

Le interrelazioni tra custodia cautelare, giudicato e pena espiata con riguardo particolare agli istituti della “c.d. contestazione a catena”, del ragguglio tra custodia subita e pena espiata, della “c.d. fungibilità”.

(Relazione al corso di formazione decentrata settore penale della Corte di appello di Palermo sul tema: “Il computo dei termini di durata della custodia cautelare”)

Scopo della presente indagine è, specificamente, la ricerca delle interrelazioni esistenti tra fase cautelare e fase esecutiva della pena, con particolare riguardo ai settori della contestazione a catena, della applicazione degli istituti del c.d. “*ne bis in idem*”, della fungibilità (rispettivamente artt. 649 e 657 cc.3 e 4 cpp) e del ragguglio tra custodia subita e pena espiata. Tali interrelazioni, infatti, possono presentare, nella prassi applicativa quotidiana del giudice della cognizione e dell’esecuzione, profili di criticità, soprattutto nelle ipotesi di caducazione della misura per uno dei fatti di reato per cui sia intervenuta, con sentenza, unificazione per continuazione con altri reati per cui pure sussista e sia ancora efficace titolo cautelare.

1. La questione della ravvisabilità della contestazione a catena e della retrodatazione di cui all’art. 297 c. 3 cpp, nella ipotesi in cui sia intervenuto il passaggio in giudicato della sentenza per il fatto contestato con il primo titolo custodiale.

Si tratta invero di una questione frequentemente ricorrente nella pratica e che può fungere da preliminare condizione di sbarramento dell’accesso alla retrodatazione di cui all’art. 297 c. 3 cpp; ciò in quanto l’accertamento in via preliminare del passaggio in giudicato della condanna per il fatto oggetto del primo titolo custodiale, ben potrebbe esonerare il giudice dalla verifica della sussistenza in concreto dei presupposti, sovente di difficile accertamento e richiedenti un notevole impegno anche di acquisizione di atti, della connessione dei fatti, ovvero della desumibilità dagli atti, degli elementi indiziari a sostegno della seconda o.c.c.

Occorre quindi abituarsi a ricostruire siffatta questione in termini di questione di eventuale inammissibilità, la cui sussistenza esonera il giudice dalla passaggio alla verifica, spesso defaticante e di lunga durata, dei requisiti ulteriori dell’istituto della contestazione a catena.

Sulla questione, è noto che sussisteva un contrasto giurisprudenziale tra pronunzie che escludevano l'istituto della retrodatazione ex art. 297 c. 3 cpp, in caso di passaggio in giudicato della sentenza di condanna per il fatto oggetto della prima o.c.c. (cfr. cass. 25.3.03, Monteforte, cass n.3013/07 ric. Del Bianco M., cass. sez. V 20.2.08, Virga), e il minoritario orientamento che non richiedeva che al momento della seconda o.c.c. fosse ancora efficace la misura custodiale (cfr. *ex plurimis* cass. 4.10.07, Pierno, cass. 15.11.07, Baccaglini). E' altrettanto noto che tale contrasto ha determinato una recente pronunzia a s.u. (cfr. sentenza S.U. 23.4.09, dep. 18.5.09, ric. Iaccarino), che ha risolto la disarmonia interpretativa, affermando il seguente principio di diritto: " *la disciplina, prevista dall'art. 297 c.p.p., comma 3 in tema di c.d. contestazione a catena, della retrodatazione dei termini di durata della custodia cautelare relativi ad una misura disposta con ordinanza successiva, non opera quando per i fatti di cui alla prima ordinanza l'imputato sia stato condannato con sentenza passata in giudicato ancor prima dell'adozione della seconda misura*".

L'analisi dell'*iter* argomentativo seguito dalle sezioni unite per approdare a tale esito emerneutico, potrebbe essere lasciato alla lettura di ciascuno di noi, nel concreto dell'esercizio delle proprie funzioni interpretative ed al proprio personale studio, se non fosse che l'analisi del percorso motivazionale seguito dalle S.U., può esserci di ausilio per risolvere una ulteriore e connessa questione, ancora controversa nel dibattito giurisprudenziale susseguente, afferente all'ambito di applicazione di siffatto principio, ossia se esso sia applicabile anche nella ipotesi in cui al momento della adozione della seconda ordinanza retrodatabile, non sia ancora intervenuto il giudicato sulla condanna per il fatto oggetto della prima o.c.c. Infatti, all'indomani della pronunzia delle S.U. si è subito aperto sul punto un nuovo contrasto giurisprudenziale, non ancora pervenuto, per quanto a nostra conoscenza di operatori di merito, alla attenzione delle S.U.

Ed allora, occorre ripercorrere la sentenza Iaccarino, che aveva riguardo in concreto ad una fattispecie in cui le due ordinanze custodiali erano state emesse dalla medesima autorità giudiziaria a carico dello stesso imputato e in procedimenti diversi, per fatti commessi antecedentemente alla prima misura, ed ove il secondo provvedimento restrittivo era stato eseguito quando la pena inflitta con la sentenza definitiva di condanna per i fatti di cui alla prima ordinanza era già stata interamente espiata (in questa essendo stato computato il "presofferto") ed era stata pertanto disposta la scarcerazione dell'imputato. Già lo stesso quesito rimesso alle S.U. sottolineava l'anteriorità del giudicato alla emissione del secondo titolo custodiale.

Il ragionamento motivazionale seguito dalla S.C. muove da alcuni argomenti letterali e da alcuni rilievi sistematici. Il primo dato valorizzato dalle S.U è quello letterale, secondo cui la norma dell'art. 297 c. 3 cpp sembra postulare la qualità attuale di "imputato" per i fatti contemplati dalle plurime ordinanze applicative della medesima misura, (i termini di durata sono commisurati alla "imputazione" più grave), e sembra pretendere quindi che le ordinanze cautelari siano ancora *in itinere*. Allora, si argomenta che, se è sopravvenuta sentenza di condanna irrevocabile nel procedimento per i reati di cui alla prima ordinanza, l'imputato è ormai divenuto un "condannato" e soprattutto il titolo custodiale non è più rappresentato "dall'ordinanza" cautelare ma dalla "sentenza" di merito.

Altro argomento utilizzato dalla S.C. è di tipo logico. In difetto della "*coesistenza*" o "*contestualità*", in atto, della pluralità delle misure a causa della cessazione della prima vicenda cautelare, non può parlarsi di un surruttizio "prolungamento", nel senso proprio della parola, dei termini della misura custodiale applicata con la prima ordinanza. In altre parole, all'atto del secondo provvedimento restrittivo, al regime di detenzione preventiva è subentrato quello di espiazione della pena inflitta per il reato oggetto dell'antecedente ordinanza. Dunque, la misura cautelare non è più giuridicamente esistente, ne' può sussistere alcuna questione di termini di durata della medesima, che (cfr. anche Cass., Sez. Un., 14/7/2004 n. 31524, Litteri) perde ogni rilevanza quando diviene irrevocabile la sentenza di condanna a pena detentiva superiore al presofferto, aprendosi ormai con la definitività dell'accertamento di merito, la fase esecutiva. Per effetto del giudicato, inoltre, secondo le Sezioni unite, viene meno *la ratio* dell'istituto della retrodatazione/imputazione (ossia impedire che, con una seconda ordinanza restrittiva, si allunghino, in modo abnorme e strumentale, i termini della custodia cautelare relativi al primo provvedimento di cattura) quanto al periodo di custodia sofferta per i reati contemplati dalla prima ordinanza. Infatti, il generale principio cardine dell'esecuzione penale della detrazione del "presofferto", sancito dall'art. 657 c.p.p., comma 1, vale ad imputare la custodia patita alla pena irrogata per il fatto oggetto della prima o.c.c. .

In forza di tale computo o imputazione, non è consentito dall'ordinamento procedere al "recupero" del medesimo periodo di custodia, che del resto non esiste più, mediante l'operazione - di segno inverso - di imputazioni della pena espia alla durata di un diverso titolo custodiale in atto ¹.

¹ Letteralmente afferma la S.C.:” *Mette conto, infine, di osservare che, se la ratio di favore che ispira il divieto di "contestazioni a catena" è quella di evitare le conseguenze sulla durata delle misure cautelari di un possibile arbitrario comportamento del pubblico ministero, essa non sorregge un'interpretazione*

Altri supporti motivazionali del suddetto principio di diritto, risiedono, per le Sezioni Unite, nella ricognizione delle regole dirette a ricondurre in un'armonica ricomposizione, l'area dei complessi rapporti fra la disciplina, da un lato, degli effetti di determinate sentenze, dell'efficacia del giudicato e dell'esecuzione penale detentiva e, dall'altro, tra il regime della custodia cautelare, laddove essa sia sospettata di abnorme prolungamento a causa della diluizione e dello strumentale differimento delle contestazioni da parte dell'accusa.

In particolare, le Sezioni unite sfruttano come argomento motivazionale, le fattispecie risolutive della vicenda cautelare per effetto di determinate pronunce giudiziali, (archiviazione, non luogo a procedere, proscioglimento di merito, oppure, condanne a pena estinta per indulto, condizionalmente sospesa, ovvero a pena detentiva non superiore alla custodia cautelare già sofferta: art. 300 c.p.p., commi 3 e 4, e art. 532 c.p.p., comma 2), e soprattutto il divieto del *ne bis in idem* (art. 649 cpp), dalle stesse inteso come un vero e proprio principio di generale applicazione, destinato a fungere da strumento di sterilizzazione *tout court*, dell'efficacia della regola della retrodatazione/imputazione.

L'art. 649 c.p.p., nel disporre che "*l'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze ...*" (comma 1) e che "*se ciò nonostante viene di nuovo iniziato procedimento penale, il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa in dispositivo*" (comma 2), configura, infatti, una preclusione all'esercizio non solo della relativa azione penale, ma anche cautelare; ciò nel senso che il divieto del *ne bis in idem* ha una ricaduta anche sulla eventuale adozione di una misura cautelare, precludendola, ossia impedendo anche il potere di *ius dicere* in sede di adozione della misura. Inoltre, la portata generale del principio di "*ne bis in idem*", pure in pendenza di un procedimento già definito in primo grado e in attesa del giudizio di appello, impedisce

diversa da quella qui condivisa, ove si considerino le caratteristiche, invero paradigmatiche, del caso in esame. Sarebbe invero illogico ipotizzare che il pubblico ministero abbia strumentalmente diluito la contestazione degli addebiti e le conseguenti iniziative cautelari, onde perseguire un prolungamento dei termini di durata della prima misura, attendendo oltre tre anni, prima di fare richiesta di una nuova ordinanza applicativa della stessa misura per fatti diversi, non soltanto che l'odierno ricorrente venisse condannato per il delitto nella cui flagranza era stato arrestato e che la condanna divenisse irrevocabile, ma anche che l'imputato (indagato nel separato procedimento), scontata interamente la pena, venisse scarcerato e restasse in libertà per circa un anno, rischiandone la sottrazione all'esecuzione della nuova misura".

di avviare per lo stesso fatto e nei confronti della stessa persona, un nuovo procedimento, nell'ambito del quale sia altresì emessa ordinanza di custodia cautelare².

Di talché, proprio con particolare riferimento al nucleo originario comune costituito dall'ipotesi di "medesimezza" del fatto, quel che conta e appare assorbente, al fine di precludere l'applicazione di una misura cautelare per quel reato in ordine al quale l'imputato è già stato irrevocabilmente giudicato, è, dunque, solo l'accertamento della identità del fatto, intesa come corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, rapporto di causalità) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona.

Allora, concludono le Sezioni Unite che la *ratio* di garanzia cui s'ispira il divieto di un secondo giudizio sancito dall'art. 649 c.p.p., assolve per intero ai fini per i quali, solo a certe condizioni e in determinati luoghi e contesti del processo, si dispiega la differente e autonoma regola della retrodatazione dei termini di durata della custodia cautelare, stabilita dall'art. 297 c.p.p., comma 3 nel caso di emissione di più ordinanze che dispongono la medesima misura per uno "stesso fatto" nei confronti dello stesso imputato.

Ciò in quanto sarebbe illogico e asistemático prospettare una ricostruzione delle linee del fenomeno delle contestazioni a catena in termini e funzioni differenziate, a seconda che, una volta sopravvenuto il giudicato di condanna per il fatto reato di cui alla prima ordinanza cautelare, siano ascritti al medesimo imputato con un secondo provvedimento restrittivo lo "stesso fatto" (ipotesi nella quale l'ordinamento processuale appresta il rimedio preclusivo di cui all'art. 649 c.p.p.), ovvero "fatti diversi", avvinti o non da connessione qualificata (ipotesi nella quale residuerebbe invece, nel verificarsi dei presupposti di legge, l'applicabilità della regola dell'art. 297 c.p.p., comma 3).

Orbene, sul solco di tali argomentazioni delle S.U., copiosa giurisprudenza di legittimità riconosce che *"i principi enunciati nella richiamata giurisprudenza hanno una portata più generale e valgono anche quando il passaggio in giudicato della sentenza sia successivo. Anche in tal caso, infatti, la sopravvenienza del giudicato di condanna nel primo procedimento sostituisce il titolo definitivo di privazione della libertà personale a quello provvisorio (cautelare), che perde la sua ragion d'essere. Anche in questo caso l'applicazione del regime della retrodatazione/imputazione dei termini di durata della custodia cautelare finirebbe per determinare, pure in presenza del giudicato, una*

² Cfr. (Cass., Sez. 5[^], 10/7/1995, Pandolfo, rv. 202653; Sez. 6[^], 11/2/1999, Siragusa, rv. 212864; Sez. 6[^], 18/11/2004 n. 1892/05, Fontana, rv. 230860).

irrazionale e tardiva reviviscenza degli effetti di uno status detentionis il cui titolo è ormai irreversibilmente mutato” (cfr. cass. sez. I 5469/2010)³.

Al contrario, muovendo dalle medesime premesse ermeneutiche della sentenza Iaccarino e sottolineando una lettura costituzionalmente orientata della norma, altre decisioni della S.C. hanno ritenuto che non sia giustificata quella che esse qualificano come una applicazione estensiva della decisione delle S.U., ossia ai casi in cui all’atto della emissione della seconda o.c.c. non era ancora sopraggiunto il giudicato per il fatto di cui alla prima ordinanza custodiale (cfr. cass. sez. VI del 30.9.2010 dep. 13.10.2010, 36712/2010). Si afferma infatti in tale sentenza che: *”la ratio della sentenza Iaccarino riposa sul principio del “ne bis in idem” e sulla nozione di cosa giudicata, che cristallizzando con la condanna il giudizio di merito sui reati contestati per primi, renderebbe sistematicamente inapplicabile l’art. 297 c.p.p., comma 3 in ragione del fatto che al momento dell’emissione della seconda ordinanza l’imputato era stato già condannato per i fatti oggetto della prima. Siffatta ratio non ricorre, come già osservato nella sentenza di questa Sezione n. 26184 del 5/5/09 Umoh, e nella sentenza della I Sezione n.723 in data 4/3/10, nel caso in cui al momento dell’ emissione della seconda ordinanza il sottoposto a misura cautelare era ancora imputato per i fatti oggetto della prima. In questo caso, le due misure erano pertanto entrambe contestualmente in itinere, con conseguente astratta applicabilità della disciplina prevista dall’art. 297 c.p.p., comma 3, giacché, come ha evidenziato il giudice delle leggi, “l’identico regime di garanzia dovrà operare per tutti i casi in cui, pur potendo i diversi procedimenti coercitivi essere adottati in un unico contesto temporale, per qualsiasi causa l’autorità giudiziaria abbia invece prescelto momenti diversi per l’adozione delle singole ordinanze” (Corte Cost. n. 408/2005)”*. Pertanto, nel caso in cui sussistessero tutte le condizioni di concreta applicabilità del cit. art. 297 c.p.p., comma 3 e si dovesse perciò assumere quale termine di decorrenza della custodia la data di applicazione della prima ordinanza, l’imputato avrebbe maturato il diritto alla scarcerazione prima del passaggio in giudicato della sentenza relativa ai fatti di cui alla prima ordinanza.

³ In senso conforme cfr. anche cass. sez. I n.12551/2010 del 16.3.2010 dep.31.3.2010, secondo cui: *” le eventuali ragioni del condannato potranno essere adeguatamente fatte valere attraverso l’applicazione dell’istituto della continuazione, ovvero invocando l’intervenuta violazione del principio del ne bis in idem, di cui all’art. 649 c.p.p. atteso che, nel perimetro di forza espansiva del citato principio del “ne bis in idem” sono da ricomprendere, oltre all’esercizio dell’azione penale, altresì gli effetti cautelari e, più in generale, il potere di “ius dicere”, ad opera di un giudice investito della cognizione della medesima regiudicanda propria del secondo procedimento. Va infatti ritenuto che, con il giudicato, viene a consolidarsi la “somma preclusione”, conseguente alla consumazione del potere di azione, sia penale che cautelare e del potere di giurisdizione in ordine al medesimo fatto.”*

Tuttavia, la ricostruzione, a mio parere più pregevole, perché più completa, dalla tesi della inapplicabilità estensiva della sentenza Iaccarino, si rinviene nella sentenza n.723/2010 della I sezione penale, alla cui lettura rimando, segnalando soltanto che essa muove dalla considerazione dell'art. 13 cost., dalla necessità di comprimere in spazi sicuri i termini di durata della custodia, dal richiamo della decisione della corte cost. n.89/96, e dalla regola fissata dalle S.U. con la sent. 26.3.2009, Vitale, per l'ipotesi di valutazione a norma dell'art. 300 c.IV cpp, della entità di pena rilevante ai fini di una eventuale inefficacia della misura inflitta con condanna non definitiva per reato continuato. Tale decisione ha infatti statuito che: *"in caso di condanna non definitiva per reato continuato, per valutare, a norma dell'art. 300 comma 4 c.p.p., l'entità della pena ai fini di un'eventuale dichiarazione di inefficacia della custodia cautelare applicata soltanto per il reato meno grave, occorre avere riguardo alla pena concretamente inflitta come aumento ex art. 81 cpv. c.p."*

Tale richiamo ci introduce, dunque, al secondo tema della nostra riflessione, e tuttavia, prima di addentrarci nel suo esame, si ritiene opportuna qualche brevissima considerazione personale sull'argomento attualmente in esame.

E sul punto, si rimarca che, invero, i due filoni ermeneutici sopra richiamati, singolarmente, sembrano muovere dalla valorizzazione degli stessi argomenti usati dalla sentenza Iaccarino, per giungere tuttavia a conclusioni opposte.

A sommo parere di chi scrive, altro argomento soccorre per sancire l'esclusione dell'applicabilità dell'art. 297 c. 3 cpp, alle ipotesi in cui il fatto oggetto della prima o.c.c. sia già coperto da giudicato, sia che questo ultimo sopravvenga *in itinere*, ossia in corso di esecuzione della seconda o.c.c., sia che esso risulti anteriore alla emissione di questa ultima. Occorre infatti porre mente all'ultima parte dell'art. 297 cpp. Invero, la norma regola in generale l'ipotesi della concorrente e contemporanea detenzione per due titoli, l'uno cautelare, l'altro definitivo, sancendone la compatibilità e l'autonomia rispettiva, appunto ai soli fini del calcolo dei termini massimi e di fase, in forza di una *fictio iuris* derogante il disposto dell'art. 298 cpp, come si vedrà. Dunque, in forza dell'art. 297 cpp, il titolo definitivo non interrompe la decorrenza dei termini e gli effetti della misura decorrono appunto dal giorno della notifica dell'ordinanza che la dispone. A sua volta l'ordinanza cautelare non interrompe l'espiazione di pena. La norma generale, dunque, non lascia spazio a espresse previsioni di retrodatazioni o imputazioni per fatti connessi, di cui uno in fase cautelare, l'altro in fase di esecuzione di pena, in qualunque

momento l'ordine di esecuzione intervenga, ossia indipendentemente dal fatto che esso sia concomitante, anteriore o successivo all'adozione della misura per altro fatto.

Ciò, del resto, sembra porsi in linea con la sentenza Iaccarino, che pare assumere, nel suo tenore, una portata generale, e che rimanda alla fase esecutiva la verifica della possibilità di mitigazione di effetti di dilatazione eccessiva della restrizione, attraverso gli istituti dell'art. 649 cpp e dell'art. 657 cpp. Su di essi quindi occorre ora concentrarsi, passando prima all'esame della questione del ragguglio tra custodia subita e pena espiata, ossia all'esegesi dell'art. 300 c. IV cpp.

2. Il ragguglio tra custodia subita e pena espiata (art. 300 c. IV cpp).

La norma appena citata costituisce la massima espressione della regola, per così dire, "regina", che ispira la disciplina della custodia cautelare, ossia quella della proporzione tra pena espiata e custodia, sancendo il divieto che la custodia superi la pena inflitta anche con sentenza non definitiva. La norma, tuttavia, proprio perché si muove sul piano del ragguglio tra custodia e pena, anche provvisoria e non definitiva inflitta, attiene ad un ambito nettamente distinto da quello dei termini massimi o di fase della custodia.

Anzi, questo ultimo ambito è esplicitamente regolato ancora dal principio generale dell'art. 297 cpp, in tema di compatibilità tra custodia e pena in corso di esecuzione. La compatibilità della custodia cautelare con la detenzione per esecuzione di pena o l'internamento per misura di sicurezza vale, infatti, solo agli effetti dei termini di durata massima della custodia stessa, soccorrendo sul punto il chiaro tenore letterale dall'art. 297 c.p.p., comma 5, cpp. Questo principio non vale invece ai fini dell'art. 300 c. IV cpp, attenendo esso all'ipotesi in cui vi sia una sentenza di condanna per lo stesso fatto per cui è in corso la misura cautelare. In tale caso si riespande dunque la clausola generale dell'art. 298 cpp, per cui uno stesso periodo di detenzione non può essere imputato a più titoli. Pertanto, ove venga emesso ordine di esecuzione nei confronti di un soggetto in custodia cautelare per altro fatto, il periodo successivo all'inizio della carcerazione non è computabile nella pena detentiva che per quel fatto dovrà essere scontata qualora intervenga condanna definitiva. Ai fini del computo suddetto si dovrà tenere conto soltanto di quella frazione temporale trascorsa in stato di custodia cautelare relativamente alla quale non vi sia stata sovrapposizione con l'espiazione della pena. Allora, si ha conferma del fatto che la compatibilità tra misura cautelare ed espiazione pena, è operante soltanto nei limiti indicati dall'art. 297 comma 5 c.p.p., cioè soltanto ai fini del computo dei termini di durata massima della stessa misura cautelare.

L'ambito di applicazione dell'art. 300 comma 4 cpp va limitato soltanto nel caso in cui la sentenza di condanna sia per gli stessi fatti per i quali è in corso la misura cautelare e perché esso trovi applicazione è necessario anche che la durata della misura cautelare relativa ad un certo fatto sia non inferiore alla pena inflitta per quello stesso fatto. Per valutare tale ultima circostanza è necessario verificare, tuttavia, se l'espiazione della pena per altro fatto, abbia o meno avuto effetto sospensivo sul decorso della misura cautelare⁴. Lo strumento pratico per consentire all'interprete tale valutazione è offerto dalla c.d. posizione giuridica elaborata dall'ufficio matricola della casa circondariale.

Al contrario, allorché nei confronti di un imputato, detenuto in stato di custodia, si provveda anche all'esecuzione di una o più sentenze di condanna a pene detentive, il giudice potrà dichiarare cessata la custodia cautelare per decorrenza dei termini massimi ex art. 303 cpp, e quindi disporre la liberazione, se la durata della custodia stessa risulti superata nel termine massimo, nel quale va ricompreso anche il concomitante periodo di esecuzione della pena⁵. In definitiva non potrà imputarsi alla sola esecuzione della pena definitiva, il periodo di restrizione concomitante per il titolo definitivo e custodiale, agli effetti del computo dei termini della custodia.

Alla luce del criterio guida generale della proporzione tra pena espiata e custodia, e con una lettura costituzionalmente orientata dalla norma ex art. 300 c. IV cpp, occorre poi affrontare l'ulteriore questione connessa, relativa al significato dell'espressione "entità della pena irrogata" utilizzata dalla suddetta norma, quando la sentenza di condanna riguardi un reato continuato e il titolo cautelare riguardi soltanto un reato in continuazione, e non la violazione più grave.

Prima di chiudere sull'argomento appena affrontato appare opportuno segnalare un dato di grande rilevanza pratica per il giudice di merito, ossia il divieto, in caso di caducazione del titolo custodiale ex art. 300 c.IV cpp, di ripristino della custodia in carcere. In definitiva, non si può ricorrere all'art. 307 cpp. Tale norma, infatti, postula la decorrenza dei termini della misura e non la consumazione della misura per la sua corrispondenza alla pena inflitta anche con sentenza non irrevocabile.

3. L'applicazione dell'art.300 c.IV cpp nell'ipotesi di condanna per reati unificati sotto il vincolo della continuazione, dei quali soltanto

⁴ In termini Sez. 1 pen. 4.11.99-21.12.99, ric. Prete.

⁵ cfr. cass. sez. V n.9507/06

alcuni ed in particolare solo quelli ritenuti meno gravi dal giudice della cognizione di merito, siano assistiti da titolo custodiale ancora efficace.

Si tratta del tema della pronunzia a s.u. Vitale, già sopra richiamata, che si pone sul solco della sentenza Sez. un., 26 febbraio 1997, Mammoliti, che aveva già affermato il principio di diritto secondo cui, ai fini dell'art. 300 comma 4 c.p.p., nel caso di condanna per più reati avvinti dalla continuazione, qualora solo per il reato o per i reati satellite sia in corso una misura cautelare custodiale, la pena a cui occorre fare riferimento per verificare se la durata della custodia cautelare subita sia non inferiore ad essa, è quella concretamente inflitta per il reato o (complessivamente) per i reati satellite cui si riferisce la custodia cautelare.

Va accennato che analoga questione si è posta per l'individuazione dei termini di durata massima della custodia cautelare (art. 303 c.p.p.). Occorre cioè verificare se occorra fare riferimento, ai fini della determinazione della reclusione rilevante per l'individuazione del termine di fase dopo la sentenza di condanna, alla pena complessiva inflitta, ovvero alle pene relative ai singoli reati unificati per continuazione. La problematica è stata affrontata dalla sentenza Sez. un., 31 maggio 2007, Keci che aveva riguardo all'ipotesi del tutto diversa in punto di fatto, rispetto alla citata sentenza Mammoliti, di condanna unica per più delitti, per ciascuno dei quali è in corso la misura cautelare. Orbene, hanno concluso le S. U. con la citata pronunzia Keci, nel senso che, allorché vi sia stata sentenza di condanna in primo o in secondo grado, deve aversi riguardo alla pena complessivamente inflitta per tutti i reati per i quali è in corso la misura custodiale, e quindi alla pena unitariamente quantificata a seguito dell'applicazione del cumulo materiale o di quello giuridico derivante dal riconoscimento del vincolo della continuazione. Pertanto, nell'affermare il suddetto principio di diritto, la sentenza Keci si è posta in realtà, pur avendo riguardo ad una diversa fattispecie, (permanente efficacia della misura per tutti i reati per cui è intervenuta condanna anche con applicazione della continuazione), in perfetta linea con sentenza Mammoliti. Le stesse S.U del 2007 hanno osservato, infatti, che il principio enunciato è implicitamente ricavabile dalla sentenza Mammoliti, alla cui analitica lettura quindi si rinvia, perché costituisce, malgrado la risalente datazione, la pronunzia cardine sull'argomento.

Il quesito che ha dato luogo alla pronunzia a sezioni unite 26.3.2009, Vitale, era invece il seguente: *"Se, in caso di condanna non definitiva per reato continuato, per valutare, a norma dell'art. 300 comma 4 c.p.p., l'entità della pena ai fini di un'eventuale dichiarazione di inefficacia della custodia cautelare applicata soltanto per il reato meno*

grave, occorra avere riguardo alla pena determinata dal giudice in sede di condanna per detto reato ai sensi dell'art. 533 comma 2 c.p.p. (o, in mancanza di tale determinazione, alla pena incidentalmente determinata dal giudice adito in sede cautelare, eventualmente con riferimento alla pena minima edittale prevista per il reato) ovvero alla pena concretamente inflitta come aumento ex art. 81 cpv. c.p." Orbene, rimarca la sentenza Vitale che l'art. 300 comma 4 c.p.p. fa riferimento "*all'entità della pena irrogata*", che è evidentemente quella che deve potenzialmente essere posta in esecuzione per ciascun reato. Altre considerazioni si fondano sulla *ratio* della disposizione, ispirata, palesemente, al principio di proporzionalità (art. 275 comma 2 c.p.p. nonché art. 299 comma 2 c.p.p.), con il quale a tutta evidenza contrasterebbe il permanere di una misura custodiale quando la sentenza di condanna, sia pure non esecutiva, preveda una pena uguale o inferiore alla custodia subita. Inoltre si argomenta che nell'art. 300 comma 4 c.p.p., l'inciso "*ancorché sottoposta a impugnazione*", vale ad accomunare in una stessa prospettiva, le sentenze di condanna sottoposte a impugnazione a quelle esecutive, per le quali ultime vale il principio di computabilità della custodia cautelare nella pena, ex art. 657 c.p.p.. Pertanto, secondo le S.U, la valutazione congiunta di siffatti indicatori interpretativi "*ci rende certi che con l'espressione entità della pena irrogata s'intenda fare riferimento alla pena concretamente eseguibile, e non alla pena idealmente adeguata a ciascuna fattispecie criminosa, quale sarebbe quella che in caso di concorso di reati prevede l'art. 533 comma 2, prima parte, c.p.p., o alla pena minima irrogabile in base alle previsioni edittali per il reato isolatamente considerato*".

Dunque, nel caso di "*pena irrogata*" per il reato continuato (stesso discorso valendo per il concorso formale di reati), qualora il titolo cautelare riguardi solo il reato o i reati meno gravi, va considerata la porzione di pena determinata in aumento, in applicazione del criterio di cumulo giuridico di cui all'art. 81 cpv. c.p., a norma dell'art. 300 comma 4 c.p.p., per verificare se essa sia pari o inferiore alla durata della custodia cautelare già subita.

Essa è infatti la porzione di pena potenzialmente da porre in esecuzione con riferimento al reato o ai reati per i quali è in corso la custodia cautelare. E qualora il giudice della condanna non abbia specificato (come sarebbe doveroso⁶) i singoli aumenti di pena per ciascun reato, la lacuna deve essere necessariamente colmata dal giudice investito della questione cautelare, che, con il limite dell'aumento complessivo di pena risultante dalla sentenza di condanna, deve determinare la frazione di pena riferibile a

⁶ v. per tutte Sez. un., 21 aprile 1995, Zouine.

ciascuno dei reati in continuazione ispirandosi a criteri che tengano conto della loro natura e oggettiva gravità, secondo l'apprezzamento fattone dal giudice di merito.

Resta però fermo che se il titolo cautelare si riferisce solo ai reati meno gravi in continuazione, o a parte di essi, è l'aumento di pena complessivamente riferibile a questi che deve essere preso a raffronto per verificare se la durata della custodia cautelare sia rispetto ad esso uguale o superiore.

4. L'ambito di applicazione della disposizione dell'art. 657 c. 3 cpp, in dipendenza della rideterminazione della sanzione, in virtù del riconoscimento della continuazione tra fatti oggetto di più sentenze irrevocabili ed in caso di esecuzione di condanna per reato permanente a cui si chieda di imputare la pena espiata *sine titulo* per altro reato.

La c.d. fungibilità di cui al citato articolo, opera non soltanto nei casi della sopravvenuta estinzione (per amnistia o per condono) della pena scontata, della *abolitio criminis* o della rimozione del titolo per effetto della revisione, ma, in forza dell'uso dalla locuzione "*in ogni caso*", ma anche in tutte le ipotesi di "*c.d. credito di pena*". Quindi la norma citata trova applicazione anche in dipendenza della rideterminazione della sanzione espiata in virtù del riconoscimento della continuazione.

Tuttavia, e di conseguenza, in tutti i casi di credito di pena, deve aversi riguardo al limite generale alla applicazione dell'istituto, introdotto dal c.IV dell'art. 657 cpp, secondo cui, possono, computarsi soltanto la custodia cautelare subita o le pene espiate dopo la commissione del reato per il quale deve essere determinata la pena da eseguire.

Pertanto, la protrazione della consumazione del delitto per il quale il condannato deve espiare la pena, oltre la data di cessazione della espiazione della pena, (risultata *a posteriori* in eccesso per effetto della rideterminazione ex art. 81 c.p.p., comma 2) osta, in concreto, alla fungibilità. L'art. 657 c. IV cpp infatti prevede che la pena deve seguire (e non può precedere) la commissione del reato, al precipuo ed evidente scopo di impedire la precostituzione di riserve di impunità.

Tale convincimento si pone del resto in piena aderenza con la consolidata giurisprudenza della S.C., secondo cui: "*il principio sancito dall'art. 657 c.p.p., comma 4, per il quale sono computate soltanto la custodia cautelare o le pene sine titulo espiate dopo la commissione del reato per il quale deve essere determinata la pena da eseguire, trova applicazione anche nel caso in cui il c.d. credito di pena si sia formato a seguito del riconoscimento in fase esecutiva della continuazione fra taluni reati, con la conseguente*

determinazione di una pena complessiva inferiore a quella risultante dal cumulo materiale" (cfr. Sez. 1, 6 marzo 2000, n. 1680; Sez. 1, 11 novembre 1998, n. 5537; Sez. 1, 27 gennaio 1997, n. 523; , Sez. 1, 23 maggio 1994, n. 2421) ⁷.

La S.C. muove, infatti, ed in modo condivisibile, dalla premessa che il reato continuato costituisce una *fictio juris*, sicchè esso "*può considerarsi reato unico solo ai fini specificamente previsti dalla legge*". Esso, dunque, va considerato come pluralità di reati agli effetti dell'art. 137 c.p. e art. 657 c.p.p., comma 1 e 4, ove si pongano problemi di fungibilità tra le carcerazioni sofferte per i singoli reati unificati ex art. 81 c.p.

Soluzione diversa, invece, si impone nell'altra ipotesi, pure assai ricorrente nella pratica, di esecuzione di pena per reato permanente. Si assiste infatti spesso alla richiesta di applicazione della fungibilità per un reato permanente, la cui consumazione è interrotta dalla sentenza di primo grado, e sovente cessa dopo che il condannato ha ultimato l'espiazione di una pena senza titolo. In questi casi, da sempre ed uniformemente la Giurisprudenza di legittimità e di merito, rimarca la differenza tra il reato continuato, sempre suscettibile di scomposizione nei singoli reati con conseguente possibilità di determinare la pena in relazione a ciascun reato, ed il reato permanente, per il quale non si può scomporre la pena, tenuto conto della sua struttura unitaria, riferibile ad una condotta antiggiuridica che si protrae nel tempo. Quindi, ove la permanenza per il reato associativo cessi dopo che il condannato ha ultimato l'espiazione di una pena senza titolo, va esclusa l'applicazione dell'art. 657 co. 4 c.p.p., proprio a causa dell'impossibilità di procedere alla scomposizione della pena irrogata in relazione al suddetto reato.

Va ricordato che avverso siffatta conclusione si sono appuntati numerosi sospetti di incostituzionalità, tuttavia sempre giudicati manifestamente infondati dai giudici di merito e di legittimità, che hanno rimarcato la situazione giuridica profondamente diversa del reato permanente e del reato continuato, idonea a legittimare regimi giuridici diversi di trattamento ex art. 657 cpp. Infatti, si afferma che nel caso di reato permanente l'agente protrae volontariamente la propria condotta antiggiuridica nel tempo, oltre il periodo della ingiusta detenzione, mentre nel caso di reato istantaneo, anche se legato con il vincolo della continuazione con altri reati, la condotta antiggiuridica dell'agente si esaurisce prima del periodo della ingiusta detenzione. Quindi, va ribadito che solo in caso di reato

⁷ Ancora più di recente cfr. la sentenza, sez. 1, n.8109/2010 che a sua volta riporta cass sez. 1, 17 febbraio 2009, n. 25186, la quale afferma: "*Il riconoscimento della continuazione tra più reati in sede esecutiva, con la conseguente determinazione di una pena complessiva inferiore a quella risultante dal cumulo materiale, non comporta che la differenza così formatasi sia automaticamente imputata alla detenzione da eseguire, operando anche in detta eventualità il disposto dell'art. 657 c.p.p., comma 4, secondo cui a tal fine vanno computate solo custodia cautelare sofferta e pene espiate sine titolo dopo la commissione del reato, e dovendosi conseguentemente scindere il reato continuato nelle singole violazioni che lo compongono*".

continuato, previa eventuale scomposizione della pena, la pena irrogata deve essere computata ai sensi dell'art. 657 co. 4 c.p.p.⁸.

Infine, e così ritornando al primo dei temi oggetto della nostra indagine, non si può ignorare la linea di continuità tra il divieto di cui al c.IV dell'art. 657 cpp ed il disposto dell'art. 297 c. 3 cpp, che parimenti impone al giudice di verificare anche, e preliminarmente, che i fatti contestati con l'ordinanza da retrodatare siano stati commessi prima dell'emissione della prima ordinanza. Anche in questo caso, infatti, occorre evitare che, grazie al meccanismo della retrodatazione dei termini, l'emissione di un'ordinanza applicativa di misura cautelare si trasformi in una sorta di "licenza" a delinquere.

La *ratio* sottesa ai due divieti di applicazione della c.d. fungibilità e della retrodatazione della misura in caso di contestazione a catena, è in altre parole identica. Si rinviene dunque in tale identità un ulteriore dato esegetico-sistematico che vale ad avallare il sopra citato indirizzo giurisprudenziale che rimarca la necessaria correlazione tra i due istituti, e rimanda alla sola fase esecutiva, quale sede propria, il recupero, ossia il computo, della custodia sofferta per lo stesso o per altro reato (art. 657 c. 1 cpp), escludendo l'operatività dell'art. 297 c. 3 cpp in caso di sopravvenienza di giudicato sul fatto oggetto della prima ordinanza. Siamo così tornati, come si vede, con un ragionamento per così dire circolare, alla prima delle problematiche esaminate, ed alla conferma del fatto che, una volta sopraggiunto il giudicato di condanna, il titolo custodiale perde la sua autonoma configurazione, dissolvendosi nella pronuncia definitiva di merito. Con la conseguenza, per usare le espressioni scultoree della sentenza delle S.U Iaccarino, che l'eventuale applicazione del regime della retrodatazione/imputazione dei termini di durata della custodia cautelare finirebbe, in questo caso, *“per determinare, pure in presenza del giudicato, un'irrazionale e asincronica reviviscenza dell'efficacia di uno status detentionis il cui titolo è oramai irreversibilmente mutato”*.

Palermo, 3 marzo 2011

Antonia Pappalardo
Consigliere della Corte di appello di Palermo

⁸ cfr. Cass. Sez. I n.277/99 e Cass. Sez. I n.127/07 ud. 12.12.06, dep. 8.1.07.