

Corte cost., 6 febbraio 2018 (dep. 2 marzo 2018), n. 41, pres. Red. Lattanzi

Ordine di esecuzione – Misure alternative alla detenzione – Finalità rieducativa della pena

La Corte Costituzionale, con la sentenza che si commenta, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 656, comma 5, c.p.p., nella parte in cui si prevede che il pubblico ministero sospende l'esecuzione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggior pena, non superiore a tre anni, anziché a quattro anni, mettendo così fine, dopo anni di ondivaghe prese di posizione delle giurisprudenza di merito e di legittimità, al disallineamento che si era creato con l'introduzione, ad opera del D.L. 23 dicembre 2013, n. 146, di una particolare forma di affidamento in prova (c.d. "affidamento allargato"), che può essere concessa al condannato che deve espiaire una pena, anche residua, non superiore a quattro anni di detenzione.

Il testo integrale della sentenza è accessibile sul sito della rivista.

Ordine di esecuzione sospeso fino a 4 anni di pena: la corte costituzionale pone rimedio alla distonia normativa

SOMMARIO: 1. Genesi di un disallineamento inspiegato e irragionevole. – 2. Interpretazioni letterali ed evolutive: le giravolte della giurisprudenza di merito e di legittimità. – 3. La sentenza della Corte Costituzionale. – 4. Effetti, immediati e potenziali, della declaratoria di illegittimità costituzionale. – 5. La finalità rieducativa della pena: un faro nella notte scura.

1. Genesi di un disallineamento inspiegato e irragionevole.

Come è noto, con la sentenza *Sulejmanovic c. Italia*, la Corte Europea dei diritti dell'uomo riconobbe che il sovraffollamento carcerario costituiva una violazione dell'art. 3 della CEDU, spalancando così le porte ad una serie di ulteriori ricorsi contro lo Stato italiano¹. Si giunse così, tre anni e mezzo più tardi, all'ancor più nota sentenza *Torregiani e a. c. Italia* che, assumendo la veste di sentenza pilota e censurando nettamente il sistema penitenziario nostrano, assegnò all'Italia il termine di un anno dal passaggio in giudicato della pronuncia per adottare misure idonee a porre rimedio alla sistematica violazione dell'art. 3 CEDU².

¹ Corte EDU, Sez. II, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, ric. n. 22635/03.

² Corte EDU, Sez. II, 8 gennaio 2013, *Torregiani e a. c. Italia*, ric. n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e

In questo contesto di forzato adeguamento del sistema carcerario italiano ai principi della CEDU, e sulla scia delle numerose sollecitazioni in tal senso provenienti da più parti, si inserisce il D.L. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito, con modificazioni, nella Legge 21 febbraio 2014, n. 10. Uno degli strumenti introdotti dal decreto al fine di arginare il drammatico fenomeno del sovraffollamento carcerario è dato dal nuovo art. 47, comma 3-*bis*, ord. penit., con il quale è stata inserita un'ulteriore ipotesi di affidamento in prova (c.d. "affidamento allargato"), in aggiunta a quella tradizionale. Tale disposizione prevede che la misura alternativa in questione possa essere concessa *"al condannato che deve espia- re 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 misura cautelare ovvero in libertà, un comportamen- to tale da consentire il giudizio di cui al comma 2"*; e quest'ultimo comma stabilisce che l'affidamento in prova è concesso sulla base dei risultati dell'osservazione della persona- lità, quando si ritiene che contribuisca alla rieducazione del condannato, prevenendo il pericolo di commissione di ulteriori reati.

Nessuna modifica è stata però apportata contestualmente all'art. 656, comma 5, c.p.p., che pertanto ha mantenuto ferma la soglia triennale entro la quale deve essere sospeso l'ordine di carcerazione. Si è così creato uno scollamento tra il limite di pena previsto per l'accesso all'affidamento in prova, ora individuato in quattro anni in virtù dell'art. 47, comma 3-*bis*, e quello relativo alla sospensione dell'ordine di carcerazione, rimasto invariato nella misura di tre anni, con la conseguenza che, almeno secondo l'interpretazione più restrittiva prevalentemente adottata prima dell'intervento della Corte Costituzionale, tutti coloro che dovevano scontare una pena detentiva compresa tra tre anni e un giorno a quattro anni erano costretti a fare ingresso in carcere per poter avanzare la richiesta di affidamento in prova, secondo un effetto di "porte girevoli" difficilmente in linea con il dichiarato fine di riduzione della popolazione carceraria.

Se tale disallineamento sia stato il frutto di una scelta ponderata o di una mera svista del legislatore è questione che è stata oggetto di dibattito dottrinale, che in questa sede interessa solo nella misura in cui di tale dibattito troviamo traccia – come vedremo più avanti – negli opposti orientamenti giurisprudenziali che si sono avvicendati in merito a quale fosse il limite al di sotto del quale sospendere l'ordine di esecuzione e persino nel giudizio davanti al Giudice delle leggi³.

37818/10. Per un'analisi più approfondita, si veda VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2013. Merita comunque di essere evidenziato anche quel passaggio della sentenza (§ 95), troppo spesso taciuto, in cui la Corte, facendo proprie le raccomandazioni del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, esorta *"i procuratori e i giudici a ricorrere il più possibile alle misure alternative alla detenzione e a riorientare la loro politica penale verso il minimo ricorso alla carcerazione allo scopo, tra l'altro, di risolvere il problema della crescita della popolazione carceraria"*.

³ Per un approfondimento della questione si veda BARONTINI, *L'affidamento in prova al servizio sociale "allargato" e mancato allarga- mento del termine di sospensione dell'ordine di esecuzione*, in *Dir. pen. cont.*, 5 febbraio 2016; MENTASTI, *Disallineamenti e allinea- menti forzati: ultime novità in tema di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva e affidamento in prova "allargato"*,

È stato sostenuto, da una parte, che un percorso deflattivo unicamente in uscita e non in entrata striderebbe con le finalità del decreto, che nel preambolo sottolinea “*la straordinaria necessità ed urgenza di adottare misure per ridurre con effetti immediati il sovraffollamento carcerario*”, e pertanto il disallineamento andrebbe imputato ad una mera distrazione del legislatore.

Dall'altra parte, però, è stato evidenziato che se una svista poteva essere la conseguenza dei brevissimi tempi che hanno caratterizzato la decretazione di urgenza, altrettanto non poteva valere per il Parlamento intervenuto in sede di conversione. A sostegno di questa tesi è stato spesso citato un parere reso dal C.S.M. in data 23 gennaio 2014, che suggeriva di alzare a 4 anni anche la soglia per la sospensione dell'ordine di esecuzione; il che dimostrerebbe come il legislatore avesse ben chiara la questione e come, nonostante ciò, abbia deliberatamente e consapevolmente scelto di non allineare il termine di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p. a quello di cui al nuovo art. 47, comma 3-bis, ord. penit.⁴

Quale che sia la risposta corretta alla questione – e ammesso che ne esista una – resta il fatto che il difetto di coordinamento tra i due limiti appare del tutto irragionevole, oltre ad aver prodotto non pochi problemi interpretativi, di cui è opportuno dar conto brevemente prima di analizzare la decisione della Corte Costituzionale.

2. Interpretazioni letterali ed evolutive: le giravolte della giurisprudenza di merito e di legittimità.

Se in un primo momento le Procure si sono limitate a prendere atto del mancato innalzamento del termine di sospensione dell'ordine di esecuzione, imponendo l'ingresso in carcere di tutti coloro che dovevano scontare una pena residua superiore a tre anni di detenzione, a partire dal 2016 la giurisprudenza ha iniziato a produrre soluzioni ermeneutiche contrapposte, che in poco tempo hanno portato all'inaccettabile situazione per cui gli ordini di esecuzione per pene comprese tra tre anni e un giorno e quattro anni venivano sospesi o meno a seconda della Procura territorialmente competente. Il contrasto si è verificato in seno alla prima Sezione della Corte Suprema, la quale, inizialmente, forzando la lettera dell'art. 656, comma 5, c.p.p., ha consentito la sospensione dell'ordine di esecuzione fino a quattro anni di pena, salvo poi tornare sui propri passi in ossequio al canone interpretativo letterale⁵.

La prima pronuncia favorevole ad estendere a quattro anni il termine per la sospensione dell'ordine di esecuzione è stata la n. 37848 del 2016, seguita a ruota, e con le medesime

in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2017; PALMA, *L'affidamento in prova al servizio sociale: la “terra di mezzo” tra il nuovo art. 47, comma 3-bis, ord. penit. e il vecchio art. 656, comma 5, c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2017, 7-8, 2891 ss.

⁴ Nel parere si afferma che “*ragioni di coerenza sistematica potrebbero suggerire l'allineamento tra le previsioni del riformato art. 47 ord. penit. e quelle dell'art. 656, comma 5, c.p.p. in tema di sospensione dell'esecuzione della pena, così come segnalato dalla Commissione Mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza nel corso della seduta del 20.01.2014*”.

⁵ Sul punto di veda BOCELLARI, *Decisioni in contrasto*, in *Proc. pen. giustizia*, 2018, 1, 47 ss.

argomentazioni, dalla n. 51864 del 2016. In entrambe la questione è stata affrontata in modo estremamente scarno poiché vi si legge unicamente che “[i]l richiamo dell’art. 656, comma 5 secondo periodo, cod. proc. pen. all’art. 47 ord. pen. nella sua interezza, consente, infatti, di interpretare la prima norma 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”⁶. Il principale limite delle due pronunce è rappresentato dal fatto che non vengono in alcun modo approfondite le ragioni per cui si ritiene possibile superare il canone letterale a vantaggio di quello sistematico e di quello evolutivo.

Minimamente più argomentate, ma in modo ancora largamente insufficiente, appaiono invece le altre due pronunce conformi della Suprema Corte, inspiegabilmente rimaste molto più in sordina rispetto a quelle appena citate. Esse, dopo aver ripreso quasi letteralmente quanto elaborato dalle precedenti, aggiungono una riflessione in ordine alla conformità dell’interpretazione adottata alla *ratio* della novella legislativa del 2013. Si afferma, infatti, che tanto l’art. 656 c.p.p. quanto l’art. 47 ord. penit. perseguono la “*stessa finalità di ridurre in forme controllate la popolazione carceraria e di evitare l’ingresso negli istituti penitenziari di soggetti che possano usufruire di misure alternative*” e ciò autorizzerebbe un’interpretazione che mantenga il parallelismo tra i limiti di pena delle due disposizioni⁷.

L’assenza di un solido substrato motivazionale, che caratterizza, in misura più o meno maggiore, tutte le pronunce della Suprema Corte ascrivibili all’orientamento “sistematico-evolutivo”, rende però opportuno l’esame anche di alcuni provvedimenti dei giudici merito, molto più approfonditi e meglio argomentati: in particolare, degne di nota sono due ordinanze del Tribunale di Milano in funzione di giudice dell’esecuzione.

La prima, del 16 marzo 2017, parte dalla lettera dell’art. 47, comma 3-*bis*, ord. penit., che espressamente prevede che l’affidamento in prova “allargato” possa essere concesso anche al condannato che si trova “*in libertà*”, per poi evidenziare, da una parte, che la *ratio* del nuovo istituto è chiaramente quella di impedire l’ingresso in carcere a chi ha i requisiti per godere del beneficio e, dall’altra, che la sospensione dell’ordine di esecuzione è “*strutturalmente e funzionalmente*” collegata all’accesso alla misura alternativa, in quanto entrambi gli istituti si fondano su una “*presunzione di ridotta pericolosità del condannato*” e mirano al “*duplici obiettivo della deflazione carceraria e della funzione rieducativa e special-preventiva della pena*”. Inoltre, le condizioni di accesso all’affidamento ordinario e a quello “allargato” sono del tutto simmetriche, posto che in entrambi i casi è previsto un periodo di osservazione del reo e la relativa decisione della magistratura di sorveglianza.

⁶ Cass., sez. I, 4 marzo 2016, n. 37848, in *CED Cassazione Penale*, 2016; identiche argomentazioni si ritrovano in Cass., sez. I, 31 maggio 2016, n. 51864, in *Cass. pen.*, 2017, 7-8, 2889 ss.

⁷ Cass., sez. fer., 24 agosto 2017, n. 39889, in *De jure*; nello stesso senso anche Cass., sez. I, 9 novembre 2016, n. 53426, in *De jure*.

Pertanto, l'unica interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 656, comma 5, c.p.p. è quella che impone la sospensione dell'ordine di esecuzione per pene detentive fino a quattro anni⁸.

La seconda, del 24 agosto 2017, giunge invece alle medesime conclusioni in virtù dell'entrata in vigore della Legge 23 giugno 2017, n. 103, con la quale si delega il Governo ad attuare una serie di riforme, tra cui l'innalzamento a quattro anni del limite di pena che impone la sospensione dell'ordine di esecuzione. Secondo il giudice ambrosiano, infatti, coordinando l'art. 656, comma 5, c.p.p. tanto con il riformato art. 47 ord. penit. quanto con la citata legge delega, dunque prediligendo il canone ermeneutico sistematico a scapito di quello letterale, non si può che adottare la soluzione indicata⁹.

A questo orientamento, inizialmente univoco nella giurisprudenza di legittimità anche se penetrato con difficoltà all'interno delle Procure, se ne è contrapposto un altro più recente, che ha immediatamente preso il sopravvento sul primo. A dar vita a tale *renversement* è stata la sentenza n. 46562 del 2017, certamente meglio argomentata delle pronunce di segno contrario¹⁰. In essa si afferma, innanzitutto, che il canone dell'interpretazione evolutiva, su cui si fonda il contrapposto indirizzo, già controverso in ambito civile, “è tradizionalmente escluso nel settore penale poiché si scontra sia con il principio costituzionale della riserva di legge, sia con quello della separazione dei poteri”. Inoltre, consentendogli di sospendere l'ordine di esecuzione per pene detentive comprese tra tre anni e un giorno e quattro anni, il Pubblico Ministero andrebbe impropriamente ad anticipare una valutazione discrezionale che compete unicamente al Tribunale di sorveglianza. Infine, la delega contenuta nella Legge 23 giugno 2017, n. 103, diversamente da quanto sostenuto dal Tribunale meneghino, corroborerebbe proprio l'interpretazione letterale dell'art. 656, comma 5, c.p.p.

Tale nuovo orientamento si è imposto molto velocemente, per mezzo di successive pronunce che sostanzialmente hanno ripreso le argomentazioni della sentenza n. 46562¹¹. Tra queste merita un cenno la sentenza n. 10733 del 2017, di annullamento della già citata ordinanza del Tribunale di Milano del 16 marzo 2017, per la parziale diversità delle motivazioni addotte a sostegno della tesi restrittiva e per la critica rivolta ad una delle ragioni chiave poste a fondamento di tale indirizzo¹². Vi si afferma, infatti, che il Pubblico Ministero, nel sospendere l'ordine di esecuzione in relazione a pene fino a quattro anni, non eserciterebbe alcuna discrezionalità, posto che la sospensione opererebbe automaticamente al

⁸ Trib. di Milano, sez. XI, ord. 16 marzo 2017, in *Giurisprudenza penale*, 25 aprile 2017, con relativo commento di ALBERTA, *Sospensione delle pene sino a 4 anni di reclusione e affidamento “allargato”: il Tribunale di Milano adotta l'interpretazione costituzionalmente orientata*.

⁹ Trib. di Milano, sez. fer., ord. 24 agosto 2017, in *Giurisprudenza penale*, 28 agosto 2017.

¹⁰ Cass., sez. I, 21 settembre 2017, n. 46562, in *Ilpenalista.it*, 29 novembre 2017.

¹¹ In questo senso cfr. Cass., sez. I, 26 settembre 2017, n. 54128, in *De iure*; Cass., sez. I, 30 novembre 2017, n. 1784, in *Plusplus24*; Cass., sez. I, 22 dicembre 2017, n. 3644, in *Plusplus24*; Cass., sez. I, 31 gennaio 2018, n. 10247, in *Plusplus24*; Cass., sez. I, 23 febbraio 2018, n. 11916, in *Plusplus24*.

¹² Cass., sez. I, 27 ottobre 2017, n. 10733, in *Plusplus24*.

verificarsi delle condizioni di legge, come d'altronde vale per le pene non superiori a tre anni. Il motivo per preferire la tesi restrittiva deve piuttosto essere rinvenuto nel fatto che il legislatore avrebbe scelto consapevolmente di produrre un disallineamento tra i due limiti di pena e l'unica ragione logica che giustifica tale scelta starebbe nella presunta maggiore pericolosità sociale di chi ha subito una condanna superiore ai tre anni, rispetto a chi deve scontare pene inferiori.

È comunque doveroso mettere in luce che ciascuna delle argomentazioni impiegate a sostegno dell'orientamento restrittivo – la volontarietà della scelta del legislatore nel rompere il parallelismo tra i due limiti di pena, la delega contenuta nella Legge 23 giugno 2017, n. 103, che altrimenti non avrebbe motivo di esistere e il rischio di attribuire al Pubblico Ministero un potere di valutazione sul merito del comportamento del condannato – erano già state utilizzate in un'ordinanza della Corte d'appello di Bologna che, tra l'altro, aveva anche escluso di poter sollevare d'ufficio la questione di legittimità costituzionale per manifesta infondatezza, atteso che apparteneva alla discrezionalità del legislatore stabilire quali soggetti, nell'ambito di situazioni tra loro diverse, avessero o meno diritto al beneficio della sospensione dell'ordine di esecuzione¹³.

In questo contesto, quando ormai sembrava che l'indirizzo "sistematico-evolutivo" fosse superato senza neppure il bisogno di rimettere la questione alla Sezioni Unite, è finalmente intervenuto il Giudice delle leggi.

3. La sentenza della Corte Costituzionale.

Una strada diversa e ulteriore rispetto ai due indirizzi sopra esaminati è stata seguita dal Tribunale di Lecce, sezione Gip, in funzione di giudice dell'esecuzione¹⁴. Questi, infatti, ritenendo di non poter superare in via ermeneutica il limite numerico dei tre anni indicato nell'art. 656, comma 5, c.p.p. e dunque di non poter adottare un'interpretazione conforme ai principi costituzionali, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale della disposizione, con riferimento agli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., nella parte in cui non prevede la sospensione dell'ordine di esecuzione anche nei casi di pena non superiore a quattro anni. Secondo il Gip di Lecce, infatti, la norma censurata violerebbe, da una parte, il principio di uguaglianza, determinando un'ingiustificata disparità di trattamento tra coloro che possono beneficiare della sospensione dell'ordine di esecuzione e coloro che, pur potendo accedere alla misura alternativa, restano esclusi dal predetto beneficio, attesa la simmetria tra le condizioni di accesso ai due tipi di affidamento in prova; dall'altra, il principio della finalità rieducativa della pena, poiché il condannato a pena compresa tra tre anni un giorno e quattro anni che si trovi in stato di libertà e abbia compiuto un percorso rieducativo

¹³ Corte d'appello di Bologna, sez. fer., ord. 5 settembre 2017, con nota di MENTASTI, *op. cit.*

¹⁴ Trib. di Lecce, sez. Gip, ord. in 13 marzo 2017, in *Giurisprudenza penale*, 16 marzo 2017, con relativo commento di MOLFETTA, *Ordine di sospensione della pena ex art. 656 c.5 c.p.p.: sollevata questione di legittimità costituzionale*.

che gli consenta di accedere alla misura alternativa, sarebbe, ciò nonostante, costretto a far ingresso in carcere.

L'Avvocatura di Stato, riprendendo argomentazioni già note, si è difesa sostenendo che il disallineamento tra i due limiti di pena non sarebbe "*il risultato di un mancato raccordo tra norme*", come ritenuto dal Gip di Lecce, bensì il frutto di una precisa scelta del legislatore, fondata sulla più elevata pericolosità sociale del condannato a pena superiore a tre anni, che giustificerebbe il suo ingresso in carcere onde esaminare più attentamente la sua personalità.

La Corte opera, innanzitutto, un *excursus* storico sull'istituto della sospensione dell'ordine di esecuzione, al fine di dimostrare la "*natura servente*" dello stesso rispetto all'accesso alle misure alternative; infatti, sin dalla sua introduzione con la Legge 27 maggio 1998, n. 165, vi è sempre stato un parallelismo tra i limiti di pena dell'uno e delle altre. Così, quando, con il D.L. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, nella Legge 21 febbraio 2006, n. 49, è stata innalzata a sei anni l'entità della pena detentiva espiabile in affidamento in prova per l'alcol dipendente e il tossicodipendente sottoposti a programma terapeutico, parimenti è stato elevato il limite stabilito ai fini della sospensione dell'ordine di esecuzione. Ugualmente, con il D.L. 1 luglio 2013, n. 78, convertito, con modificazioni, nella Legge 9 agosto 2013, n. 94, è stato portato a quattro anni il termine per la sospensione ai fini della concessione della detenzione domiciliare, con lo scopo di adeguarlo a quello previsto dal nuovo art. 47-ter ord. penit.

Si tratta allora di capire se la rottura di questo parallelismo ad opera del D.L. 23 dicembre 2013, n. 146 possa trovare una giustificazione non irragionevole. Infatti, se è vero che il legislatore nella sua discrezionalità ha il potere di "*selezionare ipotesi di cesura, quando ragioni ostative appaiano prevalenti*", come avviene ad esempio per i reati indicati nell'art. 656, comma 9, lett a), per la particolare pericolosità di cui essi sono indice, "*è proprio la dimensione normativa ancillare della sospensione rispetto alle finalità delle misure alternative che rende particolarmente stretto il controllo di legittimità costituzionale riservato a dette ipotesi*".

Orbene, nel caso di specie, è la stessa modalità con cui il legislatore ha configurato l'affidamento "allargato" a presupporre, "*quale corollario*", la corrispondente sospensione dell'ordine di esecuzione. Infatti, il nuovo art. 47, comma 3-bis, ord. penit. si rivolge tanto ai detenuti quanto a coloro che si trovano in stato di libertà, come risulta espressamente dalla lettera della disposizione e come d'altronde è implicito nell'inciso "anche residua" relativo alla pena *espianda*. Dunque, proprio perché il legislatore ha equiparato i condannati detenuti a quelli in libertà ai fini dell'accesso alla misura *de quo* – coerentemente, tra l'altro, con lo scopo di deflazionare le carceri – è necessario che l'ordine di esecuzione sia sospeso anche in relazione alle pene detentive comprese tra tre anni e un giorno e quattro anni, altrimenti avremmo "*una previsione in concreto irrealizzabile, per quanto*

*normativamente stabilita e voluta*¹⁵. Infatti, senza la sospensione dell'ordine di esecuzione, sarebbe impossibile concedere l'affidamento in prova "allargato" prima dell'ingresso in carcere, e ciò nonostante che la norma preveda la possibilità che la misura sia richiesta anche dal condannato in stato di libertà. In sostanza il legislatore, omettendo di adeguare il termine per la sospensione dell'ordine di esecuzione a quello per l'accesso alla misura, "smentisce se stesso, insinuando nell'ordinamento una incongruità sistematica capace di ridurre gran parte dello spazio applicativo riservato alla normativa principale".

Inevitabile la conclusione della Corte: generando un trattamento normativo differenziato in relazione a situazioni da reputarsi uguali, il legislatore è incorso nella lesione dell'art. 3 Cost., circostanza che rende assorbita la questione sollevata con riferimento all'art. 27, comma 3, Cost.

4. Effetti, immediati e potenziali, della declaratoria di illegittimità costituzionale.

La pronuncia della Corte Costituzionale è destinata a produrre effetti assai rilevanti, sia per ciò che attiene, nell'immediatezza, agli ordini di esecuzione illegittimamente non sospesi, sia, almeno potenzialmente, sotto altri profili.

Per quanto riguarda i primi, infatti, anche se nel momento in cui si scrive non sono ancora chiare le conseguenze pratiche della declaratoria di illegittimità costituzionale, è evidente che in materia non si potrà fare appello alla regola del *tempus regit actum*, in ossequio all'ormai datato *dictum* della Corte Suprema in virtù del quale "le disposizioni concernenti l'esecuzione delle pene detentive e le misure alternative alla detenzione, non riguardando l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena, ma soltanto le modalità esecutive della stessa, non hanno carattere di norme penali sostanziali"¹⁶. Infatti, così argomentando, non terremmo conto né del fatto che la pronuncia di incostituzionalità ha natura meramente dichiarativa del vizio, che determina la perdita di efficacia *ex tunc* della norma colpita di illegittimità costituzionale, né dell'evoluzione giurisprudenziale che ha caratterizzato gli ultimi anni in tema di pena *contra legem*, a partire dalla ormai celebre sentenza *Gatto*¹⁷.

Ne consegue che l'ordine di esecuzione, una volta emesso, non potrà di per sé dar luogo ad un "rapporto esaurito", rispetto al quale la pronuncia della Corte non avrebbe

¹⁵ È interessante notare come la Corte non prenda affatto in considerazione le perplessità talora sollevate in merito al presunto esercizio di un potere discrezionale da parte del Pubblico Ministero nel sospendere l'ordine di esecuzione in relazione a pene fino a quattro anni. Evidentemente la Corte ha ritenuto che si tratti in buona sostanza non di una valutazione di merito, rimessa come sempre al tribunale di sorveglianza, bensì di una sospensione automatica al verificarsi delle condizioni di legge. Sul punto si veda ALBERTA, *Con l'affidamento allargato pena sospesa fino a 4 anni: incostituzionale il quinto comma dell'art. 656 c.p.p.*, in *Giurisprudenza Penale*, 2018, 3.

¹⁶ Cass., sez. un., 30 maggio 2006, n. 24561, in *Cass. Pen.* 2006, 12, pp. 3963 ss.

¹⁷ Cass., sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, in *CED Cassazione Penale*, 2014.

effetti. Infatti, è solo nei casi in cui il condannato detenuto abbia già presentato una richiesta di affidamento in prova e la stessa sia stata rigettata dal tribunale di sorveglianza che saremmo in presenza di una situazione ormai esaurita; mentre laddove tale richiesta non sia stata ancora formulata o, se formulata, non sia ancora intervenuta una pronuncia del tribunale di sorveglianza, ci troveremmo di fronte ad un rapporto ancora in corso, rispetto al quale la declaratoria di incostituzionalità deve produrre effetti¹⁸.

È pertanto auspicabile, rispetto a questo tipo di situazioni, che gli ordini di esecuzione relativi a pene residue comprese tra tre anni e un giorno e quattro anni siano immediatamente revocati dai pubblici ministeri, con contestuale emissione del decreto di sospensione e conseguente liberazione del condannato.

Quanto invece agli effetti potenziali, vi è un passaggio assai significativo nella pronuncia della Corte, con il quale la stessa rivendica per sé – quasi come se si trattasse di un monito per il legislatore – un controllo di legittimità costituzionale “*particolarmente stretto*” in relazione a tutte quelle ipotesi, già esistenti o ancora da scrivere, di cesura del tradizionale collegamento tra l’istituto della sospensione dell’ordine di esecuzione e i casi di accesso misure alternative. E l’esito di tale controllo dipenderà dalla “*adeguatezza degli indicatori che nella visione del legislatore dovrebbero opporsi all’esigenza della coerenza sistematica, fino a poter prevalere su di essa*”.

A tal proposito, è utile ricordare che la Corte Costituzionale, con la sentenza 6 aprile 2016 (dep. il 1 giugno 2016), n. 125, ha già dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 656, comma 9, lettera a) c.p.p. nella parte in cui stabilisce che non può essere disposta la sospensione dell’esecuzione nei confronti delle persone condannate per il delitto di furto con strappo. Alla luce di tale pronuncia, e di quanto oggi il giudice delle leggi rivendica, potrebbe trovare accoglimento un’identica questione, sollevata con riferimento agli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., in relazione al furto in abitazione, che tra l’altro comprende condotte assai eterogenee, a loro volta indici di differenti gradi di pericolosità (si pensi, ad esempio, alla diversità che corre tra chi, scavalcando una blanda recinzione, ruba un pezzo di ferro in un giardino privato e chi, invece, sfidando sofisticati antifurti, ruba gioielli e quadri d’autore in una villa).

Inoltre, come è già stato autorevolmente sottolineato, un’ulteriore questione potrebbe porsi in relazione all’art. 275, comma 2-*bis*, c.p.p. che vieta l’applicazione della custodia cautelare in carcere ove il giudice ritenga che, all’esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni¹⁹. Tale limite, infatti, è chiaramente in connessione con quello previsto per la sospensione dell’ordine di esecuzione, poiché già nel preambolo del D.L. 26 giugno 2014, n. 92, convertito, con modificazioni, nella Legge 11 agosto 2014, n. 117, che ha introdotto l’attuale versione della norma, si afferma “*la straordinaria necessità*

¹⁸ In questo senso, VICOLI, *Sospensione dell’ordine di esecuzione e affidamento in prova: la Corte Costituzionale ricuce il filo spezzato dal legislatore*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2018, IV, 89 ss.

¹⁹ VICOLI, *op.cit.*

e urgenza di modificare il comma 2-bis dell'articolo 275 del codice di procedura penale, al fine di rendere tale norma coerente con quella contenuta nell'articolo 656, in materia di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva"²⁰. È auspicabile, pertanto, che la questione venga presto sollevata.

5. La finalità rieducativa della pena: un faro nella notte scura.

La pronuncia della Corte appare largamente apprezzabile, sia con riferimento alla decisione assunta che alle argomentazioni sviluppate. Era infatti necessario porre fine quanto prima ad una distonia normativa irragionevole che, tra soluzioni ermeneutiche mutevoli e prassi differenti in funzione della Procura territorialmente competente, aveva dato luogo ad un'intollerabile disparità di trattamento tra condannati a pene identiche, oltre che una generale confusione. Né era facilmente percorribile la strada dell'interpretazione costituzionalmente conforme, stante l'ostacolo del dato numerico dei tre anni contenuto nell'art. 656, comma 5, c.p.p. e l'oggettiva difficoltà di far prevalere un canone ermeneutico sussidiario sulla lettera della norma.

Resta però un rammarico, che è quello di non aver affrontato la questione con riferimento all'art. 27, comma 3, Cost., in quanto assorbita dall'accertata lesione dell'art. 3 Cost. È infatti sul principio della finalità rieducativa della pena, mai pienamente attuato in settant'anni di vigenza della carta costituzionale, che si giocano le principali sfide del futuro.

Negli anni più recenti, a fronte della progressiva crescita di un sentimento di insicurezza nella collettività, alimentato da ampi settori della politica per ragioni elettorali e senza alcun riscontro negli effettivi dati criminologici, si è sempre più diffusa una prospettiva "carcerocentrica" dell'esecuzione penale, sull'errato presupposto che il carcere sia la panacea di ogni male contemporaneo. E così è miseramente naufragata l'auspicata riforma penitenziaria, schiacciata tra le grida scomposte di chi soffiava sul fuoco dell'insicurezza sociale, agitando lo spettro dei criminali in libera uscita, e i timori dei partiti di governo di veder ancor più assottigliata la loro già fortemente ridotta base elettorale. Ad uscire sconfitta, però, non è stata soltanto la pur sacrosanta idea di una pena più umana, ma paradossalmente proprio quella sicurezza asseritamente perseguita da chi ripete come un mantra che serve la certezza della pena, che, secondo le intenzioni di chi la invoca, assecondando l'imbarbarimento generale del linguaggio, dovrebbe spesso coincidere con il gesto di "buttare via le chiavi"²¹.

Infatti, i dati sulla recidiva stanno inesorabilmente a dimostrare come la pena scontata in un regime carcerario rispettoso della dignità del condannato, che favorisca la partecipazione dello stesso ad un progetto di riabilitazione e che, almeno in parte, sia eseguita

²⁰ Sullo stretto collegamento tra la norma in questione e l'art. 656 c.p.p. si veda anche VIGANÒ, *Una norma da eliminare: l'art. 8 del D.L. 92/2014*, in *Dir. pen. cont.*, 7 luglio 2014.

²¹ GIOSTRA, *La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la costituzione*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2018.

in misura alternativa, riduca di molto la possibilità che lo stesso, una volta libero, torni a delinquere.

In sostanza, una pena realmente finalizzata alla rieducazione, che garantisca al condannato un progetto di risocializzazione, preservando nello stesso il diritto alla speranza, è l'unica vera garanzia di maggiore sicurezza nella collettività, per quanto ogni giorno schiere sempre più numerose di politici, trasmissioni televisive che somministrano paura e giornali che risaltano esclusivamente determinati fatti di cronaca, cerchino di convincerci del contrario.

E allora, in conclusione, non si può non esprimere la più netta contrarietà alle proposte di riforma – dall'estensione illimitata della legittima difesa alla modifica del regime relativo all'imputabilità, dalla revisione del giudizio abbreviato alla riforma della prescrizione, dall'abrogazione degli istituti della non punibilità per la particolare tenuità del fatto e dell'estinzione per condotte riparatorie all'innalzamento delle (già elevate) pene per il furto e la violenza sessuale, dalla riforma dell'ordinamento penitenziario in senso carcerocentrico alla rivisitazione delle misure premiali – contenute nel contratto di governo sottoscritto dalle attuali forze di maggioranza, espressione di un approccio securitario e giustizialista, che ignora i dati di realtà a favore di una logica populista ben lontana dalla visione liberal-democratica propria degli ordinamenti moderni²².

Pertanto, pur senza scadere nel pregiudizio prima di aver sotto mano il testo delle riforme che saranno effettivamente proposte, sarà opportuno tener alto il livello di guardia, ben sapendo che anche nella notte più scura il faro dell'art. 27, comma 3, Cost. sarà lì a illuminare la strada, e su quella strada l'Avvocatura intera saprà essere pronta a sollecitare i ricorsi alla Corte Costituzionale ogni qualvolta saranno traditi i principi espressi dalla carta.

GHERARDO PECCHIONI

²² Si veda a riguardo la nota della Giunta dell'Unione delle Camere Penali, *La giustizia penale in un "vincolo" cieco*, del 18 maggio 2018, in *camerepenali.it*

