

N. /08 R.G. notizie di reato/Mod.21
N. Reg.int.P.M.



Procura della Repubblica
presso il Tribunale ordinario di Reggio Emilia

RICHIESTA PER L'APPLICAZIONE DELLA CUSTODIA CAUTELARE IN CARCERE
- artt. 299 e segg. c.p.p. -

Al Giudice per le indagini preliminari
presso il Tribunale di Reggio Emilia

- S E D E -

Il Pubblico Ministero dott. Maria Rita Pantani, Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Reggio Emilia,

Visti gli atti del procedimento indicato in epigrafe nei confronti di:

CL. N. _____ attualmente agli arresti domiciliari

Ritenuto che il prevenuto è in custodia per l'art. 609 bis c.p.p.

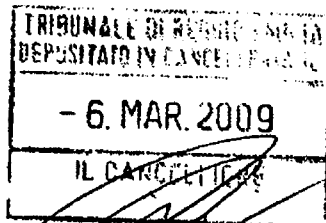
Visto l'art. 2 comma 1 lett. a) d.l. 23 febbraio 2009, n. 11

Ritenuta l'immediata applicabilità stante il principio del tempus regit actum
visto l'art. 299 c.p.p.

CHIEDE

L'applicazione nei confronti del prevenuto della custodia cautelare in carcere .

IL SOSTITUTO PROCURATORE DELLA REPUBBLICA
(dott. _____)



TRIBUNALE DI REGGIO EMILIA

Il tribunale, composto da:

Stefano Scati, pres.

Giovanni Ghini, giud..

Pietro Mondaini, giud.

sulla richiesta di applicazione della custodia cautelare in carcere a C... i N...
proposta dal pubblico ministero il 6 marzo 2009, ha così deliberato in camera di consiglio.

1. Con ordinanza del 19 maggio 2008, C... N... è stato sottoposto a custodia cautelare in carcere, sulla base di un'imputazione provvisoria comprendente, fra l'altro, il delitto ex art. 609 bis c.p., in ipotesi di accusa commesso il 15 maggio; qualche settimana dopo ha ottenuto gli arresti domiciliari, che sono tuttora in atto. Si è poi instaurato il giudizio, con un'imputazione definitiva che ricalca parola per parola quella provvisoria, ed è iniziato il dibattimento.

2. Il pubblico ministero chiede adesso, in forza dell'art. 2 co. 1 lett. a) d.l. 11/2009, l'applicazione a C... della custodia cautelare in carcere.

3. Come è noto, il d.l. 11/2009, nell'introdurre modifiche al codice di procedura penale, ha in effetti interpolato il testo dell'art. 275 co. 3, allungando il catalogo dei delitti a cattura quasi obbligatoria, nel quale ha inserito anche la violenza sessuale punita dall'art. 609 bis c.p., con un'esclusione che qui non interessa; poiché il decreto si limita, all'art. 14, a indicare il giorno della sua entrata in vigore, il 25 febbraio 2009, ogni questione di diritto intertemporale deve essere risolta con gli strumenti offerti dall'art. 11 disp. prel c.c.

4. Proprio dall'art. 11 si suole estrarre il principio *tempus regit actum*, cui fa riferimento il pubblico ministero: riferimento senz'altro esatto, purché davvero venga in considerazione, come oggetto di disciplina, un atto del processo.

Quello che la disposizione, o meglio la norma che se ne estrae, in realtà vieta, è solo che alla legge, a qualsiasi legge, si attribuisca effetto retroattivo, e il vero nodo problematico è capire quando si abbia retroattività.

5. Non sembra inutile ricordare quale sia, in termini generali, il funzionamento della norma giuridica: si tratta di una proposizione ipotetica, dove è stabilito che, se A, allora B; nel linguaggio kelseniano A e B sono l'illecito e la sanzione, ma possiamo chiamarli, secondo una terminologia più comune nella nostra tradizione di pensiero, fattispecie e disciplina.

Se si realizza la fattispecie A, che ovviamente può comporsi di più elementi, A1, A2, A3 ..., allora deve seguire la disciplina B.

Possiamo correttamente parlare di retroattività quando una norma collega una qualunque B ad una qualunque A, che, in tutto o in parte, sia già in essere al momento in cui entra in vigore.

6. Se A è un requisito di forma di un'ordinanza, che dispone una misura cautelare, e B è la nullità, ovvio che la nuova regola si applichi quando l'ordinanza viene scritta, indipendentemente dalla data di commissione del reato: qui, senza dubbio, *tempus regit actum*.

Lo stesso si deve dire, in prima approssimazione, di una novella che introduca, a pena (B) di nullità, inutilizzabilità o magari solo di conseguenze disciplinari a carico del giudice, una particolare cautela nell'esame di un testimone minorenni (A): la legge trova applicazione se è in vigore quando il testimone viene esaminato, ancora una volta senza che abbia la minima rilevanza l'epoca del commesso reato: l'esempio, tuttavia, è già scivoloso, perché autorevolissima

dottrina riporta all'art. 2 c.p. le modalità del procedimento con cui sono accertate le ragioni della punibilità.

7. Ci si può dunque accostare al nuovo art. 275 co. 3 c.p.p., secondo periodo, per chiedersi che cosa sia A, fattispecie, e che cosa B, disciplina, e per B la risposta appare facilissima: B è la custodia cautelare in carcere.

Quanto ad A, basta leggere: quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti compresi nel catalogo ...

Si potrebbe ragionare così: è oggi, che sussistono i gravi indizi, dunque è oggi che si realizza la fattispecie.

E' importante evitare l'illusione ottica: i gravi indizi di colpevolezza non sono una *facti species*, non sono proprio un fatto, ma uno standard probatorio (con caratteristiche peculiari, sulle quali si tornerà): sono il metro di una valutazione, che ha per oggetto un fatto, qualificato come illecito e ascrivito ad un soggetto individuato.

A, la fattispecie che fa scattare B, cioè la custodia, non è altro che il reato per cui si procede.

Per la verità, il reato è solo A1, elemento di una fattispecie complessa, che compendia anche A2, la richiesta del pubblico ministero, sicuramente attuale, e A3, il bisogno cautelare, qui presunto, altrove da dimostrare, comunque probabilmente attuale. Poco importa, tuttavia: certo è che, della fattispecie, il reato è elemento essenziale, il primo, anzi, nell'ordine logico.

8. Estendere la custodia cautelare in carcere prevista dal novellato art. 275 co. 3, secondo periodo, c.p.p. a chi sia gravemente indiziato di un reato commesso (in ipotesi) prima della novella, ed estraneo al catalogo vigente al tempo della commissione, significa applicare una disciplina nuova ad una fattispecie in parte, e per la parte che regge quasi tutto il peso della qualificazione, già realizzata: ciò che appunto l'art. 11 disp. prel. c.c. proibisce espressamente.

9. Un'altra illusione ottica, questa molto facile da dissipare, può essere questa: l'art. 2 lett. a) d.l. 11/2009 incide sull'art. 275 c.p.p., che è intitolato ai criteri di scelta delle misure; dunque, il fatto, anzi l'atto, regolato, l'A che andiamo cercando, è un'attività che si compie oggi, non diversamente dalla stesura dell'ordinanza o dall'esame del testimone.

Qui si potrebbe tagliare corto, e replicare che, nel caso di cui ci occupiamo, anche la scelta della misura è un fatto compiuto, perché è avvenuta nella primavera del 2008, e il fatto compiuto rappresenta una delle più usate ed efficaci metafore per esprimere il limite alla forza espansiva della legge nuova.

Basta tuttavia allargare la considerazione, per rendersi conto che le misure, nel loro insieme, costituiscono un'articolata disciplina: ad A, il reato, apprezzato secondo il peculiare parametro della gravità indiziaria, conseguono B1, B2, B3, la custodia cautelare in carcere, gli arresti domiciliari, il divieto o obbligo di dimora, e così via: il *novum* legislativo consiste, per quanto ci riguarda, nell'eliminazione di B2, B3 ecc., per lasciar sopravvivere solo B1, la custodia cautelare in carcere: sempre di discipline, che assumono il reato come loro fattispecie, stiamo parlando (del resto, le determinazioni ex art. 133 c.p. sono attività interne al giudizio, ma non per questo la pena è sciolta, già a livello di legislazione ordinaria, dal vincolo dell'irretroattività).

10. In definitiva, l'art. 275 co. 3 c.p.p., come modificato dall'art. 2 lett. a) d.l. 11/2009, non si applica ai reati commessi in precedenza perché l'art. 11 disp. prel. c.c. e si vuole l'art. 2 c.p., non lo consentono.

Per esprimere lo stesso nucleo concettuale con parole diverse, si può dire che l'art. 275 co. 3 c.p.p., e più in generale l'intero corpo delle norme sulle misure cautelari personali, appartiene al diritto sostanziale, e non a quello processuale.

E', questa, un'idea che, ben presente nella giurisprudenza degli anni 70, si perde con CSU 27-3-1992, evidentemente figlia del suo tempo, ma riemerge con la massima chiarezza in C 19-2-1998: "le norme che disciplinano l'applicazione di 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 di leggi nel tempo proprie delle disposizioni sostanziali".

11. Un decreto legge ha la stessa collocazione nel sistema delle fonti, e perciò la stessa forza formale, dell'art. 11 disp. prel c.c. e dell'art. 2 c.p.: potrebbe, cioè, derogarli; ma la deroga incontrerebbe ostacoli di ordine costituzionale ?

Dal momento che questo non accade con il d.l. 11/2009, la domanda può sembrare oziosa, ma non lo è.

Se la norme sulle cautele penali sono, o si comportano come se fossero, sostanziali, dobbiamo ritenerle coperte dalla garanzia dell'art. 25 Cost., e non vale obiettare che viene in considerazione l'esigenza non di punire un soggetto, ma di contenere la sua pericolosità, e che cadiamo perciò fuori dalla ratio del divieto costituzionale.

Il principio di irretroattività mira, senza dubbio, ad assicurare la certezza delle conseguenze giuridiche sfavorevoli, connesse all'agire individuale, ma, più ampiamente, anche a porre un argine ai possibili abusi del potere legislativo: perché una norma retroattiva è solo in apparenza generale e astratta, ma, in realtà, ha destinatari conosciuti, o conoscibili, per nome e cognome.

Una materia come quella delle cautele, così vicina al cuore delle libertà fondamentali, merita senz'altro di essere attratta nell'area di protezione dell'art. 25 Cost., ed è questa una ragione in più perché, del novellato art. 275 co. 3 c.p.p., si prescelga un'interpretazione, che allontani anche l'ombra della retroattività.

12. A sostegno delle conclusioni raggiunte si possono aggiungere altri due argomenti, uno di sicura affidabilità, l'altro da prendere in considerazione almeno in termini problematici.

13. Il pubblico ministero chiede l'applicazione all'imputato della custodia cautelare in carcere, ma, dato che sono in corso di esecuzione gli arresti domiciliari, si tratterebbe piuttosto di una *sostituzione* della custodia domestica con quella carceraria: sostituzione, per la quale la legge processuale non appresta nessun meccanismo.

L'art. 299 co. 1 c.p.p. prevede la revoca delle misure, quando risultano mancanti le condizioni di applicabilità generali ex art. 273 c.p.p., cioè i gravi indizi di colpevolezza, o quelle previste per le singole misure, o, ancora, le esigenze cautelari; le condizioni previste per le singole misure sono definite, nei termini delle rispettive rubriche, dagli artt. 280 e 287 c.p.p., e nulla hanno a che fare con l'applicazione di una misura piuttosto che di un'altra.

La specificazione, poi, che la revoca deve essere immediata, toglie ogni possibilità di equivoco sul carattere esclusivamente in bonam partem del provvedimento.

Che la soluzione suggerita da CSU 27-3-1992 - appunto di ricorrere all'art. 299 co. 1 c.p.p. - sia una palese forzatura è già stato notato dai commentatori, e non occorre insistere.

Rimane l'art. 299 co. 4 c.p.p che, quando suppone l'aggravamento delle esigenze cautelari, si riferisce a vicende fattuali; nessuno, a quanto consta, ha mai pensato ad un aggravamento per volontà del legislatore.

14. L'ultimo argomento va affrontato con prudenza, non perché la problematica sia nuova, ma perché nuova è l'attenzione che la giurisprudenza italiana ha cominciato a dedicarle.

Applicando un mutamento normativo sfavorevole ad un fatto pregresso violerebbe l'art. 7 CEDU ?

Che cosa sia una pena, nei termini della disposizione, non è facile a dirsi, ma si può cercare di attingere dalla citatissima *Welch v. The United Kingdom*.

Quello di pena nell'art. 7 è, prima di tutto, un concetto del tutto indipendente da ogni qualificazione di diritto interno: "an autonomous Convention concept" (n. 27); che la nostra legge parli di misure cautelari non ha nessun rilievo, come non ne ha avuto che quella inglese parlasse di confisca.

In positivo, sembra invece che due siano per la Corte i connotati essenziali della pena retroattiva, e perciò vietata: che si tratti di una misura imposta a seguito di una condanna per un reato (n. 28), e che esponga l'interessato ad un pregiudizio di portata molto maggiore di quello in cui sarebbe incorso all'epoca del fatto (n. 34).

15. Il secondo dei due connotati non richiede una diffusa esposizione. Sul piano fenomenico, la custodia cautelare in carcere ex art. 285 c.p.p. non è distinguibile dalla reclusione ex art. 23 c.p. tanto per andare oltre le apparenze e cogliere la sostanza delle cose, come prescrive la Corte (n. 27): nessuna persona di buon senso contesterebbe che sia molto più gravosa degli arresti domiciliari.

16. Possiamo anche dire che la custodia sia imposta a seguito di una condanna ? Letteralmente no, ma nell'approccio sostanzialistico auspicato dal giudice della Convenzione, certamente sì.

La peculiarità dello standard probatorio dei gravi indizi, alla quale si è accennato sopra, è il carattere prognostico: la custodia può essere applicata solo in previsione di una condanna a pena non sospesa, della quale in qualche modo anticipa gli effetti, tanto che diventa ingiusta se supera la durata della pena inflitta (Corte Cost. 219/2008).

17. Accogliere la richiesta del pubblico ministero comporta quindi il serio pericolo di calpestare l'art. 7 CEDU, infliggendo una "pena" più grave di quella che sarebbe stata applicabile al tempo in cui il reato è stato consumato; anche per questo va preferita, in via di interpretazione adeguatrice, che eviti il conflitto con la norma convenzionale e quindi con l'art.117 Cost., la lettura del sistema che limita l'ambito della nuova, più severa disciplina, ai fatti, cioè ai reati, successivi alla sua entrata in vigore.

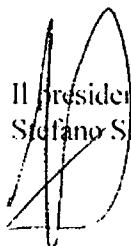
P.Q.M.

rigetta la richiesta.

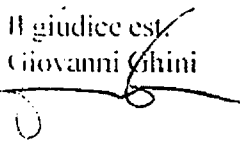
Si comunichi.

Reggio Emilia, 18-3-2009

Il presidente
Stefano Scati



Il giudice est.
Giovanni Ghini



Tribunale di Reggio Emilia
Depositato nella cancelleria del Tribunale
di Reggio Emilia 20-3-2009

Il Cancelliere

