

## 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 - Applicazione di aumenti e diminuzioni di pena ex art. 63 c.p. - Rilevanza** (artt. 278, 300, 303 c.p.; art. 64, c.p.).

*Se la regola di diritto enunciata dalle Sezioni unite nel 2011, secondo cui in presenza del concorso di circostanze ad effetto speciale la circostanza soccombente si trasforma da circostanza ad effetto speciale in circostanza facoltativa comune, vada applicata solo per la determinazione del trattamento sanzionatorio ovvero anche per la quantificazione della pena agli effetti della durata delle misure cautelari.*

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

#### Osservazioni a prima lettura

1. Con ordinanza del 27 giugno scorso la seconda Sezione della Suprema Corte ha rimesso alle Sezioni unite il seguente quesito: «se la regola di diritto secondo la quale, in presenza del concorso di circostanze ad effetto speciale la circostanza soccombente si trasforma da circostanza ad effetto speciale in circostanza facoltativa comune, vada applicata solo per la determinazione del trattamento sanzionatorio ovvero anche per la quantificazione della pena agli effetti della durata delle misure cautelari».

In base all'orientamento espresso dalla Cassazione nella sua massima composizione, in caso di concorso di più circostanze aggravanti ad effetto speciale, l'art. 63, co. 4, c.p. implica che il giudice applichi soltanto la pena stabilita per la circostanza più grave; la legge affida, peraltro, al giudice il potere di valutare, a propria discrezione, se aumentare la pena derivante dall'applicazione della circostanza aggravante a effetto speciale in cui si assorbono le altre circostanze aggravanti. Sotto tale profilo viene in rilievo una significativa differenza rispetto alla disciplina del cumulo giuridico in tema di concorso di reati e di reato continuato. Mentre, infatti, in queste situazioni l'aumento di pena è obbligatorio, in presenza del concorso di circostanze ad effetto speciale la variazione di pena è facoltativa. In tale ipotesi la circostanza aggravante soccombente, che consente al giudice di applicare un ulteriore aumento di pena, si trasforma da circostanza ad effetto speciale in circostanza facoltativa comune, atteso che il legislatore non ha predeterminato l'entità della variazione di pena che il giudice può apportare (Cass., Sez. un., 24 febbraio 2011, P.G. in proc.

Indelicato, in *Mass. Uff.*, n. 249664).

**2.** Ebbene: le Sezioni unite dovranno stabilire se tale meccanismo trovi operatività o meno anche ai fini dell'individuazione della pena rilevante per stabilire la durata della custodia cautelare.

L'art. 278 c.p.p. dispone che, ai fini della determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle cautele, deve tenersi conto della pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato e delle circostanze da cui la legge fa discendere una pena di specie diversa e di quelle ad effetto speciale. Ai sensi dell'art. 63, co. 4, c.p. le aggravanti ad effetto speciale concorrenti con altre aggravanti di natura analoga vengono ad atteggiarsi come una circostanza ad efficacia comune. Correlativamente ci si deve chiedere se quelle circostanze ad efficacia comune debbano ritenersi inesistenti agli effetti dell'art. 278 c.p.p., riferendosi tale ultima disposizione solo a circostanze ad efficacia speciale; ovvero se debbano essere comunque tenute in considerazione ai fini del calcolo per il computo della pena, e determinare, pertanto, un aumento complessivo della sanzione di base.

La giurisprudenza ha dato, nel tempo, risposte difformi al suddetto quesito. Secondo un non più recente orientamento, rimasto isolato, agli effetti dell'art. 278 c.p.p. non bisogna valutare quelle circostanze che, smarrendo la loro matrice di circostanze ad effetto speciale, diventano estranee al novero delle circostanze di cui la disposizione da ultimo richiamata impone di tener conto ai fini dell'applicazione della misura cautelare (Cass., Sez. I, 27 febbraio 1996, Nicastro, in *Cass. pen.*, 1997, 148). Per altro indirizzo è necessario considerare tutte circostanze e non solo quella più grave, poiché le altre restano ontologicamente ad efficacia speciale ma il giudice, in relazione ai termini di durata massima della custodia cautelare, deve determinare la pena derivante dall'applicazione della circostanza più grave, limitandosi ad aggiungere, poi, l'aumento complessivo di un terzo per tutte le analoghe circostanze meno gravi o di pari gravità, secondo il meccanismo conformato dall'art. 64, co. 4, c.p. (Cass., Sez. un., 8 aprile 1998, Vitrano, in *Mass. Uff.*, n. 210709). In altre parole, ai fini della determinazione dei termini di durata massima della custodia cautelare, 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 tener conto, ai sensi dell'art. 63, co. 4, c.p. della pena stabilita per la circostanza più grave e dell'aumento complessivo di un terzo per tutte le altre circostanze globalmente considerate, le quali mantengono peraltro la natura di circostanze ad effetto speciale (Cass., Sez. I, 31 marzo 2005, Panaro e altri, in *Mass. Uff.*, n. 233262).

Tale ultima opzione troverebbe un punto di forza nel fatto che l'art. 63, co. 4, c.p. delineerebbe unicamente un meccanismo di aumento della pena, senza pregiudicare la natura delle circostanze ivi previste degradandole a circostanza ad efficacia comune. Di conseguenza alle circostanze ad effetto speciale resterebbe applicabile la relativa disciplina sostanziale e processuale per tutti i profili diversi da quelli specificamente considerati nell'art. 63, co. 4, c.p.

A ben vedere, una soluzione del genere non può che destare perplessità nella misura in cui tende ad offrire una lettura diversificata di uno stesso elemento circostanziale a seconda dello specifico ambito di applicazione, creando non trascurabili fratture di sistema connesse alla doppia valenza che si riconosce all'aggravante ad effetto speciale nel procedimento di misurazione della dosimetria della pena ed in quello della determinazione della stessa ma ai fini della durata massima della custodia cautelare.

**3.** Il problema ha ad oggetto, ancora una volta, l'operatività nel procedimento incidentale *de libertate*, delle regole che operano del processo di merito.

In realtà già con la l. 8 agosto 1995, n. 332, si era accentuato, in linea con i precetti costituzionali di cui agli artt. 13 e 27, il carattere eccezionale dei provvedimenti limitativi della libertà personale disposti prima della condanna con imposizione al giudice di una maggiore incisività argomentativa nel giustificare la misura, facendogli obbligo di indicare gli elementi di fatto da cui fossero desunti gli indizi, i motivi per i quali essi assumessero rilevanza, quelli per i quali si rivelassero inconsistenti gli elementi forniti dalla difesa (art. 292, co. 2, lett. c e *c-bis* c.p.p.), nonché di valutare negativamente l'esistenza di condizioni legittimanti il proscioglimento *ex art.* 273, co. 2, c.p.p. (cause di giustificazione, di non punibilità, di estinzione del reato o della pena) o la possibilità di ottenere con la eventuale sentenza di condanna il beneficio della sospensione condizionale della pena (art. 275, *2-bis*, c.p.p.). Inoltre, sia pure con riferimento al diverso fenomeno della inutilizzabilità di prove illegittimamente acquisite (art. 191 c.p.p.), l'indirizzo ermeneutico e rigorosamente garantista della giurisprudenza di legittimità, ben prima dell'intervento del legislatore del 2001, aveva statuito la piena applicazione, anche nel procedimento cautelare, della sanzione della inutilizzabilità, considerata la diretta incidenza sull'elemento dimostrativo, indiziario o probatorio, comunque acquisito in maniera illegale (Cfr. Cass., Sez. un., 27 marzo 1996, Monteleone, in *Mass. Uff.*, 204811; Id., Sez. un., 20 novembre 1996, Glicora, *ivi*, 206954).

I successivi interventi, non solo giurisprudenziali, ma anche legislativi non hanno fatto altro che tracciare soluzioni orientate a considerare pienamente operanti le regole del processo di merito nell'incidente cautelare, stante la

diretta incidenza delle decisioni *de libertate* sul giudizio preordinato ad accertare la responsabilità. E così, 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 (Cass, Sez. un. 30 maggio 2006, P.G. in proc. Spennato, in *Mass. Uff.*, n. 234598). Con la conseguenza, ovvia, che di una medesima regola non può offrirsi interpretazione differenziata a seconda dell'ambito nel quale trovi applicazione.

Certo, non deve essere disconosciuta la differenza tra il giudizio preordinato alla pronuncia di condanna, che presuppone l'acquisizione della certezza processuale in ordine alla colpevolezza dell'imputato, e la delibazione funzionale all'esercizio del potere cautelare, che implica un giudizio prognostico in termini di ragionevole e alta probabilità di colpevolezza. Diverso è senz'altro, nei due accertamenti, il grado di conferma dell'ipotesi accusatoria: in quello posto a base della decisione definitiva sulla regiudicanda, la conclusione è sorretta da un quadro probatorio completo e non suscettibile di ulteriori aggiornamenti o variazioni, con l'effetto che ogni margine d'incertezza resta superato; nell'accertamento incidentale *de libertate*, invece, il convincimento giudiziale è esposto al flusso continuo di conoscenze potenzialmente idonee a smentirlo, a prescindere dalla scansione in fasi e gradi del processo "principale" (Cass., Sez. un., 30 maggio 2006, P.G. in proc. Spennato, cit.).

Tuttavia, oltre le suddette peculiarità distintive, attinenti alla definitività o precarietà delle statuizioni di colpevolezza, non sussistono ragioni per ritenere l'alterità delle medesime regole a seconda che ad applicarle sia il giudice della cautela o quello di merito. La ormai datata riforma del giusto processo, e l'imposizione di un "giusto processo cautelare", hanno comportato l'omologazione delle regole procedurali e decisorie, con appiattimento delle differenze prima esistenti. Fornire interpretazioni applicative divergenti di una medesima regola non potrebbe che minare in radice la *ratio* di assimilazione tra cautela e merito che, ed è bene ribadirlo, è quella di assicurare le medesime garanzie e gli stessi diritti in due procedimenti - quello incidentale e quello principale - che, seppure seguano strade parallele, finiscono per avere inevitabili punti di contatto.

**E. NADIA LA ROCCA**