43231-18

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE PENALE

Udienza camera
di consiglio
del 09/02/2018

Sentenza
n. 728/2018

Registro generale
n. 48943/2016

Composta dai Consiglieri:

Dott. ANTONELLA PATRIZIA MAZZEI	Presidente
Dott. VINCENZO SIANI	Consigliere
Dott. FILIPPO CASA	Consigliere
Dott. ALDO ESPOSITO	Rel. Consigliere
Dott. ASSUNTA COCOMELLO	Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

(omissis)

avverso l'ordinanza n. 362/2015 della CORTE di APPELLO di NAPOLI del 18/06/2015;

sentita la relazione fatta dal Consigliere dott. Aldo Esposito;

lette le conclusioni del Procuratore generale, in persona del dott. Stefano Tocci, che ha chiesto dichiararsi l'inammissibilità del ricorso;

RITENUTO IN FATTO

1. Con ordinanza del 18/06/2015 la Corte di appello di Napoli, in funzione di giudice dell'esecuzione, ha revocato l'indulto, precedentemente concesso in favore di (omissis) nella misura di anni due di reclusione ed euro seicento di multa, e ha rideterminato l'entità del beneficio in giorni dieci di reclusione ed euro duemilasessantacinque/83 di multa.

(omissis) aveva riportato le seguenti condanne:

a) sentenza della Corte di appello di Napoli dell'08/11/2005, irrevocabile il 24/05/2006, di condanna alla pena di anni due di reclusione ed euro seicento di multa per il reato di cui all'art. 648 cod. pen., commesso il (omissis) – pena integralmente condonata con ordinanza della Corte di appello di Napoli del 27/02/2007;

b) sentenza del Tribunale di Napoli del 23/05/1996, irrevocabile il 18/09/1996, di condanna alla pena di anni uno di reclusione ed euro duemilasessantacinque/83 di multa per il reato di cui all'art. 73 D.P.R. n. 309 del 1990, commesso il (omissis) – pena sospesa.

Con precedente provvedimento di determinazione di pene concorrenti del 18/02/2008, la Procura generale presso la Corte di appello di Napoli aveva chiesto la revoca del beneficio della sospensione condizionale concessa con la sentenza sub b), con contestuale applicazione dell'indulto sulla pena con la stessa inflitta.

(omissis) era stato sottoposto a custodia cautelare dal (omissis) (pari ad anni (omissis) di reclusione), per reato per il quale era stato definitivamente prosciolto e in ordine al quale aveva avanzato richiesta di riparazione per ingiusta detenzione. Nell'ambito di tale procedura la Corte di appello aveva investito la Procura generale della richiesta di attribuzione del presofferto alla pena espianda e già dichiarata condonata di cui al provvedimento di cumulo suindicato.

La Procura, quindi, aveva chiesto la revoca dell'indulto nella misura di (omissis) (omissis) di reclusione e la rideterminazione del beneficio in giorni (omissis) di reclusione ed euro duemilasessantacinque/83 di multa.

Con l'ordinanza impugnata è accolta la richiesta della Procura, rilevandosi che il beneficio dell'indulto deve essere concesso sulla pena da espiare, dopo aver detratto la carcerazione sofferta anche per altro reato, purché la custodia cautelare *sine titulo* sia subita o la pena *sine titulo* sia espiata dopo la commissione del reato, per il quale deve essere determinata la pena da eseguire, nel rispetto del principio fissato dall'art. 657 cod. proc. pen..

Il giudice dell'esecuzione ha escluso che tale meccanismo leda gli interessi del condannato, non potendosi ritenere ingiusta la detenzione decurtabile e decurtata

della misura della pena subita senza titolo, né pregiudizievole il correlato ridimensionamento della misura del beneficio indulgenziale, del quale il condannato astrattamente avrebbe potuto ancora usufruire, da contenere nei limiti del residuo dopo la detrazione della pena sofferta senza titolo.

2. (omissis) a mezzo del proprio difensore, propone ricorso per Cassazione avverso la suindicata ordinanza, per violazione di legge e vizio di motivazione, in riferimento agli artt. 657 e 672 cod. proc. pen..

Si deduce che non è fungibile un periodo di privazione della libertà *sine titulo* con un periodo virtuale di detenzione derivante dalla irrogazione di una pena in concreto non eseguibile, in quanto estinta da un provvedimento di clemenza collettiva dello Stato.

Si sostiene che, all'atto della concessione del beneficio dell'indulto, era evidente e noto il pregresso periodo di custodia cautelare subito dal condannato, opzionabile per la fruizione della fungibilità ex art. 657 cod. proc. pen..

CONSIDERATO IN DIRITTO

Il ricorso è fondato.

1. In linea generale va premesso che, secondo il combinato disposto dei commi 1, 2 e 4 dell'art. 657 cod. proc. pen., nello stabilire la pena detentiva irrogata con una sentenza di condanna da eseguire, il pubblico ministero deve considerare non solamente il periodo di custodia cautelare subito per il reato, per il quale vi è stata quella irrogazione di pena, ma anche il periodo di applicazione della custodia cautelare o di esecuzione di pena patita per un altro reato, laddove la limitazione della libertà sia rimasta *sine titulo* (ad esempio perché la condanna non è poi intervenuta o perché è stata revocata, oppure il reato è stato dichiarato estinto per amnistia o è stato concesso indulto), a condizione che tali custodia o pena siano state subite in epoca successiva alla data commissione del reato, per il quale deve essere determinata la pena detentiva da eseguire.

La *ratio* di tale disposizione è illustrata nella Relazione governativa di accompagnamento al d.P.R. n. 447 del 1988 di approvazione del codice di procedura penale, nella parte in cui è sottolineato che, sotto l'aspetto cronologico, l'operatività dell'istituto della fungibilità era stata limitata con un 'meccanismo' – analogo a quello già regolato dall'~~analogo~~ art. 271, ult. comma, del codice abrogato – con il quale si era voluto ribadire che «la detenzione sofferta a vuoto deve seguire e non precedere la commissione del reato, perché in caso contrario si verificherebbe l'assurda situazione di un periodo di carcerazione preventiva che costituisce una sorta di futura im-

munità da carcerazione per l'interessato. In altre parole, il recupero della detenzione ingiustamente sofferta deve funzionare come correttivo alle disfunzioni della macchina giudiziaria e compensazione dell'ingiusta detenzione, ma non certo come incentivo alla commissione successiva di azioni criminose».

La Corte di cassazione, con un orientamento nettamente prevalente, ha sostenuto che, qualora per un periodo di custodia cautelare ingiustamente sofferta sia stata ottenuta la riparazione pecuniaria prevista dall'art. 314 cod. proc. pen., lo stesso periodo non può essere computato a titolo di fungibilità sulla pena da espiare per altro reato: si desume, infatti, dal disposto di cui all'art. 314, comma 4, cod. proc. pen. (secondo cui il diritto alla riparazione per ingiusta detenzione è escluso per quella parte della custodia cautelare che sia computata ai fini della determinazione della pena da eseguire) l'alternatività tra il suddetto istituto e quello della fungibilità, previsto dall'art. 657 cod. proc. pen., per cui è rimessa all'interessato la facoltà di scegliere quello del quale avvalersi; e ciò anche al fine di evitare l'ingiustificata disparità di trattamento che, altrimenti, si verificherebbe fra chi, avendo ottenuto la fungibilità, non potrebbe ottenere la riparazione e chi, invece, avendo ottenuto la riparazione, avrebbe diritto anche alla fungibilità (Sez. 1, n. 10366 del 11/02/2004, Mitidieri, Rv. 227230; Sez. 1, n. 3488 del 10/05/1999, Aversa, Rv. 214644).

Tale orientamento è stato parzialmente posto in discussione dalle Sezioni unite di questa Corte, per le quali, ai fini della determinazione della pena da eseguire, vanno computati anche i periodi di custodia cautelare relativi ad altri fatti, per i quali il condannato abbia già ottenuto il riconoscimento del diritto alla riparazione per ingiusta detenzione, stante la inderogabilità della disciplina dettata dall'anzidetta disposizione normativa e dovendosi escludere l'esistenza di una facoltà di scelta, da parte dell'interessato (pur quando ne sussisterebbe la possibilità, attesa la già intervenuta esecutività della sentenza di condanna all'atto della richiesta di riparazione), tra il ristoro pecuniario di cui all'art. 314 cod. proc. pen. e lo scomputo dalla pena da espiare della custodia cautelare ingiustamente sofferta, fermo restando che, al fine di evitare che l'interessato consegua una indebita locupletazione, il giudice investito della richiesta di riparazione può sospendere il relativo procedimento, ove gli risulti l'esistenza di una condanna non ancora definitiva a pena dalla quale possa essere scomputato il periodo di custodia cautelare cui la detta richiesta si riferisce, e che, ove la somma liquidata a titolo di riparazione sia stata già corrisposta, lo Stato può agire per il suo recupero esperendo l'azione di ingiustificato arricchimento di cui all'art. 2041 cod. civ. (Sez. U, n. 31416 del 10/07/2008, Cascio, Rv. 240113).

2. Nel caso in esame, su richiesta della locale Procura generale, la Corte di appello di Napoli, in funzione di giudice dell'esecuzione, ha rideterminato la misura

dell'indulto concesso all'interessato, tenuto conto della modifica del computo della pena da espiare, effettuata dalla Procura generale, che ha ricalcolato la sanzione applicando la fungibilità per un presofferto senza titolo, segnalato dalla stessa Corte di appello di Napoli nell'ambito di procedimento ex art. 314 cod. proc. pen. promosso dallo stesso interessato.

La Corte territoriale ha ritenuto di imputare l'indulto solo al *quantum* di pena ancora da espiare, dopo la detrazione del periodo di custodia cautelare sofferta senza titolo da (omissis)

Nella requisitoria scritta la Procura generale presso questa Corte – richiamando i principi in materia riportati al par. 1 – ha rilevato che, contrariamente a quanto dedotto in ricorso, non sussiste un interesse del condannato ad ottenere il condono della pena secondo i calcoli originari del giudice dell'esecuzione (ignaro dell'esistenza di un presofferto fungibile) e contemporaneamente un risarcimento del danno per ingiusta detenzione per altro titolo ex art. 314 cod. proc. pen..

La Corte territoriale e la Procura generale – che condivide l'impostazione del provvedimento impugnato – ritengono applicabile alla fattispecie il principio della non cumulabilità dei benefici della fungibilità e della riparazione per ingiusta detenzione.

3. La fattispecie in questione, tuttavia, presenta caratteri peculiari, che non consentono di inquadrarla nell'ambito ~~delle fattispecie~~ dei casi che hanno dato luogo all'affermazione dei principi generali enunciati al par. 1.

Va premesso che l'art. 657, comma 3, cod. proc. pen. stabilisce: «[...] il condannato può chiedere al pubblico ministero che i periodi di custodia cautelare e di pena detentiva espiata, operato il ragguaglio, siano compuntati per la determinazione della pena pecuniaria o della sanzione sostitutiva da eseguire [...]».

Occorre però precisare che la declaratoria di fungibilità di cui all'art. 657 cod. proc. pen. non è automatica né necessariamente contestuale all'ordine di esecuzione e desumibile dal relativo fascicolo, ma va disposta con distinto decreto e discende da una autonoma valutazione, che investe la custodia cautelare subita non solo per gli stessi fatti, ma anche per reati diversi, nonché pene espiate per altri fatti, quando sia sopravvenuta revoca della condanna, amnistia o indulto, e può, a richiesta dell'interessato, operare su sanzioni pecuniarie o sostitutive, anziché su quelle detentive (Sez. 1, n. 4503 del 20/06/2000, Degni, Rv. 216921).

L'istituto della fungibilità, quindi, deve ritenersi applicabile qualora si sia realizzata una legittima causa di revoca dell'indulto, che determini una pena da eseguire, e non può integrare una causa autonoma di revoca del già concesso beneficio dell'indulto, operativa *ex officio*, come ritenuto nel caso in esame. Nella vicenda in oggetto, dalla lettura del provvedimento impugnato non si rinviene una «pena da

eseguire» nei termini di cui all'art. 657, comma 3, cit., e non emergono le ragioni per le quali il giudice dell'esecuzione ha sostanzialmente disposto la revoca dell'indulto (operazione denominata dall'organo giudicante come «rideterminazione del beneficio del condono», ricalcolato in misura ridotta rispetto a quella originariamente stabilita).

4. L'ordinanza impugnata va di conseguenza annullata con rinvio per nuovo esame alla Corte di appello di Napoli, affinché emetta un nuovo provvedimento nel rispetto del seguente principio di diritto: «L'applicazione della disciplina della fungibilità per custodia cautelare o pena espiata senza titolo, ai sensi dell'art. 657, comma 3, cod. proc. pen., postula l'esistenza di una pena da eseguire, quale non è la pena dichiarata estinta per indulto; conseguentemente essa non giustifica, in caso di coevo procedimento di riparazione per ingiusta detenzione derivante dalla restrizione subita senza titolo, la riduzione d'ufficio del beneficio dell'indulto, pertinente a diverso titolo, nei limiti della misura di pena riconosciuta in fungibilità, in assenza di cause di revoca del medesimo beneficio».

Segue l'annullamento del provvedimento impugnato che non si è attenuto al predetto principio con rinvio degli atti per nuovo esame alla Corte di appello di Napoli che applicherà correttamente la disciplina in materia come sopra enunciata, verificando l'eventuale esistenza di legittima causa di revoca dell'indulto determinante la pena da eseguire e, in mancanza di titolo con sanzione da eseguire suscettibile di computo ex art. 657, comma 3, cod. proc. pen., riattivi il procedimento di riparazione per ingiusta detenzione a norma degli artt. 314 e 315 cod. proc. pen., già pendente davanti alla stessa Corte di appello di Napoli.

P. Q. M.

Annulla l'ordinanza impugnata e rinvia per nuovo esame alla Corte di appello di Napoli.

Così deciso in Roma il 9 febbraio 2018.

Il Consigliere estensore
Aldo Esposito

Il Presidente
Antonella Patrizia Mazzei

DEPOSITATA
IN CANCELLERIA
- 1 OTT 2018
IL CANCELLIERE
Stefania FAIELLA