, titolo XII, capo III, sezione I c.p., oltre che per i reati previsti dagli artt. 609-bis, 609-quater e 609-octies c.p., dall'art. 51, comma 3-bis c.p.p. e dall'art. 4-bis della medesima legge 26 luglio 1975, n. 354⁹³.

Merita di essere posto in rilievo che, rispetto a siffatta limitazione, la Corte di cassazione ha, anche di recente, stabilito che la condanna per taluno dei reati di cui all'art. 4-bis legge 26 luglio 1975, n. 354 è ostativa alla concessione della detenzione domiciliare, a nulla rilevando, in senso contrario, l'insussistenza di collegamenti del condannato con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, atteso che il rinvio effettuato dall'art. 47-ter alla disposizione citata si riferisce a tutti i reati da quest'ultimo contemplati, senza recepire le distinzioni di disciplina che caratterizzano le cd. “fasce” entro le quali essi separatamente si inscrivono⁹⁴.

⁹⁰ L. Cesaris, *Detenzione domiciliare*, cit., p. 571, evidenzia la bizzarra numerazione del comma in discorso.

⁹¹ Sui profili di problematicità connessi alla mancata previsione della pena dell'arresto v., in ambito dottrinario, L. Cesaris, *Detenzione domiciliare*, cit., p. 571, la quale evidenzia il pericolo che la formulazione normativa possa determinare ingiustificate disparità di trattamento e, poi, possa <<comportare il rischio che le organizzazioni criminali assoldino tra gli ultrasettantenni la manovalanza per la commissione di delitti anche di una certa gravità>>.

⁹² L. Cesaris, *Detenzione domiciliare*, cit., p. 571.

⁹³ L. Cesaris, *Detenzione domiciliare*, cit., p. 571, la quale formula severe critiche rispetto alle scelte formulate dal legislatore nella predisposizione dell'elenco dei reati ostativi.

⁹⁴ Cass. pen., 18-12-2019, n. 13751, in *Pluris*. Ma v., anche, Cass. pen., 28-11-2017, n. 1541, in *Pluris*, secondo cui il condannato per uno dei delitti “ostativi”, indicati nell'art. 4-bis, l. 26 luglio 1975 n. 354 non può fruire della detenzione domiciliare, neanche se ultrasettantenne, in quanto il catalogo dei divieti fissati dall'art. 47-ter, comma 1, della medesima legge opera mediante rinvio recettizio alla suddetta disposizione nella sua mera formalità di elencazione di reati nella sua mera formalità di elencazione di reati, escludendo la possibilità di ritenere operanti le relative deroghe. Il principio, il quale si traduce in un evidente ridimensionamento dell'ambito applicativo dell'istituto, è stato costantemente ribadito in giurisprudenza. V., infatti, Cass. pen., 27-4-2011, n. 20145; Cass. pen., 10-12-2010, n. 13605; Cass. pen., 9-12-2010, n. 44572; Cass. pen., 27-5-2010, n. 27557; Cass. pen., 5-7-2006, n. 24699; Cass. pen., 11-3-2003, n. 27721; Cass. pen., 14-10-1999, n. 5600 (tutte in *Pluris*).

Coltivando una visione diversa e tesa ad estendere i margini di operatività della misura, la giurisprudenza ha, nel contempo, precisato che l'efficacia estintiva dell'indulto, in caso di concorso di reati alcuni dei quali sono d'ostacolo alla concessione della detenzione domiciliare, va riferita in primo luogo e proprio al fine della concessione della detenzione domiciliare, alle pene inflitte per i reati ostativi⁹⁵.

Sul versante soggettivo, invece, la persona non deve essere stata dichiarata delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero non deve essere mai stato condannato con l'aggravante di cui all'art. 99 c.p.

Ricorrendo entrambe le condizioni sopra indicate, la detenzione domiciliare può essere disposta dal tribunale di sorveglianza competente in relazione al luogo di esecuzione della pena – ovvero da quello in relazione al luogo in cui ha sede l'ufficio del pubblico ministero, nei casi previsti dall'art. 656 c.p.p.⁹⁶ – in favore delle persone che, al momento dell'inizio dell'esecuzione della pena o anche successivamente ed a prescindere dalla verifica delle effettive condizioni di salute⁹⁷, abbiano compiuto i settanta anni di età⁹⁸.

In questa evenienza, dunque, l'età costituisce una condizione oggettiva in sé considerata quale fattore che rende incompatibile la detenzione carceraria a prescindere dalle effettive condizioni di salute psico-fisica del soggetto, dunque considerato rieducabile attraverso una forma di limitazione della libertà personale meno afflittiva⁹⁹.

L'art. 47-ter, comma 1, lett. d), legge 26 luglio 1975, n. 354, invece, prevede che la pena della reclusione non superiore nel massimo a quattro anni - anche se costituente parte residua di una pena maggiore – e la pena dell'arresto possono essere espiate in un luogo diverso dalla struttura carceraria, quando si tratta di

⁹⁵Cass. pen., 13-1-2010, n. 5397, in *Pluris*.

⁹⁶ Nelle ipotesi di grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione, la misura alternativa può essere applicata in via provvisoria dal magistrato di sorveglianza .

⁹⁷ Infatti, soltanto in caso di differimento della pena ovvero di concessione della detenzione domiciliare per grave infermità fisica, il giudice è sempre tenuto ad accertare, se del caso con l'ausilio di un perito, il reale stato patologico del detenuto, onde verificare se lo stato di detenzione carceraria comporti una sofferenza ed un'afflizione di tale intensità da eccedere il livello che, inevitabilmente, deriva dalla legittima esecuzione della pena e da rendere incompatibile la prosecuzione della carcerazione nel rispetto della dignità umana. V., in questo senso, Cass. pen., 13-11-2018, n. 1033, in *Pluris*.

⁹⁸ Secondo Cass. pen., 4-6-2018, n. 50026, in *Pluris*, il tribunale di sorveglianza può concedere una misura alternativa alla detenzione diversa da quella chiesta dall'interessato, se il beneficio concesso è compatibile con quello richiesto e risponde alla logica di gradualità del trattamento rieducativo.

⁹⁹ L. Cesaris, *Detenzione domiciliare*, cit., p. 570.

persona di età superiore ai sessanta anni¹⁰⁰, allorchè sia inabile anche parzialmente.

Come chiarito dalla giurisprudenza costituzionale, le condizioni soggettive contemplate dalla norma non sono assunte dal legislatore quali presupposti di una incompatibilità assoluta con il regime della detenzione in carcere, ma solo come condizioni legittimanti la concessione di un regime attenuato di espiazione che viene riservato ai condannati a pene brevi o che debbano scontare solo la parte terminale di una pena più lunga¹⁰¹.

Sono comunque evidenti gli elementi di differenziazione rispetto alla precedente ipotesi:

- sul piano oggettivo, è stabilito un limite massimo rispetto alla pena della reclusione;
- sul piano soggettivo, è diversamente dimensionato il limite di età e la rilevanza di esso è connessa ad una situazione di inabilità che, si specifica, può anche essere parziale.

In relazione al primo aspetto, la specificazione del riferimento del limite di pena anche a quella residua di una pena maggiore amplia l'ambito di applicazione dell'istituto e, nello stesso tempo, consente di evitare quelle problematiche di ordine definitorio ed interpretativo che hanno viceversa caratterizzato la lettura dell'art. 47, legge 26 luglio 1975, n. 354¹⁰², dal momento che la Suprema Corte ha fin da subito chiarito che il legislatore ha inteso riferirsi non soltanto alle pene detentive brevi – dunque, contenute entro il limite stabilito dalla norma – ma anche all'ultima parte delle detenzioni quantitativamente maggiori in corso di esecuzione, delle quali occorre prendere in considerazione soltanto la parte effettivamente ancora da esprire¹⁰³ e da computare senza opere una distinzione tra la carcerazione sofferta senza soluzione di continuità e quella interrotta¹⁰⁴.

¹⁰⁰ L. Cesaris, *Detenzione domiciliare*, cit., 570, proprio alla luce della previsione di carattere generale, dubita dell'opportunità dell'inserimento della nuova ipotesi nel contesto dell'ordinamento penitenziario, inserimento visto come strumento finalizzato ad incidere sul sovraffollamento carcerario, fenomeno che «aveva già all'epoca raggiunto cifre estremamente preoccupanti».

¹⁰¹ Corte cost., 24 maggio 1996, n. 165, in *www.consultaonline*.

¹⁰² Sulle problematiche interpretative in discorso v. B. Guzzaloca, M. Pavarini, *L'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 64.

¹⁰³ V., in questo senso, Cass. pen., 26-10-1987, n. 4838, in *Pluris*. V., inoltre, Cass. pen., 26-10-1987, Mozzone, in *Pluris*, secondo la quale il calcolo della pena da esprire deve essere effettuato al momento della decisione e non in quello della richiesta o della proposta, per cui, nell'effettuare tale calcolo, il giudice non deve tener conto della pena già sofferta includendosi in quest'ultima quella fissazione di pena complessiva su cui sia venuta ad incidere una causa di estinzione del reato o della pena.

¹⁰⁴ Per siffatta precisazione v. Cass. pen., 26-10-1987, Nozato, in *Pluris*, secondo la quale, tra le altre cose, si realizzerebbe una disparità di trattamento in violazione dell'art. 3 Cost. ove

Rispetto al profilo soggettivo, invece, è opinione dottrina prevalente quella secondo la quale l'inabilità prevista dal legislatore non deve intendersi secondo parametri stabiliti in materia di invalidità, né deve ritenersi inidoneo solo il soggetto affetto da invalidità che rende particolarmente gravoso trascorrere il periodo di detenzione in carcere.

Infatti, il legislatore ha ritenuto che il soggetto che ha superato il sessantesimo anno di età versi in una situazione generale a cagione della quale la detenzione intramuraria diventa una modalità di espiazione più gravosa rispetto ai soggetti di età inferiore, per cui «anche un indice di menomazione e di decadimento psicofisico proprio dell'età senile, che comporta una apprezzabile limitazione dell'autosufficienza nella vita di reclusione, determina la possibilità della ammissione alla detenzione domiciliare»¹⁰⁵.

Sembra più restrittiva, invece, la posizione della giurisprudenza, per la quale, esclusa la configurazione di un diritto che si connetta al raggiungimento del limite di età, deve sempre richiedersi, per farsi luogo alla misura alternativa, che la inabilità sia tale da limitare in misura apprezzabile la autosufficienza del soggetto¹⁰⁶.

in caso di revoca della libertà provvisoria o di emissione di nuovo provvedimento restrittivo dopo la scarcerazione per decorrenza termini, il periodo di custodia cautelare anteriore al ripristino della stessa, non fosse computabile ai fini dell'art. 47-ter, comma 1, l. 26 luglio 1975, n. 354.

¹⁰⁵ P. Di Ronza, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale*, cit., p. 319. Nello stesso senso v., altresì, G. Casaroli, *Misure alternative alla detenzione*, cit., p. 36.

¹⁰⁶ Cass. pen., 4-4-1991, Rava, in *Pluris*.