



279 19 / 11

REPUBBLICA ITALIANA

In nome del Popolo Italiano

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE UNITE PENALI

Composta da

Ernesto Lupo	- Presidente -	Sent. n. sez. 11
Guido De Maio		CC - 31/03/2011
Maria Cristina Siotto		R.G.N. 43191/2009
Arturo Cortese		
Aldo Fiale		
Gian Giacomo Sandrelli		
Giovanni Conti		
Alberto Macchia		
Rocco Marco Blaiotta	- Relatore -	

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sui ricorsi proposti da

1. Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Reggio Calabria
 2. Ambrogio Antonio, nato a Reggio Calabria il 20/7/1972
- nel procedimento nei confronti di quest'ultimo

avverso l'ordinanza del 02/09/2009 del Tribunale di Reggio Calabria

visti gli atti, il provvedimento impugnato ed i ricorsi;

udita la relazione svolta dal consigliere Rocco Marco Blaiotta;

udito il Pubblico Ministero, in persona dell'Avvocato generale Gianfranco Ciani, che ha concluso chiedendo il rigetto dei ricorsi;

udito il difensore, avv. Pietro Modaffari, che ha concluso chiedendo l'accoglimento del proprio ricorso ed il rigetto di quello del Procuratore della Repubblica.

RITENUTO IN FATTO

1 Con atto in data 27 marzo 2009, il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Reggio Calabria ha revocato la misura cautelare degli arresti domiciliari nei confronti di Antonio Ambrogio in ordine ai reati di cui agli artt. 73 e 74 d.P.R. n. 309 del 1990; ed ha contestualmente disposto l'applicazione di quella della custodia in carcere. Il provvedimento è stato adottato ai sensi degli artt. 275, comma 3, e 291, comma 1, cod. proc. pen.

Il G.i.p. ha ritenuto che l'art. 275, nel testo da ultimo novellato dal d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, preveda in ordine al reato di cui al richiamato art. 74 una presunzione assoluta di inadeguatezza di misure cautelari diverse dalla custodia in carcere; e che, alla luce del principio *tempus regit actum*, la nuova normativa trovi applicazione anche in riferimento alle misure cautelari emesse in applicazione della previgente, più favorevole disciplina ed ancora in esecuzione.

Con ripetute istanze, l'Ambrogio ha chiesto la revoca della misura cautelare per sopravvenuta carenza di esigenze cautelari o, in via subordinata, il ripristino degli arresti domiciliari. Il G.i.p. ha respinto le richieste in questione.

Il Tribunale di Reggio Calabria, adito ai sensi dell'art. 310 cod. proc. pen., con atto in data 3 settembre 2009 ha parzialmente accolto l'impugnazione ed ha conseguentemente ripristinato la misura cautelare degli arresti domiciliari. Si è ritenuto che la più severa disciplina di cui al novellato art. 275 cod. proc. pen. non trovi applicazione in relazione alle misure cautelari adottate ai sensi della previgente più favorevole normativa, atteso che l'art. 299, comma 4, cod. proc. pen., che disciplina la modifica *in peius* del trattamento, richiede che siano intervenuti fatti nuovi che modifichino il quadro delle esigenze cautelari. In breve, secondo il Tribunale, solo un sostanziale aggravamento delle esigenze cautelari può legittimare un peggioramento del trattamento; e tale situazione non si verifica nel caso esaminato, posto che l'unica novità rispetto alla situazione precedente è costituita dall'ingresso della nuova normativa che ha introdotto, per il reato di cui al ridetto art. 74, la presunzione di inadeguatezza di misure meno afflittive della custodia in carcere.

Successivamente, con ordinanza del 27 aprile 2010, il G.i.p. del medesimo Tribunale ha sostituito la misura cautelare degli arresti domiciliari con quella dell'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria.

2. Ricorrono per cassazione il Procuratore della Repubblica e l'imputato.

2.1 Il Procuratore della Repubblica deduce violazione degli artt. 275 e 299 cod. proc. pen., assumendo che la novella di cui si discute è di carattere processuale e che pertanto, in mancanza di una norma di segno contrario, essa è

di certo applicabile a tutte le fattispecie, compresa quella in esame, alla luce del principio *tempus regit actum*. A sostegno di tale assunto invoca la giurisprudenza delle Sezioni unite di questa Corte.

2.2 Il difensore dell'imputato prospetta violazione di legge e mancanza della motivazione.

Espone che al Tribunale era stato rappresentato che le esigenze cautelari erano venute meno a seguito dell'intervenuta condanna, della lunga custodia sofferta, dell'incensuratezza e della lontananza nel tempo dei fatti commessi.

Il Tribunale del riesame ha parzialmente accolto l'appello, sostituendo la misura carceraria con quella degli arresti domiciliari, ma non ha esaminato la questione afferente all'inesistenza di esigenze cautelari. Al riguardo, dunque, si configura mancanza della motivazione.

3. La Prima Sezione penale, cui i ricorsi sono stati assegnati, rilevata l'esistenza di un contrasto di giurisprudenza sul tema introdotto dal ricorso del Procuratore della Repubblica, con ordinanza in data 13 ottobre 2010, li ha rimessi alle Sezioni unite, ai sensi dell'art. 618 cod. proc. pen.

L'ordinanza dà conto che l'impostazione proposta dal Procuratore ricorrente trova sostegno nella giurisprudenza delle Sezioni Unite di questa Suprema Corte (Sez. U, n. 8 del 27/03/1992, Di Marco, Rv. 190246) secondo cui la modifica dell'art. 275 cod. proc. pen. a seguito della quale, per taluni più gravi delitti, ove sussistano gravi indizi di colpevolezza, è disposta la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non vi sono esigenze cautelari, trova applicazione anche per le misure custodiali ordinate in base alla normativa precedentemente vigente che siano ancora pendenti, per le quali cioè non siano ancora scaduti i termini di fase, o quelli massimi. L'ordinanza dà pure atto che tale principio ha trovato ampio accoglimento nella giurisprudenza di legittimità successiva.

Si pone altresì in luce che tale indirizzo è contrasto da altro, minoritario, secondo cui le misure cautelari legittimamente adottate anteriormente all'entrata in vigore della nuova normativa ed ancora in esecuzione non possono essere modificate per effetto dello *ius superveniens*.

La Corte rimettente mostra di aderire a tale secondo orientamento della giurisprudenza. Si considera che l'indirizzo maggioritario non tiene conto delle novità intervenute nell'assetto dell'ordinamento per effetto della giurisprudenza costituzionale e segnatamente, da ultimo, della sentenza n. 265 del 2010 che, in riferimento ai reati sessuali, ha dichiarato l'incostituzionalità della nuova normativa quanto alla previsione di una presunzione assoluta di inadeguatezza di misure cautelari diverse da quella della custodia in carcere. Si rimarca altresì che il novellato art. 111 Cost. ha accentuato la centralità della posizione

dell'imputato e la tutela della sua libertà personale. Si pone ancora in luce la rilevanza del bene inviolabile della libertà nella fase anteriore alla sentenza definitiva; e si mette in dubbio la natura esclusivamente processuale della normativa in esame, in considerazione dei concreti effetti determinati dalla custodia cautelare.

Infine, l'ordinanza censura l'indirizzo maggioritario secondo cui nella materia in esame trova applicazione l'art. 299, comma 1, cod. proc. pen. In realtà, si assume, la norma riguarda i casi in cui una misura cautelare debba essere revocata poiché mancano o sono venute meno le condizioni per la sua applicabilità. Tale revoca è dunque prevista solo *in melius* e non *in peius*. Invece, nei casi in cui debba disporsi la sostituzione di una misura cautelare, trova applicazione l'art. 299, commi 2 e 4, cod. proc. pen.; sicché «il mutamento legislativo rientra molto a fatica nella nozione giuridica di fatto sopravvenuto ed una novella normativa non appare neppure idonea a determinare l'aggravamento di esigenze cautelari le quali, soltanto, possono condurre alla sostituzione di una misura meno grave con altra più severa». Di qui la conclusione che la mancanza, nel nostro sistema processuale, di uno strumento appropriato esclude la possibilità di applicare alle misure in corso il regime di presunzione in precedenza non previsto.

4. Il Primo Presidente, con decreto in data 24 gennaio 2011, ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite, fissando per la trattazione l'odierna udienza camerale.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso del Procuratore della Repubblica propone una questione effettivamente controversa nella giurisprudenza di questa Suprema Corte. Si tratta di stabilire «*se la misura cautelare in corso di esecuzione, applicata prima della novella codicistica che ha ampliato il catalogo dei reati per i quali vale la presunzione legale di adeguatezza esclusiva della custodia carceraria, possa subire modifiche solo per effetto del nuovo e più sfavorevole trattamento normativo*».

Il tema è distinto e pregiudiziale rispetto a quello afferente alla costituzionalità della disciplina, sulla quale il Giudice delle leggi è già intervenuto (sent. n. 265 del 2010) dichiarando l'illegittimità costituzionale della norma in questione nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 600-*bis*, comma primo, 609-*bis* e 609-*quater* cod. pen., è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione

al caso concreto, dai quali emerga che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

2. L'orientamento largamente maggioritario in ordine alla questione di cui si discute si basa sulla già indicata pronunzia delle Sezioni Unite (sent. n. 8 del 27/03/1992, Di Marco, Rv. 190246) che, come si è accennato, in riferimento ad un quadro normativo sovrapponibile a quello in esame, ha affermato il principio che la più severa disciplina in ordine alla selezione della misura cautelare appropriata trova applicazione anche in relazione alle misure cautelari ancora in corso, adottate alla luce della normativa previgente.

La pronunzia afferma che gli atti processuali compiuti sotto l'impero della norma abrogata conservano appieno la loro validità e producono tutti gli effetti che ne sono scaturiti e che si sono esauriti in base all'ordinamento precedente. Se però dagli atti sono derivati effetti giuridici o situazioni processuali ancora pendenti all'entrata in vigore della nuova norma, è questa a dover essere applicata. In particolare, le misure custodiali disposte in base alla norma precedente devono considerarsi pendenti e non esaurite fino alla scadenza dei relativi termini di fase o massimi, sicché durante tale pendenza si applica la nuova legge.

Né avrebbe fondamento l'argomento che nega la possibilità di ripristinare la custodia in carcere per effetto della modifica legislativa, sul rilievo che la sostituzione *in peius* sarebbe consentita soltanto nei casi previsti dagli art. 276 comma 1 e 299, comma 4, cod. proc. pen., cioè quando siano trasgredite le prescrizioni inerenti ad una misura, ovvero quando risulti un aggravamento *de facto* delle esigenze cautelari. Tali articoli contemplano ipotesi di revoca di una misura e di contestuale applicazione di una più grave misura (con il termine «sostituzione» le due norme intendono indicare sinteticamente tali operazioni), fondate su presupposti di fatto che i giudici del merito hanno ritenuto non ricorrere. Ma da ciò non consegue che sia esclusa ogni altra revoca e contestuale applicazione di una più grave misura. Al contrario, il sopravvenuto divieto degli arresti domiciliari e la sua applicazione alle situazioni cautelari pendenti, in forza dell'art. 11 delle preleggi, comporta di per sé l'obbligo di revocare una misura divenuta illegittima.

E, conclude la Corte, lo strumento procedimentale per adempiere a tale obbligo è contenuto nell'art. 299, comma 1, cod. proc. pen., secondo cui «le misure coercitive [...] sono immediatamente revocate quando risultino mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità previste [...] dalle disposizioni relative alle singole misure», condizioni contenute, appunto, nell'art. 275, comma 3, oltre che negli artt. 280 e s. cod. proc. pen. La modifica

legislativa di tali condizioni costituisce, un "fatto sopravvenuto" che legittima la revoca; mentre l'applicazione della misura più grave segue di conseguenza.

La pronunzia riprende gli argomenti poco tempo prima esposti in altra sentenza delle Sezioni Unite (n. 20 del 01/10/1991, Alleruzzo, Rv. 188524) con la quale si è affermato che la protrazione dei termini di durata massima della custodia cautelare prevista in un provvedimento legislativo modificativo delle norme precedentemente vigenti può trovare applicazione nei procedimenti in corso alla data di entrata in vigore del provvedimento stesso se in tale momento lo stato di detenzione sia legittimamente in atto, cioè se i termini siano ancora pendenti.

L'indirizzo espresso dalla sentenza Di Marco è stato ribadito moltissime volte (da Sez. 6, n. 1505 del 05/05/1992, Pastore, Rv. 191258, a Sez. 6, n. 41717 del 04/11/2010, Cucumazzo, Rv. 248807).

3. L'orientamento minoritario si rinviene in due sole pronunzie (Sez. 6, n. 31778 del 08/07/2009, Turelli, Rv. 244264; Sez. 6, n. 45012 del 06/10/2009, Di Blasi, Rv. 245474). L'ultima sentenza, in particolare, ha affermato proprio in relazione al reato di cui all'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990 che la modifica normativa che ha esteso la presunzione legale di inadeguatezza di misure diverse da quella custodiale è previsione di carattere processuale che, in quanto tale, si applica a coloro che abbiano commesso uno dei delitti indicati dalla novella anche in epoca anteriore alla sua entrata in vigore, ma soltanto con riguardo alle misure cautelari che devono ancora essere adottate e non anche a quelle già applicate prima della stessa data, le quali, pertanto, non devono subire alcuna trasformazione in ragione della riforma. Gli argomenti esposti in tali sentenze sono stati ripresi e sviluppati, anche con argomenti nuovi, nell'ordinanza di rimessione a queste Sezioni Unite; sicché a tale riguardo è sufficiente richiamare quanto già detto.

4. La soluzione del problema prospettata dalla richiamata sentenza delle Sezioni Unite Di Marco, e dalla successiva giurisprudenza che vi ha aderito, deve essere riconsiderata.

Naturalmente, non è in discussione il canone *tempus regit actum* utilizzato in quella pronunzia quale prima base per orientare la soluzione del problema. Anzi, la vitalità del principio deve essere ribadita ed ulteriormente esplicitata.

L'antica regola costituisce la traduzione condensata dell'art. 11 delle preleggi. Essa enuncia che la nuova norma disciplina il processo dal momento della sua entrata in vigore; che gli atti compiuti nel vigore della legge previgente restano validi; che la nuova disciplina, quindi, non ha effetto retroattivo.

L'indicato canone corrisponde ad esigenze di certezza, razionalità, logicità che sono alla radice della funzione regolatrice della norma giuridica. Esso, proprio per tale sua connotazione, è particolarmente congeniale alla disciplina del processo penale. L'idea stessa di processo implica l'incedere attraverso il susseguirsi atomistico, puntiforme, di molti atti che compongono, infine, la costruzione. Tale edificazione rischierebbe di crollare dalle radici come un castello di carte se la cornice normativa che ha regolato un atto potesse essere messa in discussione successivamente al suo compimento, per effetto di una nuova norma. Per questo, il principio *tempus regit actum* significa in primo luogo che, di regola, la norma vigente al momento del compimento di ciascun atto ne segna definitivamente, irrevocabilmente, le condizioni di legittimità, ne costituisce lo statuto regolativo: un atto, una norma.

Il brocardo costituisce una guida logica, semplice e certa per il compimento dell'atto e consente di risolvere spesso senza incertezze i problemi di diritto intertemporale che insorgono, o possono insorgere, quando una determinata materia sia regolata da norme di diverso contenuto che si susseguono nel tempo.

Di solito non emergono questioni problematiche quando l'atto si compie e si esaurisce istantaneamente. I problemi possono più facilmente insorgere, invece, quando il compimento dell'atto, o lo *spatium deliberandi* o ancora gli effetti si protraggono, si estendono nel tempo: un tempo durante il quale la norma regolatrice muta. Basti pensare alle norme sulla competenza, sulle impugnazioni, sulla disciplina delle prove, sulle misure cautelari, appunto. In taluni casi, e l'ambito cautelare è tra questi, alle tradizionali logiche di carattere tecnico-formale si sovrappongono tematiche valoriali, assiologiche, come si avrà modo di esporre meglio nel prosieguo. In breve, si pongono problemi diversi l'uno dall'altro, ben presenti nell'esperienza giuridica, rispetto ai quali la logica atomistica (un atto, una norma) può in alcuni casi risultare di difficile applicazione o apparire insufficiente, inappagante.

I problemi in questione, sebbene rinvengano una comune, vaga matrice nel susseguirsi di norme differenti entro un medesimo campo d'azione, presentano solitamente tratti distintivi irriducibili in relazione ai diversi istituti. Dunque, piuttosto che cercare soluzioni di carattere generale, conviene considerare che il superamento di alcuni problemi può essere favorito da una attenta disamina della complessiva disciplina legale della materia cui ci si interessa e dall'individuazione del concreto, reale ruolo che la nuova norma è chiamata a svolgere alla luce delle diverse possibili soluzioni dei problemi di diritto intertemporale. Da questo punto di vista l'approccio al tema in esame cui queste Sezioni Unite si ispirano differisce da quello assunto dalla pronunzia del 1992; e conduce ad un esito opposto.

5. L'itinerario indicato suggerisce di guardare ai tratti più essenziali della disciplina processuale delle misure cautelari personali. Qui è possibile cogliere due momenti concettualmente e testualmente distinti. Emerge in primo luogo il momento genetico della misura cautelare, disciplinato dagli artt. 273 e 275 cod. proc. pen.: il grave quadro indiziario, l'individuazione di concrete esigenze cautelari, la selezione della misura cautelare più appropriata. Tale ultimo ambito è retto dai principi di adeguatezza, proporzionalità ed *extrema ratio*, in aderenza ai valori costituzionali che regolano il processo.

Nell'originaria configurazione del sistema processuale, la complessa ponderazione afferente all'individuazione delle esigenze cautelari e della misura più indicata era interamente affidata alla discrezionalità tecnica del giudice, governata da alcune incalzanti disposizioni e garantita dalla motivazione e dal controllo su di essa.

Per quel che qui maggiormente interessa, è sufficiente rammentare che l'art. 274 cod. proc. pen. richiede esplicitamente che la valutazione in ordine all'esistenza di esigenze cautelari connesse al pericolo di recidiva specifica sia caratterizzata da concretezza e si fondi su un esame completo delle più qualificate caratterizzazioni del fatto; nonché su una compiuta valutazione della personalità dell'indagato.

Tale complessiva e penetrante valutazione costituisce altresì la base per il giudizio in ordine alla scelta delle misure cautelari, richiesto dall'art. 275 cod. proc. pen. La norma, infatti, impone che il giudice consideri e ponderi il "grado" delle esigenze cautelari e ne tragga indicazioni in ordine alla "specifica" idoneità di ciascuna misura a fronteggiare i pericoli concretamente riscontrati.

E' chiaro che valutazioni così difficili e delicate, che per volontà della legge devono attingere il massimo possibile livello di concretezza, non possono in alcun modo prescindere dalla completa individuazione ed analisi comparativa di tutte le circostanze rilevanti. La mancanza di analitica considerazione e ponderazione di tutte le contingenze significative si risolve in vizio della motivazione.

L'esigenza di una considerazione compiuta ed analitica delle caratterizzazioni di ciascuna vicenda processuale è riproposta con tutta la possibile forza lessicale dall'art. 292 cod. proc. pen. che richiede, a pena di nullità, l'esposizione delle «specifiche esigenze cautelari» e degli indizi che giustificano «in concreto» la misura, con l'indicazione degli «elementi di fatto» da cui sono desunti; nonché l'esposizione delle «concrete e specifiche ragioni» che rendono la custodia in carcere l'unico strumento idoneo a soddisfare le esigenze cautelari.

Questo regime è stato ben presto modificato: la discrezionalità del giudice è stata attenuata attraverso correttivi che hanno introdotto criteri legali di valutazione di diverso segno e di diversa forza, volti a favorire per alcuni reati

l'applicazione della misura della custodia in carcere (art. 275, comma 3, cod. proc. pen); oppure ad escluderla o limitarla in relazione a determinate condizioni personali (art. 275, comma 4 e ss., cod. proc. pen.).

Qui interessa particolarmente rammentare le norme che, a partire dal 1991, si sono succedute novellando ripetutamente l'art. 275, comma 3, per introdurre, in relazione ad alcuni delitti, una presunzione relativa di esistenza di esigenze cautelari, che può essere vinta quando siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari; accompagnata da una presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia in carcere. Tali norme, per la vistosa deroga che comportano alla già indicata istanza di concretezza che caratterizza il sistema, hanno carattere derogatorio ed eccezionale, configurano «un vero e proprio regime cautelare speciale di natura eccezionale», come esplicitamente enunciato dalla Corte Costituzionale nella già citata sentenza n. 265 del 2010.

A conclusione della breve analisi della disciplina legale occorre solo annotare che, prima della novella del 2009, in ordine al reato di cui all'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990 non vigeva alcuna presunzione. In conseguenza, nel procedimento in esame il giudice di merito è giunto a ritenere, alla stregua della discrezionalità affidatagli dalla legge del tempo, che la misura degli arresti domiciliari fosse sufficiente in considerazione delle contingenze del caso concreto.

6. L'ordinanza che dispone l'applicazione di una misura cautelare è atto istantaneo, ed è naturalmente destinata a produrre effetti protratti nel tempo: una situazione pendente fino al momento della cessazione, per qualunque causa, della restrizione. In relazione allo *status* indotto da tale provvedimento, tuttavia, non vi è alcuna fissità. Al contrario, si impone una continua verifica circa il permanere delle condizioni che hanno determinato la limitazione della libertà personale e la scelta di una determinata misura cautelare.

La materia è regolata dall'art. 299 cod. proc. pen. Il codificatore ha opportunamente racchiuso in un unico contesto normativo l'aspetto per così dire dinamico della restrizione di libertà; e quindi le diverse ipotesi di revoca e sostituzione delle misure cautelari in relazione al mutare della situazione di fatto e di diritto nel corso del procedimento. La finalità cui la disciplina con tutta evidenza corrisponde è quella di assicurare che in ogni momento la restrizione sia conforme ai principi di adeguatezza, proporzionalità, *extrema ratio*: qualunque fatto nuovo giustifica una rinnovata valutazione.

L'istituto della revoca costituisce fattispecie estintiva; ed è destinato ad operare quando risultino carenti, «anche per fatti sopravvenuti» le condizioni di applicabilità previste dall'art. 273 cod. proc. pen. ovvero le esigenze cautelari di cui all'art. 274 cod. proc. pen. Si tratta di una valutazione che richiede l'applicazione delle stesse norme che regolano la discrezionalità tecnica del

giudice nel momento genetico. Anche qui, dunque, si impone una stringente analisi dei "fatti" (nell'accezione più ampia del termine) nuovi nel senso cui si è già fatto cenno: si tratta di ponderare tutte le emergenze significative.

Accanto alla revoca, l'art. 299 cod. proc. pen. prevede la sostituzione delle misure cautelari. Si è di fronte a figura che, rispetto alla revoca, presenta insopprimibili tratti distintivi: non si tratta di far cessare del tutto una misura cautelare non più giustificata, ma di selezionarne una diversa, appropriata in relazione al divenire delle vicende processuali.

In particolare l'art. 299, comma 2, cod. proc. pen. disciplina l'applicazione di una misura meno gravosa quando le esigenze cautelari «risultano» attenuate o la cautela in atto «appare» non più proporzionata.

L'art. 299, comma 4, al contrario, prevede l'adozione di una misura più severa quando le esigenze cautelari «risultano» aggravate.

Le due disposizioni sono simmetriche: ambedue indicano che anche nell'ambito delle modifiche del trattamento cautelare si impone l'accurata ponderazione di tutte le contingenze rilevanti, di tutti i "fatti" nuovi. L'espressione verbale "risultano" rende molto bene l'idea dell'algebrica computazione di emergenze di segno diverso che conduce, infine, a definire la misura appropriata in un dato momento, in relazione allo sviluppo del processo ed alle acquisizioni rilevanti in fatto ed in diritto. Del resto, l'esigenza di una continua rivisitazione delle esigenze cautelari, anche in vista dell'individuazione della misura contingentemente più adeguata, è stata rimarcata dallo stesso legislatore che, con l'art. 275, comma 1-bis, cod. proc. pen. ha espressamente previsto, contestualmente alla sentenza di condanna, un rinnovato esame della situazione tenendo conto dell'esito del procedimento e dei fatti accertati. Un'ulteriore valutazione è imposta dall'art. 275, comma 2-ter, cod. proc. pen. all'esito della pronuncia d'appello.

7. Alla luce di tale analisi della disciplina legale emerge la differente lettura cui queste Sezioni Unite pervengono rispetto a quella proposta nella sentenza del 1992.

L'aggravamento della condizione cautelare in atto deve essere sempre senz'altro ricondotto all'ambito dell'art. 299, comma 4, cod. proc. pen.; con la conseguenza che si richiede, normalmente, un rinnovato, equilibrato apprezzamento del complessivo quadro processuale e quindi delle contingenze che in divenire lo caratterizzano: sempre, dunque, nel segno della concretezza.

Non può essere quindi condivisa la ricostruzione che, come si è visto, individua un virtuale momento di revoca della precedente misura, affiancato dalla contestuale adozione della più severa cautela. Si tratta di un approccio che snatura artificiosamente l'istituto della revoca che, come si è visto, definisce

inequivocabilmente una situazione in cui la limitazione di libertà deve cessare del tutto. Tale interpretazione, d'altra parte, sottrae una situazione come quella in esame, caratterizzata (al di là di qualunque espediente argomentativo) dalla sostituzione di una misura con altra più grave, alla sua naturale disciplina che, conviene ripeterlo, è quella dell'art. 299, comma 4, cod. proc. pen; e richiede, normalmente, un concreto apprezzamento in fatto, quello stesso apprezzamento che nel momento genetico aveva consentito di ritenere appropriata, nel procedimento in esame, la misura degli arresti domiciliari. Naturalmente, anche nel momento della sostituzione della misura cautelare giocano le presunzioni alle quali si è già fatto cenno nel considerare il momento genetico della misura cautelare: una diversa soluzione, evidentemente, renderebbe del tutto irrazionale il sistema. Tuttavia, in tale fase non possono operare presunzioni prima inesistenti.

Emerge, così, che il dissenso rispetto alla precedente sentenza delle Sezioni Unite non è formale, stilistico. La critica serve, invece, a mettere in luce un punto che, come si è accennato all'inizio, è decisivo; e che riguarda il concreto ruolo che viene affidato alla nuova normativa. Infatti, l'applicazione della nuova, più severa disciplina alla custodia già in corso, con la conseguente introduzione della custodia in carcere, travolge l'apprezzamento discrezionale compiuto dal giudice nel momento genetico, sulla base della normativa del tempo, che quell'apprezzamento discrezionale gli richiedeva. Per tale via, se si alza il velo delle finzioni giuridiche, si finisce con l'intaccare retroattivamente lo "statuto" normativo che aveva governato l'atto genetico e ne aveva definitivamente determinato le condizioni di legittimità. Insomma, l'applicazione *ope legis* della disciplina più severa, e della presunzione che essa comporta, alle situazioni in cui la misura cautelare era già in corso ed era stata adottata alla stregua della disciplina più favorevole, che implicava un apprezzamento discrezionale, comporta l'applicazione retroattiva del *novum* ad un contesto già definito nelle sue coordinate fattuali e normative. Si tratta di operazione che, in mancanza di una disposizione transitoria, non è consentita proprio per la violazione che comporta del principio *tempus regit actum*: l'architettura del sistema processuale e considerazioni di carattere logico e tecnico conducono univocamente a tale conclusione.

8. Come si è sopra esposto, l'ordinanza di rimessione a queste Sezioni unite evoca altresì argomenti valoriali, legati precipuamente alle affinità tra pena e misura cautelare.

La questione introduce ad un tema assai vasto e complesso: quello delle interferenze tra i principi dell'ordinamento penale e la disciplina del processo. Non è tuttavia necessario entrare *ex professo* in tale ambito, che fa registrare

una ricca varietà di opinioni. Infatti, come si è sopra esposto, la lettura del sistema processuale fornisce argomenti risolutivi in ordine alla questione di diritto in esame.

D'altra parte, sullo specifico tema afferente alle possibili interazioni tra la disciplina delle misure cautelari ed i principi che regolano la legalità penale, desunti dall'art. 25 Cost., dall'art. 7 della Convenzione EDU e dagli artt. 1 e 2 cod. pen., la giurisprudenza costituzionale e quella sovranazionale fanno registrare precise prese di posizione di cui occorre prendere atto.

Qui è sufficiente rammentare brevemente che per la giurisprudenza costituzionale la pena e la misura cautelare detentiva sono somiglianti quanto alla loro materialità, alla limitazione di libertà ed al carico di sofferenza che comportano, ma diverse quanto agli scopi ed ai presupposti. Queste diversità chiamano in campo principi costituzionali importanti ma distinti. L'argomento è stato sviluppato in una importante sentenza (Corte cost., sent. n. 15 del 1982), relativa al tema, connesso ma distinto, delle norme che ridefiniscono i termini di durata della custodia cautelare. Si è considerato che l'art. 25, comma secondo, Cost. stabilisce una garanzia per l'imputato, che trova la sua *ratio* in un'esigenza di certezza. Tuttavia, la "carcerazione preventiva" può essere disposta solo in vista della soddisfazione di esigenze di carattere cautelare e strettamente inerenti al processo. Ciò ha indotto a non accogliere la tesi della natura di diritto sostantivo dell'istituto della carcerazione preventiva. Secondo detta sentenza, la natura strumentale dell'istituto in parola, oltre che impedire l'assimilazione tra il fatto e lo strumento per accertarne l'esistenza e la conformità al diritto, «consente di cogliere nella sua completa prospettiva la funzione di garanzia della carcerazione preventiva, e del processo in genere, nel senso che non è garanzia solo dell'imputato, ma anche - e prima - dell'attuazione della legge, della ordinata convivenza, della salvezza delle istituzioni».

La tesi è stata ripresa anche recentemente da altra sentenza della Corte cost. (n. 265 del 2010) che si è pronunciata sulla novella codicistica di cui ci si occupa. Si è infatti affermato che, affinché la restrizione della libertà personale nel corso del procedimento sia compatibile con la presunzione di non colpevolezza, è necessario che essa assuma connotazioni nitidamente differenziate da quelle della pena, irrogabile solo dopo l'accertamento definitivo della responsabilità; e ciò ancorché si tratti di misura ad essa corrispondente sul piano del contenuto afflittivo. La custodia cautelare deve soddisfare esigenze proprie del processo, diverse da quelle di anticipazione della pena, tali da giustificare, nel bilanciamento di interessi meritevoli di tutela, il temporaneo sacrificio della libertà personale di chi non è stato ancora giudicato colpevole in via definitiva.

Quanto all'ambito internazionale, occorre registrare che la giurisprudenza della Corte EDU ha fortemente valorizzato la centralità dell'art. 7 della Convenzione, che sancisce il principio di legalità dei reati e delle pene. Da ultimo la stessa Corte (sent. 17 settembre 2009, Scoppola) si è pronunciata sulla controversa costituzionalizzazione del principio di retroattività della *lex mitior* enunciato nell'art. 2 cod. pen. ed ha affermato che il richiamato art. 7 «non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge meno severa. Questo principio si traduce nelle norme secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato».

Tale principio enunciato quale riconosciuto frutto di un lento progresso del pensiero giuridico non diviene, però, per ciò solo, al contempo, un principio dell'ordinamento processuale, tanto meno nell'ambito delle misure cautelari. E' la stessa Corte che si perita di chiarire che resta ragionevole l'applicazione del principio *tempus regit actum* per quanto riguarda l'ambito processuale, pur dovendosi accuratamente definire di volta in volta se le norme di cui si discute appartengano o meno alla sfera del diritto penale materiale.

Dunque, alla luce della giurisprudenza indicata, occorre ritenere che non esistano principi di diritto intertemporale propri della legalità penale che possano essere pedissequamente trasferiti nell'ordinamento processuale. La soluzione del problema in esame resta perciò affidata alla ricostruzione del sistema processuale.

9. In sintesi, l'indirizzo espresso dalla pronuncia Di Marco del 1992, come si è già esposto, faceva leva esclusivamente sul *novum* normativo e al suo servizio poneva un artificioso, virtuale momento di revoca della precedente ordinanza cautelare. La differente interpretazione qui adottata, invece, parte dalla lettura complessiva della disciplina della restrizione personale, considera come autonomo il momento modificativo disciplinato dall'art. 299, commi 2 e 4, cod. proc. pen., rileva soprattutto che l'automatica applicazione della nuova, più severa disciplina travolge "retroattivamente" l'atto genetico della privazione di libertà e la disciplina legale che in quel tempo ne aveva legittimamente regolato l'adozione, modificando in senso deteriore la situazione preesistente e finendo col pregiudicare proprio il principio *tempus regit actum*.

10. Dagli argomenti che precedono deve essere tratto il seguente principio di diritto: «in assenza di una disposizione transitoria, la misura cautelare in corso di esecuzione disposta prima della novella codicistica che ha ampliato il catalogo

dei reati per i quali vale la presunzione legale di adeguatezza della sola custodia in carcere non può subire modifiche solo per effetto della nuova, più sfavorevole normativa».

11. In conseguenza il ricorso del Procuratore della Repubblica deve essere rigettato.

12. Pure il ricorso dell'imputato è privo di pregio. Il Tribunale ha considerato che la misura degli arresti domiciliari si è dimostrata, in un lasso di tempo di più di un anno, in concreto pienamente adeguata a salvaguardare le ravvisate esigenze cautelari, né sono stati dedotti dal ricorrente elementi di fatto da cui desumere il mutamento del quadro cautelare preesistente. Da tale valutazione il giudice ha tratto la conclusione che l'esecuzione della misura in atto dovesse protrarsi. Dunque, contrariamente a quanto dedotto, non è per nulla mancata la ponderazione in ordine all'attuale esistenza delle esigenze cautelari già ripetutamente poste in luce nel corso del procedimento; ed alla loro idoneità a giustificare la protrazione della misura cautelare.

Il ricorso deve essere quindi rigettato. Segue per legge la condanna dell'imputato ricorrente al pagamento delle spese processuali.

P. Q. M.

Rigetta il ricorso del pubblico ministero ed il ricorso dell'imputato e condanna quest'ultimo al pagamento delle spese processuali.

Così deciso il 31 marzo 2011.

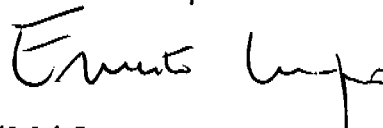
Il Componente estensore

Rocco Marco Blaiotta



Il Presidente

Ernesto Lupo



SEZIONI UNITE PENALI

Depositato in Cancelleria

il 14 LUG. 2011

Il Funzionario Giudiziario

Leonardo Sacripanti

