



4377/12

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

## LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE III PENALE

Composta dagli Ill.mi Sigg.:

Dott. Aldo Fiale	Presidente
Dott.a Guicla Mulliri	Consigliere
Dott. Luigi Marini	Consigliere
Dott. Giulio Sarno	Consigliere
Dott. Luca Ramacci	Consigliere

Registro Generale n.  
39088/2011Udienza in Camera  
di Consiglio del  
20 Gennaio 2012

Sentenza n. 156

ha pronunciato la seguente

## SENTENZA

Sui ricorsi proposti da:

X  
Y

Avverso la **ordinanza** in data 19 Agosto 2011 del **Tribunale di Roma**, quale giudice del riesame, che ha confermato l'ordinanza di custodia cautelare emessa il 5 Agosto 2011 dal Giudice delle indagini preliminari del ... per il reato previsto dall'art.609-octies c.p. commesso in danno di persona minore di età.

Sentita la relazione effettuata dal Consigliere **LUIGI MARINI**Udito il Pubblico Ministero nella persona del **CONS. GIUSEPPE VOLPE**, che ha concluso per l'annullamento dell'ordinanza con rinvio limitatamente al giudizio sull'adeguatezza della misura.

Uditi i Difensori, **AVV. NICOLA OTTAVIANI** E **AVV. LUCIO MARZIALE**, QUESTI IN SOSTITUZIONE DELL'**AVV. GIUSEPPE DI MASCIO**, che hanno concluso per l'accoglimento dei ricorsi.

### RILEVA

Con ordinanza in data 19 Agosto 2011 il Tribunale di Roma, quale giudice del riesame, ha confermato l'ordinanza di custodia cautelare emessa il 5 Agosto 2011 dal Giudice delle indagini preliminari del [redacted] nei confronti dei due ricorrenti per il reato previsto dall'art.609-octies c.p. commesso in danno di persona minore di età.

Il Tribunale, ricostruito sinteticamente il fatto e fatto rinvio all'ordinanza emessa dal Giudice delle indagini preliminari in ordine ai momenti essenziali della vicenda, ha concentrato la propria attenzione sui due aspetti di maggiore criticità sollevati dagli indagati: a)

b) l'esistenza di esigenze cautelari attuali.

Sul primo aspetto il Tribunale ha ritenuto di condividere il giudizio del Giudice delle indagini preliminari circa la genuinità del racconto della persona offesa, anche se ha considerato scarsamente rilevanti le discrasie nel racconto dei due indagati che, invece, il primo giudice aveva valorizzato. Una volta ritenuta la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, il Tribunale ha considerato che il reato ex art.609-octies c.p. rientra fra quelli per i quali, secondo il terzo comma dell'art. 275 c.p.p., come modificato dal d.l. 23 febbraio 2009, n.11, convertito in legge 23 aprile 2009, n.38, si prevede come obbligatoria la misura della custodia in carcere, a meno che non risultino elementi specifici che escludono la presenza di esigenze cautelari, condizione che nel caso in esame non si pone.

Avverso tale decisione i Sigg. **X e Y** hanno presentato ricorso.

L'Avv. **Eduardo Rotondi**, difensore del Sig. **X**, in sintesi lamenta:

1. L'esistenza di un contrasto tra l'art.275, terzo comma, c.p.p. e gli artt., 13 e 27 della Costituzione con riferimento al regime cautelare da applicare in ipotesi di reato ex art.609-octies c.p., con conseguente richiesta di investire la Corte costituzionale della relativa questione;
2. L'errata applicazione dell'art.274 c.p.p. per avere il Tribunale omesso di considerare la rilevanza decisiva del tempo trascorso dai fatti e per avere omesso ogni motivazione sul punto.

L'Avv. **Lucio Marziale**, difensore del Sig. **Y** in sintesi lamenta:

1. Carezza e illogicità della motivazione ex art.606, lett.e) c.p.p. in relazione all'obbligo che l'art.292, comma 2, lett.c-bis, c.p.p. pone anche al tribunale del riesame di esaminare puntualmente le argomentazioni difensive. Invero, il Tribunale, dopo avere ritenuto serie e plausibili le argomentazioni proposte dalla difesa ha illogicamente concluso per la conferma del provvedimento impugnato;
2. Errata applicazione di legge e vizio di motivazione ex art.606, lett.b) ed e) c.p.p. per avere il Tribunale, nonostante i numerosi elementi positivi addotti a sostegno della impostazione difensiva, richiamato la obbligatorietà della misura della custodia in carcere ex art.275, terzo comma, c.p.p. senza estendere anche a tale norma i principi fissati dalla Corte costituzionale con la sentenza n.265 del 21 luglio 2010;
3. Difetto di costituzionalità dell'art.275, terzo comma, c.p.p., se non interpretato in conformità alla citata sentenza della Corte costituzionale, con conseguente trasmissione degli atti a tale Corte per l'esame del contrasto tra la norma richiamata e gli artt.2, 3, 24, 25, 27 e 111 della Costituzione.

L'Avv. Nicola Ottaviani, difensore del  $\Psi$ , in sintesi lamenta:

1. Vizio di motivazione in relazione alla gravità del quadro indiziario per avere il Tribunale erroneamente e illogicamente valutato sia la rilevanza della presenza di sole modeste ecchimosi sul corpo della giovane sia le ragioni che l'avrebbero portata a costruire ex post un racconto non veritiero;
2. Errata applicazione dell'art.275 c.p.p. in relazione al reato ex art.609-octies c.p. per avere il Tribunale omesso di dare alla norma processuale una interpretazione compatibile con i principi fissati dalla sentenza che la Corte costituzionale allorché ha esaminato la medesima disposizione in relazione all'art.609-bis c.p. (sentenza n.265 del 2010).

#### O S S E R V A

La Corte ritiene che l'ordinanza sia incorsa in un duplice vizio.

Omissis

Il secondo vizio concerne l'errata interpretazione e applicazione della legge processuale con riferimento al terzo comma dell'art.275 c.p.p.

Il Tribunale ha ritenuto scontato che in presenza di gravi indizi del reato ex art.609-octies c.p.p. si versi in ipotesi di applicazione del divieto di graduazione della misura cautelare fissato dal terzo comma dell'art.275 c.p.p. nel testo risultante dalla modifica apportata dall'art.2 del d.l. 23 febbraio 2009, II convertito, con modificazioni dalla legge 23 aprile 2009, n.38. Tale interpretazione trascura il contenuto della sentenza n.265 del 2010, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'analoga disposizione processuale con riferimento ai reati previsti dagli artt.600-bis, 609-bis e 609-quater, n.1, c.p.

Se è vero che il giudice delle leggi non è stato interessato specificamente dell'esame del regime cautelare concernente l'art.609-octies c.p., ma solo di quello applicabile ai citati reati richiamati anch'essi dal terzo comma del citato art.275 c.p.p., non vi è dubbio che i principi affermati dalla Corte costituzionale con la sentenza del 2010 appaiono potenzialmente riferibili anche alla disposizione di legge contestata agli odierni ricorrenti e che il giudice è chiamato ad affrontare il tema di quali siano le conseguenze che l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale ha sul caso in esame.

In modo del tutto corretto le difese hanno sollecitato la Corte a valutare, in primo luogo, se l'art.275, terzo comma, c.p.p. possa essere interpretato in modo coerente coi principi fissati dalla Corte costituzionale anche con riferimento al reato ex art.609-octies c.p., e solo in caso di risposta negativa a valutare se sussistano la non manifesta infondatezza e la rilevanza di un quesito da sottoporre alla Corte medesima.

Questo giudice ritiene che dalla lettura della citata sentenza della Corte costituzionale emerga l'esistenza di principi interpretativi direttamente applicabili all'art.275, terzo comma, c.p.p. nella parte in cui disciplina il regime cautelare applicabile a persone raggiunte da gravi indizi del reato ex art.609-octies c.p.

Nel corso della motivazione della sentenza n.265 del 2010 la Corte costituzionale ha ricostruito la filosofia che anima la disciplina delle misure cautelari personali affermando (paragrafo 4) che quel regime è improntato al criterio del "minore sacrificio necessario", assicurato mediante la previsione di una "pluralità graduata" di misure e mediante l'applicazione nel caso concreto di meccanismi "individualizzati" di selezione del trattamento cautelare. Ha, poi, rilevato (paragrafo 7) che una simile filosofia non tollera né automatismi né presunzioni e prevede che sia il giudice ad apprezzare e motivare i presupposti e le condizioni per l'applicazione della singola misura in relazione alla situazione concreta. Ha, conseguentemente, considerato (paragrafo 7) che la disciplina introdotta con il citato decreto legge n.11 del 2009, e successiva legge di conversione, si pone come un "vero e proprio regime cautelare speciale di natura eccezionale" dal momento che introduce due presunzioni, una relativa in ordine alle esigenze cautelari e una assoluta in ordine alla scelta della misura, che impedisce al giudice di adottare misure meno gravose della custodia in carcere.

La motivazione prosegue affrontando (ancora nel paragrafo 7) le ragioni per cui la Consulta e la Corte di Strasburgo hanno ritenuto che per i delitti legati alla criminalità organizzata e mafiosa tale eccezionale regime sia compatibile coi principi costituzionali in relazione alla speciale gravità e pericolosità degli illeciti, per giungere alla conclusione (paragrafi 9 e 10) che la novella del 2009 compie un "salto di qualità" non compatibile col sistema costituzionale allorché estende la presunzione assoluta circa la misura da applicare anche a reati, come quelli sessuali, che non si prestano a generalizzazioni, che risultano ampiamente eterogenei tra loro, che non presentano nella norma legami qualificati tra l'indagato e un ambiente delinquenziale pericoloso.

Osserva, ancora, la Corte costituzionale (paragrafi 10 e 11) che la irragionevolezza della soluzione normativa può essere agevolmente apprezzata ove si considerino la circostanza che i reati di violenza sessuale comprendano "condotte nettamente differenti quanto a modalità lesive del bene protetto" e la circostanza che solitamente si tratta di delitti meramente individuali che possono essere affrontati in concreto anche con misure diverse dalla custodia in carcere. Infine, la ragionevolezza del regime introdotto nel 2009 non può essere fondata sull'esigenza di risposta all'allarme sociale per il moltiplicarsi di delitti a sfondo sessuale, esigenza che "non può essere peraltro annoverata tra le finalità della custodia preventiva e non può essere considerata una sua funzione".

Sulla base di tali e altre considerazioni, la sentenza giunge ad affermare l'esistenza del contrasto tra la disciplina cautelare citata e gli artt.3, 13, primo comma, e 27, secondo comma, della Costituzione.

Così riassunti i principi interpretativi che la Corte costituzionale ha fissato con riferimento ai reati ex art.609-bis e 609-quater c.p., questo giudice ritiene evidente che si è in presenza di principi in toto applicabili anche alla ipotesi di reato ex art.609-octies c.p., reato che presenta caratteristiche essenziali non difformi da quelle che la Corte costituzionale ha individuato per i reati sessuali (art.609-bis e art.609-quater c.p.) sottoposti al suo giudizio in relazione alla disciplina ex art.275, terzo comma, c.p.p.

Deve, dunque, concludersi che nel caso in esame l'unica interpretazione compatibile coi principi fissati dalla sentenza n.265 del 2010, citata, è quella che estende la possibilità per il giudice di applicare misure diverse dalla custodia carceraria anche agli indagati sottoposti a misura cautelare per il reato previsto all'art.609-octies c.p.p.

Sotto tale profilo, la motivazione dell'ordinanza impugnata è incorsa nel vizio di errata applicazione della legge.

Sulla base delle considerazioni che precedono la Corte ritiene che i vizi di motivazione sopra indicati impongano di annullare l'ordinanza impugnata, con rinvio degli atti al Tribunale di Roma per un nuovo esame che terrà conto dei principi fissati in questa sede.

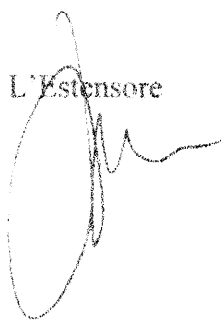
**P.Q.M.**

Annulla l'ordinanza impugnata con rinvio al Tribunale di Roma.

La Corte dispone inoltre che copia del presente provvedimento sia trasmessa al Direttore dell'Istituto Penitenziario competente perché provveda a quanto stabilito dall'art.94, comma 1-ter delle norme di attuazione al Codice di procedura penale.

Così deciso in Roma il giorno 20 Gennaio 2012.

L'Estensore



Il Presidente

