

CAPITOLO 6

La successione di norme processual-penalistiche

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La successione nelle fattispecie a cavallo con la disciplina processuale: condizioni di procedibilità. – 2.1. La successione delle norme in materia di prescrizione. – 2.2. La sospensione condizionale della pena. – 3. La successione delle norme processuali con effetti sostanziali: la competenza per materia. – 4. La successione delle norme sostanziali con effetti processuali: le misure cautelari.

1. Introduzione

Nel capitolo precedente si è dato atto della disciplina degli illeciti amministrativi e del particolare fenomeno successorio che trae origine dalle norme di depenalizzazione, prive tuttavia di una disciplina intertemporale organica e di carattere generale.

In questa sede si intende invece prendere in considerazione le ulteriori ipotesi di successione di norme nel tempo che, pur non essendo qualificabili come norme penali, producono tuttavia rilevanti effetti sulla libertà personale del reo e sull'irrogazione della pena per il reato commesso.

Si tratta di ipotesi di sopravvenienze normative che interessano istituti a cavallo tra il diritto penale sostanziale e processuale e la cui riconducibilità all'una piuttosto che all'altra branca dell'ordinamento è talvolta discussa in dottrina e in giurisprudenza.

All'alternativa nella qualifica sostanziale o processuale di tali norme consegue l'applicazione di un diverso regime di diritto intertemporale; a differenza del diritto penale sostanziale, infatti, la cui successione di norme nel tempo è regolata dai principi di irretroattività sfavorevole e di retroattività favorevole – che consentono o vietano l'applicazione di norme sopravvenute a fatti pregressi –, il diritto processuale e le sopravvenienze di norme processuali sono invece regolate dal principio "*tempus regit actum*", in forza del quale ciascun atto del procedimento penale – al pari dei procedimenti civili, tributari o amministrativi – è disciplinato dalle norme vigenti nel momento in cui viene posto in essere, quand'anche diverse da quelle vigenti al momento del fatto oggetto del procedimento.

Si comprende pertanto la rilevanza delle questioni che la dottrina e la giurisprudenza hanno affrontato in merito alle fattispecie astrattamente riconducibili alla materia sostanziale o processuale, di cui si dirà nei paragrafi che seguono.

2. La successione nelle fattispecie a cavallo con la disciplina processuale: condizioni di procedibilità

Una delle ipotesi in cui la dottrina e la giurisprudenza sono state impegnate nell'individuare il regime successorio applicabile riguarda le condizioni di procedibilità.

L'ordinamento penale prevede infatti, da un lato, reati perseguibili d'ufficio, su iniziativa del Pubblico Ministero, obbligato all'esercizio dell'azione penale ai sensi dell'art. 112 Cost.; dall'altro, richiede per l'instaurazione di un regolare processo talune condizioni, definite appunto condizioni di procedibilità, legate alla manifestazione della volontà della persona offesa nel senso di richiedere la punizione del reo (nel caso di istanza e di querela) ovvero all'emanazione di un atto amministrativo che autorizzi o richieda il procedimento penale (in caso di autorizzazione a procedere o di richiesta da parte del Ministero di Giustizia).

Le condizioni di procedibilità incidono pertanto sia sull'instaurazione e sul proseguimento del procedimento penale e sia, di conseguenza, sulla possibilità di pervenire alla condanna del reo e di irrogare così la pena prevista per il reato commesso.

Ne deriva una natura ambivalente dell'istituto, confermata nella divisione della relativa disciplina tra le disposizioni del Codice penale (e segnatamente negli articoli da 120 a 131 del Codice) e le norme dettate dal Codice di procedura penale (di cui agli articoli da 336 a 346 c.p.p.).

Con particolare riferimento alla querela da parte della persona offesa, attraverso cui quest'ultima propone formale istanza di punizione del reo, **si è pertanto posto il problema della disciplina successoria applicabile nel caso in cui una norma sopravvenuta introduca o rimuova la necessità di querela per un fatto precedentemente commesso.**

L'orientamento prevalente propende per l'applicazione della disciplina che regola la successione delle norme penali sostanziali, con conseguente operatività della disciplina più favorevole per il reo (se pertanto le norme vigenti al momento del fatto richiedevano la querela e tale necessità viene successivamente eliminata dal legislatore, si dovrebbe escludere la possibilità di dare inizio d'ufficio a un procedimento penale a carico del reo).

Non manca tuttavia un orientamento di segno contrario, che riconosce natura processuale all'istituto e afferma pertanto l'operatività del principio *tempus regit actum* (che consentirebbe di iniziare un procedimento penale a ca-

rico del reo, nei termini di prescrizione, a seguito della sopravvenuta rimozione della condizione di procedibilità).

La questione si è posta in giurisprudenza con riferimento alla fattispecie di oltraggio al pubblico ufficiale (MADEO), di cui al previgente art. 341 c.p. e oggi disciplinata dall'art. 341 *bis* c.p., originariamente abrogata con legge n. 205 del 1999.

Le condotte di oltraggio al pubblico ufficiale, infatti, procedibili d'ufficio, sono state ricondotte, a seguito dell'abrogazione dell'art. 341 c.p., alla fattispecie di ingiuria, di cui al previgente art. 594 c.p., nella forma aggravata ai sensi dell'art. 61, comma primo, n. 10), che punisce più gravemente i reati commessi contro un pubblico ufficiale nell'esercizio o a causa dell'adempimento delle sue funzioni.

La fattispecie generale in cui le condotte di oltraggio sono confluite richiedeva tuttavia la proposizione, nel termine di novanta giorni, della querela da parte della persona offesa; inoltre, la legge abrogativa del '99, all'art. 19, prevedeva una disciplina intertemporale relativa alle condizioni di procedibilità, con esclusivo riferimento al caso in cui la necessità di proporre querela fosse derivata da una norma sopravvenuta, senza nulla prevedere in relazione ai casi di riespansione di una fattispecie generale previgente (come nel caso di specie).

La Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi sulla vicenda, ha tuttavia aggirato il problema dell'applicazione retroattiva della punibilità a querela di parte, escludendo a monte, con sentenza n. 29023 del 2001, il verificarsi di una successione di norme nel tempo. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno infatti ritenuto, attraverso una ricostruzione fortemente criticata in dottrina, che l'abrogazione della fattispecie speciale di oltraggio al pubblico ufficiale avesse comportato un' *abolitio criminis* secca e che le condotte di oltraggio non potessero pertanto ricadere nell'area di punibilità dell'allora vigente art. 594 c.p., poiché si trattava di norme coeve e non in successione tra loro.

L'opposto orientamento, disatteso dalle Sezioni Unite, ravvisava invece un'ipotesi di successione della norma generale alla norma speciale abrogata, con conseguente applicazione dell'art. 2, comma quarto, c.p. che, sulla scorta dell'adesione alla tesi della natura sostanziale delle condizioni di procedibilità, avrebbe consentito di punire le sole fattispecie di oltraggio per cui fosse stata tempestivamente proposta una pur non necessaria querela.

Importanti novità in materia di condizioni di procedibilità sono state introdotte in esecuzione della legge delega 23 giugno 2017, n. 103, recante "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario"; in particolare, la riforma, al comma 16 dell'unico articolo, ha

conferito delega al Governo per emanare, entro un anno, “*decreti legislativi per la modifica del regime di procedibilità per taluni reati*”.

Il Governo era chiamato ad assoggettare al regime di procedibilità a querela della persona offesa “*i reati contro la persona puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, fatta eccezione per il delitto di cui all’articolo 610 del codice penale [che punisce la violenza privata], e per i reati contro il patrimonio previsti dal codice penale*”. La delega faceva salvi tuttavia i reati in cui la persona offesa sia incapace per età o per infermità, sussistano circostanze aggravanti ad effetto speciale ovvero le circostanze indicate nell’articolo 339 c.p. (relative ai fatti di resistenza al pubblico ufficiale) o infine, tra i reati contro il patrimonio, quelli in cui il danno arrecato alla persona offesa sia di rilevante gravità.

Il legislatore, nella delega, alla lettera b), si è preoccupato inoltre di dettare una **disciplina transitoria, prevedendo che per i reati commessi prima della data di entrata in vigore del decreto delegato di attuazione, il termine per presentare la querela decorre dalla predetta data, salvo che la persona offesa non abbia avuto conoscenza in epoca successiva del reato** (in tal caso il *dies a quo* del termine per sporgere la querela coinciderà con l’avvenuta conoscenza del reato). **Nel contempo, era stato previsto che, in caso di reati per i quali penda il procedimento penale, il pubblico ministero o il giudice informino la persona offesa dal reato della facoltà di esercitare il diritto di querela**, con decorrenza del relativo termine dal giorno in cui tale informazione viene comunicata. Ove la persona offesa non eserciti il predetto diritto, dunque, dovrà procedersi ad archiviazione ovvero alla pronuncia di sentenza di non doversi procedere nei confronti dell’imputato, per mancanza della condizione di procedibilità.

Tali coordinate sono state attuate con il decreto legislativo n. 36 del 2018 che, sebbene abbia interessato un ambito ben più ristretto di fattispecie penali rispetto a quelle astrattamente interessate dalla legge delega, ha recepito le indicazioni di quest’ultima, in tema di disciplina intertemporale, all’art. 12.

La disposizione prevede infatti, al comma primo, che per i reati perseguibili a querela in base alle disposizioni del decreto, commessi prima della data di entrata in vigore dello stesso, il termine per la presentazione della querela **decorre dalla predetta data, se la persona offesa ha avuto in precedenza notizia del fatto costituente reato**, e, al comma secondo, che se è pendente il procedimento, il pubblico ministero, nel corso delle indagini preliminari, o il giudice, dopo l’esercizio dell’azione penale, anche, se necessario, previa ricerca anagrafica, **informa la persona offesa dal reato della facoltà di esercitare il diritto di querela e il termine decorre dal giorno in cui la persona offesa è stata informata**.

2.1. La successione delle norme in materia di prescrizione

Una questione analoga a quella sopra esaminata si è posta con riferimento all'istituto della prescrizione, oggetto di trattazione nel secondo capitolo della presente sezione, che ha visto contrapposti due orientamenti in merito alla natura dell'istituto, prima che la Corte Costituzionale sposasse, con la già citata **sentenza n. 393 del 2006**, la tesi della natura sostanziale.

Il primo orientamento propendeva invece per la natura processuale della prescrizione, valorizzandone gli effetti sul procedimento penale, destinato a concludersi con sentenza di proscioglimento a seguito del decorso del relativo termine.

Si osservava inoltre che le vicende sospensive e interruttive del termine prescrizionale attengono ad atti ed eventi legati al processo, a riprova della natura processuale dell'istituto.

Alla luce di tali argomentazioni si riteneva pertanto che i mutamenti legislativi del termine prescrizionale o della relativa disciplina (con riferimento al computo del termine e alle cause di interruzione e di sospensione) **fossero soggetti al principio *tempus regit actum***, con conseguente possibilità che il reato fosse assoggettato al più lungo termine di prescrizione sopravvenuto durante il procedimento penale; la posizione del reo era infatti qualificata come mera aspettativa riguardo ai termini prescrizionali, ad eccezione dei casi in cui il termine fosse spirato, con conseguente maturazione di un diritto del reo ad ottenere una sentenza di proscioglimento (su cui non avrebbero potuto incidere eventuali norme sopravvenute).

Di opposto avviso era invece la tesi sostanziale, sposata dai giudici costituzionali, secondo cui l'istituto, disciplinato dal Codice penale come causa di estinzione del reato – nonché della pena (come si avrà modo di osservare nella terza sezione della parte quarta del manuale) –, **deve essere regolato dai principi penali in materia di successione di norme nel tempo, tra cui in particolare il divieto di retroattività sfavorevole.**

Come si è avuto modo di osservare, inoltre, la natura sostanziale della prescrizione implica altresì l'applicazione retroattiva delle norme sopravvenute di favore, ad eccezione dei casi in cui il legislatore abbia introdotto limiti ragionevoli e giustificati alla retroattività favorevole per il reo (come nel già esaminato caso dell'art. 10, comma terzo della legge n. 251 del 2005, "*ex Cirielli*").

Alla tesi della natura sostanziale della prescrizione hanno altresì aderito le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza n. 21833 del 2007, osservando, in motivazione, che **a differenza del Codice previgente, il Codice penale del 1930 non fa più riferimento all'estinzione dell'azione penale per intervenuta prescrizione, bensì all'estinzione del reato, che opera quindi sul piano sostanziale** (Sulla scorta della natura sostanziale dell'istituto, le Sezioni Unite

hanno escluso la possibilità di estendere in via analogica l'effetto interruttivo della prescrizione all'emanazione da parte del Pubblico Ministero dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, di cui all'art. 415 *bis*, non espressamente contemplato come causa interruttiva dall'art. 160 c.p.; diversamente, infatti, si configurerebbe una violazione del divieto di analogia *in malam partem*).

Sulla scorta della riconosciuta natura sostanziale dell'istituto, il legislatore, nella recente riforma attuata con legge 23 giugno 2017, n. 103, ha espressamente previsto che le norme dettate dai commi 10 ss. dell'articolo unico, che incidono, pesantemente e in senso prevalentemente sfavorevole per il reo, sulla disciplina della prescrizione, **debbono trovare applicazione in relazione ai soli fatti commessi dopo l'entrata in vigore della predetta legge.**

2.2. La sospensione condizionale della pena

Al pari della prescrizione e delle condizioni di procedibilità, anche il beneficio di sospensione condizionale della pena ha dato la stura ad un dibattito dottrinale e giurisprudenziale relativo alla sua natura sostanziale ovvero processuale.

La sospensione condizionale della pena, che consente al giudice, nei limiti e in presenza dei presupposti sanciti dalla legge (per il cui esame si rinvia alla terza sezione della parte quarta del manuale), di sospendere l'esecuzione della pena irrogata con sentenza di condanna, è disciplinata dagli artt. 162 ss. c.p. ma, secondo la tesi della natura processuale dell'istituto, costituirebbe una modalità di esecuzione della sanzione penale e, in quanto tale, sarebbe soggetta al regime normativo delle norme processuali e quindi al principio *tempus regit actum*. Ove pertanto il legislatore dovesse, con norma sopravvenuta al fatto per cui si procede, introdurre presupposti più restrittivi alla concessione del beneficio, questi sarebbero destinati a trovare applicazione al momento della pronuncia della sentenza di condanna.

Di diverso avviso è stata **invece la Corte di Cassazione** che, **aderendo alla tesi della natura sostanziale dell'istituto, ha ritenuto che operino anche in questo caso i principi regolatori della successione di norme penali sostanziali**, con conseguente applicazione della norma più favorevole al reo. Si è infatti osservato che l'istituto incide direttamente sulla pena, consentendo di escluderne l'esecuzione, e pertanto deve essergli riconosciuto carattere sostanziale al pari delle altre vicende della pena, disciplinate dal Codice penale.

3. La successione delle norme processuali con effetti sostanziali: la competenza per materia

Ulteriori problemi di qualificazione, ai fini dell'individuazione della disciplina successoria, si sono posti con riferimento ad istituti che, pur essendo pacifi-

camente ricondotti al diritto penale processuale, comportino effetti di carattere sostanziale nei confronti del reo.

Un esempio è offerto dalle norme che hanno trasferito la competenza in materia di guida in stato di ebbrezza, di cui all'art. 186 del Codice della strada, dal giudice di pace al Tribunale ordinario, con riferimento ai nuovi procedimenti, anche se relativi a fatti precedenti alla modifica legislativa.

Si è dunque posto il problema dell'operatività, con riferimento a siffatte ipotesi, del divieto di retroattività sfavorevole, sul presupposto che le sanzioni penali irrogabili dal Tribunale sono più severe rispetto a quelle previste per i procedimenti davanti al giudice di pace (che non può irrogare la pena della reclusione, né dell'arresto).

La questione è stata tuttavia superata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza n. 3821 del 2006, in cui i giudici di legittimità hanno distinto il profilo squisitamente processuale della competenza dalla disciplina sanzionatoria che ne consegue.

Con riferimento alla prima, infatti, è stata affermata la natura strettamente processuale, in quanto tale sottratta al principio di irretroattività sfavorevole e soggetta al principio *tempus regit actum*; diversamente, con riferimento alle pene irrogabili si è affermata la piena operatività dei principi generali del diritto penale, con conseguente applicazione della norma più favorevole, ai sensi del comma quarto dell'art. 2 c.p.

4. La successione delle norme sostanziali con effetti processuali: le misure cautelari

La presente analisi può dunque concludersi con l'esame della disciplina successoria delle norme che regolano le misure cautelari, ossia le misure coercitive o interdittive che l'ordinamento penale prevede per far fronte, durante il procedimento penale, alle esigenze cautelari legate al pericolo di inquinamento probatorio, di fuga, o di reiterazione della condotta criminosa o di altri reati (esigenze individuate all'art. 274 c.p.p.).

Si tratta di misure diverse dalle pene e che tuttavia, in alcune ipotesi, trovano esecuzione in forma analoga, al punto che il legislatore ha previsto il computo del periodo di applicazione delle misure cautelari coercitive (tra cui la custodia cautelare in carcere e gli arresti domiciliari) in sede di esecuzione della pena, **consentendo di scomputare il c.d. pre-sofferto, ai sensi dell'art. 137 c.p.**

Con riferimento ai mutamenti normativi che interessano la disciplina delle misure cautelari, occorre preliminarmente **distinguere le norme che solo indirettamente producono effetti sul regime delle misure cautelari operante per**

un determinato reato, dalle norme che incidono direttamente sulla disciplina delle misure stesse.

Con riferimento al caso in cui la normativa sopravvenuta incida direttamente sulla disciplina delle misure cautelari, aggravandone o alleviandone il regime applicativo o i presupposti, sono state sostenute **due tesi in dottrina**, legate alla qualificazione della misure cautelari: **secondo l'orientamento che assegna all'istituto natura sostanziale**, infatti, le sopravvenienze normative sulla disciplina delle misure sarebbero assoggettare alle regole di diritto penale sostanziale, di cui all'art. 2 c.p.; **presupposto di tale soluzione è l'incidenza delle misure cautelari sulla libertà del cittadino**, al pari della pena, come sarebbe confermato dal già citato art. 137 c.p., ai sensi del quale *“La carcerazione sofferta prima che la sentenza sia divenuta irrevocabile si detrae dalla durata complessiva della pena temporanea detentiva o dall'ammontare della pena pecuniaria”*.

Si è tuttavia obiettato che tale equiparazione, su cui è fondata la qualificazione in termini sostanziali delle misure cautelari, opera con esclusivo riferimento alla custodia cautelare in carcere – cui è equiparata la misura degli arresti domiciliari ai sensi dell'art. 284, comma quinto, c.p.p. – e pertanto non consente di argomentare in via generale la tesi della natura sostanziale.

A tali considerazioni, i sostenitori dell'opposta tesi della natura strettamente processuale delle misure in esame aggiungono che in relazione ad esse non opera la *ratio* del principio di irretroattività sfavorevole, di cui all'art. 25, comma secondo, Cost.; **si sostiene infatti che le misure cautelari trovano applicazione allo stato degli atti, ossia *rebus sic stantibus*, il che consente e nel contempo impone di modificare il trattamento cautelare dell'indagato o dell'imputato a fronte di sopravvenienze di fatto o di diritto**; la natura intrinsecamente instabile dell'istituto non collima quindi con le esigenze di autodeterminazione e prevedibilità delle conseguenze delle proprie azioni da parte del reo, che costituiscono invece il fondamento del principio di irretroattività.

Al contrario, **trattandosi di un istituto che risponde ad esigenze prevalentemente processuali** (relative alle prove, all'esecuzione dell'eventuale condanna – con riferimento al pericolo di fuga – cui si aggiunge la prevenzione di nuovi reati), si ritiene che esso debba seguire il regime intertemporale delle norme procedurali, **fondato sul principio *tempus regit actum***.

Tali considerazioni sono state condivise dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità che, sin dalla sentenza n. 15 del 1982 della Corte Costituzionale e, più di recente, nella sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, n. 27919 del 2011, hanno altresì affermato che, diversamente opinando, si opererebbe una illegittima equiparazione tra le misure cautelari e la

pena, che renderebbe le prime in contrasto con il principio della presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, comma secondo, Cost.

La Corte di Cassazione ha infine evidenziato che un'ulteriore conferma alla tesi della natura processuale delle misure cautelari può essere rinvenuta nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che, con la già esaminata sentenza *Scoppola* del 2009, ha affermato l'operatività del principio *tempus regit actum* per le disposizioni processuali, limitando l'operatività delle garanzie dell'art. 7 della Convenzione alle sole norme che disciplinano il reato e la pena.

Sulla scorta di tali premesse, può dunque affrontarsi il secondo ordine di ipotesi, relativo alle **sopravvenienze normative che, modificando la cornice edittale della pena prevista per un reato, possono indirettamente incidere sulla possibilità, a monte, di applicare una determinata misura ovvero, a valle, sulla durata della stessa.**

Con riferimento, innanzitutto, **all'*an* dell'applicazione di una misura cautelare, il legislatore prevede infatti l'operatività delle misure cautelari personali** (che si contrappongono a quelle reali, consistenti nelle varie forme di sequestro) **solo per i delitti** (quindi non per le contravvenzioni) e **solo quando la pena massima edittale sia quella dell'ergastolo ovvero della reclusione ma “superiore nel massimo a tre anni”**, come previsto dall'art. 280 c.p.p., per le misure coercitive, e dall'art. 287 c.p.p., per le misure interdittive. In entrambi i casi si tratta di misure che, seppure con diversa intensità, risultano invasive della libertà personale dell'imputato. **Tra queste, la misura più grave è quella della custodia cautelare in carcere, per la cui applicazione, il secondo comma dell'art. 280 c.p.p. richiede che si proceda per un delitto, consumato o tentato, punito con la pena della reclusione non inferiore a cinque anni nel massimo.**

Allorché la pena prevista per un reato venga diminuita con una norma sopravvenuta, può pertanto derivarne il venir meno del requisito di gravità che consente di applicare una misura cautelare personale, quando ad esempio la pena scenda nel massimo edittale sotto i tre anni di reclusione.

Nessun problema pongono le condotte, anche se antecedenti alla norma di favore, in relazione alle quali non sia stata disposta precedentemente alcuna misura cautelare personale, dal momento che **il venir meno del requisito di gravità impedirà di applicarne in futuro.**

Qualora invece sia stata applicata una misura e sopravvenga la norma di favore, che riduce la pena al di sotto del limite legale, si pone il **problema di stabilire se possa continuare ad applicarsi la misura cautelare o se debba cessarne l'esecuzione.**

In siffatte ipotesi, per vero, non si registra alcun problema di successione di norme processuali, dal momento che la indiscussa retroattività della norma

sopravvenuta favorevole al reo (che diminuisca la pena massima edittale) **determina automaticamente il venir meno di un presupposto della misura cautelare che**, proprio come per i gravi indizi di colpevolezza e le summenzionate esigenze cautelari, **impone l'immediata revoca della misura in atto**. Si tratta infatti di provvedimenti **legati**, come le misure di sicurezza (su cui si tornerà nella quarta sezione della parte quarta del manuale) **ad una condizione attuale di pericolosità dell'indagato o imputato** (che emerge dalla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, indicativi della probabile commissione del reato per cui si procede, nonché dalle esigenze cautelari), **valutata anche in relazione alla gravità del reato di cui sia stato accusato**.

Ne deriva che, se quest'ultimo viene considerato meno insidioso da parte del legislatore, mediante un'attenuazione della pena, **vengono meno le condizioni di applicazione della misura cautelare personale, che deve essere immediatamente revocata, ai sensi dell'art. 299 c.p.p.** (che infatti prevede, al comma primo, che *“Le misure coercitive e interdittive sono immediatamente revocate quando risultano mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità [...] ovvero le esigenze cautelari”*).

Si tratta pertanto di un **fenomeno di sussunzione e non già di successione normativa**, al pari di quanto già osservato in relazione alla successione mediata di norme penali.

Più delicata l'ipotesi opposta, in cui la norma sostanziale sopravvenuta abbia innalzato la pena detentiva massima, così da superare il limite minimo previsto per l'applicazione di una misura cautelare personale (tre anni) o finanche della custodia cautelare in carcere (cinque anni).

Secondo un primo orientamento, in considerazione dell'impossibilità che la novella sfavorevole possa trovare applicazione in relazione a fatti pregressi – in forza del già esaminato principio di irretroattività sfavorevole – **non potrebbe porsi alcun problema in merito all'applicazione di una misura cautelare personale** – anche prima non possibile – **agli autori di fatti precedenti** all'entrata in vigore della norma, per difetto del requisito di gravità del reato.

Un diverso orientamento ritiene invece che, ferma l'impossibilità di applicare, sul piano sostanziale, la nuova pena più alta all'imputato, **sarebbe comunque possibile disporre nei suoi confronti una misura cautelare personale**, anche se in precedenza non applicabile per difetto del requisito predetto di gravità del reato.

Esemplificando, se Tizio risponde del delitto di furto semplice, punito fino a tre anni di reclusione e, durante il processo, il legislatore dovesse innalzare a cinque anni il massimo edittale, secondo tale orientamento il giudice potrebbe applicare una misura cautelare personale (ad esempio gli arresti domiciliari) a Tizio, nonostante la legge prevedesse, al momento del fatto, una pena più bassa.