

## **Libertà personale**

### **Custodia cautelare e successione di leggi nel tempo**

Fabrizio Galluzzo

#### **La decisione**

**Scelta delle misure (criteri) - Misure (diverse dalla custodia in carcere) anteriormente disposte - Modifica *in peius* in applicazione di norma sopravvenuta - Esclusione** (C.e.d.u., artt. 5-7; Cost., artt. 25 e 111; C.p.p., artt. 275, co. 3, 299; D.l. n. 11 del 2009, art. 2, co. 1; L. n. 38 del 2009, art. 2, co. 1).

**Legge processuale penale - Successione nel tempo - Retroattività della norma favorevole - Esclusione** (C.e.d.u., art. 7; Cost., art. 25; Preleggi, art. 11; C.p., art. 2).

*La misura cautelare in corso di esecuzione, disposta prima dell'entrata in vigore del D.L. n. 11 del 2009, convertito, con modd., in l. n. 38 del 2009 (che ha modificato l'art. 275 cod. proc. pen., ampliando il catalogo dei reati per i quali vale la presunzione legale di adeguatezza della sola custodia carceraria), non può subire modifiche unicamente per effetto della nuova e più sfavorevole normativa.*

*Il principio della retroattività della legge penale più favorevole all'imputato non costituisce un principio dell'ordinamento processuale, nemmeno nell'ambito delle misure cautelari, poiché non esistono principi di diritto intertemporale propri della legalità penale che possano essere pedissequamente trasferiti nell'ordinamento processuale.*

CASSAZIONE PENALE, SEZIONI UNITE, 14 luglio 2011 (c.c. 31 marzo 2011) – LUPO *Presidente* – BLAIOTTA *Relatore* – CIANI, *P.M.* (conf.).- Ambrogio, ricorrente.

#### **Il commento**

1. Con la sentenza annotata le Sezioni Unite tornano ad occuparsi della successione di leggi nel tempo in materia cautelare, risolvendo in favore dell'orientamento minoritario e più recente il contrasto giurisprudenziale inerente l'aggravamento della misura cautelare per effetto della mera entrata in vigore, *medio tempore*, di una modifica normativa.

L'intervento delle Sezioni Unite, per l'appunto, è stato sollecitato dalla Prima Sezione penale in riferimento all'entrata in vigore della legge 23 aprile 2009, n. 38 (con la quale è stato convertito, con modificazioni, il d.l. 23 febbraio 2009, n. 11) che, come noto, ha modificato l'art. 275 c.p.p., introducendo una nuova deroga ai principi regolatori della dinamica cautelare, la presunzione legale di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere per un'ulteriore

categoria di reati, tra i quali, come nel caso di specie, quello di cui all'art. 74 del d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309.

Nel caso concreto, il Giudice per le indagini preliminari che aveva disposto gli arresti domiciliari a carico dell'indagato, essendo intervenuta la modifica legislativa di cui sopra, ha revocato l'originaria misura e, contestualmente, l'ha sostituita con quella più grave della custodia in carcere, applicando la normativa sopravvenuta in ossequio al principio del *tempus regit actum*.

Il Tribunale del Riesame ha, poi, ripristinato la misura degli arresti domiciliari considerando violata la procedura che porta alla revoca delle misure cautelari, il cui *iter* tipico si muove in direzioni opposte (caducazione totale di ogni misura restrittiva o modifica *in pejus* di quella pendente) a seconda che, rispettivamente, vengano meno le esigenze cautelari oppure le stesse si aggravino a causa della trasgressione della misura in corso o nel diverso caso di sopravvenienza di fatti ulteriori, tra i quali non si è considerato possibile ricomprendere l'intervento legislativo.

La questione è, infine, giunta dinanzi alla Corte di Cassazione (oltre che per effetto del ricorso dell'imputato che lamentava vizi della motivazione nel merito) anche per il ricorso promosso dal Procuratore della Repubblica, improntato sull'affermazione del principio del *tempus regit actum*, asseritamente leso dalla pronuncia del Tribunale della libertà che aveva negato la legittimità dell'applicazione dello *jus superveniens* alla misura cautelare precedentemente disposta.

Con estrema lucidità, la Corte rimettente, nel delineare sinteticamente la posizione dei due orientamenti contrastanti (l'uno già avallato dalle stesse Sezioni Unite, che applica automaticamente la modifica procedurale alle misure pendenti, per quanto disposte sulla base della norma previgente, l'altro di segno diametralmente opposto) mostra di prediligere la seconda soluzione.

E lo fa con argomentazioni di ampio respiro, non compiutamente recepite dalle Sezioni Unite che, come anticipato, aderiscono all'approccio minoritario, ma lo fanno con una motivazione che lascia spazio per considerazioni di sistema, alcune annose ma, in quanto tali, forse non del tutto risolte, ed altre, anch'esse significative, che derivano dalle recenti sollecitazioni europee.

2. Dei risvolti della questione sottolineati nell'ordinanza di rimessione, in effetti, le Sezioni Unite sembrano valorizzarne soltanto quello macroscopico, rappresentato, come ora si esaminerà più approfonditamente, dalla cristallizzazione dell'atto processuale nel momento del suo perfezionamento, a prescindere dai successivi sviluppi processuali ed indipendentemente dalla natura dinamica del singolo atto, mentre vengono accantonati gli altri argomenti suggeriti per giustificare l'inapplicabilità della norma successiva più sfavorevole: la inviolabilità della libertà personale anteriormente all'emissione di una sentenza definitiva e la natura ambigua delle norme tendenzialmente procedurali che, tuttavia, di fatto incidono sulla pena (*rectius*: sull'anticipazione della stessa).

Il nodo cruciale della questione, secondo l'impostazione delle Sezioni Unite, sicuramente corretta nelle premesse, risiede effettivamente nella delimitazione dell'arco temporale nel quale un atto processuale continua a produrre effetti e nell'individuazione della procedura ed, a monte, dei presupposti, idonei a rimuoverlo.

Secondo l'impostazione fino ad oggi seguita dalla Suprema Corte<sup>1</sup>, scendendo nello specifico, la misura disposta sulla base di presupposti, esigenze cautelari e criteri di scelta vigenti al momento dell'emissione, ben potrebbe essere aggravata per effetto di una normativa sopravvenuta sulla scorta delle considerazioni con le quali tale filone risponde alla duplice prospettiva sopra indicata: da un lato, infatti, la misura cautelare, se non scaduti i termini di fase o di durata massima, è da considerarsi pendente finché è in corso ed il provvedimento alla sua base non può essere considerato un atto processuale istantaneo, esauritosi contestualmente all'emissione, ma è invece suscettibile di ulteriori evoluzioni; dall'altro, la sopravvenienza di una modifica legislativa sulla relati-

---

<sup>1</sup> Tale orientamento prende le mosse da Sez. Un., 27 marzo 1992, Di Marco, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 1481, con nota di PERONI, *Nuovi criteri di scelta delle misure cautelari nell'art. 275, 3° comma c.p.p. e successione di leggi nel tempo*. Si vedano altresì MONTAGNA, *Successione di leggi e vicende della custodia cautelare*, in *Foro it.*, 1993, II, c. 224 e RAFARACI, *Jus superveniens e libertà personale (note in tema di applicazione immediata ai procedimenti in corso dell'art. 1 d.l. 9/12/1991, n. 292)*, in *Cass. pen.*, 1993, 271. In giurisprudenza, l'approccio è stato poi ripreso, *ex plurimis*, in Cass., Sez. VI, 5 maggio 1992, in *Mass. Uff.*, n. 191258 e Cass., Sez. VI, 4 novembre 2010, *cit.*, n. 248807.

va disciplina ricadrebbe nel disposto di cui all'art. 299, comma 1, c.p.p. che consente la revoca di una misura, oltre che nel caso in cui risultino mancanti le condizioni di applicabilità, anche per fatti sopravvenuti, tali, in quest'ottica, da consentire l'applicazione immediata di una nuova e, se del caso, più grave misura.

Di tenore radicalmente opposto l'orientamento sin qui minoritario<sup>2</sup> che già negava la natura dinamica del provvedimento dispositivo della misura cautelare, ancorandola invece ai presupposti vigenti nella fase genetica, non suscettibili di essere assorbiti da un fatto giuridico eterogeneo, quale una novella legislativa, ma, naturalmente, mutevoli in considerazione del diverso atteggiarsi nel tempo dei presupposti e delle esigenze cautelari originarie.

Tale filone, peraltro, perveniva a tali conclusioni senza sviluppare ancora compiutamente le ulteriori riflessioni in punto di procedura per la revoca o sostituzione *in pejus* delle misure cautelari, cui è invece approdata la Corte con la pronuncia che qui si commenta.

3. A ben vedere, le Sezioni Unite, pur aderendo, in larga parte, alla seconda impostazione, colgono elementi utili da entrambi i punti di vista, tentando di contemperare la tradizione processuale con un inquadramento degli istituti conforme al dettato del codice di procedura penale.

In tal senso, il punto di partenza della rivisitazione del proprio, precedente, approccio, è pur sempre rappresentato dal *tempus regit actum*<sup>3</sup>: indubitabile, si dice nei passaggi iniziali della motivazione (più avanti si tocca, invece, il tema delle incrinature, di ispirazione europea, al dogma), che la successione delle leggi processuali nel tempo sia regolamentata dal principio sintetizzato dal noto brocardo latino, in ossequio al quale gli istituti processuali sono disciplinati dalla legge in vigore nel momento in cui l'atto viene realizzato: *incipit* comune ai due filoni contrastanti.

---

<sup>2</sup> Cass., Sez. VI, 8 luglio 2009, in *Mass. Uff.*, n. 244264; Cass., Sez. VI, 6 ottobre 2009, cit., n. 245474.

<sup>3</sup> Sul punto si veda MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da UBERTIS, VOENA, Milano, 1999, 219.

Viene confutata recisamente, tuttavia, l'idea consolidata secondo la quale un atto assunto nella vigenza di determinati presupposti (nel nostro caso: la misura degli arresti domiciliari) possa essere considerato aperto a successive modifiche fondate su elementi eterogenei quali, nella fattispecie concreta, una modifica normativa che incida sui criteri posti alla base della valutazione dell'epoca.

Se la misura cautelare è per definizione suscettibile di essere revocata, sostituita, aggravata a seconda delle emergenze di indagine o processuali, ciò non significa che, una volta in corso, possa subire modifiche a tavolino con l'elusione della procedura di applicazione tipica<sup>4</sup>.

Ed è su questo punto che le Sezioni Unite offrono l'argomento decisivo per confutare il meccanismo proposto dal primo orientamento e completare il vuoto delle conclusioni del secondo.

Ripristinando il tenore letterale e contenutistico delle diverse disposizioni di cui all'art. 299 c.p.p., la sentenza in esame smentisce che lo strumento utile all'aggravamento *ope legis* di una misura in corso possa essere rappresentato dalla revoca di cui al primo comma: in primo luogo perché appare una evidente forzatura sussumere nel concetto di "fatto sopravvenuto" una novella legislativa, in secondo luogo perché la *ratio* dell'istituto, lungi dal rappresentare un mezzo per aggravare la misura restrittiva *de plano*, risiede, al contrario, nella estinzione della stessa, laddove vengano meno le condizioni di applicabilità ex art. 273 c.p.p. e le esigenze ex art. 274 c.p.p..

L'aggravamento delle misure, al di là del caso della trasgressione, invece, è disciplinato dal quarto comma dell'art. 299 c.p.p. che, tuttavia, opera allorché le esigenze cautelari primigenie risultino aggravate: una valutazione siffatta, chiariscono le Sezioni Unite, non può evidentemente ricomprendere una modifica normativa intervenuta *medio tempore* che introduce una presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare, ma avrà ad oggetto soltanto l'eventuale mutamento del quadro delle esigenze cautelari.

Considerare una novella legislativa quale un aggravamento degli elementi cautelari sino a quel momento valutati rappresenterebbe un'elusione del proce-

---

<sup>4</sup> Per una disamina completa in materia, v. GIUNCHEDI, *Le vicende estintive e modificative*, in *Le misure cautelari personali*, a cura di SPANGHER, SANTORIELLO, Torino, 2009, 308.

dimento cautelare, connotato, come più volte ribadito, dalle diverse fasi della verifica della sussistenza dei presupposti, della valutazione delle esigenze cautelari e della selezione della misura rispondente al criterio del minore sacrificio necessario<sup>5</sup>.

Soprattutto, l'aggravamento della procedura tipica avverrebbe con un strumento non contemplato dal sistema se, come detto, si utilizzasse (erroneamente) l'istituto della revoca virtualmente, in quanto l'aggravamento sarebbe di fatto realizzato tramite una contestuale adozione di una misura più grave.

Una ricostruzione, quella delle Sezioni Unite, che sicuramente riporta sui giusti binari una tematica per troppo tempo trascurata ed avallata acriticamente dalla giurisprudenza, ma che, come anticipato, suscita perplessità per l'accantonamento di fondamentali risvolti della materia, segnalati dalla Corte rimettente ed intrinsecamente legati agli aspetti approfonditi, tanto da non poterli trascurare in questa sede.

Due gli interrogativi cui le Sezioni Unite hanno dato risposte che necessitano di essere integrate: la materia cautelare è veramente di appannaggio esclusivo della procedura in senso stretto o, considerandola un'anticipazione della pena, deve essere trattata anche nelle sue connotazioni sostanziali?

Ed ancora, si può liquidare in poche righe il vento di cambiamento europeo, cui fa riferimento anche l'ordinanza di rimessione?

4. Si è detto che della presente pronuncia non convince non tanto la soluzione offerta al caso concreto, quanto la motivazione della stessa.

Tra le argomentazioni invocate dalla Prima Sezione a sostegno dell'illegittimità dell'applicazione della legge successiva più sfavorevole, è stata pressoché pretermessa dall'esame delle Sezioni Unite l'analogia dell'ultima deroga inserita nell'art. 275 c.p.p. con quella introdotta dal c.d. Pacchetto Sicurezza (decreto legge 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38), dichiarata incostituzionale<sup>6</sup> laddove, intro-

---

<sup>5</sup> Al riguardo, FURFARO, *Le limitazioni alla libertà personali consentite*, in *Le misure cautelari personali*, cit., 77.

<sup>6</sup> Corte cost., 7 luglio 2010, n. 265 in *Guida dir.*, 2010, 35, 51 ss, con nota di LORUSSO, *Necessario valutare la possibilità di applicare misure meno rigorose della custodia in carcere*; sul tema v. anche

ducendo una presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per una nuova serie di reati, prevedeva il superamento di tale presunzione soltanto nell'ipotesi in cui sia dimostrata l'insussistenza delle esigenze cautelari e non, invece, nel caso in cui fosse dimostrata specificamente la possibilità di individuare una misura cautelare meno afflittiva.

Accantonando il rilievo sulla base della considerazione per cui non erano chiamate a vagliare la costituzionalità della nuova presunzione di adeguatezza in questione, le Sezioni Unite hanno probabilmente perso l'occasione per prendere atto di una situazione cronica del nostro ordinamento processuale (la stessa Corte costituzionale nella pronuncia appena citata lo definisce "un vero e proprio regime cautelare di natura eccezionale") che, attraverso le interpolazioni dell'art. 275 c.p.p. susseguitesì negli anni ed ulteriormente integrate dagli innesti di cui stiamo trattando, si è ormai consolidato, generando un "modello processuale connotato da forti caratteri sanzionatori sia sotto il profilo della libertà personale, sia sotto l'aspetto dell'esemplarità in relazione ai tempi processuali, sia sotto l'aspetto repressivo con riferimento alla fase esecutiva"<sup>7</sup> che non può non essere considerato nel motivare l'irretroattività della norma nei confronti di chi sia già avvinto da provvedimento restrittivo.

Appare innegabile, in altre parole, che l'equazione "imputato=detenuto"<sup>8</sup> che connota tale sub-procedimento cautelare, in cui vige l'inversione del tradizionale onere dimostrativo delle esigenze cautelari<sup>9</sup> e dell'*extrema ratio* dell' ap-

---

TONINI, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, 949. Per un'approfondita disamina della normativa si veda MARANDOLA, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 946. Da ultimo, anche Corte cost., 19 luglio 2011, n. 231, in *Guida dir.*, 2011, 33-34, 52, con nota di LORUSSO, *Il variegato panorama del vincolo associativo impedisce di formulare una regola d'esperienza*, è intervenuta sull'art. 275 c.p.p., dichiarando l'illegittimità del terzo comma, secondo periodo, in riferimento al delitto di cui all'art. 74, D.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, sulla scia della precedente decisione in materia di delitti sessuali.

<sup>7</sup> Così SPANGHER, *I profili processuali del "sottosistema" della sicurezza*, in *Il sistema della sicurezza pubblica*, a cura di SPANGHER, RAMACCI, Milano, 2010, XLI.

<sup>8</sup> Cfr. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, 478. Lo stesso Autore, osserva (p. 485) che "è prescritta la custodia in carcere, salva una prova negativa del bisogno cautelare: in *dubio custodiaturreus*; rimane libero solo chi risulti innocuo".

<sup>9</sup> Laddove, poi, la difesa abbia prodotto elementi tali da minare la richiesta cautelare, sul giudicante graverà un più stringente onere motivazionale: così Cass. Sez. Un., 28 dicembre 1994, Demitry, in *Cass. pen.*, 1995, 842, con nota di IACOVIELLO, *Il concorso eventuale nel delitto di partecipazione ad associazione per delinquere*. Sul punto, più di recente, BRICCHETTI, PISTORELLI, *Estesa l'obbligatorietà della custodia in carcere*, in *Guida dir.*, 2009, 10, 45 ss.

plicazione della custodia in carcere, dia corpo alla osteggiata conclusione per cui, quanto meno dinanzi a siffatte deroghe, la carcerazione preventiva (il *lapsus* è giustificabile: la custodia cautelare) sia da considerare un'anticipazione della pena<sup>10</sup> se non un diverso ed innovativo atteggiarsi della stessa.

E' altrettanto inconfutabile che l'intero sistema processuale si stia da tempo muovendo verso quell'omologazione delle diverse fasi processuali che coinvolge tanto le vicende cautelari, quanto quelle prettamente dibattimentali, fino ad arrivare all'esecuzione, nell'ottica dell'ampliamento a tutto tondo dei principi del giusto processo<sup>11</sup>.

Ciò naturalmente incide sul primo degli interrogativi che ci si poneva: qual è il confine tra la norma procedurale e quella sostanziale, se la forzatura della prima conduce ad un approdo (l'automatica, spesso e volentieri lunga, irrimediabile se non con una *probatio diabolica*<sup>12</sup>, custodia cautelare) disciplinato dalla seconda (la pena conseguente al giudizio di merito)?

A poco vale, allora, il monito lanciato dalla Corte costituzionale affinché le misure cautelari "assumano connotazioni nitidamente differenziate da quelle della pena", "ancorché si tratti di misure .... a essa corrispondenti sul piano del contenuto afflittivo": nel sistema descritto, in cui, come detto, l'omologazione tra le fasi processuali rappresenta una tendenza in continuo divenire, la custodia cautelare introdotta successivamente all'emissione di altra misura non dovrebbe applicarsi non solo in virtù del *tempus regit actum* processuale, ma anche in ossequio al principio di irretroattività della norma penale sfavorevole che sia sopravvenuta.

La quadratura del cerchio rispetto alle proposte dell'ordinanza remittente è costituita dalla tendenza europea all'affermazione su larga scala del principio di legalità in tutte le sue sfaccettature.

<sup>10</sup> In tal senso, MARZADURI, voce *Misure cautelari (principi generali e disciplina)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1994, 74; MARANDOLA, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica*, cit., 946; FERRAIOLI, voce *Misure cautelari*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1996, 9; CURTOTTI, voce *Custodia cautelare (presupposti, vicende, estinzione)*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 2007, 296.

<sup>11</sup> L'omogeneità delle fasi processuali era già stata prospettata: cfr. GAITO, *Esecuzione*, in Conso, Grevi, *Prolegomeni a un Commentario breve al Nuovo Codice di procedura penale*, Padova, 1990, 537 ss.; ID., *Esecuzione*, in Conso-Grevi, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1990, 565.

<sup>12</sup> V. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2007, 301.



E' noto quanto statuito nel c.d. "caso Scoppola", l'incidenza che la relativa sentenza della CEDU<sup>13</sup> ha avuto quanto all'individuazione della natura sostanziale degli aspetti relativi alla pena di cui all'art. 442 c.p.p., anche per l'ipotizzabile allargamento del raggio d'azione del principio dell'irretroattività della legge penale più sfavorevole e del corollario della retroattività di quella più favorevole all'ordinamento processuale penale<sup>14</sup>.

Trattasi di un fenomeno in divenire, i cui approdi sono ancora difficilmente individuabili ed incerti.

Resta il fatto che desta perplessità la conclusione cui giungono sul punto le Sezioni Unite: pur prendendo atto del progresso del pensiero giuridico internazionale, si nega che tale evoluzione faccia parte del nostro ordinamento<sup>15</sup> e che sia possibile trasferire nel sistema interno i principi che si stanno affermando in Europa al confine tra norme procedurali e sostanziali, rimarcando il concetto per cui l'interprete dovrà "accuratamente definire di volta in volta se le norme di cui si discute appartengano o meno alla sfera del diritto penale materiale".

In definitiva: dinanzi ad una possibile rivoluzione dagli esiti pericolosi o, quanto meno, estranei alla nostra tradizione, difendere il *tempus regit actum* appare una soluzione prudente; con una custodia cautelare pressoché coincidente con la pena, tuttavia, l'inapplicabilità dell'art. 275 c.p.p. nel caso di specie sembra giustificata dal principio di irretroattività della norma penale più sfavorevole oltre che dal principio del *tempus regit actum*.

---

<sup>13</sup> Corte e.d.u., 11 febbraio 2010, Scoppola, in [www.osservatoriocedu.it](http://www.osservatoriocedu.it).

<sup>14</sup> Sul punto GALLUZZO, *Retroattività dell'art. 442 c.p.p.: agli sgoccioli l'era del tempus regit actum?*, in *questa rivista*, 2011, 255 ss.

<sup>15</sup> Sorprende non poco la scarsa considerazione delle fonti europee alla luce del nuovo assetto delle fonti determinatosi a partire dalle sentenze n. 348 e 349 della Corte costituzionale, i cui contenuti sono stati recepiti da Cass., Sez. III, 11 maggio 2010, in *Mass. Uff.*, n. 247280. Approfondiscono il tema, CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 3564; PETRI, *Il valore e la posizione delle norme CEDU nell'ordinamento interno*, in *Cass. pen.*, 2008, 2296; TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte "sub costituzionale" del diritto*, in *Quad. cost.*, 2008, n. 1; SCIARABBA, *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008, 305 ss.