# CORTE COSTITUZIONALE

Sentenza **386/1989** (ECLI:IT:COST:1989:386)
Giudizio: **GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA INCIDENTALE**
Presidente: **SAJA** - Redattore: - Relatore: **GALLO E.**
Camera di Consiglio del **17/05/1989**; Decisione del **04/07/1989**
Deposito del **11/07/1989**; Pubblicazione in G. U. **19/07/1989**
Norme impugnate:
Massime: **13563 13564 13565**
Atti decisi:

N. 386

## SENTENZA 4-11 LUGLIO 1989

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente: dott. Francesco SAJA; Giudici: prof. Giovanni CONSO, prof. Ettore GALLO, dott. Aldo CORASANITI, prof. Giuseppe BORZELLINO, dott. Francesco GRECO, prof. Renato DELL'ANDRO, prof. Gabriele PESCATORE, avv. Ugo SPAGNOLI, prof. Francesco Paolo CASAVOLA, prof. Antonio BALDASSARRE, prof. Vincenzo CAIANIELLO, avv. Mauro FERRI, prof. Luigi MENGONI, prof. Enzo CHELI;

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 47, comma primo, della legge 26 luglio 1975, n.354, come sostituito dall'art.11 della legge 10 ottobre 1986 n.663 (Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà); dell'art. 51-bis della legge 26 luglio 1975 n. 354 (Ordinamento penitenziario), così come introdotto dall'art. 15 della legge 10 ottobre 1986, n. 663 e degli artt. 73 e 76 del codice penale, promosso con l'ordinanza emessa l'8 novembre 1988 dal Tribunale di sorveglianza di Brescia, nel procedimento di sorveglianza relativo a Fassi Mario, iscritta al n. 71 del registro ordinanze 1989 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 8, prima serie speciale, dell'anno 1989;

Visto l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

Udito nella camera di consiglio del 17 maggio 1989 il Giudice relatore Ettore Gallo;

*Ritenuto in fatto*

1. - Il Tribunale di Sorveglianza di Brescia, con ordinanza 8 novembre 1988, emessa nel procedimento di sorveglianza relativo a Fassi Mario, sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 47, primo comma, dell'Ordinamento penitenziario (così come sostituito dall'art. 11 della legge 10 ottobre 1986 n. 633 Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà -) e dell'art. 51- bis dello stesso Ordinamento, nonché degli artt. 73 e 76 del codice penale, con riferimento agli artt. 3, 13, 27, 101 e 104 della Costituzione.

Esponeva il Tribunale nell'ordinanza che il Fassi, tossicodipendente, detenuto in espiazione di pena, dopo essere stato sottoposto con esito favorevole all'osservazione scientifica della personalità, aveva chiesto di essere affidato in prova al Servizio Sociale. Era emerso, infatti, dall'esame e dalle osservazioni, che il soggetto, nonostante le condanne riportate, aveva poi raggiunto nel trattamento progressi tali da essere maturo per un'ampia misura alternativa, mediante affidamento ad una comunità terapeutica, già identificata e disponibile, per l'attuazione di un programma di recupero e di terapia.

Secondo il Tribunale, sussistono, pertanto, tutti i presupposti per ritenere che il Fassi osserverà le prescrizioni e non commetterà più reati.

Riferiva, però, l'ordinanza che, ad avviso del Procuratore Generale, il richiesto affidamento non sarebbe ammissibile. Infatti, benché nessuna delle condanne riportate dal Fassi fosse superiore ad anni tre, e nonostante lo stesso residuo di pena sia ora inferiore ad anni tre (il fine pena è stato fissato per il 31 maggio 1991, essendo stata concessa anche la liberazione anticipata), tuttavia la giurisprudenza della Corte di Cassazione ritiene che si debba tenere conto del cumulo delle pene inflitte con le varie sentenze di condanna: e ciò anche se il cumulo non è stato formalmente operato, essendo sufficiente che le pene vengano espiate senza soluzione di continuità. Riconosce, però, la detta giurisprudenza che non si debba tenere conto delle pene estinte per amnistia e persino per condono, ma non di quelle estinte per espiazione.

Rileva il Tribunale che il principio della "pena unica", discendente ex artt. 73 e 76 codice penale, non può risolversi a danno del condannato, e qualora - come nella specie - determini intollerabili disparità di trattamento dovrebbe incontrare censura d'illegittimità costituzionale.

La stessa Corte di Cassazione, del resto, lo avrebbe riconosciuto - continua l'ordinanza - a più effetti: come quando ha ammesso che ciascuna pena riassuma la sua autonomia in ipotesi di condono, o come quando ha ritenuto, allorché esisteva il divieto di concedere la semilibertà ai condannati per rapina, che anche nel caso di più condanne cumulate, una volta espiata tutta la pena concernente la condanna per rapina, il condannato poteva essere ammesso alla semilibertà in relazione alle altre condanne in espiazione per reati non ostativi.

Incomprensibile, perciò, sarebbe - secondo il Tribunale - l'interpetrazione che discrimina le pene espiate soltanto in relazione all'istituto dell'affidamento in prova che - come questa Corte ha ritenuto (cfr. sentenze 15 ottobre 1987 n. 343; 13 novembre 1985 n. 312; 13 giugno 1985 n. 185) - ha sostanziale natura di pena. Una tale interpretazione viola non soltanto l'art. 3 della Costituzione per le ragioni già indicate, ma anche l'art. 27, terzo comma, perché viene a frustrare la funzione rieducativa della pena.

2. - È intervenuto nel giudizio il Presidente del Consiglio dei Ministri, rappresentato dall'Avvocatura Generale dello Stato, la quale ha innanzitutto eccepito l'inammissibilità della sollevata questione, in quanto verrebbe richiesto alla Corte un dispositivo di estensione dell'applicazione di trattamento o di istituto a soggetti che, secondo la norma, ne sono esclusi perché fruiscono di altro trattamento; estensione che questa Corte avrebbe sempre ritenuto estranea ai propri poteri perché riservata a quelli discrezionali del legislatore.

Nel merito, l'Avvocatura chiede declaratoria d'infondatezza, negando che si possa riferire il limite di anni tre, come massimo oltre il quale l'affidamento non è ammissibile, esclusivamente a ciascuna sentenza di condanna e non alla complessiva pena risultante dal cumulo: e ciò perché la reiterazione di fatti criminosi, che il cumulo presuppone, è espressione di più marcata inaffidabilità soggettiva ed indice di prognosi negativa. Su questa premessa, l'Avvocatura contesta anche le altre argomentazioni dell'ordinanza.

*Considerato in diritto*

1. - La questione sollevata dal Tribunale di Sorveglianza di Brescia, pur investendo sul piano argomentativo il più ampio tema della legittimità del principio del cumulo delle pene anche quando si risolva a danno del condannato, in realtà è limitata nelle conclusioni al quesito se, agli effetti dell'ammissibilità dell'affidamento in prova ex art. 47, primo comma, della legge 26 luglio 1975 n. 354 (Ordinamento penitenziario), si debba tenere conto nel cumulo anche delle pene già espiate.

Sul punto, è eloquente il passo dell'ordinanza dove si afferma che "rioperando - come fa la Cassazione - un cumulo generale che comprenda anche le condanne positivamente espiate, si viola la stessa giurisprudenza della Cassazione che ha sempre affermato che nel cumulo non possono essere incluse le pene già estinte, a meno che ciò non sia utile al fine di recare vantaggio al condannato".

Appunto a tale proposito, l'ordinanza aveva invocato la giurisprudenza della Corte di Cassazione quando vigeva il divieto di concessione della semilibertà ai condannati per rapina: giurisprudenza che effettivamente ammetteva che, una volta espiata la pena concernente la rapina, non se ne dovesse tenere più conto nel cumulo, e si potesse perciò concedere la semilibertà in relazione alle altre condanne per reati non ostativi.

Ciò precisato, va respinta la preliminare eccezione d'inammissibilità dell'Avvocatura, dato che non si chiede alcuna estensione di trattamento o di istituti a situazioni diverse, disciplinate sotto altri principi.

La questione proposta, infatti, si limita a chiedere, in definitiva, il riconoscimento d'illegittimità, per violazione degli artt. 3 e 27, terzo comma, della Costituzione, dell'art.47, primo comma, dell'Ordinamento penitenziario, nella parte in cui non prevede - almeno nell'attuale lettura della giurisprudenza - che, ai fini dell'ammissibilità del condannato all'affidamento in prova, non si debba tenere conto, in ipotesi di cumulo, delle pene già espiate.

Ogni altra questione dedotta ed ogni altro parametro invocato sono effettivamente ultronei, e di ciò sarà detto fra poco.

2. - Nel merito la questione è fondata.

Come ha rilevato anche l'Avvocatura Generale, il principio della "pena unica", così come risultante in sede di esecuzione ex art. 76, primo comma, codice penale, sulla base del cumulo

delle pene, inflitte con una o più sentenze di condanna, non ha di per sé nulla d'irrazionale o di discriminatorio. Tanto più che è ivi espressamente fatta salva "ogni diversa disposizione di legge".

Ciò comporta che, semmai, eventuali violazioni del principio di eguaglianza (art. 3 della Costituzione), o di quello concernente la funzione risocializzante della pena ( art. 27, secondo comma, della Costituzione), vanno riferite caso per caso, per ogni singola situazione applicativa, all'eventuale omissione di particolari disposizioni che, in coerenza al sistema, avrebbero potuto evitarle.

Nella specie, l'art. 47, primo comma, dell'Ordinamento penitenziario, denunziato con l'ordinanza in esame, stabilisce che il condannato può essere affidato al servizio sociale per un periodo di prova pari alla residua pena detentiva da scontare, se la pena inflitta non supera i tre anni. Il problema sorge allorquando, avendo il condannato riportato più pene concorrenti a seguito di più sentenze di condanna, ne sia stato disposto il cumulo, con conseguente pena unica ex art. 76, primo comma, codice penale; oppure anche quando, pur senza l'esistenza di un provvedimento formale di cumulo, il condannato si trovi in corso d'espiazione delle varie pene inflitte senza soluzione di continuità.

In tali ipotesi, la giurisprudenza ormai consolidata della Corte di Cassazione ritiene che si debba sempre fare riferimento, per stabilire l'ammissibilità all'affidamento in prova, al cumulo delle pene inflitte, o comunque in corso di ininterrotta espiazione se un formale cumulo non è stato disposto: e se il cumulo supera i tre anni di pena detentiva, l'affidamento non è ammissibile anche se la residua pena da scontare sia inferiore al detto limite.

Ammette, tuttavia, la detta giurisprudenza che le pene condonate o comunque estinte debbano essere escluse dal computo, ma non le pene espiate.

Orbene, sul piano della logica giuridica, se si ha riguardo all'entità della pena complessiva riportata, sia pure con più condanne, per dedurne sfavorevoli illazioni in ordine alla prognosi di cui al secondo comma dell'art. 47 dell'Ordinamento penitenziario, allora non ha senso l'esclusione dal computo di pene che, pur non essendo più eseguibili perché estinte, esprimono pur sempre, tuttavia, un presupposto notevole della pericolosità: e ciò tanto più che il detto art. 47 fa riferimento alla pena "inflitta" e non a quella da espiare.

Ma se, al contrario, si ritiene che è proprio alla pena in concreto espianda che il legislatore abbia inteso riferirsi con quel limite di anni tre, resta allora senza razionale giustificazione che non si debba escludere dal computo proprio la causa principale di consunzione della pena, quella che ne rappresenta la ragione fondamentale della sua stessa essenza: l'espiazione.

Ed, in realtà, essendo l'affidamento in prova uno dei modi di esecuzione della pena, in quanto la sua alternatività è riferita alla "detenzione" e non all'istituto stesso della pena (rispetto al quale altre sono le misure alternative), è sembrato correttamente al legislatore che l'adozione di una siffatta forma alternativa di esecuzione dovesse essere contenuta entro limiti di una certa relativa brevità della detenzione effettivamente da scontare: altrimenti, ne sarebbe rimasta indebolita la funzione di prevenzione generale della pena. D'altra parte, proprio in presenza di una lunga pena da espiare, un'adeguata prognosi relativa agli effetti rieducativi del provvedimento di affidamento, e alla prevenzione del pericolo di ricadute, non potrebbe essere espressa con sufficiente tranquillità senza l'osservazione anche del comportamento tenuto nel corso dell'espiazione detentiva della parte di pena che supera i tre anni.

3. - Orbene, tutto ciò corrisponde in definitiva alla ratio che ispira le linee della tendenza giurisprudenziale, per la quale si rinunzia a tenere conto di pene che, per non essere più eseguibili a causa della loro estinzione, non potrebbero mai consentire alcuna osservazione.

Ma se così è, a maggior ragione, allora, non si deve tenere conto, agli effetti dell'affidamento, di pene che, essendo state espiate, hanno consentito una più lunga osservazione del comportamento e hanno potuto anche conseguire, sia pure parzialmente, oltre agli effetti necessariamente retributivi, quegli effetti di rieducazione e di recupero sociale che attengono alla funzione di prevenzione speciale (terzo comma dell'art. 27 della Costituzione).

La stessa Corte di Cassazione, del resto, sia pure ad altro proposito, in tema di semilibertà (altra forma di esecuzione dalla pena), si è attenuta alla filosofia di questo valore dell'espiazione. È accaduto allorquando ha ritenuto che il divieto, allora vigente, di concedere la semilibertà ai condannati per rapina, non avesse più effetto quando la pena inflitta per la rapina fosse stata interamente espiata; ammettendo altresì che si tenesse conto dell'eventuale liberazione anticipata ottenuta in relazione alla detta pena.

Vero è, dunque, che le difficoltà interpretative del denunziato art. 47, primo comma, dipendono dalla formulazione della norma che, nella sua laconicità, consente soluzioni non sempre rispettose dei principi costituzionali di cui agli artt. 3 e 27, terzo comma, della Costituzione.

Tanto più poi quando - come nella specie - l'affidamento in prova si riferisce ai casi particolari contemplati dall'art. 47- bis della legge in parola, così come sostituito dall'art. 12 della legge 10 ottobre 1986 n. 663 (Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative o limitative della libertà). In tali casi, infatti, la persona tossicodipendente (è questa l'ipotesi di specie) consegue con l'affidamento una forma di esecuzione ancora più limitativa di quanto non sia quella generica prevista nell'articolo precedente, dato che deve dichiararsi disponibile ad un programma di recupero, ed effettivamente intraprendere poi attività terapeutica, sulla base di un programma concordato con l'U.S.L. o con gli Enti che a tali finalità sono predisposti.

Ancora più imperativa, pertanto, è la necessità che, per tali casi, la norma offra all'interpetre una formulazione esplicitamente ossequiente alla funzione costituzionale della pena e al principio di eguaglianza. In tali ipotesi, infatti, quasi sempre i reati commessi sono determinati dalla necessità di procacciarsi quella droga che incatena alla tossicodipendenza: sicché, ancor più della detenzione carceraria, è proprio il programma di recupero, mediante attività terapeutica in idonee comunità, ad espletare la funzione di prevenzione speciale della pena.

4. - Ma, contrariamente all'avviso dell'Avvocatura Generale, è sempre, comunque, all'art. 47, primo comma, della legge, che andava rivolta la censura, come correttamente ha fatto il giudice rimettente, e non all'art. 47-bis. Questo si limita, infatti, a dare particolari indicazioni, richiamando espressamente il limite di cui al comma primo dell'articolo precedente. In guisa che, una volta precisato il senso di quel limite, l'intervento correttivo automaticamente si riverbera sull'articolo evocante.

Del tutto fuori luogo, invece, è il coinvolgimento nella questione da parte dell'ordinanza dell'art. 51- bis, sia perché estraneo al fatto di causa, sia perché, comunque, anche qui l'intervento sull'art. 47, primo comma, si estenderà automaticamente, per quanto del caso, all'art. 51- bis in forza del richiamo pure in esso contenuto. L'irrilevanza della denunzia comporta l'inammissibilità.

Mentre, poi, è infondata la critica del principio della "pena unica" dipendente dal concorso di pene della stessa specie, una volta che, come si è rilevato più sopra, il principio non è inderogabile, sia per l'espressa riserva di legge contenuta nella disposizione, sia per l'implicita osservanza che ovviamente va data, comunque, ai principi costituzionali.

Quanto, infine, ai parametri invocati, l'accoglimento della questione in riferimento agli artt.

3 e 27, terzo comma, della Costituzione, è assorbente di ogni altro.

PER QUESTI MOTIVI

## LA CORTE COSTITUZIONALE

1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 47, primo comma, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (così come sostituito dall'art. 11 della legge 10 ottobre 1986 n. 663 - Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà -), nella parte in cui non prevede che nel computo delle pene, ai fini della determinazione del limite dei tre anni, non si debba tener conto anche delle pene espiate;

2) dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 51- bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, così come introdotto dall'art. 15, legge 10 ottobre 1986, n. 663, con riferimento agli artt. 3, 13, 27, 101 e 104 della Costituzione, sollevate dal Tribunale di Sorveglianza di Brescia con ordinanza 8 novembre 1988;

3) dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale degli articoli 73 e 76 del codice penale, con riferimento agli artt. 3, 13, 27, 101 e 104 della Costituzione, sollevata dallo stesso Tribunale con la medesima ordinanza.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 4 luglio 1989.

Il Presidente: SAJA

Il redattore: GALLO

Il cancelliere: MINELLI

Depositata in cancelleria l'11 luglio 1989.

Il direttore della cancelleria: MINELLI

---

*Le sentenze e le ordinanze della Corte costituzionale sono pubblicate nella prima serie speciale della Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (a norma degli artt. 3 della legge 11 dicembre 1984, n. 839 e 21 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 1985, n. 1092) e nella Raccolta Ufficiale delle sentenze e ordinanze della Corte costituzionale (a norma dell'art. 29 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, approvate dalla Corte costituzionale il 16 marzo 1956).*

*Il testo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale fa interamente fede e prevale in caso di divergenza.*