

## Osservatorio sulla Corte di cassazione

---

### Computo dei termini di custodia cautelare

#### La questione

**Misure cautelari personali - Termini di durata - Quantificazione della pena - Concorso di circostanze ad effetto speciale - Aumenti e diminuzioni di pena ex art. 63 c.p. - Rilevanza** (artt. 278, 300, 303 c.p.p.; art. 64 c.p.).

*Alla luce del contrasto giurisprudenziale, deve rimettersi alle Sezioni unite, ex art. 618 c.p.p., il seguente quesito: se ai fini della determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari e, di conseguenza, dei relativi termini di durata, si debba tenere conto - ai sensi dell'art. 63, co. 4, c.p. - in caso di concorso di più circostanze aggravanti ad effetto speciale, non solo della pena stabilita per la circostanza più grave ma anche dell'aumento complessivo di un terzo per tutte le altre circostanze globalmente considerate.*

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE SECONDA, 22 luglio 2014, (ud. 27 giugno 2014) - FIANDANESE, *Presidente* - DI MARZIO, *Relatore* - FRATICELLI, *P.M. (diff.)* - Ventrici, *ricorrente*.

#### Il commento

#### **Di nuovo alle Sezioni unite la questione della computabilità a fini cautelari del concorso omogeneo di circostanze ad effetto speciale.**

1. L'ordinanza annotata ha rimesso alle Sezioni unite il quesito se «ai fini della determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari e, di conseguenza, dei relativi termini di durata, si debba tenere conto - ai sensi dell'art. 63, co. 4, c.p. - in caso di concorso di più circostanze aggravanti ad effetto speciale, non solo della pena stabilita per la circostanza più grave, ma anche dell'aumento complessivo di un terzo per tutte le altre circostanze globalmente considerate»<sup>1</sup>. Come è noto, ad analogo quesito aveva risposto positivamente un'ormai risalente decisione delle stesse Sezioni unite<sup>2</sup> - non priva, peraltro, di successive conferme<sup>3</sup> - che aveva allora optato per la “via

---

<sup>1</sup> Secondo l'art. 63, co. 4, c.p., nel caso concorrano più circostanze aggravanti ad effetto speciale (o per cui la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato) «si applica soltanto la pena stabilita per la circostanza più grave; ma il giudice può aumentarla». Una regola “speculare” è sancita dall'art. 63, co. 5, c.p. per le analoghe circostanze attenuanti: a fronte del relativo concorso «si applica soltanto la pena meno grave stabilita per le predette circostanze; ma il giudice può diminuirla».

<sup>2</sup> Cfr. Cass., Sez. un., 8 aprile 1998, Vitrano, in *Cass. pen.*, 1998, 2907.

<sup>3</sup> V. Cass., Sez. I, 31 marzo 2005, Panaro, in *Mass. Uff.*, n. 233262; cfr. anche - peraltro in ordine alla determinazione della pena agli effetti dell'individuazione dei termini di prescrizione -, Cass., Sez. II, 10 maggio 2012, n. 31065, in *Cass. pen.*, 2013, 3147.

intermedia”<sup>4</sup> fra un orientamento, più rigido, che negava in radice l’applicabilità dell’art. 63, co. 4, c.p. nel determinare la pena a fini cautelari – concludendo per l’autonomia computabilità *ex art.* 278 c.p.p. di tutte le circostanze ad effetto speciale (o per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato)<sup>5</sup> –, ed uno, più garantista, per cui i criteri di cumulo giuridico *ex art.* 63, co. 4, c.p. erano riferibili anche alla materia cautelare, potendosi però tenere conto, giusta l’art. 278 c.p.p., del solo aumento ascrivibile alla circostanza “ad effetto speciale” più grave (art. 63, co. 4, 1° periodo), giacché le analoghe circostanze concorrenti, suscettibili di incrementare la pena in misura non superiore ad un terzo, e solo a discrezione del giudice (art. 63, co. 4, 2° periodo, 64 c.p.), dovevano intendersi degradate a “comuni” (*rectius*, “ad efficacia comune”<sup>6</sup>), come tali irrilevanti ai fini cautelari<sup>7</sup>. Nel dirimere il conflitto, l’organo della nomofilachia aveva osservato che, «non sussistendo apposite regole per il concorso delle circostanze computabili *ex art.* 278 c.p.p.», accedere al primo orientamento, negando l’applicabilità dell’art. 63, co. 4, c.p., avrebbe comportato «un contrasto con i principi di legalità e tassatività dei casi di limitazione delle libertà della persona»<sup>8</sup>, data, fra l’altro, l’impossibilità di ricorrere a criteri di sommatoria “aritmetica” in ordine a circostanze che, «proprio per la loro natura, interrompono il collegamento con la pena stabilita per il reato cui accedono» o ne stabiliscono «una variazione non frazionaria», sicché non esiste «una base sulla quale apportare gli aumenti successivi». Sul fronte opposto, le Sezioni unite avevano però espressamente escluso che le circostanze ad effetto speciale soccombenti nel cumulo giuridico *ex art.* 63, co. 4, c.p., ancorché inidonee ad elevare la pena – calcolata alla luce della circostanza più grave – in misura superiore ad un terzo, potessero “perdere” l’originaria qualifica, e con essa il rilievo nella

<sup>4</sup> Così PARLATO, *Concorso di aggravanti ad effetto speciale, riforma dell’art. 5 c.p.p. e principi costituzionali*, in *Cass. pen.*, 1999, 3611; VIGGIANO, *Cautele personali e merito*, Padova, 2004, 110.

<sup>5</sup> Cass., Sez. I, 21 maggio 1996, Aligi, in *Mass. Uff.*, n. 205419; Id., Sez. I, 9 aprile 1996, Sanfilippo, *ivi*, n. 203339; Id., Sez. VI, 6 marzo 1995, Orefice, *ivi*, n. 201885.

<sup>6</sup> La dottrina suole invero distinguere fra circostanze “comuni” e “speciali” – a seconda che la circostanza sia potenzialmente riferibile a qualsiasi reato o soltanto a determinate fattispecie –, e circostanze “ad efficacia comune” e “ad effetto speciale” – a seconda che la circostanza comporti una variazione sanzionatoria non superiore, o superiore, ad un terzo: per tutti FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., Bologna, 2004, 381 ss. Nel prosieguo del lavoro, per comodità espositiva, e conformemente, del resto, alla terminologia utilizzata dalla Cassazione, qualificheremo “comuni”, salvo espressa precisazione di segno contrario, le circostanze “ad efficacia comune”.

<sup>7</sup> Cass., Sez. I, 27 febbraio 1996, Nicastro, in *Cass. pen.*, 1997, 148.

<sup>8</sup> Conformemente, in dottrina, TIBERI, *Problemi ancora irrisolti a proposito della determinazione della pena nel computo dei termini custodiali*, in *Giur. it.*, 1999, 1714; VIGGIANO, *Cautele personali e merito*, cit., 111.

determinazione della pena a fini cautelari. Di qui la conclusione che, a detti fini, «nel caso concorrano più circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato o circostanze ad effetto speciale, si deve tenere conto, ai sensi dell'art. 63, co. 4, c.p., della pena stabilita per la circostanza più grave, aumentata di un terzo, e tale aumento costituisce cumulo giuridico delle ulteriori pene e limite legale dei relativi aumenti per le circostanze meno gravi del tipo già detto che mantengono la loro natura»<sup>9</sup>. In un'assai più recente sentenza, peraltro, ancora le Sezioni Unite, nel decidere positivamente sulla riconducibilità fra le aggravanti ad effetto speciale della recidiva che comporti un aumento sanzionatorio superiore ad un terzo (art. 99, commi 2-5, c.p.), e sulla conseguente riferibilità ad essa – agli effetti della concreta quantificazione della pena – dei criteri di cumulo giuridico *ex art. 63, co. 4, c.p.*, hanno affermato che la circostanza ad effetto speciale la quale, all'esito del cumulo, venga ritenuta soccombente, è assorbita nella più grave circostanza applicata; se poi il giudice, come l'art. 63, co. 4, c.p. gli consente – ma non gli impone –, aumenta ulteriormente la pena, la circostanza soccombente, originariamente ad effetto speciale, «si trasforma...in circostanza facoltativa comune, atteso che il legislatore non ha predeterminedo l'entità della variazione di pena che il giudice può apportare» (trovando conseguentemente applicazione l'art. 64, co. 1, c.p., secondo cui, ove ricorra una circostanza aggravante, e il relativo aumento sanzionatorio non sia determinato dalla legge, «è aumentata fino a un terzo la pena che dovrebbe essere inflitta per il reato commesso»)<sup>10</sup>. Sono evidenti i riflessi di quest'ultima decisione, laddove riqualifica “comune” la circostanza “ad effetto speciale” recessiva nel cumulo giuridico *ex art. 63, co. 4, c.p.*, sul piano della determinazione della pena a fini cautelari, vista l'irrilevanza, a norma dell'art. 278 c.p.p., delle circostanze “comuni” diverse dall'aggravante *ex art. 61, n. 5, c.p.* o dall'attenuante *ex art. 62, n. 4, c.p.*<sup>11</sup>. Nel dubbio che il piano sanzionatorio – oggetto del più recente intervento delle Sezioni unite – e quello cautelare, possano invece distinguersi, la seconda sezione della Cassazione ha però preferito sollecitare uno specifico chiarimento.

<sup>9</sup> Cass., Sez. un., 8 aprile 1998, Vitrano, cit. In precedenza, negli stessi termini, Id., Sez. I, 2 aprile 1996, Mendola, in *Cass. pen.*, 1997, 142; Id., Sez. I, 22 gennaio 1992, Brusca, in *Mass. Uff.*, n. 189498.

<sup>10</sup> Cass., Sez. un., 24 febbraio 2011, Indelicato, in *Cass. pen.*, 2011, 4193.

<sup>11</sup> Non pare casuale, del resto, che le più recenti Sezioni unite riprendano pressoché testualmente proprio una risalente decisione in materia cautelare: ci riferiamo a Cass., Sez. I, 27 febbraio 1996, Nicastro, cit., all'epoca rimasta isolata, che – come abbiamo accennato nel testo – aveva escluso il rilievo, nella determinazione della pena ai fini dei termini massimi di custodia cautelare, dell'aggravante “ad effetto speciale” reputata meno grave, appunto sul presupposto della relativa “conversione” in circostanza “comune”.

2. Ad escludere che le circostanze ad effetto speciale concorrenti possano computarsi diversamente, a seconda che la pena debba determinarsi a fini sanzionatori o cautelari, concorrono, anzitutto, ragioni letterali e sistematiche. La legge processuale penale non fornisce un'autonoma definizione delle predette circostanze, sì che l'art. 278 c.p.p., nel sancire il rilievo delle medesime per la quantificazione della pena a fini cautelari, non può che mutuare la definizione *ex art. 63, co. 3, c.p.*, secondo cui «sono circostanze ad effetto speciale quelle che importano un aumento o una diminuzione della pena superiore ad un terzo». Considerato, quindi, che le circostanze già ad effetto speciale, che in applicazione dell'art. 63, co. 4 e 5, c.p. siano ritenute meno gravi (se aggravanti) o implicino una minor riduzione sanzionatoria (se attenuanti) di analoga circostanza concorrente, possono al più comportare una variazione di un terzo di pena, esse perdono per definizione l'originaria qualifica, e con essa il rilievo agli effetti dell'art. 278 c.p.p. Né può obiettarsi che le circostanze ad effetto speciale resterebbero sempre “ontologicamente” tali, al di là della variazione sanzionatoria che possa discenderne<sup>12</sup>. Data la definizione legislativa ora ricordata, infatti, l’“ontologia” delle circostanze *de quibus* consiste esclusivamente nel comportare un aumento o una riduzione di pena superiore ad un terzo<sup>13</sup>; ove ciò non sia, o non sia più – come appunto nel caso di concorso “omogeneo” *ex art. 63, co. 4 e 5, c.p.* –, la circostanza non può qualificarsi “ad effetto speciale”: *tertium non datur*<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Così Cass., Sez. un., 8 aprile 1998, Vitranò, cit.; Id., Sez. I, 2 aprile 1996, Mendola, cit. In dottrina, DE AMICIS, *Sulla rilevanza delle aggravanti ad effetto speciale ai fini della determinazione della durata massima della custodia cautelare*, in *Cass. pen.* 1997, 144 ss; VIGGIANO, *Cautele personali e merito*, cit., 111.

<sup>13</sup> Cfr. CONCAS, *Il nuovo sistema delle circostanze*, in *Cass. pen.*, 1984, 2296; PELLEGRINI, *Recidiva e concorso omogeneo di circostanze ad effetto speciale*, in *Dir. pen. proc.* 2011, 1380.

<sup>14</sup> Ciò non significa che ciascuna circostanza, già ad effetto speciale, soccombente non mantenga, anche a fini cautelari, margini di autonomia: seppure recessiva agli effetti del cumulo giuridico, l'aggravante ad effetto speciale meno grave, o l'attenuante che comporta la riduzione sanzionatoria meno favorevole, è infatti comunque “riconosciuta” dal giudice – ai fini sanzionatori come a quelli cautelari – attraverso l'assorbimento, *ex art. 63, co. 4 e 5, c.p.*, nella circostanza effettivamente applicata (va da sé, a meno che il giudice stesso ritenga di escluderne in radice la ricorrenza). La circostanza soccombente, quindi, sebbene perda rilievo agli effetti dell'art. 278 c.p.p. – perché non è più qualificabile “ad effetto speciale” – conserva, in ambito cautelare, gli ulteriori effetti che eventualmente ne discendano a prescindere dalla predetta qualifica: ad esempio, l'aggravante di cui all'art. 7 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. in l. 12 luglio 1991, n. 203 (l'aver commesso il fatto avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis c.p. o per agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo), qualora, nel concorso con altra aggravante ad effetto speciale, venga ritenuta soccombente, non potrà sortire l'effetto di alzare il “tetto” di pena *ex artt. 278, 280 e 303 c.p.p.*, ma continuerà a rilevare quanto alla presunzione relativa di adeguatezza della sola custodia carceraria di cui all'art. 275, co. 2-bis, in relazione all'art. 51, co. 3-bis, c.p.p. Per un indiretto spunto in questo senso cfr. GATTA, *Le Sezioni unite sul concorso tra recidiva e altre circostanze aggravanti ad effetto speciale*, in *www.penalecontemporaneo.it*; PELLEGRINI, *Recidiva*, cit.,

Dal punto di vista sistematico, si è poi giustamente osservato che computare diversamente una medesima circostanza, a seconda che rilevi a fini sanzionatori o cautelari, si porrebbe in radicale contrasto con la chiara tendenza, legislativa e giurisprudenziale, ad avvicinare le regole sottostanti alla decisione cautelare a quelle dettate per la decisione sul merito dell'imputazione, anche in ragione delle significative interferenze fra la prima e la seconda decisione<sup>15</sup>: si pensi, sul piano processuale, al percorso che ha portato prima la più illuminata giurisprudenza<sup>16</sup>, poi il legislatore – in particolare con l'introduzione dell'art. 273, co. 1-*bis*, c.p.p. –, ad estendere all'incidente cautelare talune regole di acquisizione e valutazione probatoria proprie del giudizio di merito<sup>17</sup>. È inoltre significativo che – con procedimento interpretativo esattamente “speculare” a quello qui sostenuto – la giurisprudenza non manchi di richiamare le regole “processuali” di determinazione della pena, ivi comprese quelle dettate in materia cautelare, ai fini della decisione sul “merito sanzionatorio”. Ci riferiamo, nel dettaglio, proprio alla recente sentenza delle Sezioni Unite posta a fondamento dell'ordinanza annotata<sup>18</sup>, che a sostegno della tesi, per cui deve intendersi circostanza «più grave», ex art. 63, co. 4, c.p., quella connotata dalla pena edittale più alta<sup>19</sup>, adduce il fatto che «alle valutazioni astratte compiute dal legislatore per la predeterminazione degli aumenti di pena» faccia rinvio, fra l'altro, la legge processuale, ad esempio negli «ambi-

1382.

<sup>15</sup> Cfr. LA ROCCA, *Osservazioni a prima lettura a Cass., Sez. II, 27 giugno 2014, V.*, in *questa Rivista*, secondo cui «se per un verso le statuizioni del giudice della cautela possono condizionare la scelta del rito da parte del p.m. (art. 453, co. 1-*ter*, c.p.p.), per l'altro è inevitabile che le regole di rigore che governano la fase di cognizione debbano sicuramente avere cittadinanza nell'incidente cautelare...con la conseguenza, ovvia, che di una medesima regola non può offrirsi interpretazione differenziata a seconda dell'ambito nel quale trovi applicazione».

<sup>16</sup> Cfr., in materia di intercettazioni, Cass., Sez. un., 20 novembre 1996, Glicora, in *Cass. pen.* 1997, 2037; Id., Sez. un., 27 marzo 1996, Monteleone, *ivi*, 1996, 2913.

<sup>17</sup> Questo percorso è efficacemente sintetizzato da Cass., Sez. un., 30 maggio 2006, Spennato, in *Cass. pen.*, 2007, 46, che, nel portarlo ad ulteriore compimento – chiarendo definitivamente che la chiamata di correo, per costituire grave indizio di colpevolezza ai fini cautelari, dev'essere corroborata dai medesimi «riscontri esterni individualizzanti» richiesti per la relativa valutazione agli effetti della decisione di merito – ha affermato: «il giusto processo cautelare è l'epilogo di un cammino che, attraverso varie tappe segnate da interventi del legislatore, di questa suprema Corte e del Giudice delle leggi, ha visto progressivamente sfumare le tradizionali differenze evidenziate fra decisione cautelare e giudizio di merito, con riferimento alla valutazione degli elementi conoscitivi posti a disposizione del giudice, e ricercare una tendenziale omologazione dei corrispondenti parametri guida».

<sup>18</sup> Cass., Sez. un., 24 febbraio 2011, Indelicato, cit.

<sup>19</sup> Nel dettaglio, la Cassazione afferma che circostanza ad effetto speciale più grave è quella che comporta una pena più elevata nel massimo edittale, e, a parità di massimi, più elevata nel minimo, precisando peraltro che, nel caso di concorso ex art. 63, co. 4, c.p., qualora una delle circostanze «sia punita con una pena più elevata nel massimo e l'altra con una pena più elevata nel minimo, la sanzione da irrogare in concreto non può essere inferiore a quest'ultima previsione edittale».

ti...della competenza per materia (art. 4 c.p.p.), per connessione (art. 16, comma 1, c.p.p.), nonché dell'applicazione di misure cautelari personali»<sup>20</sup>: sarebbe invero incoerente abbandonare tale corretta prospettiva di razionalità del sistema ove si tratti, all'inverso, di applicare le regole sostanziali di quantificazione sanzionatoria sul piano processuale dell'incidente cautelare.

3. Non può infine trascurarsi il rilievo, per la soluzione della questione che ci occupa, dei principi di proporzionalità e assoluta "residualità" dell'intervento cautelare, tanto più alla luce delle recenti "novelle" che – nel tentativo di rimediare, come richiesto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>21</sup>, all'intollerabile sovraffollamento delle carceri italiane – hanno potenziato gli strumenti attuativi di tali principi: si pensi, da ultimo, al d.l. 26 giugno 2014, n. 92, conv. in l. 11 agosto 2014, n. 117, che ai "tradizionali" divieti di applicare qualsiasi misura se risulta «una causa di giustificazione o di non punibilità...o una causa di estinzione del reato o della pena che si ritiene possa essere irrogata» (art. 273, co. 2, c.p.p.), e la custodia cautelare se il giudice ritiene possa essere concessa la sospensione condizionale della pena (art. 275, co. 2-*bis*, c.p.p. nel testo previgente<sup>22</sup>), ha aggiunto il divieto di disporre la custodia carceraria allorché la prognosi sanzionatoria, siccome contenuta nel limite di tre anni di pena detentiva, lasci ipotizzare l'espiazione *extra-moenia* (art. 275, co. 2-*bis*, 2° periodo, nel testo modificato, appunto, dall'art. 8 d.l. ult. cit.). In un simile quadro, appare invero distonico che la pena venga determinata, agli effetti cautelari, tenendo obbligatoriamente conto *in damno* di una "variabile" – l'aumento sino ad un terzo in virtù della, o delle, circostanze ad effetto speciale soccombenti – che non solo è incerta nel *quantum*, ma addirittura nell'*an*, data la facoltatività, ex art. 63, co. 4, c.p., dell'aumento medesimo<sup>23</sup>. Né potrebbe sostenersi che i criteri di computo ex art. 278 c.p.p., siccome calibrati sull'astratta cornice edittale, anziché su una prognosi sanzionatoria in concreto, siano "insensibili" alla proporzionalità cautelare, giacché ne rappre-

<sup>20</sup> Nella medesima direzione, dell'applicabilità di regole "cautelari" ai fini "sanzionatori", si è mosso di recente anche il legislatore: ci riferiamo all'art. 1, co. 1-*quater*, d.l. 31 marzo 2014, n. 52, conv. in l. 30 maggio 2014, n. 91, che nel sancire che «le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima», ha espressamente previsto che «per la determinazione della pena a tali effetti si applica l'articolo 278 del codice di procedura penale».

<sup>21</sup> Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>22</sup> A sua volta introdotto dall'art. 4, l. 8 agosto 1995, n. 332.

<sup>23</sup> Come ha condivisibilmente osservato TIBERI, *Problemi ancora irrisolti*, cit., 1715, il computo obbligatorio e in misura fissa dell'aumento "doppiamente discrezionale" ex art. 63, co. 4, c.p. – secondo l'impostazione della più risalente giurisprudenza delle Sezioni Unite – appare altresì gravemente lesivo dei principi di legalità e tassatività in materia cautelare.

sentano, al contrario, il primo “baluardo”<sup>24</sup>: di qui l’esigenza che anche il calcolo “astratto” non perda di vista i potenziali effettivi esiti del processo, in particolare “pesando negativamente” componenti sanzionatorie che, per espressa previsione normativa, potrebbero non avere alcuna incidenza<sup>25</sup>. Queste ultime considerazioni sembrano trovare conforto in un ulteriore precedente delle Sezioni unite – fra l’altro coevo a quello posto a base dell’ordinanza annotata<sup>26</sup> – che nell’escludere il rilievo della recidiva reiterata – sebbene qualificabile come circostanza ad effetto speciale – nella determinazione della pena a fini cautelari e pre-cautelari, hanno addotto, oltre alla lettera dell’art. 278 c.p.p.<sup>27</sup>, proprio la “facoltatività” della predetta circostanza: nel dettaglio, per la Cassazione «anche la natura facoltativa della recidiva reiterata induce...ad escludere che della stessa debba tenersi conto nel computo della pena edittale ai fini dell’arresto in flagranza e, più in generale, per la determinazione della pena agli effetti dell’applicazione delle misure cautelari, essendo consentito al giudice di negare la rilevanza aggravatrice della recidiva reiterata ed escludere la circostanza, non irrogando il relativo aumento della sanzione»<sup>28</sup>. Non è chi non veda come tale argomento si adatti benissimo al caso qui di interesse,

<sup>24</sup> Ne è fra l’altro prova il rilievo, per la determinazione della pena a fini cautelari, delle circostanze attenuanti ad effetto speciale e della circostanza attenuante comune ex art. 62, n. 4, c.p., le quali, ai medesimi fini, devono essere – anche prima della pronuncia di sentenza di condanna – “bilanciate” con le eventuali aggravanti, secondo i criteri ex art. 69 c.p. *Ex plurimis*, diffusamente, VIGGIANO, *Cautele personali e merito*, cit., 101 ss., 112 ss.

<sup>25</sup> È sensibile a questa prospettiva VIGGIANO, *Cautele personali e merito*, cit., 111, il quale, pur non condividendolo appieno, sottolinea come l’indirizzo interpretativo, secondo cui nel caso di concorso di più circostanze ad effetto speciale deve tenersi conto a fini cautelari solo di quella più grave, «valorizzi, commendevolmente, l’esigenza che il quadro cautelare si modelli sugli effettivi esiti del processo». V. anche TIBERI, *Problemi ancora irrisolti*, cit., 1715, secondo cui la soluzione interpretativa qui contestata «giungerebbe alla paradossale conseguenza, determinata da una palese sostituzione dell’interprete al legislatore, che il giudice, in materia cautelare, si troverebbe in dovere di applicare un aumento di pena che il legislatore ha espressamente qualificato come facoltà, con ulteriori evidenti ripercussioni di natura pratica, che vedrebbero un aumento dei casi di ricorso alla custodia cautelare...con inevitabile stravolgimento del principio, costituzionalmente garantito, secondo cui il ricorso alla carcerazione cautelare deve comunque rappresentare l’*extrema ratio*».

<sup>26</sup> Nell’uno e nell’altro caso, infatti, l’udienza avanti alla Corte si è svolta il 24 febbraio 2011.

<sup>27</sup> Secondo la Corte tale disposizione, nell’escludere espressamente la computabilità a fini cautelari della recidiva, ha riguardo ad ogni *species* di questa, a prescindere dal fatto che ne discenda un aumento sanzionatorio contenuto entro un terzo – e si tratti quindi di circostanza ad efficacia comune – o superiore ad un terzo, trattandosi allora di circostanza ad effetto speciale: infatti «il riferimento alle circostanze ad effetto speciale, contenuto nella seconda parte del secondo periodo dell’art. 278 c.p.p., deve essere interpretato restrittivamente, nel senso che esso riguarda le circostanze diverse dalla recidiva, che è espressamente disciplinata solo dalla parte generale» della disposizione.

<sup>28</sup> Cass., Sez. un., 24 febbraio 2011, Naccarato, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it). In dottrina, adesivamente, ROMEO, *Rilevanza delle recidiva qualificata ai fini dell’emissione di misura cautelari e precautelari*, *ivi*.

tanto più in ragione del fatto che la contemporanea decisione delle Sezioni Unite di più immediato rilievo ai nostri fini ha, a sua volta, significativamente enfatizzato la “facoltatività” dell’aumento di pena ascrivibile, *ex art. 63, co. 4, c.p.*, alla circostanza aggravante – già ad effetto speciale – soccombente<sup>29</sup>.

**BARBARA LAVARINI**

---

<sup>29</sup> Cfr. Cass., Sez. un., 24 febbraio 2011, Indelicato, cit., ove si sottolinea come la disciplina del concorso di circostanze ad effetto speciale *ex art. 63, co. 4, c.p.* presenti una «significativa differenza rispetto alla disciplina del cumulo giuridico in tema di concorso di reati e di reato continuato», dato che in queste ultime situazioni «l’aumento di pena è obbligatorio», mentre «in presenza del concorso di circostanze ad effetto speciale la variazione di pena è facoltativa» (dal che, come si è già detto, la qualificazione della circostanza ad effetto speciale soccombente come «circostanza facoltativa comune»).