

Osservatorio sulla Corte costituzionale

Sospensione della pena

La decisione

Parole chiave - Esecuzione pena - Sospensione pena - Misure alternative detenzione - (Cost., artt. 3 e 27; C.p.p., art. 656 co. 5, L. n. 354/1975, art. 47, c. 3-bis).

Va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 656, co. 5, del codice di procedura penale, nella parte in cui si 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.

CORTE COSTITUZIONALE, 2 marzo 2018 (ud 6 febbraio 2018), n. 41 - LATTANZI, *Presidente* - LATTANZI, *Redattore*.

Illegittimo l'art. 656, c. 5, c.p.p. nella parte in cui si prevede la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva non superiore a tre anni, anziché a quattro anni

In considerazione del fatto che la disposizione di cui all'art. 656 c. 5 c.p.p. non risultava coordinata con l'art. 47, co. 3-bis, ord. penit., in ordine all'individuazione del limite massimo di pena per accedere all'affidamento in prova al servizio sociale, sussisteva un contrasto giurisprudenziale di merito e di legittimità. La Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 656 c. 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 maggiore pena, non superiore a tre anni, anziché a quattro anni.

In consideration of the fact that the provision referred to in art. 656 c. 5 p.p.p. was not coordinated with the art. 47, co. 3-bis, ord. penit., in order to redress the maximum penalty for access to the probation in the social service, there was a jurisprudential contrast of merit and legitimacy. The Constitutional Court declared the constitutional illegitimacy of the art. 656 c. 5 of the Italian Penal Code, in the part in which it is expected that the public prosecution will suspend the execution of the prison sentence, even if it constitutes a residual of greater penalty, not exceeding three years, instead of four years.

1. Premessa

La Corte costituzionale con la pronuncia n. 41/2018 qui annotata¹ ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 656 c. 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 maggiore pena, non superiore a tre anni, anziché a quattro anni.

Trattasi di provvedimento che ha posto fine ad un forte contrasto interpretativo sorto nella giurisprudenza, sia di merito² che di legittimità³ - con risvolti

¹ Corte cost., n. 41 del 2018.

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, *Di-*

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 scorci della legislatura pareva voler intervenire in tale direzione a seguito della legge 103/2017⁵.

2. Vicenda processuale

La Corte costituzionale ha adottato la decisione de quo a seguito del rinvio ad essa di una questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Lecce, quale giudice dell'esecuzione, con ordinanza del 13 marzo 2017, in ordine alla costituzionalità dell'art. 656, c. 5, c.p.p., sia in rapporto all'art. 3 che all'art. 27 c. 3 Cost.

In particolare nell'ordinanza di rimessione, il Giudice 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, co. 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 a quo 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, co. 3-*bis*, legge n. 354 del 1975, introdotto dall'art. 3, co. 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 l. 21 febbraio 2014, n. 10, prevede una particolare forma di affidamento in prova quando la pena

sallineamenti e allineamenti forzati: ultime novità in tema di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva e affidamento in prova "allargato"

³ Cass., Sez. I, 21 settembre 2017, G.F., in *Cass. pen.*, 2017; Id., Sez. I, 31 maggio 2016, F.F., in *Mass. Uff.*, n. 51864.

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

detentiva da eseguire non è superiore a quattro anni.

Il giudice *a quo*, escludendo di poter interpretare la disposizione normativa nel senso auspicato dal ricorrente, atteso il tenore letterale della stessa, ha sollevato 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) abbia 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 avrebbero potuto 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 del 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, co. 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.

3. Dato normativo

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, co. 5, c.p.p. stabilisce che il pubblico ministero, salvo quanto previsto dai co. 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 esecu-

zione delle pene allorquando, dopo un calcolo prettamente matematico, di tutte le pene detentive non venga superata la soglia quantitativa prevista dall'art. 656 c. 5 c.p.p.

Con l'ordine di sospensione di cui sopra, 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, co. 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 espiare 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 espiare 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 dato 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 espiare fra i tre e i quattro anni.⁶

4. Orientamenti giurisprudenziali della cassazione

Deve evidenziarsi che anche la prima sezione della Cassazione si è 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, infatti, l'entità della sanzione prevista in astratto per la sospensione dell'esecuzione deve essere quello della pena, anche residua, non superiore a 4 anni quando la sospensione sia richiesta ai sensi dell'art. 47, comma 3-bis, ord. pen., 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, c.p.p. 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, co. 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 posto che «*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, invece, ha 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 affermato che «*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, co. 3-bis, ord. pen., il limite edittale cui il pubblico ministero deve fare riferimento per*

⁶ BARONTINI, *L'affidamento in prova al servizio sociale "allargato" e mancato "allargamento" del termine di sospensione dell'ordine di esecuzione*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁷ Cass., Sez. Fer., 4 settembre 2017, S.A. in *Mass. Uff.*, n. 39889; Id., Sez. I, 24 maggio 2016, S.A., in *Mass. Uff.*, n. 21667; Id., Sez. I 4 marzo 2016, T.A., *ivi*, n. 37848; Id., Sez. I 31 maggio 2016, *ivi*, n. 5186.

⁸ Cass., Sez. I, 31 maggio 2016, F.F., in *Mass. Uff.*, n. 51864.

⁹ Cass., Sez. I, 4 marzo 2016, T.A., in *Mass. Uff.*, n. 37848, T.A.; Id., Sez. I, 31 maggio 2016, F.F., *ivi*, n. 51864.

¹⁰ Cass., Sez. I, 21 settembre 2017, G.F., in *Cass. pen.*, 2018, 2, 608.

l'emissione dell'ordine di carcerazione ex art. 656, co. 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.

5. Il *decisum* della Corte costituzionale

La Corte costituzionale, con la pronuncia 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 l. 27 maggio 1998, n. 165, l'art. 656 c.p.p. 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, co. 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

¹¹ Cass., Sez. I, 30 novembre 2017, n. 54128, Martella, www.giurisprudenzapenale.it

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, se l'ordine di esecuzione di una pena detentiva tra 3 anni e un giorno e 4 anni non potrebbe essere sospeso, si tratterebbe di una previsione in concreto irrealizzabile, per quanto normativamente stabilita e voluta.

Tale è appunto la situazione normativa che si è 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 infatti 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 Corte seppur implicitamente sottolinea come non sia l'ufficio di Procura a dovere valutare il merito della domanda, ergo l'effettiva condotta idonea rispetto al giudizio prognostico sul condannato, bensì la magistratura di sorveglianza, autorità giudiziaria a cui è demandata tale tipo di valutazione.

La Corte costituzionale ha dunque voluto porre uno freno 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.

Pertanto, l'art. 656, c. 5, c.p.p. è costituzionalmente illegittimo, e 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.

ARCHIVIO PENALE 2018, n. 1

GIANLUCA MALAVASI