

**ANCORA IN TEMA DI SOSPENSIONE
DELL'ESECUZIONE DELLA PENA DETENTIVA
(*)**

Gianluca Malavasi

PREMESSA

In un paese caratterizzato dall'endemico e ormai drammatico problema del sovraffollamento carcerario, certificato da ripetute condanne dell'Italia ad opera della Corte europea dei diritti dell'uomo¹, è paradossale e desolante constatare come l'omesso coordinamento di una disposizione del codice di rito con le innovazioni introdotte in tema di affidamento in prova ai servizi sociali, fosse suscettibile di vanificare o quantomeno depotenziare gli effetti di tale riforma, obbligando alla permanenza in carcere - talvolta per

periodi non trascurabili - soggetti che avrebbero avuto il diritto di scontare la pena evitando la reclusione.

Persino volendo trascurare la conseguenza principale di tale disallineamento normativo - e cioè la lesione dei diritti fondamentali del condannato - appariva pertanto urgente ed indefettibile un intervento risolutivo. All'inerzia del legislatore ha posto rimedio il giudice delle leggi, intervenuto in un panorama caratterizzato da orientamenti giurisprudenziali contrastanti, con una decisione sicuramente condivisibile ed auspicata da più parti.

(*) Il presente contributo, oggetto di positiva valutazione da parte del Comitato Scientifico, è frutto della rielaborazione della nota a sentenza già pubblicata dall'Autore sul fascicolo n. 1/2018 della rivista Archivio Penale.

¹ Per approfondimenti si vedano gli atti del Convegno "Custodia cautelare e sovraffollamento carcerario. Rimini Rimini...tre anni dopo" tenutosi a Rimini il 12 maggio 2017, pubblicati nel fascicolo n. 3/2017 di questa rivista.

**L'INTERVENTO DELLA CORTE
COSTITUZIONALE**

Con la pronuncia n. 41 del 2 marzo 2018, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 656 c. 5 c.p.p., nella parte in cui prevede che il pubblico ministero sospende

l'esecuzione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non superiore a tre anni, anziché a quattro anni.

La decisione ha posto fine ad un forte contrasto interpretativo sorto nella giurisprudenza, sia di merito² che di legittimità³ - con risvolti pratici particolarmente insidiosi posto che, a seconda dell'orientamento accolto dalle singole procure⁴, comportava o meno l'ingresso in carcere di persone condannate a pena detentiva superiore a tre anni ma inferiore a quattro - ed ha anticipato sul tema il Consiglio dei Ministri, che sino agli ultimi scorcì della legislatura pareva voler intervenire in tale direzione a seguito della legge 103/2017⁵.

² Trib. Milano, ord. 24 marzo 2017, *Giurisprudenza penale web*, 2017, 4; Trib Bergamo, ord. 15 dicembre 2017 *Dir e giustizia on line* 27 dicembre 2017; *Contra* Corte d'appello di Bologna, sez. penale feriale, ord. 8 settembre 2017, diritto penale contemporaneo, fasc. 10, 2017, con nota MENTASTI, *Disallineamenti e allineamenti forzati: ultime novità in tema di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva e affidamento in prova "allargato"*

³ Cass. Sez. I sent. 10 ottobre 2017 n. 46562; Cass. Sez. I, Sent. 31 maggio 2016, n. 51864, Rv. 270007

⁴ MINNELLA, *La Consulta eleva a 4 anni il limite di automatica sospensione dell'ordine di esecuzione (allineandolo all'affidamento allargato)*, *Diritto & Giustizia*, 2018, f. 41, pag. 8.

⁵ Nell'art. 1 co. 85 lett. c) L. 103/2017 si è infatti previsto uno specifico criterio per il legislatore delegato ("revisione della disciplina concernente le procedure di accesso alle misure alternative, prevedendo che il limite di pena che impone la sospensione dell'ordine di esecuzione sia fissato in ogni caso a quattro anni"), che non si è tuttavia ancora tradotto in una disposizione direttamente applicabile, posto che l'iter di approvazione del decreto legislativo di riforma dell'ordinamento penitenziario è tuttora in corso. Nello schema di decreto inviato alle commissioni giustizia delle Camere, la riformulazione in questo senso dell'art. 656 c.p.p. è ricompresa nell'art. 5 co. 1

La Corte ha adottato la decisione a seguito della proposizione di una questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Lecce, quale giudice dell'esecuzione in ordine alla compatibilità dell'art. 656 c. 5 c.p.p. con gli artt. 3 e 27 comma 3 Cost.

In particolare, il giudice *a quo* sollevava questione di legittimità a fronte di una domanda di sospensione di un ordine di esecuzione della pena detentiva di tre anni, undici mesi e diciassette giorni, che il pubblico ministero aveva emesso in base all'art. 656, comma 1, c.p.p., senza sospenderlo, in quanto la pena da scontare eccedeva il limite di tre anni fissato dal quinto comma dello stesso articolo.

Nel caso di specie, l'interessato aveva proposto al giudice di dichiarare inefficace l'ordine di esecuzione, sostenendo che esso avrebbe dovuto essere sospeso nonostante la pena da espiare eccedesse il limite triennale, e ciò in quanto l'art. 47, comma 3-bis, della legge n. 354 del 1975, introdotto dall'art. 3, comma 1, lettera c), del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 146 (Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria), convertito, con modificazioni, in legge 21 febbraio 2014, n. 10, ha previsto una particolare forma di affidamento in prova quando la pena detentiva da eseguire non è superiore a quattro anni.

Il giudice *a quo*, escludendo di poter interpretare la disposizione normativa

lett. a) che, tra l'altro, modifica il co. 5 con il riferimento unitario alla pena di misura non superiore a quattro anni per la sospensione dell'esecuzione

nel senso auspicato dal ricorrente, atteso il tenore letterale della stessa, sollevava questione di legittimità costituzionale evidenziando come l'omesso adeguamento del limite quantitativo di pena previsto dall'art. 656 c.p.p. a quello indicato ai fini dell'affidamento in prova "allargato" (originato dalla legge svuota carceri) avesse determinato un «disallineamento sistematico», lesivo anzitutto dell'art. 3 Cost., per il fatto di discriminare irragionevolmente coloro che, dovendo espiare una pena detentiva non superiore a tre anni, usufruiscono della sospensione dell'ordine di esecuzione in vista della possibilità di accedere all'affidamento in prova ordinario, da coloro che, destinati ad espiare una pena detentiva compresa tra tre anni e un giorno e quattro anni, non possono evitare la carcerazione, nonostante sia loro concedibile in astratto l'affidamento in prova allargato.

Il Giudice rimettente rilevava altresì la violazione dell'art. 27, c. 3 Cost., nella misura in cui si verifica l'ingresso in carcere di soggetti che possono beneficiare dell'affidamento in prova allargato, contrastando ciò con la funzione rieducativa della pena.

Da segnalare come l'Avvocatura generale dello Stato avesse chiesto la declaratoria di inammissibilità affermando che il «disallineamento» evidenziato dal rimettente fosse una scelta meditata del legislatore in ragione dal maggior grado di pericolosità del condannato, desumibile dalla «maggiore misura della pena» inflitta e assumendo una diversità di *ratio* fra i due istituti, l'uno, l'affidamento regolato dall'art. 47,

comma 1, della legge n. 354 del 1975, diretto a prevenire l'ingresso in carcere, l'altro, l'art. 656 c.p.p. avente una finalità meramente deflattiva del sovraffollamento carcerario.

IL DATO NORMATIVO E GLI ORIENTAMENTI DI LEGITTIMITÀ

Al fine di meglio comprendere il contrasto interpretativo sopra accennato circa la sospensione dell'ordine di carcerazione per una pena residua oltre i tre anni, ma inferiore a 4 anni – e per meglio intendere la portata della sentenza della Corte Costituzionale – si impone un breve *excursus* normativo sulla materia.

L'art. 656, comma 5, c.p.p. stabilisce che il pubblico ministero, salvo quanto previsto dai commi 7 e 9, se la pena detentiva, anche costituente residuo di maggior pena, non è superiore a 3 anni, ad anni 4 nel caso di detenzione domiciliare speciale, oppure a 6 nei casi di reati di droga, ne sospende l'esecuzione.

In considerazione del dettato normativo di cui sopra, il pubblico ministero ha l'obbligo di emettere un provvedimento di sospensione dell'ordine di esecuzione delle pene allorquando, dopo un calcolo prettamente matematico, la pena detentiva non superi la soglia quantitativa prevista dall'art. 656 c. 5 c.p.p.

Con l'ordine di sospensione, il pubblico ministero avvisa l'interessato della facoltà di presentare al Tribunale di sorveglianza l'istanza volta alla concessione di una misura alternativa alla detenzione in carcere.

La disposizione di cui all'art. 656 c. 5 c.p.p. non risultava tuttavia coordinata con l'art. 47, comma 3-*bis*, ord. penit., in ordine all'individuazione del limite massimo di pena per accedere all'affidamento in prova al servizio sociale.

In particolare deve richiamarsi alla mente l'inserimento, ad opera dell'art. 3, co. I, lett. c) del D.L. 146 del 2013, convertito in l. 10/2014, di una nuova ipotesi di affidamento in prova al servizio sociale.

Con l'introduzione del nuovo comma 3-*bis* dell'art. 47 ord. pen. si prevede, infatti, che «L'affidamento in prova può, altresì, essere concesso al condannato che deve scontare una pena, anche residua, non superiore a quattro anni di detenzione, quando abbia serbato, quantomeno nell'anno precedente alla presentazione della richiesta, trascorso in espiazione di pena, in esecuzione di una misura cautelare ovvero in libertà, un comportamento tale da consentire il giudizio di cui al secondo comma».

Ne segue che, seppur l'art. 47 ord. pen. consentiva almeno astrattamente al condannato di avanzare richiesta di misura alternativa alla detenzione in carcere per una condanna da espiazione inferiore a 4 anni di reclusione, il pubblico ministero non aveva l'obbligo di sospendere l'ordine di carcerazione, posto che l'art. 656 c.p.p. imponeva tale azione solo se la pena era contenuta ad anni 3.

La disposizione sopra richiamata individua, tra i requisiti per accedere al beneficio della misura dell'affidamento ai servizi sociali "allargato", oltre che una pena da espiazione inferiore a 4 anni, che l'interessato sia stato sottoposto ad

una osservazione della personalità e che, dai risultati di tale osservazione, si valuti che la concessione del beneficio «contribuisca alla rieducazione del reo e assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati».

Il fatto che il legislatore non si sia limitato ad innalzare il limite da tre anni a quattro anni, ma abbia predisposto un'apposita norma, deponeva per una sorta di sistema "a doppio binario", in forza del quale si potevano individuare due ipotesi di affidamento in prova: quella tradizionale, in cui il condannato può beneficiare della misura alternativa con un residuo pena non superiore a tre anni; la nuova forma di affidamento concernente i casi in cui l'interessato si trovava un residuo pena da espiazione fra i tre e i quattro anni.⁶

Deve evidenziarsi che anche la prima sezione della Cassazione si era interrogata sulla corretta soluzione ermeneutica per superare il mancato coordinamento tra il nuovo art. 47 ord. pen. e l'art. 656 c. 5 c.p.p., pervenendo a due orientamenti contrastanti.

Secondo un primo filone giurisprudenziale, infatti, l'entità della sanzione prevista in astratto per la sospensione dell'esecuzione deve essere quella della pena, anche residua, non superiore a 4 anni quando la sospensione sia richiesta ai sensi dell'art. 47, comma 3-*bis*, ord. pen.,

⁶ BARONTINI, *L'affidamento in prova al servizio sociale "allargato" e mancato "allargamento" del termine di sospensione dell'ordine di esecuzione*, in *Diritto penale contemporaneo* 2016.

ossia in dipendenza di una istanza di affidamento in prova⁷.

In particolare, la Cassazione ha avuto occasione di precisare che «in tema di esecuzione di pene brevi, in considerazione del richiamo operato dall'art. 656, comma quinto, cod. proc. pen. all'art. 47 ord. pen., ai fini della sospensione dell'ordine di esecuzione correlata ad una istanza di affidamento in prova ai sensi dell'art. 47, comma terzo *bis*, ord. pen., il limite edittale non è quello di tre anni, ma di una pena da espiare, anche residua, non superiore a 4 anni»⁸.

La Corte perviene a tale decisione «avvalendosi del criterio sistematico e di quello evolutivo, pur in mancanza del dato formale di una sua esplicita modifica che, tenendo conto del recente inserimento del comma 3-bis nell'art. 47 ord. pen., introduca il richiamo specifico dell'ipotesi prevista da tale nuovo comma nel testo letterale della disposizione del codice di rito»⁹.

La medesima sezione della Corte di Cassazione ha poi, invece, accolto l'interpretazione restrittiva dell'art. 656 c. 5 c.p.p. in tema di sospensione delle pene sino a 4 anni di reclusione e affidamento "allargato"¹⁰.

All'uopo la Cassazione, ponendosi in aperto contrasto con l'orientamento di cui sopra, ha testualmente affermato: «in tema di esecuzione di pene detentive brevi, ai fini della sospensione dell'ordine di esecuzione correlata ad un'istanza di affidamento

in prova ai servizi sociali ai sensi dell'art. 47, comma 3-bis, ord. pen., il limite edittale cui il pubblico ministero deve fare riferimento per l'emissione dell'ordine di carcerazione ex art. 656, commi 5 e 10, cod. proc. pen. è quello di tre anni, essendo rimessa al Tribunale di sorveglianza ogni valutazione circa l'istanza di affidamento in prova nel caso di pena espianda, anche residua, non superiore ad anni quattro»¹¹.

La stessa Suprema Corte ha avuto modo di ribadire quest'ultimo orientamento¹², negli stessi giorni in cui si è pronunciata la Corte costituzionale, sottolineando ulteriormente che "il legislatore è recentemente intervenuto (L. 23 giugno 2017, n. 103, art. 1, commi 82 e 85, recante "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario") nel settore dell'ordinamento penitenziario, dettando alcune disposizioni che sono logicamente inconciliabili con la proposta interpretazione evolutiva dell'art. 656 cod. proc. pen.. La legge delega ha, infatti, autorizzato il Governo a emanare uno o più decreti delegati che involgono il tema oggetto del giudizio, nel rispetto di specifici criteri di delega (art. 1, comma 85, lett. c). Tra essi spicca, per la sua specifica rilevanza, la "revisione della disciplina concernente le procedure di accesso alle misure alternative, prevedendo che il limite di pena che impone la sospensione dell'ordine di esecuzione

⁷ Cass. Sez. I, n. 39889/17; Cass. Sez. I n. 21667/16, Cass. Sez. I 4 marzo 2016 n. 37848/16 e Cass. Sez. I 31 maggio 2016 n. 5186.

⁸ Cass. Sez. I, 31 maggio 2016, n. 51864

⁹ Cass. Sez. I, 4 marzo 2016, n. 37848; Cass. Sez. I, 31 maggio 2016, n. 51864.

¹⁰ Cass. Sez. I, 10 ottobre 2017, n. 46562

¹¹ Cass., Sez. I, 30 novembre 2017 (ud. 26 settembre 2017), n. 54128

¹² Cass., Sez. I, 23 febbraio 2018 (dep.15 marzo 2018), n. 11916; conf. Cass., Sez. I, 23 febbraio 2018, (dep.26 aprile 2018), n. 18310

sia fissato in ogni caso a quattro anni (...)"'. L'intervento del legislatore delegante corrobora, ad avviso del Collegio, l'interpretazione restrittiva dell'art. 656 c.p.p., comma 5. E' evidente, infatti, che il criterio di delega, volto a elevare a quattro anni il limite di pena per la sospensione obbligatoria dell'ordine di carcerazione, sarebbe superfluo nell'ottica dell'interpretazione evolutiva propugnata nel ricorso".

IL DECISUM DELLA CORTE COSTITUZIONALE

La Corte Costituzionale, con la pronuncia qui in esame, ha condiviso l'impostazione secondo la quale il limite di pena indicato nell'art. 656 c.p.p. ai fini della sospensione dell'ordine di esecuzione, non possa che equivalere al corrispondente limite previsto ai fini dell'accesso alla misura alternativa alla detenzione, in quanto la genesi dell'istituto e lo sviluppo che esso ha trovato nella legislazione confermano che «immanente al sistema, e tratto di imprescindibile coerenza intrinseca di esso», sia sempre stato «un tendenziale parallelismo tra il limite di pena indicato dall'art. 656 ai fini della sospensione dell'ordine di esecuzione e il limite di pena previsto ai fini dell'accesso alla misura alternativa alla detenzione».

A tal fine la Corte ricorda come con la legge 27 maggio 1998, n. 165, l'art. 656 cod. proc. pen. è stato modificato per introdurre l'automatica sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, entro un limite pari a quello previsto per godere della misura alternativa, e ciò evidentemente per evitare che la

carcerazione venisse temporaneamente disposta nei confronti di chi avrebbe poi potuto godere di una misura alternativa.

I giudici della Consulta hanno quindi riconosciuto la "natura servente" dell'istituto della sospensione dell'ordine di esecuzione, e la conseguente aporia normativa che si viene a creare allorquando si spezzi il parallelismo che lega i due istituti; incoerenza dovuta al mancato adeguamento del limite quantitativo di pena previsto per l'ordine di sospensione *ex art.* 656, comma 5, c.p.p. (da 3 a 4 anni), che appare di particolare gravità perché è proprio il modo in cui la legge ha configurato l'affidamento in prova allargato che reclama, quale corollario, la corrispondente sospensione dell'ordine di esecuzione.

Particolarmente incisiva risulta essere la Corte nella parte in cui contrasta la prospettazione dell'avvocatura dello Stato inerente alla finalità dell'affidamento allargato: quella di ottemperare al *dictum* di ridurre la popolazione carceraria della sentenza Torregiani della Corte EDU dell'8 gennaio 2013, per cui quest'ultimo andrebbe applicato solo a chi si è già detenuto.

Secondo i giudici della Corte, il disposto dell'art. 47, comma 3-*bis* nella parte in cui fa riferimento all'inciso 'anche residua', dimostra che l'affidamento allargato è destinato pure a chi non deve espiare una pena residua, e cioè a chi non è detenuto.

Trattasi peraltro, ribadisce la Corte, di una scelta assolutamente condivisibile rispetto allo scopo di deflazionare le carceri, visto che esso si persegue non

solo liberando chi le occupa ma anche evitando che vi faccia ingresso chi è libero.

Bisogna allora considerare che è espressamente prevista la concessione dell'affidamento allargato al condannato in stato di libertà ma in tali ipotesi la possibilità di accedere al beneficio, pur normativamente stabilita e voluta, sarebbe in concreto irrealizzabile, se l'ordine di esecuzione di una pena detentiva tra 3 anni e un giorno e 4 anni non potesse essere sospeso.

Tale è appunto la situazione normativa che si era realizzata a causa del mancato adeguamento dell'art. 656 c. 5, c.p.p., poiché il legislatore, omettendo di intervenire sulla normativa ancillare, ha smentito sé stesso: ed invero «mancando di elevare il termine previsto per sospendere l'ordine di esecuzione della pena detentiva, così da renderlo corrispondente al termine di concessione dell'affidamento in prova allargato, il legislatore non è incorso in un mero difetto di coordinamento, ma ha leso l'art. 3 Cost. (ritenendo con ciò assorbita l'ulteriore questione relativamente all'art. 27 Cost.)

Afferma la Corte che «si è infatti derogato al principio del parallelismo senza adeguata ragione giustificatrice, dando luogo a un trattamento normativo differenziato di situazioni da reputarsi uguali, quanto alla finalità intrinseca alla sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva e alle garanzie apprestate in ordine alle modalità di incisione della libertà personale del condannato».

Preme evidenziare che la Corte Costituzionale non prende posizione su

uno degli argomenti fatti propri dall'Avvocatura dello Stato e dal *revirement* della Cassazione, ossia la necessità di una valutazione della personalità del condannato per l'applicazione dell'affidamento allargato.

Sul punto, la pronuncia in commento seppur implicitamente, sottolinea altresì come la valutazione del merito della domanda non spetti all'ufficio della Procura, bensì alla magistratura di sorveglianza, autorità giudiziaria a cui è demandato in via esclusiva questo tipo di vaglio.

La Corte costituzionale ha dunque voluto porre uno stop al c.d. effetto 'porte girevoli', che comportava l'ingresso in carcere per alcuni mesi del condannato che avesse titolo per scontare la pena in altra forma.

L'art. 656, c. 5, c.p.p. è dunque costituzionalmente illegittimo: pertanto, pure chi deve scontare una pena, anche residua, fino a quattro anni di detenzione, ha diritto alla sospensione dell'ordine di esecuzione al fine di richiedere l'affidamento in prova c.d. allargato.