

Con sentenza n. 28984 del 4 maggio 2021 (dep. 23 luglio 2021), la prima sezione penale della Corte di Cassazione è tornata sulla tematica della fungibilità della pena di cui all'art. 657 c.p.p. che impone al pubblico ministero, nel determinare la pena detentiva da eseguire, di computare i periodi di carcerazione sofferti in custodia cautelare o espriati *sine titulo* nella determinazione della pena detentiva da eseguire per altro reato.

Tale regime di fungibilità – giustificato dalla prevalenza del principio del *favor libertatis* cui deve essere improntata tutta la legislazione penale – è suscettibile di configurare anche una riparazione “in forma specifica” per l’ingiusta privazione della libertà personale, come attestano le previsioni degli artt. 314, comma 4, e 643, comma 2, c.p.p., che escludono il diritto all’ordinaria riparazione pecuniaria per quella parte della custodia cautelare o della detenzione che sia stata computata ai fini della determinazione della misura di una pena.

Il meccanismo di “compensazione” incontra, peraltro, il limite di ordine temporale enunciato dal comma 4 dell’art. 657 c.p.p.: la fungibilità opera soltanto per la custodia cautelare subita o le pene espriate dopo la commissione del reato per il quale deve essere determinata la pena da eseguire (Corte Cost. 7 luglio 2014, n. 198).

È necessario, quindi, che detto reato sia stato commesso prima della carcerazione subita, al fine di non consentire la fruizione di crediti di pena che possano agevolare la commissione di fatti criminosi nella consapevolezza dell’assenza di conseguenze sanzionatorie (Cass. pen., sez. I, 11 maggio 2006, n. 20332; Cass. pen., 14 settembre 2017, n. 4999).

Lo sbarramento temporale è imposto dall’esigenza di evitare che l’istituto della fungibilità si risolva in uno stimolo a commettere reati, trasformando il pregresso periodo di carcerazione in una riserva di impunità e risponde alla fondamentale esigenza logico-giuridica che la pena segua, e non già preceda, il reato, essendo questa la condizione indispensabile affinché la pena possa esplicare le funzioni sue proprie, e segnatamente quelle di prevenzione speciale e rieducativa.

Con specifico riferimento ai reati permanenti – per la cui struttura ontologicamente e giuridicamente unitaria non è possibile operare una scomposizione in una pluralità di reati, in parte anteriori e in parte posteriori alla esecuzione dello stato detentivo rivelatosi senza titolo – la giurisprudenza di legittimità è costante nell’escludere l’istituto della fungibilità delle pene espriate senza titolo se la permanenza è cessata dopo l’espiazione senza titolo (Cass. pen., sez. I, 24 maggio 2017, n. 6072).

In particolare, in tema di associazione per delinquere di stampo mafioso, il sopravvenuto stato detentivo del soggetto non determina la necessaria e automatica cessazione della sua partecipazione al sodalizio, atteso che la relativa struttura – caratterizzata da complessità, forti legami tra gli aderenti e notevole spessore dei progetti delinquenziali a lungo termine – accetta il rischio di periodi di detenzione degli aderenti, soprattutto in ruoli apicali, alla stregua di eventualità che, da un lato, attraverso contatti possibili anche in pendenza di detenzione, non ne impediscono totalmente la partecipazione alle vicende del gruppo ed alla programmazione delle sue attività e, dall’altro, non ne fanno venir meno la disponibilità a riassumere un ruolo attivo alla cessazione del forzato impedimento (Cass. pen., sez. II, 24 gennaio 2017, n. 8461).

In relazione al reato associativo, dunque, l’accertamento contenuto nella sentenza di condanna delimita la protrazione temporale della permanenza del reato con riferimento alla data finale cui si riferisce l’imputazione ovvero alla diversa data ritenuta in sentenza o, nel caso di contestazione c.d. aperta, alla data della pronuncia di primo grado, con la conseguenza che la successiva prosecuzione della medesima condotta illecita oggetto di accertamento può essere valutata esclusivamente quale presupposto per il riconoscimento del vincolo della continuazione tra i vari episodi.

Riferimenti Normativi:



Fungibilità della pena e reati associativi

Diritto processuale penale Esecuzione

Sara Venturi

23 | 07 | 2021

- art. 314 c.p.p.
- art. 643 c.p.p.
- art. 657 c.p.p.
- art. 416-bis c.p.