

**Penale Sent. Sez. 1 Num. 37327 Anno 2021**

**Presidente: ZAZA CARLO**

**Relatore: ALIFFI FRANCESCO**

**Data Udiienza: 17/09/2021**

### **SENTENZA**

sul ricorso proposto da:

FASCIANI SABRINA nato a ROMA il 08/05/1974

avverso l'ordinanza del 09/11/2020 della CORTE APPELLO di ROMA

udita la relazione svolta dal Consigliere FRANCESCO ALIFFI;

lette le conclusioni del PG LUCA TAMPIERI che ha chiesto l'annullamento con rinvio del provvedimento impugnato.

### **RITENUTO IN FATTO**

1. Con l'ordinanza in epigrafe la Corte di appello di Roma, pronunciando quale giudice dell'esecuzione, ha rigettato l'istanza con cui Fasciani Sabrina, impugnando l'ordine di esecuzione in data 29 novembre 2019, aveva chiesto scomputarsi dalla pena residua da espiare, individuata in anni 6 mesi 9 e giorni 24, in applicazione del principio della fungibilità di cui all'art. 657 cod. proc. pen., il periodo sofferto in custodia cautelare senza titolo per 2 anni 2 mesi e 24 giorni, dal 13 febbraio 2007 al 7 maggio 2009.

A ragione osservava che il periodo di custodia cautelare non era scomputabile perché scontato in epoca precedente alla consumazione del reato di associazione mafiosa, atteso che, nella ipotesi più favorevole alla Fasciani, la permanenza si era



interrotta soltanto nel luglio 2013, con l'esecuzione della misura cautelare nei suoi confronti.

2. Avverso l'ordinanza ha proposto ricorso l'interessata, a mezzo dei difensori fiduciari, chiedendone l'annullamento per violazione di legge e vizio di motivazione sulla scorta di due motivi.

2.1. Con il primo si deduce l'assenza di dimostrazione dell'assunto del giudice dell'esecuzione secondo cui la carcerazione preventiva patita senza titolo sia anteriore alla commissione del reato di associazione mafiosa. Nel caso di condanna per un reato associativo senza l'indicazione della data di cessazione della condotta criminosa, la giurisprudenza di legittimità richiede, ai fini dell'applicazione della fungibilità dei periodi di carcerazione presofferti, una verifica effettiva della durata della permanenza fino alla sentenza di primo grado; esclude, invece, la possibilità di ricorrere a presunzioni, come quella che collega l'interruzione del vincolo sociale alla data dell'arresto della condannata. La Corte distrettuale, in difformità a tali principi, non ha proceduto ad un esame dei riferimenti temporali contenuti nelle contestazioni ed ha, pertanto, ignorato che il reato associativo, pur accertato nel 2012, risale all'anno 1990, quindi ad un'epoca precedente sia all'ingiusta carcerazione preventiva, avvenuta nel 2004, sia all'epoca di consumazione dei reati per i quali era stata applicata.

2.2. Con il secondo motivo si solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 657, comma 4, cod. proc. pen. nella parte in cui limita l'applicazione della fungibilità della detenzione sofferta senza titolo alla sua anteriorità rispetto al reato per il quale deve essere determinata la pena da eseguire. La scelta legislativa, infatti, facendo dipendere l'operatività della fungibilità da un fattore meramente casuale di natura temporale, oltre a vulnerare la parità di trattamento di cui all'art. 3 della Costituzione ed il principio del *favor libertatis*, si pone in contrasto con la finalità rieducativa della pena prevista dall'art. 27, comma 3, Cost. e con il divieto, negli ultimi anni più volte rimarcato dalla Consulta, di ricorrere a presunzioni assolute nell'applicazione di disposizioni normative che incidono sulla libertà personale. Non può escludersi, infatti, che colui che ha commesso un reato dopo una carcerazione ingiusta commetta reati unicamente per riscuotere il "bonus" formatosi a seguito dell'ingiusta carcerazione già sofferta.

### **CONSIDERATO IN DIRITTO**

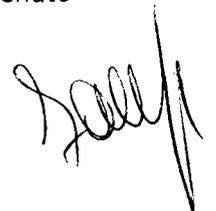
1. Va premesso che, per pacifico insegnamento di questa Corte, «il giudice dell'esecuzione ha il potere-dovere di interpretare il giudicato e di renderne espliciti il contenuto e i limiti, ricavando dalla sentenza irrevocabile tutti gli



elementi, anche non chiaramente espressi, che siano necessari per le finalità esecutive» (Sez. 1, n. 30609 del 15/04/2014, Raia, Rv. 261087). Il principio è stato affermato più volte in relazione a distinte questioni esecutive: ai fini della revoca dell'indulto (Sez. 1, n. 36 del 09/01/1996, Morelli, Rv. 203816); in riferimento all'esclusione di circostanze aggravanti non menzionate nel dispositivo della sentenza di condanna (Sez. 4, n. 2706 del 08/11/1996, dep. 07/01/1997, Mazzali, Rv. 206616); in tema di revoca della sentenza di condanna per abolizione del reato (Sez. 6, n. 8030 del 11/12/2002, dep. 2003, Bini, Rv. 224703); ai fini dell'applicazione di benefici penitenziari ed al riscontro della già avvenuta espiazione di reato ostativo (Sez. 1, n. 20158 del 22/03/2017, Rizzo, Rv. 270118; Sez. 5, n. 25578 del 15/05/2007, Sinagra, Rv. 237707); ai fini della determinazione della data del commesso reato quando non si traggano indicazioni certe e precise dal giudicato (Sez. 1, n. 11512 del 21/01/2005, Spinelli, Rv. 231267); ai fini dell'applicazione della disciplina della fungibilità (Sez. 1, n. 25735 del 12/06/2008, Labate, Rv. 240475) o del cumulo delle pene (Sez. 1, n. 35766 del 11/11/2020, Barillari, Rv. 280093).

1.1. Con specifico riguardo al *tempus commissi delicti*, per principio generale "in sede esecutiva non è consentito modificare la data del commesso reato, accertata nel giudizio di cognizione con sentenza passata in giudicato" quando il momento di consumazione sia individuato in sede di cognizione in termini precisi e delimitati (Sez. 1, n. 25219 del 20/05/2021, Piacenti, Rv. 281443; Sez. 3, n. 8180 del 20/01/2016, Spada, Rv. 266283; Sez. 1, n. 3955 del 06/12/2007, dep. 2008, Greco, Rv. 238380); soltanto nella diversa ipotesi in cui l'epoca di consumazione del reato non è indicata in modo preciso e con ben definiti riferimenti fattuali nel capo di imputazione, il giudice dell'esecuzione può prendere conoscenza del contenuto della sentenza e, occorrendo, degli atti del procedimento, per ricavarne tutti gli elementi da cui sia possibile desumere l'effettiva data del reato, ove essa sia rilevante ai fini della decisione che gli è demandata" (Sez. 1, n. 30609 del 15/04/2014, Raia, Rv. 261087; Sez. 1, n. 25735 del 12/06/2008, Labate, Rv. 240475; Sez. 1, n. 4076 del 06/07/1995, Mastrosanti, Rv. 202430). Del resto, la connotazione tipica della condotta partecipativa come perdurante nel tempo per la stabilità del vincolo tra affiliati, è pur sempre oggetto di presunzione relativa, quindi superabile e deve essere verificata in concreto, tanto più se emergano condotte positive, quale quella della collaborazione con la giustizia o l'estromissione del singolo partecipante.

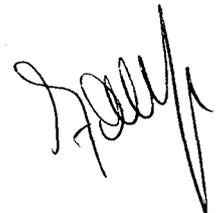
2. Tanto premesso in linea generale, nel caso in esame il giudice dell'esecuzione ha fatto buon governo degli esposti principi. Ha rilevato, infatti, che, secondo l'accertamento della fase cognitiva, il contributo partecipativo della Fasciani era proseguito quanto meno fin alla data del suo arresto, avvenuto



nell'anno 2013, sicché dalla pena indicata nel provvedimento di cumulo non poteva scomputarsi ai sensi dell'art. 657, comma 4, cod. proc. pen. il periodo di custodia cautelare *sine titulo* trattandosi di carcerazione patita in epoca precedente alla cessazione della permanenza.

Il ricorso oppone, oltre al richiamo a principi teorici in tema di fungibilità della pena, argomentazioni generiche sull'epoca di consumazione del reato limitandosi a prospettare come erroneo l'accertamento sul punto senza però indicare in concreto attraverso quali dati fattuali o quale percorso logico, il giudice dell'esecuzione poteva pervenire ad una diversa interpretazione del giudicato, superando i riferimenti contenuti nel capo di imputazione che, pur collocando l'inizio dell'associazione nell'anno 1990 indicava, altrettanto esplicitamente, come data di accertamento del reato, evidentemente ancora in atto, l'anno 2012. D'altra parte, la condotta partecipativa della Fasciani si era sviluppata per un lungo periodo, come si desume dalla condanna anche per reati aggravati dal metodo mafioso commessi dopo il 2004 e dall'utilizzo come fatti indicativi della sua sussistenza anche di episodi commessi in epoca prossima alla data di accertamento, e non era stati acquisiti elementi dimostrativi idonei a superare la presunzione relativa di permanenza del vincolo associativo. Diversamente da quanto affermato in ricorso, nel giudizio di cognizione la configurazione della condotta partecipativa era, quindi, avvenuta secondo la tecnica della contestazione chiusa, poiché erano indicati gli estremi temporali della condotta con termine iniziale (1990) e termine finale (data di accertamento). Al contrario, la contestazione è aperta quando difetti la specificazione del termine finale della condotta o se la stessa sia indicata come perdurante o in atto, per cui per effetto di convenzione in tali situazioni si fa coincidere la cessazione della consumazione del reato con la pronuncia della sentenza di primo grado, senza, però, che tanto equivalga a presunzione di colpevolezza fino a quella data, spettando all'accusa l'onere di fornire la prova a carico dell'imputato in ordine al protrarsi della condotta criminosa fino all'indicato ultimo limite processuale (Sez. 2, n. 23343 del 01/03/2016, Ariano ed altri, Rv. 267080; Sez. 1, n. 39221 del 26/02/2014 Pg in proc. Saputo, Rv. 260511).

3. La questione di costituzionalità è manifestamente infondata riproponendo argomentazioni già negativamente apprezzate dalla Consulta che, con la sentenza n. 198 del 27 luglio 2014, ha dichiarato non fondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 657, comma 4, cod. proc. pen., sollevata in riferimento agli artt. 3, 13, primo comma, e 27, terzo comma, della Costituzione. Con riguardo all'argomento, ripreso dal ricorrente, secondo il quale, a parità di situazioni, la possibilità di "compensare" la pena da espiare con l'ingiusta carcerazione già subita verrebbe fatta dipendere da un fattore meramente casuale di natura



temporale, ossia la circostanza che l'ingiusta carcerazione segua, e non già preceda, la commissione del reato per il quale deve essere determinata la pena da eseguire, il giudice delle leggi ha osservato che la previsione normativa censurata trova giustificazione sotto due distinti profili: - è imposta 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" utilizzabile per elidere le conseguenze di futuri illeciti penali, mentre persegue lo scopo di porre rimedio a disfunzioni del sistema giudiziario e di compensare chi ne abbia patito le conseguenze in termini di privazione della libertà personale, poi rimasta priva di valido titolo; - la pena in ogni caso, seppur scontata mediante l'imputazione ad essa del periodo di ingiusta detenzione sofferta per altro reato, per assolvere alle funzioni preventive e di recupero del reo che le sono attribuite dall' ordinamento, deve sempre seguire, e non precedere, il fatto criminoso cui accede e che mira a sanzionare. Si è, quindi, escluso che la norma scrutinata confligga col principio di eguaglianza per irragionevole disparità di trattamento, poiché la situazione di chi ha sofferto la custodia cautelare, o espiato una pena senza titolo, dopo la commissione di altro reato non corrisponde a quella di chi l'ha subita o eseguita anteriormente; né con l'art. 13 Cost. perché sacrifica la libertà individuale a ragione dell'esigenza di non incentivare la commissione di ulteriori fatti criminosi, contando su una sostanziale impunità, e di non stravolgere le funzioni di prevenzione e di emenda della pena e nemmeno con l' art. 27 Cost. per l'impossibilità di concepire una funzione rieducativa in relazione a reati che debbano essere ancora commessi.

La medesima questione è stata nuovamente esaminata dalla Corte costituzionale in rapporto agli stessi referenti normativi costituzionali con l'ordinanza n. 117, in data 12 aprile 2017, che ha dichiarato la manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale degli artt. 657, comma 4, e 671 cod. proc. pen. e dell' art. 81, secondo comma, del cod. pen., nella parte in cui non consentirebbero al Giudice dell'esecuzione, una volta ritenuta la continuazione tra reati per i quali la pena è espiata e reati per i quali è in corso di espiazione, uno dei quali di natura permanente, di applicare l'istituto della fungibilità. La Consulta, nel richiamare i principi già espressi con la sentenza n. 198/2014, ha affermato che l'art. 657 cod. proc. pen. «non contiene, in alcun modo, regole irragionevolmente discriminatorie» e ha ribadito la piena coerenza con i parametri costituzionali dell' orientamento esegetico che nega la compensazione tra pena da espiare e periodo di detenzione ingiusta già sofferto, anche se questo derivi dall' unificazione per continuazione dei reati separatamente giudicati, nel senso che soltanto «ove il giudice dell' esecuzione verifichi (nel rispetto degli accertamenti già svolti in sede cognitiva) che il reato associativo,



con pena da espiare, è stato commesso in epoca anteriore alla carcerazione sine titolo patita per i reati-fine dell'associazione, egli deve scomputare senz' altro quest'ultima dalla pena relativa al primo reato, quale che sia la data del suo accertamento», escludendo tale beneficio nel caso opposto.

La ratio dell'istituto fondata sull'esigenza di evitare, sempre e comunque, la preconstituzione di riserve di impunità a favore di chi sia stato cautelarmene detenuto per altro fatto al punto da non ammettere neppure distinguo a seconda che la sentenza assolutoria per il diverso fatto per cui il condannato ha subito custodia cautelare sia divenuta definitiva prima o dopo la commissione del nuovo reato.

4. Per le considerazioni svolte il ricorso va dichiarato inammissibile con la conseguente condanna del proponente al pagamento delle spese del procedimento e, in ragione dei profili di colpa, insiti nella presentazione di siffatta impugnazione, anche al versamento di sanzione pecuniaria in favore della Cassa delle ammende, che si reputa equo liquidare in euro 3.000,00

**P.Q.M.**

Dichiara inammissibile il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali e della somma di euro tremila in favore della Cassa delle ammende.

Così deciso, in Roma il 17 settembre 2021