

17 L'IMMEDIATA APPLICABILITÀ DELLA NUOVA DISCIPLINA DELL'ART. 280 C.P.P. AI PROCEDIMENTI IN CORSO

SEZ. V - C.C. IO GIUGNO 2014 (DEP. 18 LUGLIO 2014), N. 31839 - PRES. DUBOLINO - REL. DEMARCHI
ALBENGO - P.M. D'ANGELO (CONCL. CONF.) - (260139)

MISURE CAUTELARI PERSONALI - Disposizioni generali - Custodia cautelare in carcere - Condizioni di applicabilità - Limite edittale - *Ius superveniens* - Modifiche dall'art. 280, comma 2, c.p.p. e all'art. 612-bis c.p. apportate dalla l. n. 94 del 2013 - Procedimenti in corso - Immediata applicabilità - Conseguenze. (C.P. ARTT. 2, 612-BIS; C.P.P. ART. 280; D.L. 1° LUGLIO 2013, N. 78; L. 9 AGOSTO 2013, N. 94)

La nuova disciplina contenuta nell'art. 280, comma 2, c.p.p. (introdotta dalla l. 9 agosto 2013, n. 94 che ha convertito il d.l. 1° luglio 2013, n. 78), la quale ha innalzato da quattro a cinque anni il limite minimo del massimo edittale necessario per disporre la custodia cautelare in carcere, è applicabile anche ai procedimenti in corso alla data della sua entrata in vigore; tuttavia, avendo il medesimo intervento legislativo elevato nella stessa misura anche il massimo edittale previsto per il delitto di atti persecutori, la misura custodiale in carcere per tale reato, applicata con ordinanza emessa in data anteriore alla riforma, deve ritenersi tuttora efficace (1).

RITENUTO IN FATTO - 1. Il pubblico ministero presso il Tribunale di Roma propone ricorso per cassazione contro l'ordinanza del G.i.p. di Roma che, in applicazione del d.l. 1° luglio 2013, n. 78, ha sostituito nei confronti di F.M. - indagato del reato di cui all'art. 612-bis c.p. - la misura della custodia cautelare in carcere con quella degli arresti domiciliari. Il g.i.p. ha ritenuto che la predetta normativa, che elevava da quattro a cinque anni il limite minimo di pena previsto per l'applicabilità della misura cautelare della custodia in carcere, fosse applicabile immediatamente, con riferimento ai procedimenti pendenti, trattandosi di norma processuale retta dal principio del *tempus regit actum*.

2. Viceversa, secondo il giudice per le indagini preliminari di Roma, la modifica dell'art. 612-bis c.p., che innalzava la pena massima per il reato ivi previsto ad anni cinque di reclusione, opererebbe solamente per i fatti commessi dopo la data di entrata in vigore del predetto decreto legge.

3. Conseguentemente, la misura cautelare, che era stata irrogata nel rispetto dei requisiti di legge (poiché al momento dell'adozione la pena applicabile all'indagato era non inferiore ad anni 4 e rientrante, quindi, nel campo di applicazione dell'art. 280, nel testo allora vigente), non poteva essere mantenuta perché la nuova regola processuale imponeva, per la misura custodiale, una pena edittale più elevata; sebbene la misura della pena per il reato di *stalking* fosse stata elevata con la stessa norma che aveva modificato la norma processuale cautelare, tuttavia per il principio di irretroattività della legge penale (sostanziale) più sfavorevole, al F. non poteva essere irrogata la pena attuale fino a cinque anni, ma quella vigente al momento del fatto (fino a 4 anni di reclusione).

4. Il pubblico ministero impugnante - deducendo la violazione degli artt. 280 e 299 c.p.p., nonché art. 11 disp. prel. - sostiene che la volontà del legislatore era chiaramente quella di consentire il mantenimento della misura custodiale in carcere per il reato di cui all'art. 612-bis c.p., essendo avvenute le predette modifiche nell'ambito dello stesso intervento normativo. Secondo il pubblico ministero, l'invocazione del nuovo testo dell'art. 280 c.p.p., costituisce un'applicazione retroattiva della norma vietata dal legislatore ed in ogni caso egli osserva come l'art. 299 c.p.p., laddove enumera i casi di revoca o sostituzione della misura, non contempli l'ipotesi di una sopravvenienza normativa che incida sulla soglia punitiva.

CONSIDI
cabilità retr
ziale (e, per
applichi ret
(art. 2 c.p.).
negli effetti
meno afflitt
pena).

2. Il s
esportabile
dosi unicar
fondament
que, si traf
analogica c

3. Al j
«In tema d
vigore al m
di una ser
favorevoli
delle misu
che possa
1982, n. 15

4. E.
pur tuttav
rale; la co
custodia g
discrezion
quell'appr
finisce cor
definitiva
ad un co
mancanza
principio

5. E
EDU ha
legalità de
sulla cont
c.p., ed h
penali più
Questo p
perpetrar
tiva sono
principio
però, per
misure c
legge me
mento p
sentenza
modific

CONSIDERATO IN DIRITTO - 1. Il primo problema da affrontare è quello relativo alla applicabilità retroattiva della modifica normativa di carattere processuale. Per quanto riguarda il diritto sostanziale (e, per quanto qui interessa, quello della sanzione), è *ius receptum* che la nuova norma penale non si applichi retroattivamente, se non nei casi in cui introduca una disposizione più favorevole per l'imputato (art. 2 c.p.). Il regime di applicabilità temporale della norma penale, dunque, rinvia il suo discrimine negli effetti che produce in carico al reo, dovendo sempre trovare applicazione il regime sanzionatorio meno afflittivo (tra quello vigente al momento del fatto e quello operante al momento di applicazione della pena).

2. Il suddetto principio, che trova il suo referente normativo nell'art. 2 c.p., è automaticamente esportabile nel diritto processuale? Qui manca, indubitabilmente, una norma analoga all'art. 2 c.p., potendosi unicamente fare riferimento all'art. 11 disp. prel., (che costituzionale sancito nell'art. 25 della Carta fondamentale, prevede che le leggi dispongono solo per l'avvenire e non hanno effetto retroattivo). Dunque, si tratta di verificare se la disposizione di favore contenuta nell'art. 2 c.p., sia applicabile in via analogica o estensiva al diritto processuale.

3. Al predetto quesito, le Sezioni unite hanno dato recentemente risposta negativa, affermando che «In tema di successione di leggi processuali nel tempo, il principio secondo il quale, 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, 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 (Vedi C. cost., 14 gennaio 1982, n. 15)» (Sez. un., n. 27919 del 31/3/2011, Ambrogio, Rv. 250196).

4. E, se è ben vero che nel caso in esame si trattava dell'inapplicabilità di una modifica peggiorativa, pur tuttavia dall'analisi della motivazione della sentenza sembra evincersi un principio di carattere generale; la corte, infatti, afferma letteralmente che «... 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 (...) 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*...».

5. Ed ancora: «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 c.p., 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». Le Sezioni unite, dunque, dicono chiaramente che il principio della retroattività della legge meno severa, che si applica per i reati e per le pene, non è, però, un principio generale dell'ordinamento processuale, tanto meno nell'ambito delle misure cautelari (sul punto, si veda anche Sez. III sentenza n. 15378 del 3/3/2010). Tanto basterebbe per ritenere non applicabili, al caso in questione, le modifiche operate con il d.l. n. 78/2013.

se non non

LARCHI
fizioni all'art. 11 disp. prel.
n. 94 limite cabile primo li atti data
pone ricorso per 2013, n. 78, ha a della custodia i normativa, che misura cautelare menti pendenti,
art. 612-bis c.p., ebbe solamente
quisiti di legge i 4 e rientrante, ere mantenuta de più elevata; ma che aveva legge penale ni, ma quella
), nonché art. antenimento e le predette vocazione del legislatore ed della misura,

soluzione ha l'indubbio pregio di evitare la necessità di una continua rivisitazione (quando si prevede un nuovo reato) di un elenco chiuso e tassativo.

16. Dunque, la custodia cautelare in carcere può essere disposta per determinati reati; tali reati non sono specificati, ma si debbono individuare con riferimento alla misura della pena prevista. In tale contesto, resta indifferente la misura della pena concretamente irrogabile nei confronti del singolo indagato, tanto più che ove il legislatore ha voluto considerare tale dato, lo ha fatto espressamente (art. 275, comma 2-bis).

17. Sulla base di quanto affermato, è ora possibile risolvere la questione giuridica portata all'attenzione di questo collegio. È pacifico che al F. non potrà essere irrogata una pena di cinque anni; è altrettanto pacifico che oggi la misura cautelare della custodia in carcere può essere applicata solo per delitti puniti con pena edittale non inferiore, nel massimo, ad anni cinque.

Ma, per verificare se al F. può essere mantenuta o irrogata la predetta misura cautelare, ci si deve porre un'unica domanda: il reato per cui si procede nei suoi confronti, continua ad essere compreso tra quelli per i quali si può disporre la custodia in carcere? La risposta è positiva. La nuova norma "processuale" (art. 280) prevede che si può disporre la predetta misura quando si procede per reati che sono puniti, nel massimo, con pena non inferiore ad anni cinque; e l'attuale testo dell'art. 612-bis soddisfa tale requisito. Dunque, anche oggi per lo *stalking* può essere irrogata (e dunque mantenuta) la custodia carceraria.

18. D'altronde, che per l'applicabilità della carcerazione preventiva si debba aver riguardo alla pena edittale del reato, piuttosto che a quella concretamente irrogabile nei confronti dell'indagato, è reso evidente dal fatto che la misura si applica anche in caso di reato tentato (art. 280 c.p.p., comma 2), per il qual caso la pena irrogabile è inferiore non solo ai limiti attuali, ma anche a quelli precedenti. Ne consegue, tra l'altro, che la soluzione proposta dal G.i.p. di Roma, che ancora la possibilità di misura alla sanzione concretamente irrogabile, si manifesta del tutto irragionevole: al F., indagato per il reato (consumato) non potrebbe essere mantenuta la misura custodiale perché nei suoi confronti non può essere irrogata una pena superiore a 4 anni, ma ad un indagato, oggi, per lo stesso delitto tentato, la misura potrebbe essere applicata anche se la sanzione concretamente irrogabile (pur con la nuova pena edittale, più elevata) è sicuramente inferiore a 4 anni (5 anni ridotti almeno di 1/3).

19. In conclusione, se la misura cautelare era ed è tuttora applicabile anche per il tentativo, il quale comporta l'irrogabilità in concreto di una pena sempre inferiore ai 4 anni (sia con la vecchia che con la nuova formulazione dell'art. 612-bis c.p.), non è alla sanzione che può essere inflitta all'indagato che si deve fare riferimento, ma alla pena edittale prevista dalla norma incriminatrice.

20. Ne consegue che sussistevano al momento di emissione della misura e permangono oggi, senza soluzione di continuità, i presupposti per l'applicabilità della custodia cautelare in carcere per il reato di *stalking*; pertanto, la decisione del G.i.p. di Roma è viziata da erronea applicazione della legge e come tale va annullata.

21. Il Giudice di rinvio si atterrà ai seguenti principi di diritto:

– «In tema di successione di leggi processuali nel tempo, il principio secondo il quale, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronunzia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato, non costituisce un principio dell'ordinamento processuale, nemmeno nell'ambito delle misure cautelari. Tale principio è, però, applicabile alla norma cautelare che, al di là della sua collocazione formale, produce effetti afflittivi per l'indagato/imputato, qualora la modifica successiva, incidendo sulle condizioni di applicabilità, possa determinare il venir meno di tali effetti». – «È applicabile anche ai procedimenti in corso alla data della sua entrata in vigore la nuova disciplina dell'art. 280 c.p.p., comma 2, la quale – per effetto delle interpolazioni effettuate dalla l. 9 agosto 2013, n. 94, che ha convertito con modificazioni il d.l. 1° luglio 2013, n. 78 – ha innalzato da quattro a cinque anni il limite minimo del massimo edittale necessario per disporre la custodia cautelare in carcere». – «Le condizioni di applicabilità delle misure coercitive devono essere valutate con riferimento alla pena edittale del reato, piuttosto che a

quella concretamente irrogabile nei confronti del singolo indagato, tanto più che ove il legislatore ha voluto considerare tale dato, lo ha fatto espressamente (art. 275, comma 2-bis).

(1) V. le os

quella concretamente irrogabile nei confronti dell'indagato». - «Per il reato di cui all'art. 612-bis c.p., continua ad essere applicabile la custodia cautelare in carcere, pur dopo le modifiche introdotte all'art. 280 c.p.p., dalla l. 9 agosto 2013, n. 94, che ha convertito il d.l. 1° luglio 2013, n. 78. Le misure già disposte nella vigenza del testo anteriore dell'art. 280, per fatti anteriormente commessi, mantengono efficacia».

(1) V. le osservazioni di MARTINA POLLERA alla decisione che segue.

lo si prevede un
ati; tali reati non
ta. In tale conte-
ingolo indagato,
art. 275, comma

ortata all'atten-
ni; è altrettanto
delitti puniti con

ci si deve porre
so tra quelli per
suale" (art. 280)
i, nel massimo,
uisito. Dunque,
a.

uardo alla pena
dagato, è reso
ia 2), per il qual
e consegue, tra
i alla sanzione
onsumato) non
e irrogata una
otrebbe essere
più elevata) è

tativo, il quale
hia che con la
ndagato che si

no oggi, senza
per il reato di
ge e come tale

la legge penale
della pronun-
zioni sono più
o nell'ambito
i là della sua
a successiva.
È applicabile
art. 280 c.p.p.,
ha convertito
e minimo del
applicabilità
tuttosto che a

18 GLI EFFETTI DELLA SENTENZA DELLA C. COST. N. 32 DEL 2014 SULLE MISURE CAUTELARI IN ATTO

SEZ. IV - C.C. 1° APRILE 2014 (DEP. 3 APRILE 2014), N. 15187 - PRES. SIRENA - REL. MONTAGNI - P.M. GALLI (CONCL. DIFF.) - (259056)

MISURE CAUTELARI PERSONALI - Illecita detenzione di "droghe leggere" - Misure cautelari personali in atto - Incidenza della pronuncia demolitoria della C. cost. n. 32/2014 - Configurabilità - Fattispecie.
(C.P. ART. 2; C.P.P. ART. 275; D.P.R. 9 OTTOBRE 1990, N. 309, ART. 73)

L'avvenuta reviviscenza, per effetto della C. cost. n. 32 del 2014, del trattamento sanzionatorio più favorevole per la detenzione illecita delle cosiddette "droghe leggere" impone di riconsiderare i presupposti applicativi delle misure cautelari personali in atto, atteso che la cornice edittale di riferimento incide sulla scelta della misura oltre che sulla sua stessa applicabilità, stante la necessaria valutazione in ordine alla concedibilità della sospensione condizionale della pena. (In applicazione del principio, la Corte ha annullato con rinvio l'ordinanza del tribunale del riesame limitatamente alla questione concernente le esigenze cautelari, giacché nel provvedimento confermativo degli arresti domiciliari era esplicitamente esclusa la concedibilità della sospensione condizionale della pena, stanti i limiti della pena edittali all'epoca vigenti).

RITENUTO INFATTO - 1. Il G.i.p. presso il Tribunale di Sciacca, con ordinanza in data 9.12.2013, applicava nei confronti di G.V. la misura cautelare degli arresti domiciliari, in riferimento all'imputazione provvisoria relativa ad una fattispecie di cui all'art. 110 c.p., art. 81 c.p., comma 2, d.P.R. n. 309 del 1990, art. 73 e art. 80, comma 1, lett. a).

Il Tribunale di Palermo, con ordinanza in data 30.12.2013, in parziale accoglimento dell'istanza di riesame proposta dal G., annullava il provvedimento impugnato esclusivamente nella parte in cui erano stati ritenuti sussistenti gravi indizi di colpevolezza in relazione all'aggravante contestata e confermava nel resto.

Il Collegio rilevava che sussistevano gravi indizi di colpevolezza a carico del G., in riferimento alla cessione continuata di quantitativi di hashish a diversi soggetti, alla luce delle dichiarazioni rese dai cessionari della sostanza.

Il Tribunale escludeva, di converso, la sussistenza di gravi indizi, in riferimento alla contestata aggravante derivante dalle minore età della persona alla quale la sostanza era destinata.

Con riguardo alle esigenze cautelari, il Collegio rilevava che il tempo trascorso dalla realizzazione delle condotte criminose, perpetrate sino al (*Omissis*), non consentiva di ritenere escluso il pericolo di reiterazione, tenuto conto della natura sistematica e professionale della attività illecita.

Considerava, inoltre, che pure in ragione dei limiti edittali di pena, doveva escludersi che G. avrebbe potuto beneficiare della sospensione condizionale della pena.

2. Avverso la richiamata ordinanza ha proposto ricorso per cassazione G.V., denunciando con il primo motivo violazione di legge e vizio motivazionale.

La parte osserva che il Tribunale erroneamente ha ritenuto che il tempo trascorso dalla cessazione della attività di reato, pari ad un anno e sei mesi, non possa ritenersi idoneo ad escludere l'attualità di esigenze cautelari. Osserva che non vi è traccia di attività illecita riferibile al V. dal (*Omissis*), data della applicazione della misura in atto.

Con il secondo motivo l'esponente denuncia violazione di legge e carenza di motivazione, laddove il tribunale del riesame ha ritenuto sussistente l'esigenza cautelare del pericolo della reiterazione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede. Osserva che il Collegio ha errato nel valorizzare al riguardo la precedente condanna per resistenza a pubblico ufficiale. E sottolinea che la pronuncia di annullamento

della ordinanza genetica, resa dal tribunale, con riguardo alla contestata aggravante, implica una affievolimento delle esigenze cautelari non considerato dal medesimo tribunale. L'esponente rileva infine che nella denegata ipotesi di condanna del V. non si rinvergono ragioni ostative alla concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena, in forza di un verosimile riconoscimento dell'attenuante di cui al d.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 5.

CONSIDERATO IN DIRITTO - 3. Il ricorso muove alle considerazioni che seguono.

Soffermandosi congiuntamente sui motivi di doglianza, si osserva che la motivazione posta a fondamento dell'ordinanza oggi impugnata muove dal rilievo del perdurante pericolo di reiterazione criminosa, pure a fronte dello spazio di tempo intercorrente dalla cessazione della attività criminosa, in ragione delle specifiche caratteristiche della attività di spaccio, indicative della natura sistematica e professionale del traffico illecito. I giudici del riesame hanno poi effettuato una prognosi negativa, circa la concedibilità al prevenuto, in sede di condanna, del beneficio della sospensione condizionale della pena, tenuto conto dei limiti edittali di pena previsti per il reato ascritto.

Orbene, nel procedere all'esame del percorso argomentativo ora richiamato, in riferimento alla attualità delle esigenze cautelari ed alle condizioni di applicabilità della misura custodiale, devono considerarsi le conseguenze derivanti dalla recente sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, rispetto alle norme oggetto della imputazione provvisoria posta a fondamento della misura in atto. Invero, per effetto dell'intervento dichiarativo dell'incostituzionalità del d.l. n. 272 del 2005, artt. 4-bis e 4-vicies ter, convertito con modifiche nella l. n. 49 del 2006, riprende applicazione il d.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, nel testo anteriore alle modifiche con queste apportate, come chiarito dal medesimo giudice delle leggi, nella sentenza citata.

Conseguentemente, la pena relativa alle c.d. "droghe leggere", per effetto del reintrodotta d.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 4, risulta ricompresa da due a sei anni di reclusione, oltre la multa, laddove la cornice edittale presa in considerazione dai giudici della cautela, al momento della adozione della misura e successivamente, prevedeva la pena da sei a venti anni di reclusione, oltre la multa.

Ciò posto, ritiene il Collegio di aderire all'orientamento espresso dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, in base al quale la natura processuale della disciplina che regola l'applicazione delle misure cautelari non impedisce di considerare gli effetti delle modifiche normative che comportino, in applicazione dei principi dettati dall'art. 2 c.p., per il caso di successione di leggi penali nel tempo, l'applicabilità di un trattamento sanzionatorio più favorevole, rispetto alla data di commissione del reato indicato nell'imputazione provvisoria (Cass. Sez. IV, sentenza n. 3522 del 18/12/1997, dep. 25/02/1998, Rv. 210582). Militano, a sostegno dell'assunto, oltre ai rilievi sul carattere sostanzialmente afflittivo delle misure cautelari - tali da indurre a ritenere che, in caso di successione di leggi penali nel tempo, la materia non possa essere esclusivamente regolata sulla base del principio del *tempus regit actus* - specifiche considerazioni di ordine sistematico, che evidenziano che la modifica della norma sostanziale presupposta dalla (ordinanza applicativa della) misura cautelare, incide direttamente sui criteri legali di scelta e di applicabilità del presidio di contenimento. Ed invero, la cornice edittale relativa al nome penale oggetto dell'imputazione provvisoria incide direttamente - oltre che in relazione al parametro della proporzionalità della misura, che l'art. 275 c.p.p., comma 2, espressamente riconduce alla entità della pena che il giudice ritiene possa essere irrogata - anche rispetto alla stessa applicabilità delle misure custodiali, le quali non possono essere disposte, se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena, ai sensi dell'art. 275 c.p.p., comma 2-bis.

E, a quest'ultimo riguardo, vengono in rilievo, oltre alle condizioni soggettive dell'imputato, i limiti edittali di pena previsti dalla norma incriminatrice, in ragione dei limiti quantitativi potò dall'art. 163 c.p., comma 1.

Orbene, i cenni che precedono inducono allora a considerare che, per effetto della sentenza della C. cost. n. 32 del 2014, il massimo della pena detentiva prevista per il reato in addebito, come qualificato dallo stesso tribunale del riesame, che ha escluso la sussistenza della aggravante della minore età dei cessionari, corrisponde adesso al minimo della pena che era prevista dalla cornice edittale di riferimento, sulla quale il Tribunale ha basato le proprie valutazioni, anche in riferimento alla concedibilità della sospensione condizionale della pena.

4. L'evidenziata rilevante disomogeneità sostanziale dei parametri editali di riferimento, succedutisi nel tempo, relativi alla norma penale presupposta dalla misura di cautela in atto, impone allora di annullare l'ordinanza impugnata e di demandare al Tribunale del riesame una nuova valutazione rispetto ai parametri di proporzionalità ed adeguatezza, oltre che sulla stessa applicabilità della misura che occupa, in ordine alla prognosi imposta dall'art. 275 c.p.p., comma 2-bis, per le spiegate ragioni.

4.1. Si impone, pertanto, l'annullamento dell'ordinanza impugnata, con rinvio al Tribunale di Palermo, per nuovo esame del punto concernente l'applicabilità della misura degli arresti domiciliari e l'attualità delle esigenze cautelari.

OSSERVAZIONI

La sentenza che si annota e quella che precede, seppur con riferimento a fattispecie del tutto diverse tra loro, pongono quale questione centrale quella del cd. diritto intertemporale cautelare.

Come noto, il principio che regola la successione di leggi processuali penali nel tempo è quello del *tempus regit actum* secondo cui la norma che deve trovare applicazione è quella vigente al momento del compimento dell'atto, senza che alcuna rilevanza possa riconoscersi alle eventuali sopravvenienze normative, siano esse favorevoli o sfavorevoli.

Il tema però appare di particolare complessità se considerato in relazione alla materia cautelare; qui infatti si pone il problema di valutare quale effetto debbano avere sulle misure in corso di esecuzione le modifiche legislative intervenute in un momento successivo rispetto a quello in cui è stato emesso il provvedimento genetico della misura.

In passato le Sezioni unite, pronunciatesi relativamente alle modifiche di sfavore che avevano interessato il comma 3 dell'art. 275 c.p.p. in materia di presunzioni, avevano accordato prevalenza al momento dell'esecuzione del provvedimento cautelare, concludendo dunque per l'applicabilità alle misure ancora pendenti della nuova norma (Sez. un., 27 marzo 1992, n. 8, Di Marco, in *questa rivista*, 1992, p. 2055, con nota di VESSICHELLI, *Sull'applicabilità dell'art. 275, comma 3, nuovo testo ai soggetti posti agli arresti domiciliari*; e, *ivi*, 1993, p. 272, con nota di RAFARACI, *Jus superveniens e libertà personale (note in tema di applicazione immediata ai procedimenti in corso dell'art. 1, d.l. 9 settembre 1991, n. 292)*; in senso conforme v. anche Sez. un., 1° ottobre 1991, n. 20, Alleruzzo, in *C.E.D. Cass.*, n. 188524).

Più di recente invece le stesse Sezioni unite, segnando un *revirement* rispetto ai precedenti giurisprudenziali, hanno ritenuto che il 'tempo dell'atto' cui fare riferimento dovesse coincidere con il momento di adozione del provvedimento genetico: è lo "statuto normativo" che governa l'atto genetico infatti a determinare le condizioni di legittimità della misura cautelare e, dunque, deve escludersi ogni possibile applicazione dello *jus superveniens* ai provvedimenti pendenti (Sez. un., 31 marzo 2011, n. 27919, in *questa rivista*, 2011, p. 4162, con osservazioni di SPAGNOLO; e *ivi*, 2012, p. 1784 con nota di CHERCHI, *Le Sezioni unite rivisitano il regime intertemporale della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare*).

La soluzione, se da un lato, risolve l'inconveniente di vedere applicate alle misure in corso di esecuzione norme di sfavore sopravvenute; dall'altro lascia ancora aperto il problema relativo alle modifiche di favore che, secondo tale interpretazione, non avrebbero alcuna efficacia rispetto ai provvedimenti cautelari pendenti. Proprio quest'ultima problematica è quella oggetto delle decisioni in commento, nelle quali la suprema Corte è chiamata a pronunciarsi sull'applicabilità ai provvedimenti cautelari in corso di esecuzione delle novelle normative di favore di recente intervenute nella materia cautelare (in particolare sono prese in considerazione la modifica dell'art. 280, comma 2, c.p.p. con riferimento al reato di *stalking* e la modifica dell'art. 275, comma 2-bis, c.p.p. relativamente alla fattispecie di detenzione illecita di c.d. droghe leggere).

Nella pr
questione re
novella di fa
2013, conv.
per i delitti,
a 5 anni, an
intertempor
all'interno d
modalità ap
unite; e no
«condizioni
quali, invece

Una sol
natura – sol
del tutto iso
il diritto in
anticipato, s
esame: infai
sostanziale'
di custodia

La ques
processuale
78 del 2012
l'applicazio
novero di r
sanzionator
(anziché co

Dunqu
ai quali non
la misura er
consente pi
suprema C
di legittimi
realizzata al
rispetto alla
prevista do
novella deb

In defir
suale che q
realizzata u
fattispecie c

Anche i
meno di ap
materia cau
oggi il divi
formulare u
caso i giudi
ancora pen

Nella prima delle sentenze in commento i giudici di legittimità – seppur in via incidentale rispetto alla questione relativa alla modifica del reato di *stalking* – affrontano la questione intertemporale posta dalla novella di favore intervenuta sul dettato del 2 comma dell'art. 280 c.p.p. (che a seguito del d.l. n. 78 del 2013, conv. con modif. dalla l. n. 94 del 2013, prevede la possibilità di applicare la custodia in carcere solo per i delitti, consumati o tentati, per i quali sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a 5 anni, anziché a 4 anni), applicando alla materia cautelare il duplice canone che caratterizza il diritto intertemporale penale. A tal fine, per la prima volta, la suprema Corte afferma la necessità di distinguere, all'interno della disciplina cautelare, tra norme che hanno natura solo processuale, in quanto attinenti alle modalità applicative delle misure, e per le quali varrebbe la regola intertemporale affermata dalle Sezioni unite; e norme che, invece, hanno una natura anche sostanziale, in virtù della loro incidenza sulle «condizioni di applicabilità (e, quindi, di permanenza)» delle misure inerenti allo *status libertatis*, alle quali, invece, sarebbe applicabile il canone della *lex mitior*.

Una soluzione di questo tipo, volta a distinguere la regola di diritto intertemporale a seconda della natura – solo processuale o anche sostanziale – della norma cautelare considerata risulta però, attualmente, del tutto isolata nel panorama giurisprudenziale, essendo pacificamente escluso che i canoni che regolano il diritto intertemporale penale possano trovare applicazione nella materia cautelare. Peraltro, come anticipato, si tratta di un'interpretazione che risulta affermata solo incidentalmente nella pronuncia in esame: infatti i giudici di legittimità pur riconoscendo all'art. 280, comma 2, c.p.p. una natura 'anche sostanziale' finiscono poi per negare l'applicabilità della novella di favore che lo ha interessato alle misure di custodia in carcere disposte per il reato di *stalking* ancora pendenti.

La questione infatti è complicata dal fatto che la modifica legislativa oltre ad incidere sulla norma processuale ha interessato, allo stesso tempo, anche la norma di diritto sostanziale: con il medesimo d.l. n. 78 del 2013 infatti il legislatore, oltre ad incidere sul limite minimo del massimo edittale necessario per l'applicazione della custodia in carcere è intervenuto – al fine di mantenere la fattispecie di *stalking* nel novero di reati per cui rimane applicabile la misura della custodia in carcere – anche sul trattamento sanzionatorio del reato di cui all'art. 612-*bis* c.p., che oggi è punito nel massimo con 5 anni di reclusione (anziché con 4 anni di reclusione).

Dunque, i soggetti sottoposti a custodia cautelare in carcere per il delitto di cui all'art. 612-*bis* c.p. – ai quali non può applicarsi la modifica intervenuta sulla norma sostanziale – dovrebbero vedere revocata la misura emessa nei loro confronti, rimanendo assoggettati ad una disciplina sanzionatoria che oggi non consente più l'applicabilità della misura maggiormente affittiva. Differente, tuttavia, è la soluzione cui la suprema Corte giunge. Infatti, proprio facendo leva sulla contestualità dell'intervento normativo i giudici di legittimità, richiamando il criterio interpretativo della *voluntas legis* e, soprattutto, ritenendo non realizzata alcuna modifica delle condizioni di applicabilità della misura della custodia cautelare in carcere rispetto alla fattispecie di cui all'art. 612-*bis* c.p. – che «era prevista fino al d.l. n. 78 del 2013, ed è altresì prevista dopo la predetta modifica» – concludono che i provvedimenti cautelari emessi prima della novella debbano mantenere la loro efficacia.

In definitiva è sulla scorta della modifica che, contestualmente, ha interessato sia la disciplina processuale che quella sostanziale sottesa al provvedimento cautelare, che la suprema Corte esclude possa dirsi realizzata una modifica normativa delle condizioni di applicabilità della custodia in carcere rispetto alla fattispecie delittuosa considerata, mantenendo così ferma l'esecuzione delle misure pendenti.

Anche nella seconda delle sentenze in commento questione centrale è quella relativa alla possibilità o meno di applicare alle misure in corso di esecuzione una novella normativa di favore intervenuta nella materia cautelare. In particolare si fa riferimento al nuovo comma 2-*bis* dell'art. 275 c.p.p. che prevede oggi il divieto di applicare la custodia in carcere o gli arresti domiciliari ogniqualvolta sia possibile formulare una prognosi positiva sulla concedibilità della sospensione condizionale della pena. In questo caso i giudici di legittimità hanno ritenuto il nuovo art. 275, comma 2-*bis*, c.p.p. applicabile alle misure ancora pendenti disposte per il reato di detenzione illecita delle c.d. "droghe leggere".

In tal caso le argomentazioni impiegate dalla suprema Corte sono ben lontane da quelle utilizzate incidentalmente nella sentenza appena esaminata in cui si ricorre ad un'indagine sulla natura delle singole norme cautelari, al fine di rendere possibile l'applicazione delle modifiche favorevoli. Infatti le ragioni che portano i giudici di legittimità a concludere nel senso dell'applicabilità della sopravvenienza normativa di favore alle misure pendenti, più che essere legate alle regole di diritto intertemporale sono strettamente connesse alle modifiche che hanno interessato la norma di diritto sostanziale, presupposta dalle misure cautelari in corso di esecuzione. È infatti la reviviscenza del regime sanzionatorio più favorevole per il reato di detenzione illecita delle cd. "droghe leggere" – intervenuta per effetto della declaratoria d'illegittimità costituzionale degli artt. 4-bis e 4-vicies ter d.l. 272 del 2005, conv. con modif. dalla l. n. 49 del 2006 – a determinare la necessità di procedere ad una nuova valutazione in ordine ai parametri di proporzionalità ed adeguatezza, nonché alla prognosi imposta dall'art. 275, comma 2-bis, c.p.p.

È, dunque, richiamando il consolidato orientamento giurisprudenziale in base al quale «il principio di ultrattività della legge più favorevole trova applicazione ogni volta che la modifica legislativa riguarda una norma di natura sostanziale presupposta dalla misura cautelare» (Sez. IV, 18 dicembre 1997, n. 3522, in *C.E.D. Cass.*, n. 210582) che la suprema Corte ritiene il comma 2-bis dell'art. 275 c.p.p. applicabile alle misure in corso di esecuzione nel momento di entrata in vigore della novella.

In definitiva, la soluzione cui sono pervenuti i giudici di legittimità sarebbe stata la medesima anche se la modifica dell'art. 275, comma 2-bis, c.p.p. non fosse mai intervenuta, ovvero se la norma fosse già esistita al momento di emanazione del provvedimento cautelare: ciò che rende necessaria l'applicazione della novella processuale alle misure disposte per il reato di detenzione illecita delle c.d. "droghe leggere" ancora pendenti è infatti la modifica della norma sostanziale presupposta dalla misura, a cui, per consolidato orientamento giurisprudenziale, non può non ricollegarsi una rivalutazione del regime cautelare.

In entrambe le decisioni in commento dunque la risoluzione della questione intertemporale rimane strettamente connessa alle modifiche che hanno interessato le norme sostanziali sottese ai provvedimenti cautelari considerati nei casi esaminati, rimanendo così ancora aperto il problema circa la possibilità o meno di applicare alle misure in corso di esecuzione le novelle normative di favore intervenute nella disciplina cautelare.

Sulle problematiche connesse al tema del diritto intertemporale cautelare, in dottrina v. APRATI, *Il diritto intertemporale cautelare: riflessioni intorno alle recenti modifiche degli artt. 274, 275, 280 c.p.p. e al disegno di legge S. 1232*, in questa rivista, 2014, p. 3641; APRATI, *Misure cautelari e diritto intertemporale: riflessioni a prima lettura sul c.d. "provvedimento svuotacarceri"*, in *Dirittopenalecontemporaneo.it*. Più in generale sul fenomeno di successione di leggi processuali nel tempo, v. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Giuffrè, 1999.

di Martina Pollera
Dottoressa in giurisprudenza

RITENI

misura de
ai sensi de

1.1.

lo di Bolog

1.2.

2. Ri

seguenti i

2.1.

dichiarata

misura ca

notificata

2.2.

1, lett. e) c

merito al

collegate:

della cust

CONSI

primo mo

Come

299 c.p.p.

misura ca

persona, c

mente nc