

MISURE CAUTELARI E DIRITTO INTERTEMPORALE: RIFLESSIONI A PRIMA LETTURA SUL C.D. “PROVVEDIMENTO SVUOTACARCERI”

di Roberta Aprati

SOMMARIO: 0. Premessa. – 1. La novella. – 2. Il diritto intertemporale processuale: il limite “dell’unica” previsione. – 3. Alla ricerca di soluzioni differenziate: finalità afflittive e finalità preventive. – 4. Alla ricerca di soluzioni differenziate: la condanna della Corte EDU, Torreggiani c. Italia quale deroga al *tempus regit actum*. – 5. Appendice. Un appello al legislatore per il futuro: “l’assoluta necessità” di norme transitorie.

0. Premessa.

A seguito dell’entrata in vigore del c.d. “provvedimento svuotacarceri” si impone la necessità di indagare sulle sorti dei provvedimenti cautelari in corso di esecuzione alla luce delle non indifferenti novelle apportate alla materia cautelare. Il problema nasce dalla difficoltà di interpretare il canone di diritto intertemporale del “*tempus regit actum*” quando venga applicato alla delicata materia del diritto cautelare: esigenze sistematiche, scelte di valori, necessità contingenti di non facile conciliazione rendono qualunque soluzione esegetica controvertibile.

1. La novella.

La legge 9 agosto 2013, n. 94 (che ha convertito con modificazioni il decreto legge 1 luglio 2013, n. 78, contenente “Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena”) ha introdotto delle novità importanti in tema di misure cautelari.

La più significativa modifica è senza dubbio l’innalzamento del limite di pena per l’applicabilità della custodia in carcere: il nuovo art. 280 c. 2 c.p.p. prevede che tale misura possa essere disposta solo per i delitti, consumati o tentati, per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione superiore nel massimo a cinque anni (e non più quattro).

In conformità a tale previsione è stato ritoccato anche l’art. 274, c. 1, lett. c): l’esigenza cautelare del pericolo della reiterazione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede può oggi comportare l’applicazione della custodia cautelare in carcere solo se si tratti di delitti per i quali è prevista una pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni (e non più quattro).

Emerge immediatamente come una fascia assai estesa di reati è stata esclusa dall’applicabilità della custodia in carcere. E questo era proprio l’obiettivo della legge:

ridurre la popolazione carceraria.

Il legislatore ha poi regolato a parte alcune specifiche figure criminose, proprio al fine di sottrarle alla logica dello “svuotacarceri”.

Da una parte ha disposto (ancora nell’art. 280 c. 2 c.p.p.) che per il delitto di illecito finanziamento ai partiti (art. 7, L. n. 195/1974) è possibile adottare la misura custodiale, senza riferimento ai parametri edittali. In pratica qui si è fatto riferimento al titolo di reato e non già al trattamento sanzionatorio.

Dall’altra ha innalzato la pena edittale del reato di *stalking*: l’art. 612 bis co. 1 c.p. commina ora la reclusione da sei mesi a cinque anni (anziché quattro). Si è così garantita la perdurante possibilità di impiegare la misura custodiale (che però si poteva anche assicurare attraverso la medesima tecnica utilizzata per i finanziamenti illeciti, senza intervenire con la modifica sostanziale).

Infine ha previsto, in tema di arresti domiciliari, che ai sensi del nuovo comma 1 bis dell’art. 284 c.p.p. il giudice dovrà operare una valutazione sull’idoneità del luogo di esecuzione della misura, in considerazione delle “prioritarie esigenze di tutela della persona offesa dal reato”. Sicché se tali esigenze di tutela non sussistano, più facilmente il giudice potrà optare per la misura custodiale.

2. Il diritto intertemporale processuale: il limite “dell’unica” previsione.

Da oggi (o meglio dal 20 agosto) tutte le misure cautelari che saranno adottate dovranno essere sottoposte al nuovo regime giuridico appena descritto: *tempus regit actum*. Ma sorge il quesito se lo stesso possa predicarsi anche per i provvedimenti che siano stati già disposti. In assenza di un’espressa disciplina transitoria, occorre individuare – fra le vecchie e le nuove norme – quali applicare alle misure cautelari in corso di esecuzione.

All’interrogativo si può rispondere indagando sul “diritto intertemporale”: “l’insieme di disposizioni, regole, principi di carattere generale che hanno la funzione di risolvere i conflitti fra norme nel tempo. Si tratta di meta norme (norme su norme): di prescrizioni che dal punto di vista strutturale risultano strumentali all’individuazione della norma concretamente applicabile nella vicenda storica”¹.

Come anticipato il sistema processuale penale è retto dal principio intertemporale del “*tempus regit actum*”²: il brocardo riassume – adattandola al sistema processuale – la regola contenuta nell’art. 11 disp. prel. c.c.³ in virtù della quale si applica la disciplina vigente al momento del compimento del singolo atto processuale, a nulla rilevando né la disciplina del tempo in cui è stato commesso il fatto di reato per

¹ M. GAMBARDELLA, *L’irretroattività*, in *Trattato di diritto penale*, vol. I, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Utet, 2012, p. 224.

² Su cui O. MAZZA, *La norma processuale nel tempo*, Giuffrè, 1999, p. 104 ss.

³ Sul quale v. R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Giuffrè, 1990, p. 37 ss.

cui si procede, né quella del tempo in cui si è aperto il procedimento penale, né, soprattutto, la disciplina sopravvenuta al compimento dell'atto⁴.

Il problema che ora ci dobbiamo porre è proprio quest'ultimo: cosa accada una volta che, emesso l'atto, vi sia un mutamento legislativo e tuttavia l'atto processuale continui a produrre i suoi effetti. Ed è questo il caso delle misure cautelari: può il provvedimento essere rivisto durante la sua esecuzione in virtù della disciplina sopravvenuta?

Volendo fare un parallelismo, il problema è analogo a quello che si pone nel sistema penale quando muta la disciplina sostanziale. In tal caso il quadro normativo intertemporale è chiaro: divieto di applicare la norma sopravvenuta sfavorevole (art. 25 cost e art. 2 c.p.), obbligo di applicare la norma sopravvenuta favorevole (art. 7 Cedu/117 Cost. e art. 2 c.p.). Il diritto intertemporale penale, dunque, differenzia le soluzioni a secondo del contenuto normativo delle novelle: retroattività della norma favorevole, irretroattività della sfavorevole.

Nel diritto processuale penale, al contrario, *la regola intertemporale è sempre la stessa*: si applica la norma del tempo dell'atto, divieto di applicazione retroattiva della legge, qualsiasi sia il contenuto della modifica intervenuta successivamente.

Tuttavia non è pacifica l'individuazione del tempo dell'atto in tema misure cautelari: è solo il tempo in cui è stato disposto, o è anche quello della sua esecuzione?⁵ Se rileva il momento genetico del provvedimento, le sopravvenienze legislative non si applicano mai (né le favorevoli, né le sfavorevoli); se invece conta anche il momento dell'esecuzione, si applicano tutte (sia le favorevoli, sia le sfavorevoli), perché – a ben vedere – dal punto di vista temporale le modifiche normative non sono sopravvenienze.

Volendo esprimere un giudizio sui “valori”, la prima opzione sembrerebbe più “ragionevole”: si rinuncia, certo, ad applicare l'effetto *in bonam partem*; ma si evita di applicare quello *in malam partem*. La soluzione se pur non è pienamente appagante, appare tuttavia più meritevole di essere perseguita rispetto a quella opposta che consente l'applicazione delle norme favorevoli, ma nel contempo anche di quelle sfavorevoli.

Per tale motivo merita apprezzamento la recente pronuncia delle Sezioni unite Ambrogio nella quale si è affermato che il tempo è solo quello riferito all'applicazione della misura custodiale: “la norma vigente al momento del compimento di ciascun atto ne segna definitivamente e irrevocabilmente le condizioni di legittimità, ne costituisce insomma lo statuto regolativo”⁶. Sulla base di tale premessa la Corte ha potuto agevolmente concludere che la misura cautelare in corso di esecuzione disposta prima della novella codicistica che ha ampliato il catalogo dei reati per i quali vale la

⁴ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Zanichelli - Soc. ed. Foro Italiano, 2011, p. 480 ss.

⁵ Cfr. O. MAZZA, *La norma*, cit., p. 128 ss.

⁶ Cass., sez. un., 31 marzo 2011, n. 27919, Ambrogio, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4167, con osservazioni di P. SPAGNOLO.

presunzione legale di adeguatezza della sola custodia in carcere non può subire modifiche solo per effetto della nuova, più sfavorevole normativa.

Tuttavia va ribadito che in base a tale impostazione non potrebbero essere applicate nemmeno le sopravvenienze favorevoli, come per esempio quella attuale che ha innalzato il limite edittale di pena per l'applicazione della misura custodiale. Infatti aderendo alla ricostruzione delle Sezioni unite Ambrogio nessuna delle novità introdotte dalla "legge svuota-carceri" potrebbe regolare i provvedimenti cautelari in atto.

Paradossalmente poi, seppure appare preferibile riconoscere che le misure cautelari si caratterizzano dall'adozione di una serie di atti (applicazione, modifica, revoca), autonomi, posti in sequenza temporale, ciascuno dei quali dovrebbe essere sottoposto alla disciplina vigente al momento della sua adozione⁷; non si può poi non notare come tale impostazione pregiudichi sensibilmente la posizione di colui che è già assoggettato a una misura, il quale potrebbe subire periodicamente degli inasprimenti di trattamento. Di conseguenza optando per tale diversa interpretazione – sostenuta dalla Sezioni unite Di Marco prima del recente *overruling* giurisprudenziale delle Sezioni unite Ambrogio – tutte le modifiche della L. 94/2013 dovrebbero essere applicate ai provvedimenti cautelari già in esecuzione. Ma in tal modo si aprirebbe di nuovo la strada all'applicazione delle sopravvenienze sfavorevoli: non solo di quelle dell'attuale novella (in verità numericamente limitate rispetto alle innovazioni di segno opposto), ma anche delle variazioni *in malam partem* che nel futuro potrebbero essere introdotte da altri provvedimenti legislativi.

In definitiva poiché la regola intertemporale processuale è "*una sola*" non si riesce a uscire da un circolo vizioso: qualsiasi soluzione relativa all'individuazione del tempo rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina ai provvedimenti cautelari in corso di esecuzione è inappagante; o si rinuncia ad applicare la norma più favorevole sopravvenuta, o si è costretti ad applicare quelle sfavorevole sopravvenuta⁸.

Il problema che si pone è allora di cercare di differenziare la disciplina intertemporale processuale, valorizzando i contrapposti effetti che le novelle legislative producono sui provvedimenti in atto⁹.

3. Alla ricerca di soluzioni differenziate: finalità afflittive e finalità preventive.

Una soluzione potrebbe essere quella di estendere alle norme processuali le regole intertemporali previste per le norme sostanziali. Per arrivare a questo risultato

⁷ Posizione sostenuta dalle Sezioni unite (Cass., sez. un., 27 marzo 1992, n. 8, Di Marco, in *C.E.D. Cass.*, n. 190246; Cass., sez. un., 1 ottobre 1991, n. 20, Alleruzzo, *ivi*, n. 188524; e, da ultimo, da Cass., sez. VI, 4 novembre 2010, n. 41717, Cucumazzo, *ivi*, n. 248807) fino al recente ribaltamento della sentenza Ambrogio (Cass., sez. un., 31 marzo 2011, n. 27919, Ambrogio, *cit.*).

⁸ Cfr. R. QUADRI, *L'applicazione della legge in generale*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli - Soc. ed. Foro Italiano, 1974, p. 103 ss.

⁹ V. M. CHIAVARIO, *Norma (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Giuffrè, 1978, p. 487.

occorre da una parte valorizzare la natura costituzionale di tali previsioni, dall'altra qualificare come "materia penale" anche il sistema cautelare processuale.

In tal modo si imporrebbe un'immediata applicazione di tali regole in virtù del monito della Corte costituzionale relativo alla necessità "in tutte le sedi giurisdizionali di interpretare le leggi ordinarie alla luce della Costituzione, e non viceversa. La Carta fondamentale contiene in sé principi e regole, che contribuiscono a conformare tale legislazione, mediante il dovere del giudice di attribuire a ogni singola disposizione normativa il significato più aderente alle norme costituzionali, sollevando la questione di legittimità davanti a questa Corte solo quando sia impossibile, per insuperabili barriere testuali, individuare una interpretazione conforme."¹⁰.

Ebbene, dal primo punto di vista nessuno dubita che la irretroattività delle norme penali sfavorevoli sia principio costituzionale, proprio per la sua espressa formulazione nell'art. 25 Cost.. Ma oggi tale considerazione vale anche per la retroattività della legge favorevole. Nella nota sentenza Scoppola¹¹, la Corte EDU ha affermato che la retroattività della *lex mitior* è compresa nell'area della legalità convenzionale affermata dall'art. 7 Cedu. Si sono così trasformate le sembianze del principio, che è assunto al rango di *diritto fondamentale dell'uomo*¹². Tale principio, in virtù dell'art. 117 Cost., deve considerarsi facente parte del nostro sistema costituzionale "direttamente"; e non più "indirettamente" attraverso la sua riconduzione al principio di ragionevolezza (o di uguaglianza secondo una diversa prospettiva), come invece accadeva prima della pronuncia della Corte sovranazionale.

Dal secondo punto di vista, invece, in via generale la Corte EDU esclude dall'ambito della materia penale le norme di diritto processuale penale. Tuttavia a diverse conclusioni si perviene nel caso in cui le norme processuali abbiano incidenza nel computo del trattamento sanzionatorio. Sempre nel caso Scoppola si è ritenuta l'applicabilità dell'art. 7 Cedu rispetto alla disposizione che disciplina la riduzione di pena nel caso di scelta del giudizio abbreviato, reputandolo direttamente incidente sul *quantum* di pena irrogabile in sede di condanna¹³.

Si tratta allora di verificare se il sistema cautelare possa essere ricondotta alla categoria di norme relative al trattamento sanzionatorio.

La Corte EDU assegna in particolare alla "finalità repressiva" un ruolo preminente per l'individuazione delle norme che ricadono nel concetto di "materia penale": e tale finalità è stata riconosciuta alla nostra confisca urbanistica¹⁴ e alla custodia di sicurezza del sistema tedesco¹⁵.

¹⁰ C. cost., n. 356/1996; C. cost., n. 1/2013.

¹¹ Corte EDU G.C., Scoppola contro Italia, 17.9.2009.

¹² F. VIGANÒ, [Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole](#), in *questa Rivista*, 6 settembre 2011, p. 6 ss.; M. GAMBARDILLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, 2013, p. 59 ss.

¹³ Corte EDU, G.C., Scoppola contro Italia, 17.9.2009.

¹⁴ Corte EDU (dec.), Sud Fondi contro Italia, 30.8.2007 e Corte EDU, Sud Fondi contro Italia, 20.1.2009, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3180 con nota di BALSAMO e in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1540, con nota di F. MAZZACUVA.

¹⁵ Corte EDU, M. contro Germania, 17.12.2009, in *Cass. pen.*, 2010, p. 326, con nota di F. Rocchi.

In pratica se la sanzione ha finalità “preventiva” fuoriesce dalle garanzie apprestate dall’art. 7 Cedu, non rilevando per contro la severità della pena; se invece ha finalità “afflittiva”, ricade nelle garanzie della Cedu, a prescindere dalla qualifica formale che possiede nell’ordinamento interno¹⁶.

Non bisogna però procedere ad assimilazioni troppo affrettate: per esempio la Corte EDU ha già escluso che possano considerarsi afflittive le disposizioni relative alla fase di esecuzione della pena, come le misure alternative alla detenzione¹⁷. E lo stesso percorso ha seguito la Corte di cassazione¹⁸: si è affermato che le norme che disciplinano l’esecuzione della pena e le condizioni di applicazione di *misure alternative* alla detenzione non sono leggi penali sostanziali perché non riguardano l’accertamento del reato e l’irrogazione della pena, dunque esse non sono soggette al principio di irretroattività/retroattività *in mitius*, bensì a quello del *tempus regit actum*¹⁹. E su tale principio bisognerà riflettere per sciogliere i problemi relativi alle restanti previsioni del “provvedimento svuotacarceri”.

E proprio per tale ragione la Cassazione ha ritenuto “manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 275, comma 3 c.p.p., come modificato dal D.l. 11/2009, conv. in L. 38/ 2009, sollevata sul presupposto del contrasto, in punto di applicabilità alle misure già in atto, con la Cedu con conseguente violazione dell’art. 117 Cost., riguardando infatti il principio di irretroattività delle norme sfavorevoli di cui alla predetta Convenzione unicamente la pena e non anche le misure cautelari”²⁰. Decisione che si rifà alla stessa Corte costituzionale, che da sempre sottolinea la necessaria diversità della finalità cautelare con quella afflittiva²¹.

La nostra Costituzione esclude infatti che le misure cautelari possano avere “finalità” afflittiva: ma il concetto di “finalità”, “scopo” non coincide con quello di “carattere”, “natura”. Allora finché la Corte EDU non allargherà anche alla “natura” afflittiva le garanzie previste dall’art. 7 Cedu, appare difficile arrivare a sostenere che la retroattività della norma più favorevole e la irretroattività di quella sfavorevole siano canoni imposti dal diritto sovranazionale anche in tema di provvedimenti custodiali.

In conclusione, allo stato della giurisprudenza nazionale e sovranazionale si deve escludere che i due diversi canoni del diritto intertemporale penale possano essere utilizzati per individuare la disciplina applicabile ai provvedimenti cautelari

¹⁶ Corte EDU (dec.), Adamson c. Regno unito, 26.1.1999.

¹⁷ Corte EDU, Uttley c. Regno Unito, 29.11.2005. V. anche Corte EDU, Coemme c. Belgio, 22.6.2000 che ha escluso dalla classe delle sanzioni la prescrizione.

¹⁸ Cass., sez. un., 30 maggio 2006, n. 24561, Aloï, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3963. Ad avviso, però di Cass., sez. f., 17 agosto, 2011, n. 32799, Caponi, in *C.E.D. Cass.*, n. 251007, le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi hanno natura di vere e proprie pene e non di semplici modalità esecutive della pena sostituita, per cui ad esse si applica, in caso di successione di leggi nel tempo, l’art. 2 c.p..

¹⁹ Più in generale, sull’esclusione dall’ambito di operatività dell’art. 2 c.p. delle leggi penali processuali, v. C. PECORELLA, Art. 2, in *Codice penale commentato*, vol I, diretto da E. Dolcini - G. Marinucci, Ipsoa, 2010, p. 70 ss.

²⁰ Cass., sez. III, 3 marzo 2010, n. 15378, Valentino, in *C.E.D. Cass.*, n. 246605, nonché Cass., Sez. III, 29 settembre 2009, n. 41107, G., *ivi*, n. 244956.

²¹ Corte cost., n. 15/1982; C. cost., n. 265/2010.

adottati prima del “provvedimento svuota-carceri” e ancora oggi in corso di esecuzione.

4. Alla ricerca di soluzioni differenziate: la condanna della Corte EDU, Torreggiani c. Italia quale deroga al *tempus regit actum*.

Scartata, almeno ad oggi, la possibilità di estendere il diritto intertemporale penale alla materia processuale, si potrebbe tentare di percorrere un'altra strada al fine di diversificare le soluzioni a seconda del contenuto delle modifiche normative: valorizzare la condanna “pilota” della Corte EDU in forza della quale è stata emessa la nuova disciplina giuridica.

La Corte sovranazionale ha ingiunto lo Stato italiano di introdurre, entro il termine di un anno dal momento in cui la sentenza sarà divenuta definitiva, “un ricorso o un insieme di ricorsi interni idonei ad offrire un ristoro adeguato e sufficiente per i casi di sovraffollamento carcerario, in conformità ai principi stabiliti dalla giurisprudenza della Corte”²².

Ma non solo: “nella pronuncia la Corte riafferma la propria costante giurisprudenza secondo cui dall'art. 46 Cedu, interpretato alla luce dell'art. 1 Cedu discende l'obbligo a carico dello Stato soccombente di mettere in opera, sotto il controllo del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, le misure individuali (relative alla posizione del singolo ricorrente) e le misure generali (relative alla generalità di coloro che si trovino in situazioni analoghe) necessarie a ovviare alla violazione, sia assicurando un adeguato ristoro per le violazioni già subite, sia – soprattutto – ponendo fine alle violazioni ancora in essere. Principio questo, per inciso, di fondamentale importanza, spesso sottovalutato o addirittura ignorato nel nostro Paese, ove troppo spesso si sente acriticamente ripetere che la Corte europea sarebbe un giudice del caso concreto, e che le sue pronunce non avrebbero alcuna portata generale rispetto a casi analoghi a quello deciso”²³.

Proprio valorizzando la necessità di “ovviare alle violazioni ancora in essere”, si potrebbe ritenere che la nuova disciplina giuridica abbia un effetto anche rispetto alle misure custodiali già in atto, in deroga alle regole generali del diritto intertemporale che governano la materia processuale.

Si tratterebbe di un'interpretazione compiuta secondo la tecnica della “intenzione del legislatore”²⁴ nella duplice variante della “volontà del legislatore” e “della volontà della legge” (canoni che qui verrebbero inconsuetamente a coincidere). Sia il “legislatore storico” che la “*ratio legis*” consentono di affermare che le modifiche normative debbano essere applicate anche ai provvedimenti cautelari in esecuzione: la legge nasce in ottemperanza alla condanna della Corte EDU al fine di far cessare

²² Corte EDU, 8 gennaio 2013, Torreggiani e a. c. Italia.

²³ F. VIGANÒ, [Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno](#), in *questa Rivista*, 9 gennaio 2013.

²⁴ Su tale canone v. R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, 2004, p. 150 ss.

immediatamente le violazioni in atto. Sottrarre la disciplina ai provvedimenti in corso di esecuzione equivale a frustrare il risultato a cui tende la nuova regolamentazione: intervenire immediatamente sul sovraffollamento carcerario, adempiere agli obblighi sovranazionali, evitare allo Stato italiano una nuova condanna²⁵.

Volendo si potrebbe anche far uso della così detta interpretazione della “intenzione controfattuale” del legislatore²⁶. Si tratta di tecnica finalizzata a colmare lacune: si può “congetturalmente” ritenere che se il legislatore avesse previsto la disciplina transitoria, avrebbe disposto l’immediata applicazione delle disposizioni favorevoli volte a revocare le misure in atto.

Alla luce di tale interpretazione, fra tutte le modifiche del sistema cautelare operate dal “provvedimento svuota-carceri”, solo le disposizioni che consentano l’immediata revoca delle misure custodiali in atto potrebbero trovare applicazione e dunque:

i) il nuovo art. 280 c. 2 c.p.p. perché comporta l’immediata cessazione di tutte le misure custodiali disposte per i reati puniti con pena massima inferiore ai cinque anni. Con esclusione, però dei provvedimenti emessi per i reati di illecito finanziamento dei partiti, in quanto qui la disciplina giuridica è rimasta invariata.

ii) il nuovo art. 274, c. 2, lett. c), c.p.p. perché comporta l’immediata cessazione di tutte le misure custodiali disposte per reati puniti con pena massima inferiore ai cinque anni;

iii) il nuovo art. 612 bis co. 1 c.p., perché consente la cassazione della misura custodiale per tutti i reati di *stalking* che ancora sono assoggettati alla pena massima di quattro anni. Va infatti osservato che se pure la modifica è di carattere sostanziale (e dunque irretroattiva in quanto sfavorevole), dal punto di vista processuale produce un effetto favorevole: coloro che sono stati sottoposti a una misura cautelare ancora in corso di esecuzione, proprio perché per essi vale ancora la precedente sanzione, rimangono assoggettati a una pena che non consente più l’applicazione della misura cautelare.

Al contrario, non potrà essere applicato ai provvedimenti in corso di esecuzione il nuovo art. 284 c.p.p., relativo alla modifica degli arresti domiciliari. La disposizione non può essere considerata “esecuzione” della condanna della Corte EDU, in quanto partecipa a una logica diversa e opposta; siamo in presenza di una modifica sfavorevole che incentiva l’impiego della misura custodiale. Dunque *tempus regit actum* secondo la regola generale che identifica (secondo l’attuale orientamento delle Sezioni unite) il tempo solo nella genesi del provvedimento cautelare.

²⁵ Per l’impiego di tale tecnica interpretativa proprio al fine di derogare alla regola del *tempus regit actum* v. A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale gli articoli da 1 a 15*, in *Trattato di diritto privato*, vol. I, diretto da P. Rescigno, Utet, 1999, p. 484.

²⁶ R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 152.

5. Appendice. Un appello al legislatore per il futuro: “l’assoluta necessità” di disposizioni transitorie.

Il principio del *tempus regit actum* – a differenza della irretroattività della legge penale sfavorevole e delle retroattività della legge penale favorevole – non è un principio costituzionale²⁷. Da ciò consegue che il legislatore ordinario potrebbe codificare una “regola di diritto intertemporale” in materia cautelare differente dall’art. 11 disp. prel. c.p. che distingue – magari a imitazione del diritto intertemporale penale – le varie evenienze. Si potrebbe per esempio inserire nel codice di procedura penale la seguente disposizione: “se nel corso di esecuzione di un provvedimento cautelare muta la disciplina giuridica che lo regola, questa si applica immediatamente se favorevole”.

Tuttavia appare difficile in questa materia fare una scelta di fondo, che possa risultare in ogni caso meritevole di essere perseguita. E le norme di diritto intertemporale dettano criteri generali validi per tutto l’ordinamento o per un sotto-sistema particolare²⁸: si applicano dunque sempre, senza eccezioni. Rispetto alle singole modifiche normative, si continuerebbe a porre il problema di superare la disciplina generale per trovare una diversa soluzione più adatta alla specifiche vicende legislative.

Più agevole risulta allora percorrere la strada delle “disposizioni transitorie”²⁹.

Le disposizioni transitorie infatti derogano alle norme e ai principi di diritto intertemporale: si tratta di disposizioni singolari che hanno ad oggetto specifiche e ben definite leggi, e che sottraggono dei casi specifici alla disciplina generale che sarebbe applicabile in base alle comuni regole o principi di diritto intertemporale³⁰.

Se dunque il sotto-sistema cautelare è regolato dalla disciplina generale del *tempus regit actum*, con una disposizione transitoria si potrebbe sottrarre da tale regola una specifica fattispecie, imponendo l’applicazione della novella anche se il provvedimento cautelare è stato già emesso ed è già in corso di esecuzione. Il legislatore avrebbe così la possibilità di indirizzare l’interprete verso soluzioni predeterminate, secondo le esigenze che di volta in volta voglia realizzare.

Là dove si persegua, per esempio, lo scopo dell’immediata riduzione della popolazione carceraria, si potrebbe inserire nell’articolo di una nuova legge la seguente disposizione: “le modifiche previste dalla presente legge si applicano anche ai provvedimenti di custodia in carcere in corso di esecuzione, se favorevoli”.

Ma non solo: laddove il legislatore tenda all’inasprimento del trattamento cautelare in atto, per improrogabili esigenze di sicurezza e di ordine pubblico, ben potrebbe intervenire con una disposizione transitoria singolare di carattere opposto: “le

²⁷ Cfr. A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale gli articoli da 1 a 15*, cit., p. 478; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, 2010, p. 290.

²⁸ Sulla nozione di “diritto intertemporale” v. M. GAMBARDILLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 33 ss.

²⁹ Cfr. A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale gli articoli da 1 a 15*, cit., p. 471, dove si osserva che “solo in assenza di un diritto transitorio è permesso all’interprete il ricorso all’art. 11 disp. prel. c.c.”.

³⁰ Sulla nozione di “diritto transitorio” v. M. GAMBARDILLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 34 ss.

modifiche previste dalla presente legge si applicano anche ai provvedimenti cautelari in corso di esecuzione, se sfavorevoli”.

Né va trascurato che qualora la Corte di cassazione tornasse sui suoi passi, ritenendo nuovamente che il tempo delle misure cautelari è anche quello durante il quale sono ancora in esecuzione³¹, si potrebbe agevolmente introdurre una disposizioni transitoria, in questo caso diretta ad impedire l'immediata applicazione delle novelle.

³¹ Come avevano affermato Cass., sez. un., 27 marzo 1992, n. 8, Di Marco, cit. e Cass., Sez. un., 1 ottobre 1991, n. 20, Alleruzzo, cit..