



01338/11

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE PENALE

UDIENZA CAMERA DI
CONSIGLIO
DEL 13/10/2010

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

- Dott. GIOVANNI SILVESTRI
- Dott. UMBERTO ZAMPETTI
- Dott. MASSIMO VECCHIO
- Dott. MARCELLO ROMBOLA'
- Dott. FRANCESCO MARIA SILVIO BONITO

- Presidente - SENTENZA
- Consigliere - N. 2251/2010-
- Consigliere - REGISTRO GENERALE
- Consigliere - N. 3524/2010
- Rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

1) PELLEGRINO NICOLA N. IL 29/04/1961

avverso l'ordinanza n. 1222/2009 TRIB. LIBERTA' di BARI, del 21/12/2009

sentita la relazione fatta dal Consigliere Dott. FRANCESCO MARIA SILVIO BONITO;

~~letta~~ sentite le conclusioni del PG Dott. *Luis Delehay* il quale ha chiesto di rimettere la questione di diritto sottesa del ricorso alle S.S.UU. della Corte

Uditi difensori Avv.; *Carlo Tommaso* e *Giuliano Storace* i quali hanno insistito nell'occlusione del ricorso

La Corte osserva in fatto ed in diritto

1. Con ordinanza del 21 dicembre 2009, il Tribunale del riesame di Bari, rigettava l'appello proposto da Pellegrino Nicola, imputato del reato di cui agli artt. 575 e 577 nn. 1, 2 3 nonché 61 nn. 1 e 5 c.p., avverso l'ordinanza del 9.10.2009 con la quale la Corte di Assise di Appello di Bari aveva disposto la sostituzione della misura cautelare, in corso, degli arresti domiciliari con quella della custodia cautelare in carcere,

Il Tribunale ha ritenuto che il D.L. 23 febbraio 2009, n. 11, art. 2 lett. a), che ha modificato l'art. 275 c.p.p., comma 3, nel senso di inserire il delitto di cui all'imputazione di cui sopra nel novero dei reati per i quali è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che vengano acquisiti elementi dai quali risulti l'insussistenza di esigenze cautelari, trovi applicazione anche nella ipotesi in cui sia in corso una misura cautelare diversa e meno afflittiva, decisa in applicazione della disciplina processuale vigente al momento in cui la misura stessa era stata disposta.

Tanto, ad avviso del Tribunale, in considerazione della natura processuale e non sostanziale della novella, dell'insegnamento di cui alla nota pronuncia delle SS.UU. n. 8/1992, Di Marco, che in relazione alla fattispecie in esame ebbe ad affermare il principio secondo cui: *"La modificazione dell'art. 275, 3° comma, c. p. p. - <quando sussistono gravi indizi di colpevolezza (in ordine ai più gravi delitti elencati nel comma predetto) è applicata la custodia cautelare, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari> - operata dall'art. 1 d. l. 9 settembre 1991, n. 292, conv. dalla l. 8 novembre 1991, n. 356, si applica anche nei confronti degli imputati nei confronti dei quali erano in corso gli arresti domiciliari sulla base del testo precedente dell'articolo; è pertanto legittima la revoca di tali arresti e la loro sostituzione con la custodia cautelare"* e del disposto di cui all'art. 299 c. 2 e 4 c.p.p., sul rilievo che la nuova normativa avrebbe, di per sé, aggravato le esigenze cautelari a carico dell'imputato.

2. Avverso detto provvedimento del Tribunale ha proposto ricorso per cassazione e, nell'imminenza dell'udienza camerale, depositato memoria difensiva, il Pellegrino, assistito dai suoi difensori di fiducia, deducendo, a mente dell'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. b) ed e), la violazione degli artt. 275 co. 3 e 299 c.p.p. e difetto di motivazione.



A sostegno della doglianza deduce la difesa ricorrente: che nella fattispecie non risultano per nulla aggravate le esigenze cautelari; che un disposto normativo non può di per sé integrare siffatto aggravamento; che nella fattispecie risulta formato un giudicato cautelare, allo stato degli atti; che il comportamento detentivo dell'imputato è stato, sino al ripristino della più grave misura interinale, ineccepibile; che, irritualmente, ha la Corte di merito richiamato il disposto dell'art. 299 co. 4 c.p.p.; che la pronuncia impugnata viola gli artt. 6 della CEDU e 111 della Cost.; che non può non considerarsi, come altresì stabilito da CEDU, 20.1.2009, Sud Fondi c/o Italia, con la sua natura processuale, anche il carattere sostanziale della novella applicata dalla Corte di merito, dappoichè incidente la sua applicazione sullo *status libertatis*; che il provvedimento impugnato, al pari del precedente evocato delle SS.UU., non distingue, nell'applicare e nell'invocare l'art. 299 c.p.p., la nozione giuridica di "revoca" e quella di "sostituzione"; che, ai fini di una corretta delibazione della vicenda, non può non tenersi conto delle pronunce CEDU 16.10.2003 Pantano c/o Italia e C.Cost. 265/2010, la quale ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 275 co. 3 c.p.p. come novellato dalla recente riforma; che le esposte argomentazioni dovrebbero indurre ad una interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina novellata; che, se non accoglibile il gravame, si pone una questione di legittimità costituzionale analoga a quella già favorevolmente risolta dal giudice delle leggi nel senso della dichiarata incostituzionalità.

3. Tanto premesso osserva il Collegio che sulla questione di diritto posta dal ricorso debba nuovamente investirsi il massimo collegio di questa Corte.

3.1 Già con provvedimento del 4 marzo 2010, n. 293, la quinta sezione di questa istanza di legittimità dispose di sottoporre alle sezioni unite identica questione, rilevando che su di essa non esisteva unanimità interpretativa in seguito all'introduzione del decreto legge 23 febbraio 2009 n. 11, convertito, con modificazioni, nella legge 23 aprile 2009 n. 38.

Osservava in particolare quel Collegio che, all'indirizzo interpretativo accolto dalle pronunce che hanno riconosciuto piena applicabilità al nuovo testo legislativo anche in relazione a fatti progressi per i quali era stata già disposta una misura cautelare (Cass., sez. III, 20.10.2009, n. 45846, Pulvirenti, rv. 245220; Cass., sez. I, 30.9.2009, n. 44180, Bartolomeo, rv. 245673; Cass., sez. I,

13

14.10.2009, n. 41378, rv. 245070; Cass., sez. I, 22.9.2009 n. 40009, Mastrullo, rv. 245324; Cass., sez. VI, 22.9.2009, n. 45008, Matuozzo, rv. 245286; Cass., sez. III, 2.7.2009, n. 30786, V.G., rv. 244573; Cass., sez. I, 9.6.2009, n. 26493, Leone, rv. 244040; Cass., sez. III, 20 maggio 2009, n. 23961, Kaddaouri, rv. 244060) era venuto a contrapporsi una diversa, ancorché minoritaria, opzione giurisprudenziale, secondo la quale le misure cautelari legittimamente adottate anteriormente all'entrata in vigore della modifica legislativa, per i reati compresi nella previsione del nuovo testo normativo, non devono subire trasformazioni per effetto dello *ius superveniens* (Cass., sez. VI, 8.7.2009, n. 31778, Torelli, rv. 244264; Cass., sez. VI, 6.10.2009, n. 45012, Di Blasi, rv. 245474).

Il Presidente aggiunto della Corte, preso atto della ordinanza di remissione, ha però ritenuto, con provvedimento del 19 maggio 2010, di restituire gli atti alla sezione remittente, invitando la stessa ad una nuova valutazione circa l'attualità del contrasto, giudicato come destinato ad essere superato in considerazione di successive pronunce di quella stessa quinta sezione della Corte, ormai adesive all'interpretazione maggioritaria della Corte medesima.

Tanto doverosamente premesso, opina ora questo Collegio della prima sezione che ricorrano tutte le condizioni per una nuova investitura del superiore collegio, dappoichè sussistente un conflitto interpretativo virtuale, avendo questo Collegio medesimo maturato il convincimento, all'esito di prolungata ed approfondita discussione, che, nella ipotesi data, la misura cautelare legittimamente e definitivamente adottata in epoca anteriore alla novella normativa, in relazione ai reati *ex novo* ricompresi nella disciplina più rigorosa, non possa subire trasformazioni indotte dalla disciplina sopravvenuta, e tanto sulla base delle seguenti argomentazioni.

3.2 L'indirizzo interpretativo maggioritario innanzi richiamato fonda le sue ragioni sulle motivazioni illustrate da Cass., SS.UU., 27 marzo 1991, n. 8, Di Marco, rv. 190246, la quale, come è noto, ebbe a statuire che la legge 9 settembre 1991 n. 292 (legge, questa, intervenuta pochi mesi dopo il d.l. n. 152 del 1991, che, per la prima volta introdusse nel sistema il restringimento della discrezionalità del giudice a favore di una valutazione legislativa della necessità di una misura cautelare di massimo rigore in riferimento ad un certo numero di figure criminose e che ulteriormente restrinse le possibilità difensive di prova contraria alla presunzione introdotta) doveva trovare applicazione anche per le

UB

Opina, in tutta e doverosa modestia, il Collegio che tutto ciò debba e possa alimentare una interpretazione più attuale della norma e che il nuovo, l'ennesimo, recrudescente intervento del legislatore debba necessariamente essere letto ed interpretato alla luce dei principi costituzionali e delle lezioni come innanzi impartite dalla Corte Costituzionale e da quella europea (soprattutto l'ultima, con la quale il giudice delle leggi sembra aver posto un punto fermo alla confusione e sovrapposizione, sempre di più perseguita dal legislatore, tra valutazione giurisdizionale concreta e valutazione normativa astratta).

I relativi modi e termini, quelli almeno delibati da questo Collegio, sono presto detti.

Il novellato art. 111 della Costituzione ha fortemente accentuato la centralità della posizione dell'imputato e, con essa, la tutela della sua libertà personale, a presidio della quale, già *ab origine*, era previsto dalla suprema Carta il rimedio del ricorso per cassazione per violazione di legge contro tutti i provvedimenti giurisdizionali diretti a limitarla.

Inoltre, come opportunamente sottolineato da Cass., sez. V, 4.3.2010, n. 17981/10, già innanzi citata, la rilevanza del bene inviolabile della libertà, nella fase anteriore alla sentenza definitiva, è stata ripetutamente riconosciuta dal giudice delle leggi. Si veda la sent. n. 445/2007, interpretativa di rigetto, in materia di contestazione a catena (art. 297 c. 3 c.p.p.), la sent. n. 143/2008 sulla equiparazione della custodia cautelare all'estero con quella sofferta nel nostro Paese, la sent. n. 219/2008, sul diritto all'equa riparazione per ingiusta detenzione, per la quale la Corte ha rimosso la condizione del proscioglimento dell'imputato.

Riconsiderata deve essere altresì, a giudizio del Collegio, la valutazione degli effetti connessi alla natura processuale della norma in esame, sia per considerare, comunque, gli effetti sostanziali determinati dalla carcerazione preventiva, traducendosi essa in una espiazione anticipata della massima sanzione penale, sia per rivalutare il concetto di giudicato cautelare, il cui richiamo non appare al Collegio in contrasto, ma al contrario coerente, con il principio generale secondo il quale "*tempus regit actum*".

Sul regime intertemporale in discussione, inoltre, decisive appaiono ulteriori robuste analisi giuridiche.

Secondo il maggioritario indirizzo giurisprudenziale che qui si pone in discussione, il ripristino della custodia in carcere a carico dell'indagato/imputato già agli arresti domiciliari, nella ipotesi dedotta col ricorso in esame, è imposto dalla legge e lo strumento

13

per adempiere a tale obbligo deve essere rinvenuto nell'art. 299, co. 1 c.p.p. (la cui violazione, non a caso, viene assai diffusamente denunciata dalla difesa ricorrente). Orbene, detta norma, l'art. 299 co. 1 c.p.p. appunto, stabilisce che debba essere immediatamente revocata la misura coercitiva qualora manchino o vengano a mancare, anche per accadimenti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità, tra l'altro, dell'art. 275 co. 3 c.p.p., oltre che degli artt. 280 e ss. c.p.p..

Quindi, in sintesi, le ss.uu. Di Marco e le pronunce successive ad essa ispirate, affermano la retroattività della norma sfavorevole da applicarsi in concreto attraverso il doppio passaggio dato dalla revoca della misura più favorevole in corso, ai sensi dell'art. 299 co. 1 c.p.p., non più possibile in forza di un "fatto sopravvenuto" costituito da una modifica legislativa e, poi, dall'applicazione della misura più severa.

Tre sono le considerazioni contrarie all'esposta sistema processuale delineato dall'interpretazione qui contrastata, tutte puntualmente colte dalla difesa ricorrente.

- A) Lo stesso articolo 299 c.p.p., nella ipotesi data, ai rispettivi commi 2 e 4 non prevede la possibilità di una "revoca" bensì quella, processualmente tutta diversa, della "sostituzione".
- B) La revoca di cui al primo comma dell'art. 299 c.p.p. è prevista in via generale come una revoca *in melius* e non *in peius*.
- C) Il mutamento legislativo rientra molto a fatica nella nozione giuridica di "fatto sopravvenuto" ed una novella normativa non appare neppure idonea a determinare l'aggravamento di esigenze cautelari le quali, soltanto, possono condurre alla sostituzione di una misura meno grave con altra più severa.

Di qui la conclusione che l'oggettiva, mancata previsione nel nostro sistema processuale (in particolare nell'ambito dell'art. 299 c.p.p.) di uno strumento adatto a tal fine, esclude la possibilità di applicare alle misure ancora in corso per i reati introdotti nella nuova tipizzazione dell'art. 275 co. 3 c.p.p., il regime di presunzione in precedenza non praticabile.

4. Su tali motivate premesse ritiene questa sezione che vi siano spazi ermeneutici utilizzabili per pervenire a conclusioni del tutto diverse da quelle indicate dall'indirizzo giurisprudenziale consolidato da numerose (e maggioritarie) pronunce di questa Corte, e che l'eventuale contrastante decisione di questa Sezione a margine della controversia come in premessa introdotta, costituisca

B

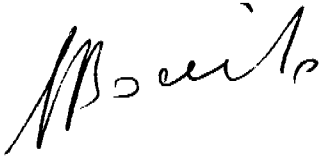
un non auspicabile *vulnus* alla funzione nomofilattica della Suprema Corte, superabile soltanto con un nuovo, autorevole pronunciamento che, con la presente ordinanza, si auspica e si promuove.

P.Q.M.

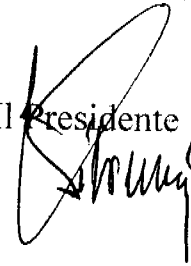
La Corte, prima sezione penale, dispone la remissione del ricorso alle Sezioni Unite.

Roma, addì 13 ottobre 2010

Il cons. est.



Il Presidente



**DEPOSITATA
IN CANCELLERIA**

19 GEN. 2011



**IL CANCELLIERE
Sezione Penale**

