

Cass. pen. Sez. III, (ud. 07-04-2005) 08-06-2005, n. 21407

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE TERZA PENALE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ZUMBO Antonio - Presidente

Dott. ONORATO Pierluigi - est. Consigliere

Dott. PETTI Ciro - Consigliere

Dott. SQUASSONI Claudia - Consigliere

Dott. SARNO Giulio - Consigliere

ha pronunciato la seguente: 5470/2005

sentenza

sul ricorso proposto da:

FANALE Angiolino, nato a Montenero di Bisaccia (CB) il 20.1.1958;

avverso le ordinanze rese il 20.1.2005 e il 31.1.2005 dal tribunale di L'Aquila;

Visti i provvedimenti denunciati e i ricorsi;

Udita la relazione svolta in Camera di Consiglio dal Consigliere Dr. Pierluigi Onorato;

Udito il Pubblico Ministero in persona del Sostituto Procuratore Generale Dr. PATRONE Ignazio, che ha concluso chiedendo l'annullamento con rinvio delle ordinanze;

Udito il difensore dell'indagato, avv. DI RISIO Giuseppina, in sostituzione dell'avv. Ercole Roberti, che ha chiesto l'annullamento delle ordinanze senza rinvio per i reati sub a) e b) e con rinvio per il reato sub c);

Osserva:

Svolgimento del processo

1 - Con provvedimento del 7.12.2004 il g.i.p. del tribunale di Vasto applicava a carico di Angiolino Fanale (e di altri quattro indagati) la misura cautelare degli arresti domiciliari presso la propria abitazione, prescrivendogli il divieto di comunicare con persone diverse dai familiari conviventi.

Il Fanale era sottoposto a indagini per i seguenti reati:

a) art. 416 c.p., per aver partecipato a un'associazione per delinquere, dedita alla immigrazione clandestina di donne impiegate in un locale notturno e delle quali veniva favorita e sfruttata la prostituzione;

b) artt. 81 cpv., 110 c.p. e art. 12, commi 3, 3 bis e 3 ter, D.Lgs.

286/1998, per avere favorito, in concorso con altri, l'immigrazione illegale nel territorio italiano di donne straniere per destinarle alla prostituzione;

c) art. 81 cpv. c.p., art. 3, comma 1 nn. 7 e 8. art. 4 n. 6 della legge 75/1958. perchè, con l'aggravante di aver commesso il fatto nell'esercizio delle sue funzioni di brigadiere dei carabinieri, aveva partecipato a un'associazione dedita al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione e aveva favorito e sfruttato la prostituzione delle donne straniere di cui ai capi precedenti, consistente nel tollerare baci, carezze e toccamenti nelle gambe, nei seni e nei glutei da parte dei clienti del suddetto locale notturno.

Il Fanale rinunciava alla istanza di riesame contro il provvedimento cautelare.

2 - Ma in data 29.12.2004, all'esito dell'interrogatorio di tutti gli indagati, il difensore del Fanale chiedeva la revoca degli arresti domiciliari, adducendo l'insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza e l'assenza di esigenze cautelari.

Il giudice per le indagini preliminari del tribunale di Vasto, con ordinanza del 3.1.2005, rigettava la istanza di revoca.

Avverso il rigetto il difensore del Fanale proponeva appello, adducendo la insussistenza dei gravi indizi in ordine a tutti i reati contestati, l'assenza di esigenze probatorie, l'assenza del pericolo di reiterazione criminosa, nonché la violazione del criterio di adeguatezza e proporzionalità delle misura cautelare prescelta.

Il tribunale di L'Aquila, con ordinanza del 31.1.2005, confermava il provvedimento reiettivo appellato, osservando che la revoca della misura cautelare postula il venir meno dei presupposti di legge per fatti nuovi sopravvenuti rispetto al momento in cui la misura cautelare è diventata definitiva: nel caso di specie non era stato addotto nessun fatto nuovo relativamente al quadro indiziario o alle esigenze cautelari.

2.1 - Avverso questa ordinanza il Fanale ha proposto ricorso col ministero del suo difensore, deducendo sei motivi a sostegno (ricorso n. 5470/05).

In particolare lamenta:

2.1.1 - violazione e falsa applicazione dell'art. 299 c.p.p., giacchè questa norma impone la revoca immediata della misura coercitiva quando risultano mancanti anche per fatti sopravvenuti le sue condizioni di applicabilità; e giacchè la preclusione processuale (c.d. giudicato cautelare) si forma solo in esito a un giudizio impugnatorio, e cioè a seguito delle pronunce emesse dal tribunale in sede di riesame o di appello e dalla corte di Cassazione.

2.1.2 - violazione dell'art. 606 lett. e) c.p.p. laddove il tribunale, travisando i fatti e ignorando i motivi di appello, ha affermato che non erano stati dedotti fatti nuovi;

2.1.3 - ancora mancanza di motivazione ex art. 606 lett. e) c.p.p. laddove il tribunale aveva omesso di esaminare le argomentazioni dell'appellante in ordine alla inesistenza di gravi indizi di colpevolezza;

2.1.4 - mancanza di motivazione in ordine alla eccepita insussistenza del reato di cui al capo b) perchè il fatto non è più previsto dalla legge come tale;

2.1.5 - mancanza di motivazione in ordine alla eccepita assenza di esigenze cautelari, non bastando ad adempiere all'obbligo motivazionale il mero e generico richiamo del provvedimento impugnato.

2.1.6 - ancora mancanza di motivazione in ordine alla eccepita assenza di pericolosità dell'indagato, conseguente alla sua incensuratezza. alla sua sospensione dalla funzioni di brigadiere dei carabinieri e al sequestro preventivo del locale notturno in cui si verificava l'attività incriminata.

3 - Nel frattempo, con provvedimento del 7.1.2005, su richiesta del pubblico ministero, il predetto g.i.p. del tribunale vastese, rilevando che il Fanale aveva reiteratamente trasgredito al divieto di comunicare con persone diverse dai familiari, a norma dell'art. 276 c.p.p. sostituiva gli arresti domiciliari con la custodia cautelare in carcere.

Contro il provvedimento veniva tempestivamente proposta istanza di riesame, contestando analiticamente che si fossero verificati i contatti ritenuti dal g.i.p. e deducendo comunque la perdita di efficacia della misura cautelare ai sensi dell'art. 302 c.p.p. giacchè dopo la esecuzione della misura carceraria era stato omesso l'interrogatorio del Fanale, imposto dall'art. 294 c.p.p. nel termine di cinque giorni dalla esecuzione della misura stessa.

4- Il tribunale di L'Aquila, quale giudice del riesame, con ordinanza del 20.1.2005, rigettava l'istanza confermando la misura carceraria.

Osservava anzitutto che esulava dall'ambito del riesame la questione della decadenza della misura cautelare per mancanza dell'interrogatorio previsto dall'art. 294 c.p.p., la quale, inerendo alla persistenza della misura e non alla sua legittimità originaria, deve essere affrontata nel diverso procedimento previsto dall'art. 306 c.p.p..

Rilevava inoltre che il Fanale aveva ricevuto nella sua abitazione persone estranee al suo nucleo familiare, tra i quali Daniele Montemurro e Giuseppe Di Risio, definiti "soggetti di interesse investigativo in procedimenti collegati o connessi". 4.1 - Avverso l'anzidetta ordinanza ha proposto ancora ricorso il Fanale col ministero del suo difensore fiduciario, deducendo quattro motivi (ricorso n. 4045/05).

Lamenta in particolare:

4.1.1 - violazione degli artt. 302, 306 e 299 c.p.p. per omessa declaratoria della estinzione della misura carceraria e conseguente liberazione dell'indagato. Argomenta che la Corte di Cassazione può conoscere della questione relativa all'estinzione della misura, posto che il ricorso di legittimità esercita una particolare vis attrattiva sulle questioni di estinzione della misura previste dall'art. 306 c.p.p.;

4.1.2 - mancanza e manifesta illogicità di motivazione, nonchè travisamento del fatto, in ordine alla sussistenza delle trasgressioni alla prima misura cautelare e alla gravità delle stesse, giacchè il tribunale non ha preso in considerazione le argomentazioni difensive in merito (secondo le quali il

Montemurro, dopo aver telefonicamente preannunciato alla moglie una sua visita, non si presentò più nell'abitazione del Fanale, mentre non vi erano elementi per dimostrare contatti col Di Risio);

4.1.3 - mancanza e manifesta illogicità della motivazione, laddove il tribunale ha ritenuto sussistenti le esigenze probatorie, inadeguati gli arresti domiciliari a fronte delle asserite trasgressioni e proporzionale la nuova misura carceraria;

4.1.4 - ancora mancanza della motivazione, laddove la ordinanza impugnata non ha assolutamente preso in considerazione le argomentazioni difensive svolte nella discussione camerale per dimostrare l'insussistenza del reato sub b) per intervenuta depenalizzazione, l'insussistenza del reato associativo sub a) perchè assorbito nella condotta associativa contestata al capo c), e infine la mancanza dei gravi indizi in ordine al reato sub c), posto che nessun cliente del locale notturno ha mai affermato di aver ricevuto prestazioni sessuali a pagamento.

5 - In sede preliminare i due ricorsi sono stati riuniti ai sensi degli artt. 611 e 17 c.p.p., trattandosi di misure cautelari relative agli stessi reati e alla stessa persona.

In esito alla discussione orale il procuratore generale e il difensore hanno concluso come indicato in epigrafe.

Motivi della decisione

6 - Va anzitutto esaminato il ricorso n. 4045/05 contro l'ordinanza del 20.1.2005 con cui il tribunale del riesame di L'Aquila ha confermato la misura carceraria disposta dal g.i.p. in data 7.1.2005.

L'ordinanza impugnata ha correttamente ritenuto inammissibile in sede di riesame la questione della decadenza della misura carceraria per mancanza dell'interrogatorio prescritto dall'art. 294 c.p.p., in conformità al seguente principio affermato dalla sezioni unite di questa corte:

"Poichè il procedimento di riesame è preordinato alla verifica dei presupposti legittimanti l'adozione del provvedimento cautelare, e non anche di quelli incidenti sulla sua persistenza, non è consentito dedurre con tale mezzo di impugnazione la successiva perdita di efficacia della misura derivante dalla mancanza o invalidità di successivi adempimenti; ne consegue che esulano dall'ambito del riesame le questioni relative a mancanza, tardività o comunque invalidità dell'interrogatorio previsto dall'art. 294 cod. proc. pen., le quali, inerendo a vicende del tutto avulse dall'ordinanza oggetto del gravame, si risolvono in vizi processuali che non ne intaccano l'intrinseca legittimità ma, agendo sul diverso piano della persistenza della misura, ne importano l'estinzione automatica che deve essere disposta, in un distinto procedimento, con l'ordinanza specificamente prevista dall'art. 306 cod. proc. pen., suscettibile di appello ai sensi dell'art. 310 dello stesso codice".

(Sez. Un., n. 26 del 20.7.1995, Galletto, rv. 202015).

Ciò non esclude però che, ove la questione della decadenza della misura sia riproposta con ricorso per Cassazione che deduca anche la illegittimità originaria della misura stessa, il giudice di legittimità sia competente a conoscere anche della dedotta questione di decadenza. Le stesse sezioni unite hanno infatti chiarito:

"Le cause che determinano l'inefficacia della custodia cautelare (nella specie per asserita inosservanza del termine perentorio fissato dall'art. 309, comma quinto, cod. proc. pen.), poichè non agiscono sul piano dell'intrinseca legittimità dell'ordinanza applicativa, devono essere fatte valere nell'ambito di un distinto procedimento, mediante l'istanza di revoca specificamente prevista dall'art. 306 cod. proc. pen. e i rimedi eventuali dell'appello e del ricorso per Cassazione, e non

mediante riesame. Tuttavia, ove con il ricorso per Cassazione avverso la decisione sulla richiesta di riesame sia censurata, insieme con la perdita di efficacia del provvedimento coercitivo, anche la legittimità originaria dello stesso, si dispiega la "vis attractiva" del proposto gravame e si radica la competenza del giudice di legittimità: con la conseguenza che, se l'assunto dell'inefficacia sopravvenuta della misura cautelare è fondato, non si ritarda ulteriormente la decisione "de liberate" conseguente all'estinzione della misura, che si sarebbe dovuta richiedere in altra sede ex art. 306 cod. proc. pen., subito dopo l'ordinanza del tribunale del riesame." (Sez. Un., n. 1807 del 27.3.1997, Cappuccio, rv. 207193; negli stessi termini anche Sez. Un. n. 25 del 18.1.1999, Algani, rv. 212072).

Nel caso di specie il Fanale ha proposto ricorso per contestare la legittimità originaria della misura carceraria, soprattutto per violazione dell'art. 276 c.p.p., ma ha contestualmente e preliminarmente insistito nel chiedere la dichiarazione di decadenza della misura ai sensi dell'art. 302 c.p.p..

In ossequio al principio richiamato, quindi, questa corte deve esaminare pregiudizialmente la dedotta questione della decadenza.

7 - Tale questione appare fondata.

E' infatti pacifico che dopo la sostituzione degli arresti domiciliari con la più grave misura della custodia carceraria ai sensi dell'art. 276, primo comma, c.p.p., il g.i.p. del tribunale di Vasto non ha proceduto all'interrogatorio di garanzia del Fanale entro il termine previsto dall'art. 294 c.p.p..

In linea di diritto non può dubitarsi che l'interrogatorio di garanzia ex art. 294 c.p.p. sia prescritto, a pena di decadenza della misura cautelare, anche nel caso in cui la misura originaria venga sostituita da una più grave ex art. 276 c.p.p. in seguito alla trasgressione delle prescrizioni inerenti alla medesima misura originaria, E ciò indipendentemente dalla circostanza che il giudice abbia già proceduto all'interrogatorio in relazione alla misura meno grave sostituita (nella specie gli arresti domiciliari).

La ratio dell'interrogatorio di garanzia (come risulta dalla relazione ministeriale e dal terzo comma dello stesso articolo 294) è quella di consentire al giudice, attraverso il contatto diretto con l'indiziato colpito dalla misura cautelare, l'acquisizione degli elementi necessari per una immediata verifica della persistenza dei presupposti della misura cautelare disposta. E questa verifica va logicamente compiuta ogni qual volta cambia il titolo della misura cautelare (nel caso di specie da arresti domiciliari a custodia in carcere) e cambiano per conseguenza i suoi presupposti (che nel caso di specie sono diventati la trasgressione del sottoposto agli arresti domiciliari all'obbligo di non comunicare con persone diverse dai familiari conviventi).

L'unica ipotesi in cui la giurisprudenza di legittimità esclude la necessità dell'interrogatorio è quella in cui gli arresti domiciliari sono sostituiti dalla restrizione in carcere per trasgressione al divieto di allontanarsi dal luogo della detenzione domiciliare. Ma ciò soltanto perchè, per espressa disposizione di legge (comma 1 ter art. 276 c.p.p., aggiunto dall'art. 16/3 D.L. 24.11.2000 n. 341, convertito con legge 19.1.2001 n. 4), il giudice non ha un potere di rivalutazione discrezionale delle esigenze cautelari, essendo obbligatoria la sostituzione della detenzione domiciliare con quella carceraria: in altri termini, come ha chiarito la Corte costituzionale con la sent. n. 40/2002, la suddetta novella codicistica ha introdotto una presunzione di inadeguatezza di ogni misura diversa dalla custodia cautelare in carcere una volta che la meno affittiva misura degli arresti domiciliari si sia rivelata insufficiente allo scopo, per la trasgressione al suo contenuto essenziale (Sez. 6^a, n. 942 del 19.1.2004, Monsignore, rv. 228051;

Sez. 4^a n. 2395 del 20.5.2004. Malanni, rv. 228915; in precedenza, sostanzialmente con gli stessi argomenti, Sez. ter., n. 37820 del 4.10.2003, D'Amato, rv. 225927). Anche se, per la verità, la stessa sentenza costituzionale ha precisato che tale presunzione legislativa non priva il giudice del potere di apprezzare, in tutte le sue connotazioni strutturali e finalistiche, la trasgressione in concreto realizzata al fine di verificare quei caratteri di effettiva lesività alla cui stregua ritenere integrata la violazione assunta dalla norma a presupposto della sostituzione cautelare. Il che indurrebbe a pensare che anche nell'ipotesi di sostituzione della misura per violazione dell'obbligo di non allontanarsi dal luogo della detenzione domiciliare permane il potere-dovere del giudice di procedere all'interrogatorio.

Concludendo su questo punto, comunque, va accolto il primo motivo del ricorso 4045/05 (v. sopra n. 4.1.1), mentre gli altri motivi restano assorbiti (da 4.1.2 a 4.1.4). Per conseguenza, va dichiarata la immediata perdita di efficacia della misura carceraria disposta il 7.1.2005 dal g.i.p. del tribunale di Vasto, perchè non seguita dall'interrogatorio dell'indiziato entro il termine di legge.

Vanno quindi annullate senza rinvio sia la detta ordinanza del 7.1.2005 sia l'ordinanza 20.1.2005 del tribunale del riesame di L'Aquila, impugnata col ricorso 4045/05.

Per l'effetto il Fanale deve essere scarcerato, se non detenuto per altra causa, salva la possibilità del giudice di rinnovare la misura su richiesta del pubblico ministero ex art. 302 c.p.p..

8 - Contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente, la decadenza della misura sostitutiva della custodia carceraria non fa venir meno anche la misura sostituita degli arresti domiciliari. Il che è coerente alla ratio che ispira l'istituto della sostituzione della misura cautelare previsto dall'art. 276 c.p.p..

Con questa norma, invero, il legislatore prevede che, quando una misura cautelare personale si rivela in concreto inadeguata al suo scopo perchè l'indiziato ne ha trasgredito le prescrizioni, il giudice può sostituire la misura (ovvero cumularla) con altra più grave e presumibilmente più adeguata. Ne deriva che quando la misura più grave viene meno, o per ragioni sostanziali (ad esempio perchè si accerta l'inesistenza della trasgressione), o per ragioni processuali (ad esempio, ex art. 302 c.p.p., perchè la misura non è seguita da tempestivo interrogatorio di garanzia, o, ex art. art. 309, comma 10, c.p.p., perchè la decisione sul riesame non è intervenuta nel termine perentorio previsto dalla legge) resta la validità ed efficacia della prima misura meno grave. Sarebbe infatti paradossale e contrario alla logica evidente dell'istituto che la misura cautelare più lieve debba venir meno per una vicenda esterna alla fattispecie procedimentale che la riguarda e attinente soltanto alla specifica fattispecie della misura più grave. Il paradosso sarebbe ancora più grave se si arrivasse a sostenere (com'è implicito nell'argomentazione del ricorrente) che la misura più lieve venisse meno solo nel caso che fosse sostituita, e non nel caso che fosse cumulata, con la misura più grave. Del resto l'ordinamento processuale prevede, con l'art. 185 c.p.p., solo un principio di nullità consequenziale, per cui la nullità di un atto o di un provvedimento rende invalidi gli atti o i provvedimenti consecutivi che dipendono da quello dichiarato nullo. Ma l'annullamento della misura più grave non può comportare anche quello della misura meno grave, giacchè questa non è consequenziale alla prima, ma al contrario ne è il presupposto. Più esattamente ad essere annullato è il provvedimento di sostituzione (o di cumulo) della misura, con la conseguenza che rivive la misura sostituita (o persiste solo la misura che aveva subito il cumulo).

L'argomentazione è ancora più stringente se poi non si tratta di invalidità, ma di perdita di efficacia della misura più grave (come nel caso di specie), perchè allora non esiste neppure in astratto un principio di "decadenza consequenziale" simile a quello della nullità consequenziale. In altri termini, ove si verifichi la decadenza della misura sostitutiva, venendo meno l'efficacia della

sostituzione, riprende vita la misura sostituita. Non occorre precisare che questo ragionamento vale solo per i casi di decadenza della misura per ragioni processuali quali quelle di cui all'art. 309, comma 10, o all'art. 302 c.p.p.. Non vale certo per il caso ben diverso in cui la misura si estingue per decorrenza dei termini di custodia cautelare. In tal caso infatti la misura cessa perchè ha esaurito la sua funzione cautelare propria (ivi compresa quella di sostituire la misura meno grave); mentre nei primi casi essa perde la propria efficacia per ragioni processuali "esterne" alla sua propria funzione, e attinenti piuttosto alla mancanza di determinate garanzie di controllo (riesame della misura o interrogatorio dell'indiziato entro brevi termini di legge).

9 - Per conseguenza, deve esaminarsi nel merito il ricorso (n. 5470/05) proposto contro l'ordinanza del 31.1.2005, con cui il tribunale aquilano ha respinto l'appello avverso il provvedimento del g.i.p. del tribunale di Vasto, che aveva denegato la revoca degli arresti domiciliari.

Merita anzitutto accoglimento il primo motivo di ricorso (n. 2.1.1) che censura l'argomentazione del tribunale secondo cui la revoca della misura cautelare postula il venir meno dei presupposti di legge della misura solo per fatti ad essa sopravvenuti. Tale argomentazione, infatti, sebbene appaia conforme alla nozione dommatica di "revoca", come contrapposta alla nozione di "annullamento", confligge col tenore letterale dell'art. 299, comma 1, c.p.p., secondo cui le misure coercitive sono immediatamente "revocate" quando risultano mancanti, "anche" per fatti sopravvenuti, i presupposti legali che le giustificano. Con tutta evidenza ciò significa che la revoca è dovuta anche nel caso in cui il giudice accerti che i presupposti legali mancavano sin dall'origine.

E infatti le sezioni unite di questa corte, con una pronuncia del 1994 che capovolve l'impostazione di una sentenza delle stesse sezioni di appena un anno precedente, ha statuito che l'ordinanza in tema di revoca della misura mira a verificare la sussistenza attuale delle condizioni applicabilità della misura stessa, "avendo riguardo sia ai fatti sopravvenuti, sia a quelli originari e coevi all'ordinanza impositiva, facendoli oggetto di una valutazione eventualmente diversa da quella prescelta dal giudice che ha applicato la misura" (Sez. Un. n. 11 del 28.7.1994, Buffa, rv.

198212; mentre Sez. Un. n. 14 del 21.7.1993, Dell'Orno, rv. 1943 12 aveva affermato che la "revoca di una misura cautelare personale può aver luogo ai sensi dell'art. 299 c.p.p. solo in conseguenza di quanto acquisito successivamente, alla definitività del titolo custodiate e sostanzialmente o processualmente inficiante le condizioni in base alle quali era stato emesso quel determinato provvedimento").

La sentenza Buffa ha anche precisato che "il giudice competente a pronunciarsi sulla revoca della misura cautelare non incontra alcuna preclusione - quanto all'accertamento della carenza originaria (oltre che persistente) di indizi o di esigenze cautelari - nella mancata impugnazione dell'ordinanza cautelare nei termini previsti dagli artt. 309, comma primo, e 311, comma secondo, c.p.p.". Sicchè, nel caso di specie, nessun c.d. giudicato cautelare si era formato per effetto della mancata istanza di riesame contro il provvedimento impositivo degli arresti domiciliari, o più esattamente per effetto della rinuncia alla istanza di riesame medesima.

10- Nel merito, tuttavia, le altre censure del ricorrente non meritano accoglimento, giacchè l'ordinanza del tribunale, integrata dall'appellato provvedimento emesso dal g.i.p. di Vasto in data 3.1.2005, appare sufficientemente motivata in ordine ai gravi indizi di colpevolezza e alle esigenze cautelari.

Riguardo a entrambi questi presupposti, infatti, il tribunale ha ritenuto, con motivazione incensurabile in questa sede, che il Fanale non aveva prospettato fatti nuovi tali da invalidare il quadro indiziario o da attenuare le esigenze cautelari che risultavano dall'originario provvedimento

impositivo del g.i.p.. Anche le due specifiche circostanze sopravvenute, asserite dal ricorrente - essere stato sospeso dalle funzioni di carabiniere ed essere stato sequestrato il locale notturno in cui si esibivano le prostitute straniere - non sono tali da far venir meno la pericolosità personale che il giudice aveva ritenuto di neutralizzare con gli arresti domiciliari, atteso che il Fanale può continuare a utilizzare la rete di relazioni e conoscenze personali già acquisite per reiterare la sua attività criminale di introduzione clandestina di donne straniere al fine di avviarle alla prostituzione in altri locali notturni o addirittura sulla pubblica via, anche se è momentaneamente privato delle funzioni di carabiniere.

11 - Del pari è giuridicamente infondato il motivo di ricorso con cui si sostiene che il fatto contestato al capo b) non è più preveduto dalla legge come reato (n. 2.14).

La sentenza delle sezioni unite di questa corte, richiamata dal ricorrente, ha soltanto stabilito che "l'assunzione di lavoratori extracomunitari privi di autorizzazione al lavoro non è più prevista dalla legge come reato dopo l'abrogazione espressa dell'art. 12, comma 2, legge 30.12.1986 n. 943, disposta dall'art. 46, comma 1, lett. c) legge 6.3.1998 n. 40 (riprodotta dall'art. 47, comma 2, lett. ec D.Lgs. 25.7.1998 n. 286) e l'introduzione della nuova ipotesi di reato di assunzione di lavoratori extracomunitari privi di permesso di soggiorno ad opera dell'art. 22, comma 12, del citato decreto legislativo, giacchè si è in presenza di una "abrogatio criminis" per la mancanza di continuità del tipo di illecito e per il mutamento del bene giuridico oggetto di tutela" (Sez. Un. n. 33539 dell'11.9.2001, Donatelli, rv. 219530). Invero, la fattispecie di cui all'art. 12, comma 2, legge 943/1986 puniva il datore di lavoro che occupava alle sue dipendenze lavoratori immigrati extracomunitari sprovvisti dell'autorizzazione al lavoro prevista dalla legge, ed aveva per oggetto giuridico la tutela dei lavoratori immigrati e la repressione del c.d. lavoro nero. Essa fu dapprima abrogata - come ricordato dalla sentenza Donatelli - dall'art. 12 comma 1 lett. e) della legge 40/1998, la quale contemporaneamente introdusse una diversa fattispecie disciplinata nell'art. 20, comma 8. Sia l'abrogazione sia l'introduzione della nuova figura penale sono state confermate e trasfuse nel nuovo testo unico sulla disciplina dell'immigrazione e sulla condizione dello straniero, rispettivamente con l'art. 47, comma 2, lett. c) e con l'art. 22, comma 12, D.Lgs.

286/1998. Orbene, l'art. 20, comma 8, legge 40/1998 e l'omologo art. 22, comma 12, del D.Lgs. 286/1998 puniscono il datore di lavoro che occupa alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi di valido permesso di soggiorno; ed hanno come prevalente oggetto giuridico la repressione della immigrazione clandestina.

E' però evidente che il fatto contestato sub b) è previsto da norme giuridiche oggettivamente diverse da quelle testè esaminate.

Infatti, i commi 3, 3 bis e 3 ter dell'art. 12 del più volte menzionato D.Lgs. 286/1998 puniscono chiunque compie atti diretti a procurare l'ingresso clandestino di stranieri nel territorio dello Stato italiano al fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento sessuale (o l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento).

E' chiaro che si tratta di condotte completamente diverse da quella di occupare alle proprie dipendenze lavoratori privi di autorizzazione al lavoro o di permesso di soggiorno; sicchè l'abrogazione del reato di occupazione di lavoratori privi di autorizzazione e l'introduzione del nuovo reato di occupazione di lavoratori privi di permesso di soggiorno non spiegano alcun effetto sul reato di favoreggiamento della immigrazione clandestina al fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione.

12 - E' invece fondato l'assunto secondo cui il reato associativo sub a) resta assorbito nella condotta associativa contestata sub c):

assunto sviluppato nel quarto motivo del ricorso 4045/05, relativo alla misura carceraria (v. n. 4.1.4), ma comunque rilevabile d'ufficio anche in relazione alla misura degli arresti domiciliari.

Invero, l'art. 416 c.p. e l'art. 3 n. 7 della legge 75/1968 rappresentano indubbiamente un caso di concorso apparente di norme penali, che va risolto applicando solo la norma speciale ai sensi dell'art. 15 c.p..

L'art. 416 c.p. è norma generale che punisce chiunque si associa in numero di tre o più persone allo scopo di commettere più delitti.

L'art. 3 n. 7 è norma speciale perchè punisce chiunque espliciti un'attività in associazioni dedite: a) al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione; o b) allo sfruttamento della prostituzione. Elemento comune alle due fattispecie è la condotta associativa al fine di commettere delitti; mentre elemento speciale o specializzante della seconda è il fine di commettere quei particolari delitti che sono il reclutamento o lo sfruttamento della prostituzione (previsti rispettivamente ai nn. 4 e 8 della stessa legge 75/1958).

Ne consegue che nel caso di specie va applicata soltanto la norma speciale di cui all'art. 3 n. 7 della legge 75/1958. 13 - Dalle considerazioni sopra svolte deriva che l'ordinanza impugnata del 31.1.2005, e per conseguenza quella impositiva degli arresti domiciliari emessa dal g.i.p. vastese il 7.12.2004, vanno annullate senza rinvio limitatamente al reato di cui all'art. 416 c.p., contestato al capo a) perchè assorbito nel reato contestato al capo c) dell'imputazione.

Per il resto, il ricorso 5470/05 deve essere respinto, perchè i motivi di merito dedotti a sostegno (nn. da 2.1.2 a 2.1,6) o prospettano circostanza di fatto sottratte alla cognizione del giudice di legittimità o sono comunque infondati.

P.Q.M.

La Suprema Corte di Cassazione annulla senza rinvio l'impugnata ordinanza del 20.1.2005 e quella resa dal g.i.p. del tribunale di Vasto il 7.1.2005. Annulla inoltre senza rinvio l'impugnata ordinanza del 31.1.2005 limitatamente al capo a). Rigetta nel resto i ricorsi.

Manda alla cancelleria per gli adempimenti di cui all'art. 626 c.p.p..

Così deciso in Roma, il 7 aprile 2005.

Depositato in Cancelleria il 8 giugno 2005