



REPUBBLICA ITALIANA

LA CORTE DI ASSISE DI APPELLO DI MILANO

SECONDA SEZIONE

Composta dei Signori:

- 1) Dott. Anna Conforti ..... Presidente
- 2) Dott. Fabio Tucci ..... Consigliere Rel.
- 3) *Dij. GIORGIA RUSCONI* ..... Giudice Popolare
- 4) *" RONIA CASARBA* .....
- 5) *" ELIO CASARBA* .....
- 6) *" RICITELA DI PADOVA* .....
- 7) *" NAURO BEVILACQUA* .....
- 8) *" FLORA RAFFRELLI* .....

Ha emesso la seguente

ORDINANZA

sulla richiesta della Procura Generale del 21 gennaio 2011 di ripristino della misura cautelare della custodia in carcere ai sensi dell'art. 275 co. III c.p.p. - così come modificato dalla L. 23 aprile 2009 n. 38 - con riguardo al delitto di cui agli artt. 110, 575 e 576 , 61 n. c.p. nei confronti di

~~.....~~  
attualmente sottoposto alla misura degli arresti domiciliari presso la abitazione in ~~.....~~

La richiesta della Procura Generale è relativa a ~~.....~~ che, per ciò che rileva in questa sede, si vide raggiunto in data 22 luglio 2008 da ordinanza di custodia cautelare in carcere del Gip presso il Tribunale di Mantova per il delitto di estorsione e per quello di cui agli artt. 110, 575, 576 e 61 2 c.p., quest'ultimo commesso il 27 giugno 2008. Il Gip presso il Tribunale di Mantova in data 22 dicembre 2008 accertò la responsabilità di ~~.....~~ in relazione a tale ultima imputazione qualificandola ai sensi dell'art. 593 co. III c.p. (omissione di soccorso). Qualificazione confermata anche in sede di appello dalla Corte di Assise di Appello di Brescia che, il 28 settembre 2009, sostituì la misura della custodia cautelare in carcere con quella degli arresti domiciliari, misura ancora in corso di esecuzione.

La Corte di Cassazione poi, con decisione del 6 ottobre 2010, accogliendo il ricorso della Procura Generale, annullò la sentenza della Corte di Assise di Appello di Brescia, disponendo il rinvio innanzi alla Corte scrivente per un nuovo giudizio in ordine alle imputazioni ascritte al ~~defunto~~.

Con la presente richiesta la Procura Generale, premesso che non sono ancora decorsi i termini di cui all'art. 303 co. IV lett. c) c.p.p., sul presupposto che non sono venute meno le esigenze cautelari, ha richiesto il ripristino della custodia in carcere nei confronti di ~~defunto~~, agli arresti domiciliari dal 28 settembre 2009, per effetto della modifica legislativa dell'articolo 275 co. III c.p.p. introdotta con legge n. 38 del 23 aprile 2009.

La Procura Generale ha rilevato che la novella del 2009 ha reso obbligatoria l'applicazione della sola custodia cautelare in carcere con riferimento alle imputazioni di omicidio volontario "poiché quella degli arresti domiciliari è divenuta illegittima".

A sostegno della richiesta ha richiamato il contenuto della decisione della Corte di Cassazione Sez. Un. n. 8/1992 "che ha statuito il suddetto principio richiamato nella sentenza n. 18.396 del 2008".

Orbene, la Corte scrivente ha conseguito il convincimento che l'art. 275 co. III c.p.p. così come novellato dalla L. n. 38/2009 non trova applicazione nel presente caso che si caratterizza per il fatto che l'imputato, dopo essere stato sottoposto alla custodia cautelare in carcere, dal settembre del 2009 è agli arresti domiciliari. Si passa ad esporre le ragioni di tale convincimento.

In primo luogo si pone attenzione al fatto che l'art. 275 co. III c.p.p. è stato sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale con riferimento alle ipotesi nelle quali sussistano gravi indizi di colpevolezza in ordine ai reati di cui in agli artt. 600 bis co. I, 609 bis e 609 quater c.p.

Con la decisione n. 265/2010, il Giudice delle Leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 275 co. III c.p.p. nella parte in cui - salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari - prevede l'obbligatoria applicazione della custodia cautelare in carcere, senza far "salva l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici in relazione al caso concreto dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure."

Per quanto si andrà ad osservare più avanti, risulta utile tenere presente che la Corte Costituzionale ha individuato l'aspetto di particolare criticità della norma in esame nel fatto che il carattere assoluto della presunzione di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere per i delitti di cui agli artt. 600 bis co. I, 609 bis e quater c.p. si risolve in una indiscriminata e totale negazione del principio, conforme al quadro costituzionale di riferimento, del "minore sacrificio necessario" che deve orientare il giudizio di adeguatezza e di proporzionalità nell'individuazione della specifica cautela coercitiva da adottare.

La Corte Costituzionale ha chiarito che il parametro del "minore sacrificio necessario", corollario di quello della non colpevolezza stabilito dall'art. 27 co. II della Carta Costituzionale, comporta che la compressione della libertà personale dell'indagato o dell'imputato va contenuta entro i limiti minimi indispensabili per soddisfare le esigenze cautelari.

Ciò che preme sottolineare in questa sede è che la Corte Costituzionale ha inteso garantire il rispetto del principio di rango costituzionale ora richiamato aggiungendo al testo dell'art. 275 co. III c.p.p. la necessità di conferire rilievo a specifici elementi che dimostrino l'adeguatezza di misure cautelari diverse da quella in carcere.

*Co*

Un altro dato importante è costituito dal fatto che la Corte Costituzionale non è stata investita delle questioni di diritto intertemporale quali, ad esempio, quella che concerne l'eventuale obbligatorio aggravamento di una misura più lieve già in corso di applicazione in forza della sola entrata in vigore del regime presuntivo speciale previsto dall'art. 275 co. III c.p.p.

Si tratta di un aspetto centrale nella soluzione del caso oggi in esame che si caratterizza proprio per il fatto che ~~il caso~~ era già sottoposto da tempo alla misura degli arresti domiciliari allorché è intervenuta la modifica legislativa della quale si sta discutendo.

Rimanendo ad approfondire i problemi di diritto intertemporale si constata che il tenore letterale del testo novellato della norma, stabilendo 'l'applicazione della custodia in carcere', termine diverso da quello della 'sostituzione della misura cautelare', non sembra riferirsi espressamente alle situazioni pregresse nelle quali l'imputato sia già sottoposto a misure più lievi per lo stesso fatto di reato.

Tanto che, per pervenire ad una regolamentazione delle misure cautelari già in corso di esecuzione con regime meno affittivo della custodia cautelare in carcere nel senso auspicato dalla Procura Generale, è necessario compiere un'operazione interpretativa e sistematica nei termini fatti propri da autorevole giurisprudenza.

Ed è questa la ragione per la quale, acutamente, la Procura Generale a sostegno della propria richiesta, ha la cura di richiamare le decisioni della Corte di Cassazione Sez. Un. n. 8 del 1992 e della Corte di Cassazione Sez. I del 28 marzo 2008.

Dunque, fa intendere la Procura Generale, la disposizione di legge in esame regola anche la situazione cautelare relativa a ~~il caso~~, perché le Sezioni Unite del 1992, decidendo un caso sovrapponibile a quello in esame, stabilirono che la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia in carcere riguardasse anche le misure cautelari diverse e già in corso di esecuzione. Orientamento applicato ancora nel 2008 dalla Corte di Cassazione (v. Cass. Sez. I 28 marzo 2008, Abruzzese Rv. 240.184).

La Corte scrivente intende svolgere alcuni rilievi in ordine alle principali proposizioni contenute nelle decisioni richiamate dalla Procura Generale.

Si ricorderà che le Sezioni Unite del 1992 giunsero ad estendere l'applicazione della presunzione di adeguatezza della sola custodia in carcere nei termini indicati riconoscendo la natura processuale delle disposizioni relative alle misure cautelari, con conseguente applicazione della regola "tempus regit actum" di cui all'art. 11 delle Preleggi.

Ed individuarono nell'art. 299 co. I c.p.p. lo strumento procedimentale per adempiere all'obbligo di revocare la misura divenuta illegittima, con contestuale applicazione della misura più grave.

Secondo quella norma, infatti, le misure coercitive sono immediatamente revocate quando, anche per fatti sopravvenuti, vengano a mancare le condizioni di applicabilità di cui agli artt. 273 e 274 c.p.p.

Quella decisione non produsse però un orientamento consolidato.

Quanto alla natura processuale della disposizione in esame, già la Corte di Cassazione con la sentenza del 19 febbraio 1998 Rv. 211.083 ebbe ad affermare che "le norme che disciplinano l'applicazione delle misure cautelari hanno carattere processuale, ma, per la loro influenza immediata sullo 'status libertatis' hanno rilevanza sostanziale, con la conseguenza che in tale materia si applicano le norme sulla successione delle leggi nel tempo proprie delle disposizioni sostanziali"

Quanto poi al profilo della portata del concetto della presunzione di inadeguatezza delle misure diverse dalla custodia in carcere ed al meccanismo procedurale da applicare (v. Cass. Sez. I 24 maggio 1996 Rv. 205.490 e Cass. Sez. VI13 gennaio 1995 Rv. 200.564) venne

affermato, ad esempio, che la condanna per uno dei delitti per i quali era stabilita la presunzione di adeguatezza in via esclusiva della custodia cautelare in carcere non comportava, da sola, il necessario ripristino della custodia cautelare in carcere. E ciò perché non si verte in tema di prima applicazione di misura cautelare, ma perché deve trovare applicazione l'art. 299 co. IV c.p.p. che collega l'aggravamento della misura all'intensificarsi delle esigenze cautelari.

Proprio con riferimento all'art. 299 c.p.p. è stato sottolineato con convincenti argomenti che la norma che regola la modifica "in peius" del trattamento cautelare non è, come affermato dalle Sezioni Unite del 1992, la disposizione dell'art. 299 co. I c.p.p. (norma che prevede la sola revoca per mancanza dei requisiti di legge, e dunque l'estinzione, ma non la sostituzione della misura cautelare in corso di applicazione), dal momento che la sostituzione della stessa con altra più grave è prevista in via esclusiva dall'art. 299 co. IV c.p.p. che subordina il peggioramento del regime cautelare in corso di applicazione esclusivamente all'aggravamento sostanziale e non presuntivo delle esigenze cautelari.

Quanto infine al richiamo della Procura Generale alla sentenza della Corte di Cassazione n. 18.396 del 2008, preme sottolineare che si tratta di un precedente non conferente perché in quell'occasione si scrutinò della possibilità di applicare la presunzione di adeguatezza della sola custodia in carcere in un caso in cui venne applicata per la prima volta la più aspra restrizione cautelare in relazione a reati commessi anteriormente all'entrata in vigore della norma. Ma non si giudicò dell'automatica sostituzione 'ope legis' della misura cautelare meno afflittiva già in corso di esecuzione. Non si tratta di una differenza di poco conto perché essa involge l'applicazione di procedure applicative e di contenuto della motivazione dei relativi provvedimenti giurisdizionali che, come si accennato, risultano assai diverse, dal momento che il Legislatore, a differenza di quanto accade per l'applicazione della misura cautelare, ha ancorato il meccanismo della 'sostituzione per aggravamento' della misura in corso di applicazione alla necessaria verifica fattuale dell'aggravamento delle esigenze cautelari.

Dunque la soluzione della questione del 'diritto intertemporale' nei termini proposti dalla Procura Generale presenta gli elementi di criticità sin qui evidenziati; o ancora viene sostenuta con riferimenti giurisprudenziali che non hanno deciso di casi analoghi a quello in esame.

Pertanto conviene affrontare in termini diversi la questione interpretativa, giovandosi anche delle indicazioni fornite dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 265 del 2010 in ordine alle relazioni che devono instaurarsi tra la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia in carcere in ambito cautelare ed il rispetto del principio a tutela costituzionale del 'minor sacrificio necessario'.

Orbene, quanto alla portata della regola 'tempus regit actum' dell'art. 11 delle Preleggi in materia cautelare si segnalano alcune decisioni della Corte di Cassazione molto recenti che forniscono indicazioni utili per perimetrale esattamente il campo di applicazione del nuovo testo dell'art. 275 co. III c.p.p.

La decisione del 6 ottobre 2009 della Sezione VI (Di Blasi Rv. 245.474) afferma che la modifica legislativa in esame "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 predetta modifica normativa".

Nello stesso segno si pone anche la decisione della medesima Sezione n. 25.167 del 2 luglio 2010 (Gargiulo, Rv. 247.595) secondo la quale "l'obbligatorietà della custodia in carcere ex

art. 275 co. III c.p.p. concerne soltanto l'adozione per la prima volta della misura coercitiva, ma non le vicende successive della revoca, della sostituzione e del ripristino della misura, poiché in tal caso va valutato il decorso del tempo e la concreta sussistenza della prosecuzione della pericolosità sociale, e qualora risulti attenuata, la legittima possibilità di applicare misure meno affettiva".

Dunque entrambe le decisioni individuano il momento operativo del principio dell'applicazione della 'lex temporis' in quello della 'prima' adozione della misura, momento che cristallizza la corrispondente norma procedurale applicabile e, di conseguenza, escludono che la novella in esame riguardi le misure cautelari già in corso di esecuzione.

La seconda pronuncia, inoltre, garantisce per le misure cautelari già in corso la vigenza del meccanismo procedurale 'fattuale' previsto dall'art. 299 co. IV c.p.p. anche a seguito della modifica dell'art. 275 co. III c.p.p.

Meccanismo che, come si vedrà, si salda direttamente all'esigenza sottolineata dalla sentenza della Corte Costituzionale di garantire il necessario rilievo ad "elementi specifici in relazione al caso concreto, dai quali risulta che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure" diverse dalla custodia in carcere.

La decisione della Corte di Cassazione dell'8 luglio 2009 (Rv. 244.264, Turelli) infine decidendo in ordine ad un caso concreto sovrapponibile a quello oggi in esame, ribadisce che la novella legislativa non può applicarsi alle misure cautelari già in esecuzione, perché ciò comporterebbe "una lesione dei diritti del cittadino, di indubbia valenza costituzionale".

La sentenza evidenzia le distorsioni che deriverebbero dall'applicazione del novello art. 275 co. III c.p.p. anche alle misure più lievi già in applicazione. "L'indagato, sottoposto ad un trattamento cautelare meno afflittivo della massima misura, consolidatosi, per sua stessa acquiescenza o per decisione del giudice della cautela, ma comunque vagliato quanto ai presupposti indiziari e cautelari, si troverebbe, con una sorta di automatismo regressivo, in una situazione peggiore, comunque basata sugli stessi presupposti di cui all'art. 275 c.p.p., valutati in precedenza in sede di emissione della misura meno afflittiva; essi cioè, seguendo il postulato dell'automatismo, verrebbero a determinare l'aggravamento, senza bisogno di una concreta ed attuale verifica, in una sorta di meccanismo "ora per allora" determinato dalla estensione della presunzione di pericolosità ad opera della nuova disposizione".

Le sentenze ora richiamate si inseriscono in un filone giurisprudenziale che, a giudizio della Corte scrivente, va preferito per le argomentazioni molto attente nel preservare la regola in base alla quale la sostituzione della misura in corso di applicazione consegua ad un giudizio 'sul campo' che assicuri che la cautela coercitiva esprima il 'minore sacrificio necessario' della libertà individuale.

Del resto, l'indirizzo di segno contrario (v. Cass. Sez. V n. 18.093 del 2010; imp. Raggi; Sez. III del 20.5.2009 Rv. 244.080; imp. Kaddouri; Sez. I del 9.6.2009; imp. Leone) non sembra farsi carico dei problemi ora indicati, e fonda l'affermazione secondo cui l'innovato art. 275 co. III c.p.p. riguarda anche le misure già in corso di esecuzione sul solo richiamo dell'indirizzo inaugurato dalla decisione delle Sezioni Unite n. 8 del 2002, indirizzo che, a giudizio della Corte scrivente, presenta le perplessità sopra accennate.

Giunti a questo punto è possibile trarre le conclusioni degli approfondimenti che sono stati esposti.

In primo luogo la Corte Costituzionale ha ravvisato il punto critico della presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nella compromissione del principio del "minore sacrificio necessario" che deve orientare il giudizio di adeguatezza e di proporzionalità nell'individuazione della specifica cautela coercitiva da adottare.

Inoltre, non sussistendo una disciplina intertemporale del campo applicativo del novellato art. 275 co. III c.p.p. il principio 'tempus regit actum' va inteso nel senso che l'art. 275 c.p.p. va collegato alle sole misure cautelari applicate dopo l'entrata in vigore della novella in esame, pur se relative a violazioni di legge commesse anteriormente.

Infine, in mancanza di univoche indicazioni letterali bisogna ritenere che il Legislatore del 2009 stabilendo che "è applicata la custodia cautelare in carcere" ha innovato il solo procedimento valutativo che caratterizza il momento genetico dell'applicazione della misura custodiale.

Del resto la mancata incidenza della novella sulla procedura dell'art. 299 c.p.p. co. IV c.p.p. integra una modalità compilativa della Legge del 2009 che garantisce il rispetto del principio del 'minore sacrificio necessario' perché mantiene integro il meccanismo che fa discendere l'aggravamento della misura in corso di applicazione da una valutazione aggiornata della complessiva situazione di fatto.

Al contrario, l'applicazione della presunzione assoluta di idoneità della sola custodia in carcere alle situazioni cautelari già governate con misure diverse comporterebbe irrazionalità applicative della procedura disciplinata dall'art. 299 c.p.p. e violerebbe le indicazioni costituzionali che devono governare l'istituto delle misure coercitive.

A tale ultimo proposito infatti è evidente che il dato di fatto rappresentato dal periodo di tempo durante il quale l'imputato è stato sottoposto ad una misura cautelare più lieve della custodia in carcere senza che si verificano gli eventi alla cui prevenzione la misura cautelare è preordinata rappresenta un elemento di in grado di contraddire dal punto di vista fenomenico e fattuale la presunzione di sola adeguatezza della misura più grave.

Ed è proprio ciò che si constata nel caso che contraddistingue il regime cautelare al quale ~~è sottoposto~~ è sottoposto.

Egli da luglio 2008 a settembre del 2009 ha affrontato un periodo di custodia cautelare in carcere.

Dal 28 settembre 2009 egli è sottoposto agli arresti domiciliari presso la sua abitazione e non risultano circostanze di fatto dalle quali è possibile desumere la non adeguatezza della misura meno affittiva in corso di esecuzione.

La pregressa sottoposizione alla custodia in carcere per 14 mesi e l'intervallo temporale pari a circa 17 mesi trascorso in regime di arresti domiciliari rappresentano gli specifici elementi concreti che inducono a concludere nel senso che la cautela extramuraria è misura adeguata per fronteggiare le esigenze cautelari ravvisate a carico di ~~è sottoposto~~. E ciò a tacere del fatto che l'imputato si è visto riqualificare la condotta delittuosa dal giudice di merito di primo grado ai sensi del meno grave delitto di cui all'art. 593 c.p.p.

Pertanto, indicata la scadenza del termine di fase al 5 ottobre 2011 alla luce della disposizione dell'art. 303 co. II in relazione all'art. 303 lett. c) n. 2 c.p.p. (sentenza di annullamento della Corte di Cassazione del 6 ottobre 2010 riferita ad imputato condannato in primo grado ad una pena detentiva inferiore ad anni 10 di reclusione), va respinta la richiesta della Procura Generale di ripristino della custodia in carcere.

P.Q.M.

Letti gli artt. 275 co. III c.p.p. così come novellato dalla L. n. 38 del 2009 e l'art. 299 c.p.p.

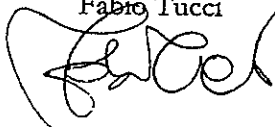
Respinge

la richiesta di ripristino della custodia cautelare in carcere nei confronti di ~~è sottoposto~~.

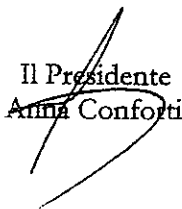
Manda la Cancelleria per le comunicazioni di rito.

Milano, 15 febbraio 2011

Il Consigliere Rel.  
Fabio Tucci



Il Presidente  
Anna Conforti



DEPOSITATO IN CANCELLERIA  
MILANO, 15 FEB. 2011  
IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO  
Maddalena SANTINO

