CORTE COSTITUZIONALE

Ordinanza **117/2017** (ECLI:IT:COST:2017:117)
Giudizio: **GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA INCIDENTALE**
Presidente: **GROSSI** - Redattore: **MODUGNO**
Camera di Consiglio del **12/04/2017**; Decisione del **12/04/2017**
Deposito del **19/05/2017**; Pubblicazione in G. U. **24/05/2017**
Norme impugnate: Artt. 657, c. 4°, e 671 del codice di procedura penale; art. 81, c. 2°, del codice penale.
Massime: **39663 39664**
Atti decisi: **ord. 322/2015**

ORDINANZA N. 117

ANNO 2017

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente: Paolo GROSSI; Giudici : Giorgio LATTANZI, Aldo CAROSI, Marta CARTABIA, Mario Rosario MORELLI, Giancarlo CORAGGIO, Giuliano AMATO, Silvana SCIARRA, Daria de PRETIS, Nicolò ZANON, Franco MODUGNO, Augusto Antonio BARBERA, Giulio PROSPERETTI,

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 657, comma 4, e 671 del codice di procedura penale e dell'art. 81, secondo comma, del codice penale, promosso dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Lecce, nel procedimento penale a carico di A. M., con ordinanza del 22 giugno 2015, iscritta al n. 322 del registro ordinanze 2015 e

pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 52, prima serie speciale, dell'anno 2015.

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

udito nella camera di consiglio del 12 aprile 2017 il Giudice relatore Franco Modugno.

Ritenuto che, con ordinanza depositata il 22 giugno 2015, il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Lecce ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 13, primo comma, 24, quarto comma, e 27, terzo comma, della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale degli artt. 657, comma 4, e 671 del codice di procedura penale e dell'art. 81, secondo comma, del codice penale, «nella parte in cui non consentono 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, di verificare la data di commissione del reato per cui è in corso l'esecuzione e, ove differente ed antecedente a quella di accertamento, nelle ipotesi di continuazione tra reato associativo e reati-fine, [di] tenere conto, ai fini della fungibilità della custodia espiata sine titulo, [di] quella di commissione»;

che il giudice a quo premette di essere investito, quale giudice dell'esecuzione, dell'incidente promosso dal difensore di un detenuto, volto ad ottenere che dalla pena in corso di espiazione sia detratto – in applicazione dell'istituto della fungibilità della pena, regolato dall'art. 657 cod. proc. pen. – il periodo di pena detentiva sofferto senza titolo per altri reati;

che nei confronti dell'interessato erano state pronunciate, il 17 settembre 1997 e il 27 gennaio 2000, due sentenze di condanna divenute irrevocabili: la prima alla pena di un anno e otto mesi di reclusione (oltre la multa) per i reati di detenzione e porto illegali di armi; la seconda alla pena di un anno, un mese e dieci giorni di reclusione (oltre la multa) per il delitto di tentata estorsione;

che dette pene detentive erano state intieramente espiate, in parte in carcere e in parte in regime di detenzione domiciliare;

che successivamente l'interessato aveva riportato tre ulteriori condanne, anch'esse irrevocabili: il 18 settembre 2008 alla pena di diciotto anni e quattro mesi di reclusione per associazione di tipo mafioso, tentato omicidio, associazione finalizzata al traffico di stupefacenti e altri reati; il 4 novembre 2009 a dodici anni di reclusione per reati non specificati nell'ordinanza di rimessione; il 26 gennaio 2012 a due mesi di reclusione per violazione della legge sugli stupefacenti;

che, con provvedimenti del 6 novembre 2012 e del 28 gennaio 2014, il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Lecce aveva applicato in sede esecutiva, ai sensi dell'art. 671 cod. proc. pen., la disciplina della continuazione ai reati oggetto di tutte le sentenze dianzi elencate;

che, in applicazione dell'art. 81, secondo comma, cod. pen., le pene inflitte con le prime due sentenze – già espiate – erano state, quindi, ridotte rispettivamente a otto mesi e a quattro mesi di reclusione: con la conseguenza che, in relazione ai reati cui tali sentenze si riferivano, l'interessato risultava aver scontato un periodo di detenzione in eccesso;

che, nel determinare la pena da eseguire, il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Lecce aveva, peraltro, escluso che il predetto periodo di detenzione potesse essere detratto dalla pena inflitta con le sentenze del 2008 e del 2009 (quella inflitta con la sentenza del 2012 era stata condonata), ostandovi il disposto dell'art. 657, comma 4, cod. proc. pen., in forza del quale la carcerazione sine titulo, per poter essere scomputata, deve seguire, e non già precedere, il reato per il quale è intervenuta la condanna da espiare;

che, ad avviso del rimettente, la tesi del pubblico ministero apparirebbe corretta;

che il capo di imputazione relativo ai reati di associazione mafiosa e di associazione finalizzata al narcotraffico reca, infatti, l'indicazione della data del loro accertamento («dal marzo 2004 al gennaio 2005»), la quale risulta successiva al periodo di detenzione in eccesso sofferto per i reati oggetto delle prime due sentenze di condanna, commessi, rispettivamente, nel 1997 e nel 2000;

che, secondo il giudice a quo, tuttavia, il reato di associazione mafiosa – a prescindere dalla data del suo accertamento – dovrebbe ritenersi commesso prima della carcerazione sine titulo;

che dalla sentenza di condanna e dai provvedimenti di applicazione della continuazione in executivis – anch'essi non più contestabili, perché coperti dal giudicato – emergerebbe, infatti, che tutti i reati ascritti al condannato si connettono ad un medesimo ed iniziale disegno criminoso, rappresentato dall'adesione ad un sodalizio di stampo mafioso e al suo programma, comprensivo di azioni violente anche con uso delle armi: adesione che andrebbe fatta risalire agli anni '90 dello scorso secolo;

che, di conseguenza, la partecipazione associativa risulterebbe certamente anteriore alla commissione dei reati-fine, in relazione ai quali è divenuta sine titulo parte della detenzione patita;

che il rimettente è consapevole del fatto che, secondo un «noto indirizzo giurisprudenziale», l'istituto della fungibilità della pena non è applicabile ai reati permanenti – quale l'associazione per delinquere – allorché la permanenza sia cessata dopo l'espiazione della pena senza titolo, non potendosi scomporre la fattispecie criminosa, integrata da una condotta antigiuridica unitaria che si protrae nel tempo;

che nel caso di specie, tuttavia, sarebbero configurabili plurime condotte riconducibili alla previsione punitiva dell'art. 416-bis cod. pen.: l'arresto e la successiva espiazione della pena per i reati-fine avrebbero, infatti, interrotto la permanenza del reato associativo iniziato negli anni '90 e poi accertato solo nel marzo 2004, di modo che, almeno con riguardo al segmento più remoto di tale reato, la permanenza sarebbe cessata prima della detenzione sine titulo;

che, a fronte di ciò, occorrerebbe sottoporre alla Corte costituzionale la questione relativa «alla necessità di far riferimento, ai fini della fungibilità, qualora vi sia divergenza, alla data di commissione e non di accertamento del fatto per cui si è riportata la pena da cui scomputare quella sine titulo», nonché la questione inerente alla spettanza al giudice dell'esecuzione del compito di effettuare la relativa verifica: questioni che – in ragione della «diversità della situazione di fatto» che le origina – differirebbero da quelle già decise dalla Corte con la sentenza n. 198 del 2014;

che, quanto alla non manifesta infondatezza, il rimettente assume che l'art. 3 Cost. risulterebbe violato, sotto il profilo della irragionevole disparità di trattamento fra casi analoghi, qualora il riconoscimento della fungibilità dovesse rimanere collegato al momento in cui il pubblico ministero ha esercitato l'azione penale – e, dunque, a un fattore casuale – anziché al momento in cui il reato è stato commesso;

che, nella specie, se il detenuto istante avesse beneficiato, al pari di altri, per la coincidenza tra le date di commissione e di accertamento dei reati, del simultaneo processo per i fatti associativi e per i reati-fine (relativamente ai quali ha poi ottenuto, in sede esecutiva, la riduzione di pena per la ritenuta continuazione) non si troverebbe ad aver scontato una pena in eccesso, non recuperabile tramite l'istituto della fungibilità;

che l'irragionevolezza, in parte qua, dell'art. 657, comma 4, cod. proc. pen. – nei casi in cui il carattere indebito della detenzione derivi dall'applicazione in sede esecutiva della disciplina

del reato continuato – si coglierebbe anche nel rapporto con la previsione dell'art. 81, secondo comma, cod. pen.;

che la presunzione assoluta di pericolosità, costituente la ratio ispiratrice del limite temporale previsto dall'art. 657, comma 4, cod. proc. pen. – legata all'esigenza di evitare che l'istituto della fungibilità si risolva in un incentivo a delinquere, trasformando il pregresso periodo di carcerazione ingiusta in una "riserva di impunità" per futuri reati – si porrebbe, infatti, in conflitto con la presunzione di ridotta pericolosità sottesa all'istituto della continuazione: il legislatore non potrebbe riconoscere, cioè, da un lato, una riduzione di pena in quanto l'autore si è dimostrato meno pericoloso, avendo ideato contemporaneamente tutti i reati commessi, e impedire, pur tuttavia, all'agente di usufruire effettivamente di detta riduzione in base alla presunzione assoluta di pericolosità che radica la previsione limitativa in questione;

che la preclusione denunciata violerebbe, altresì, l'art. 13, primo comma, Cost.;

che, nell'ipotesi in cui la data di commissione del reato associativo differisca da quella dell'accertamento e preceda la carcerazione sine titulo per i reati-fine, la scelta legislativa di non privilegiare il favor libertatis non potrebbe essere, infatti, giustificata con il timore che l'interessato sia indotto a commettere reati dalla possibilità di sottrarsi alle relative conseguenze sanzionatorie, opponendo in compensazione un "credito di pena" precedentemente maturato;

che risulterebbe violato, ancora, l'art. 27, terzo comma, Cost., in quanto la pena patita ingiustamente sarebbe inidonea a realizzare una funzione rieducativa;

che le norme censurate si porrebbero, da ultimo, in contrasto anche con l'art. 24, quarto comma, Cost., che impone al legislatore di determinare «le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari»: il divieto da esse stabilito renderebbe, infatti, «vane […] tali procedure riparatorie e lo stesso esercizio del diritto di difesa, di per sé ancora più incomprimibile se volto a tutelare la libertà della persona»;

che le questioni sarebbero altresì rilevanti, giacché solo una declaratoria di illegittimità costituzionale nei sensi auspicati permetterebbe di accogliere la richiesta di detrazione della pena presentata dall'istante;

che è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che le questioni siano dichiarate manifestamente inammissibili o, in subordine, infondate;

che, ad avviso della difesa dell'interveniente, il rimettente non avrebbe specificato, anzitutto, quali atti avrebbero determinato l'asserita interruzione dell'«affectio» dell'interessato al sodalizio di stampo mafioso, il cui momento genetico viene retrodatato agli anni '90: ciò tenuto conto del fatto che la permanenza del vincolo mafioso anche in costanza di detenzione inframuraria costituirebbe «ius receptum»;

che, in questo modo, il giudice a quo non avrebbe consentito alla Corte costituzionale di verificare l'effettiva rilevanza delle questioni;

che, contrariamente a quanto sostenuto dal rimettente, d'altro canto, le questioni sarebbero già state affrontate e risolte dalla Corte, nel senso della non fondatezza, con la sentenza n. 198 del 2014, nella quale si è concluso che la disciplina della fungibilità della detenzione ingiustamente sofferta «non contiene, in alcun modo, regole irragionevolmente discriminatorie»;

che, in ogni caso, le questioni apparirebbero infondate per non avere il rimettente

verificato la praticabilità di una soluzione interpretativa diversa da quella posta a base dei dubbi di costituzionalità prospettati e tale da consentirne il superamento: in particolare, il giudice a quo – disponendo dei necessari elementi di fatto – avrebbe potuto, anziché «scorporare l'unitaria permanenza», ritenere diversi i fatti associativi commessi prima e dopo i reati-fine che hanno determinato il "credito detentivo" ed operare la compensazione richiesta dalla difesa solo sul segmento precedente.

Considerato che il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Lecce dubita, in riferimento agli artt. 3, 13, primo comma, 24, quarto comma, e 27, terzo comma, della Costituzione, della legittimità costituzionale degli artt. 657, comma 4, e 671 del codice di procedura penale e dell'art. 81, secondo comma, del codice penale, nella parte in cui – a suo avviso – 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, di verificare la data di commissione del reato per cui è in corso l'esecuzione e, ove differente ed antecedente a quella di accertamento, nelle ipotesi di continuazione tra reato associativo e reati-fine, [di] tenere conto, ai fini della fungibilità della custodia espiata sine titulo, [di] quella di commissione»;

che l'eccezione di inammissibilità delle questioni per difetto di motivazione sulla rilevanza formulata dall'Avvocatura generale dello Stato non è fondata;

che il rimettente basa, in effetti, la valutazione di rilevanza delle questioni sull'assunto che, nel caso di specie, la detenzione patita dall'interessato per i reati-fine avrebbe interrotto la permanenza del reato di partecipazione ad associazione di stampo mafioso a lui ascritto;

che è ben vero che – come ricorda la difesa dell'interveniente Presidente del Consiglio dei ministri – la giurisprudenza di legittimità ha affermato, in più occasioni, che la permanenza del reato di associazione per delinquere (e di associazione di tipo mafioso, in particolare) è perfettamente compatibile con l'inattività degli associati nella perpetrazione dei reati-fine connessa al loro stato detentivo, venendo meno solo nel caso di scioglimento della consorteria criminale, ovvero nelle ipotesi, positivamente accertate, di recesso o esclusione del singolo associato, che implicano la cessazione dell'affectio societatis scelerum;

che il panorama giurisprudenziale in materia non è, tuttavia, completamente uniforme;

che a fianco, infatti, di un orientamento di segno opposto a quello dianzi indicato – sia pure più risalente – si registrano anche decisioni della Corte di cassazione secondo le quali il principio di compatibilità della permanenza del reato associativo con lo stato di detenzione dell'associato non può essere trasformato, comunque sia, in una presunzione, in forza della quale chi è inserito in un sodalizio criminoso continua a farvi parte anche se detenuto, salva prova contraria: poiché la condotta di partecipazione ad una associazione per delinquere non si esaurisce nella sola affectio societatis, occorrerebbe invece – specie nel caso di stabile isolamento dal gruppo, conseguente a detenzione prolungata – che sia provata la persistenza di un contributo apprezzabile dell'associato alla vita e all'organizzazione del gruppo stesso, ancorché solo morale (tra le altre, Corte di cassazione, sezione seconda, 31 gennaio-12 febbraio 2013, n. 6819; Corte di cassazione, sezione quarta, 7 dicembre 2005-25 gennaio 2006, n. 2893);

che, in questo quadro, l'asserzione del giudice a quo circa l'avvenuta interruzione della permanenza nel caso di specie per effetto dello stato detentivo dell'interessato – ancorché non corroborata con l'indicazione di ulteriori elementi rivelatori del venir meno dell'affectio societatis – appare sufficiente a soddisfare l'onere di motivazione sulla rilevanza, non potendo essere ritenuta, a prima vista, assolutamente priva di fondamento o del tutto implausibile: su tale soglia arrestandosi la verifica di questa Corte sulla valutazione di rilevanza della questione, spettante al giudice rimettente (ex plurimis, sentenze n. 228 del 2016 e n. 71 del

2015);

che, nel merito, tuttavia, le questioni si basano su un presupposto interpretativo palesemente inesatto;

che il censurato art. 657, comma 4, cod. proc. pen. stabilisce, infatti, che l'istituto della fungibilità della pena – in forza del quale è possibile, tra l'altro, detrarre dalla pena da espiare la carcerazione ingiustamente sofferta per un diverso reato – operi solo quando la carcerazione sine titulo intervenga «dopo la commissione del reato per il quale deve essere determinata la pena da eseguire»;

che il dato rilevante, a tali fini, è dunque – alla luce dell'univoco testo della disposizione – proprio e soltanto la data di commissione del reato con pena da espiare, e non quella del suo accertamento: ciò in pieno accordo con la ratio del limite temporale in questione, legata, per un verso, all'esigenza di evitare che il pregresso periodo di carcerazione ingiusta si traduca in una "riserva di impunità" per futuri reati, e dunque in un stimolo a delinquere; per altro verso, alla considerazione che una pena anticipata rispetto al reato è inidonea ad assolvere funzioni di prevenzione speciale e di rieducazione (sentenze n. 198 del 2014 e n. 442 del 1988);

che, in quest'ottica, la Corte di cassazione ha sottolineato in più occasioni come, nell'applicare la norma censurata, il giudice debba accertare rigorosamente e rendere esplicito con adeguata motivazione il momento di commissione del reato per il quale è stato emesso ordine di esecuzione, e non la data del suo accertamento (Corte di cassazione, sezione quarta, 19 ottobre 2001-7 maggio 2002, n. 16637; Corte di cassazione, sezione quinta, 19 aprile 1998-18 maggio 1999, n. 1739), con la precisazione che, ove il tempus commissi delicti non risulti esplicitamente indicato nel capo di imputazione, il giudice deve trarre i necessari riferimenti cronologici dalla motivazione della sentenza di condanna e, se occorre, anche dagli atti del procedimento con essa definito (Corte di cassazione, sezione prima, 16 febbraio-14 marzo 1990, n. 367);

che tale indagine non può che spettare al giudice dell'esecuzione, funzionalmente competente in materia, con l'ovvio vincolo del rispetto delle valutazioni e degli accertamenti già operati dal giudice della cognizione, ormai coperti dal giudicato;

che, in assenza di qualsiasi indicazione normativa contraria, l'esposta conclusione non soffre eccezioni neppure nelle ipotesi alle quali è specificamente riferito il petitum del rimettente: ossia né nel caso in cui il "credito di pena" utilizzabile in compensazione derivi – come generalmente si ammette (Corte di cassazione, sezione prima, 11 febbraio-1° marzo 2010, n. 8109; Corte di cassazione, sezione prima, 17 febbraio-17 giugno 2009, n. 25186) – dall'applicazione in sede esecutiva della continuazione tra più reati oggetto di separate condanne; né nel caso in cui il reato al quale si riferisce la pena da eseguire sia un reato associativo: fermo restando che – secondo un consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità – nei reati permanenti (quali appunto quelli associativi) l'anteriorità del reato alla carcerazione ingiustamente sofferta deve essere verificata avendo riguardo al momento di cessazione della permanenza, e non a quello del suo inizio;

che a prescindere, pertanto, dalla correttezza in fatto e in diritto della ricostruzione operata dal giudice a quo con riguardo al caso di specie – che non spetta a questa Corte scrutinare funditus – 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 – nei sensi dianzi precisati – in epoca anteriore alla carcerazione sine titulo 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: detto altrimenti, quello che il rimettente chiede alla Corte è già consentito, e anzi imposto, dalla normativa in vigore;

che le questioni vanno dichiarate, pertanto, manifestamente infondate.

Visti gli artt. 26, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, e 9, comma 1, delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara la manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale degli artt. 657, comma 4, e 671 del codice di procedura penale e dell'art. 81, secondo comma, del codice penale, sollevate, in riferimento agli artt. 3, 13, primo comma, 24, quarto comma, e 27, terzo comma, della Costituzione, dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Lecce con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 12 aprile 2017.

F.to:

Paolo GROSSI, Presidente

Franco MODUGNO, Redattore

Roberto MILANA, Cancelliere

Depositata in Cancelleria il 19 maggio 2017.

Il Direttore della Cancelleria

F.to: Roberto MILANA

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.