GIUSTIZIA INSIEME

Giustizia e Pene

L’ordine di esecuzione dopo la sentenza della Consulta n. 41/2018

di Stefano Tocci

24 dicembre 2018

I provvedimenti emessi dal pubblico ministero nella fase esecutiva, anche se incidenti sulla libertà del condannato, non avendo contenuto decisorio e attitudine a definire il rapporto processuale, non hanno natura giurisdizionale ma amministrativa, promanando da un organo le cui funzioni sono eminentemente di carattere esecutivo e amministrativo.

Ne consegue che tali provvedimenti non sono suscettibili di autonoma e diretta impugnazione con il ricorso per cassazione, mentre, per ottenere una pronuncia ablativa o modificativa, è esperibile lo specifico rimedio dell'incidente di esecuzione. Nondimeno va ricordato che la natura di atto amministrativo dell’ordine di esecuzione consente al PM di revocare o modificare il provvedimento esecutivo che non è suscettibile di incorrere nell’intangibilità del giudicato.

Se un ordine di esecuzione quindi contiene un vizio o un errore del PM in danno del condannato questi può chiederne la correzione allo stesso PM ovvero promuovere incidente di esecuzione.

La giurisprudenza più recente ricorda che il procedimento di esecuzione non ha natura di giudizio di impugnazione e perciò non soggiace al principio devolutivo, volto a delimitare il concreto contenuto dell'esecuzione; conseguentemente sussiste il dovere del giudice di decidere anche in ordine alle domande nuove formulate dalla parte privata solo con memoria in corso di procedimento, fatta salva la necessità che, a salvaguardia del principio del contraddittorio, sia garantito alla parte pubblica un termine per controdedurre.

Un caso di grave imbarazzo per il PM, all'atto di emissione dell'ordine esecutivo, è stato ormai eliminato dalla Corte Costituzionale con la sentenza. N. 41/2018 della Corte Cost., che ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 656 comma 5 c.p.p. nella parte in cui non consente la sospensione dell'esecuzione per le pene non superiori a 4 anni di detenzione. Fin dall'entrata in vigore dell'art. 47 comma 3 *bis* OP gli operatori del diritto si erano resi conto della grave distonia tra una norma che consente la concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale per pene non superiori a 4 anni e la regola, generale, rispetto alle varie eccezioni previste dalla norma in esame, che prevedeva la sospensione dell'ordine dell'esecuzione per pene non superiori a tre anni.

Tale distonia sembrava essere stata risolta dalla Suprema Corte (con Sentenza Sez. 1, Sentenza n. **51864** del 31/05/2016 Cc. -dep. 05/12/2016 -Rv. 270007), secondo cui 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 quattro anni.

Successivamente però la giurisprudenza è tornata sui suoi passi affermando (con Sentenza Sez. 1, Sentenza n. **46562** del 21/09/2017 Cc. – dep. 10/10/2017- Rv. 270923) 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, 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.

Nel suo ribaltamento ermeneutico la Suprema Corte ha specificato che il precedente indirizzo interpretativo *"fa dichiarata applicazione del criterio di interpretazione evolutiva dell'art. 656, comma 5, secondo periodo, cod. proc. pen., estendendone l'applicazione a tutti i casi previsti dall'art. 47 ord. pen., «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». Il canone dell'interpretazione evolutiva, che affida al giudice la capacità di creare diritto seguendo il passo dello sviluppo della società, è, di per sé, controverso in ambito civile (è escluso in ambito processuale: Sez. U, n. 15144 del 11/07/2011, Rv. 617905; è ammesso nel settore delle controversie tributarie da Sez. 5, n. 30722 del 30/12/2011, Rv. 621046; è ammesso in quello della tutela dei*

soggetti deboli: Sez. 6, n. 19017 del 16/09/2011, Rv. 620058 e di promozione di categorie svantaggiate. Sez. U, n. 8486 del 14/04/2011 Rv. 616792), mentre 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 (in questo senso si vedano i paragrafi n. 11 e n. 12 della sentenza n. 230 del 2012 della Corte Costituzionale). Nella giurisprudenza di legittimità, il detto canone interpretativo è stato, infatti, sempre escluso sulla base del rilievo che «l'interpretazione estensiva della legge è consentita perché non amplia, ma discopre l'intero contenuto della norma; l'interpretazione evolutiva è invece vietata perché snatura la funzione del giudice da organo di applicazione in quello di formazione della legge» (Sez. 3, n. 2230 del 11/01/1980, Pasculli, Rv. 144357; a proposito dell'art. 54 cod. pen.: Sez. 3, n. 10772 del 07/10/1981, Potenziani, Rv. 151195), fatta salva la necessità di interpretare secondo il criterio storico-evolutivo determinate clausole a contenuto etico-sociale".

Va segnalato che tale orientamento, che limita la sospensione ai casi di pena non superiore a tre anni, e quindi apparentemente confermativo della distonia con la normativa in tema di affidamento in prova al servizio sociale, è stato poi confermato dalla Suprema Corte, pochi giorni antecedentemente alla pronuncia della Consulta n.41/2018, respingendo una richiesta della Procura Generale presso la Suprema Corte della Cassazione di rimettere la decisione alle Sezioni Unite.

La Corte Costituzionale, come anticipato, ha risolto la difficoltà ermeneutica di sistema. Evidenzia la Consulta che "*non può non osservarsi che nel caso di specie la rottura del parallelismo, imputabile al mancato adeguamento della disposizione censurata, appare di particolare gravità, perché è proprio il modo con cui la legge ha configurato l'affidamento in prova allargato che reclama, quale corollario, la corrispondente sospensione dell'ordine di esecuzione. In proposito va in primo luogo osservato che non ha pregio l'argomento dell'Avvocatura dello Stato secondo cui l'affidamento allargato sarebbe precipuamente indirizzato a chi è già detenuto, al fine di ridurre la popolazione carceraria per ottemperare a quanto deciso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri contro Italia. In senso contrario è sufficiente osservare che l'art. 47, comma 3-bis, della legge n. 354 del 1975 si rivolge espressamente anche ai condannati che si trovano in stato di libertà, senza alcuna distinzione di rilevanza rispetto ai detenuti, come è riconosciuto anche dall'Avvocatura dello Stato e si desume dalla destinazione dell'affidamento in prova allargato «al condannato che deve espiare una pena, anche residua, non superiore a quattro anni di detenzione». L'inciso «anche residua» dimostra che la misura è destinata pure a chi non deve espiare una pena residua e cioè a chi non è detenuto. È per questa ragione che la disposizione in questione, ai fini dell'applicazione della misura, richiede una*

valutazione del comportamento del condannato «quantomeno nell'anno precedente alla presentazione della richiesta, trascorso in espiazione di pena, in esecuzione di una misura cautelare ovvero in libertà». È vero che in linea di principio non è fatto divieto al legislatore di dare vita a forme alternative alla detenzione riservate ai soli detenuti, ma nel caso dell'affidamento allargato la legge non si è valsa di tale spazio di discrezionalità perché ha esplicitamente optato per l'equiparazione tra detenuti e liberi ai fini dell'accesso alla misura alternativa. Del resto si è trattato di una scelta del tutto coerente con lo 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 tre anni e un giorno e quattro anni non potesse essere sospeso, si tratterebbe di una previsione in concreto irrealizzabile, per quanto normativamente stabilita e voluta. Infatti l'esecuzione dell'ordine di carcerazione, avvenuta senza aver dato al condannato il tempo di chiedere l'affidamento in prova allargato e comunque senza attendere una decisione al riguardo, renderebbe impossibile la concessione della misura alternativa prima dell'ingresso in carcere. Tale è appunto la situazione normativa che si è realizzata a causa del mancato adeguamento dell'art. 656, comma 5, cod. proc. pen. Omettendo di intervenire sulla normativa ancillare, il legislatore smentisce sé stesso, insinuando nell'ordinamento una incongruità sistematica capace di ridurre gran parte dello spazio applicativo riservato alla normativa principale". La Corte Costituzionale ha conseguentemente statuito che l'art. 656, comma 5, cod. proc. pen. va perciò dichiarato costituzionalmente illegittimo, 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.

Se ciò risolve la problematica per il futuro, *quid iuris* in relazione all'ordine di esecuzione non sospeso già emesso, precedentemente alla sentenza della Corte Costituzionale citata, per una pena superiore al limite edittale di tre anni ma inferiore a quattro anni?

La questione è giunta all'attenzione della Suprema Corte su ricorso del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Reggio Calabria.

Con l'ordinanza impugnata il GIP presso il Tribunale di Reggio Calabria, in funzione di Giudice dell'esecuzione, aveva annullato l'ordine di esecuzione emesso nei confronti del condannato per una pena detentiva di anni 3 e mesi 8 di reclusione, sospendendo l'esecuzione e trasmettendo gli atti al Tribunale di Sorveglianza di Reggio Calabria per l'eventuale applicazione di misura alternativa alla detenzione, in quanto, per effetto della Sentenza n. 41/2018 della Corte

Costituzionale, il limite di pena in riferimento al quale il PM deve sospendere l’esecuzione ai sensi dell’art. 656 comma 5 c.p.p. è da ritenersi elevato a quattro anni, non potendosi considerare esaurito l’effetto dell’ordine di esecuzione emesso in epoca antecedente alla pronuncia del Giudice delle Leggi.

E’ insorto avverso tale decisione il PM ravvisando violazione di Legge e vizio della motivazione poiché il Giudice dell’esecuzione non si sarebbe avveduto che nel caso in esame la pronuncia della Corte Costituzionale non poteva trovare applicazione in quanto l’ordine di esecuzione era stato legittimamente emesso con riferimento alla normativa vigente *illo tempore* (con conseguente “esaurimento” del relativo rapporto giuridico) e quindi dovendosi applicare il principio *tempus regit actum*.

Il PG presso la Suprema Corte ha invece ritenuto diversamente, rilevando che l'approdo della giurisprudenza di legittimità appare assolutamente prevalente nel ritenere che la sentenza con la quale viene dichiarata l'illegittimità costituzionale di una norma di legge ha efficacia *erga omnes* – con l'effetto che il giudice ha l'obbligo di non applicare la norma illegittima dal giorno successivo a quello in cui la decisione è pubblicata nella Gazzetta ufficiale della Repubblica – e forza invalidante, con conseguenze simili a quelle dell'annullamento, nel senso che essa incide anche sulle situazioni pregresse verificatesi nel corso del giudizio in cui è consentito sollevare, in via incidentale, la questione di costituzionalità, spiegando, così, effetti non soltanto per il futuro, ma anche retroattivamente in relazione a fatti o a rapporti instauratisi nel periodo in cui la norma incostituzionale era vigente, sempre, però, che non si tratti di situazioni giuridiche "esaurite", coinvolgendo, peraltro, a determinate condizioni, anche quelle determinate dalla formazione del giudicato (Cass. Sez. U, Sentenza n. **44895** del 17/07/2014 Cc. -dep. 28/10/2014- Rv. 260927).

Appare quindi errato, secondo il PG, ritenere che l’ordine di esecuzione, legittimamente emesso secondo la normativa “*illo tempore*” vigente, abbia esaurito “il rapporto giuridico”: i provvedimenti emessi dal pubblico ministero nella fase esecutiva, anche se incidenti sulla libertà del condannato, non avendo contenuto decisorio e attitudine a definire il rapporto processuale, non hanno natura giurisdizionale ma amministrativa, promanando da un organo le cui funzioni sono eminentemente di carattere esecutivo e amministrativo.

Per il PG presso la Suprema Corte quindi la pronuncia di illegittimità costituzionale dell’art. 656 comma 5 c.p.p. riverbera immediatamente i suoi effetti su tutti i rapporti esecutivi ancora in essere.

La consequenziale decisione della Suprema Corte (Cass. Pen. Sez. 1 N. 34428/2018 udienza 02.07.2018) ha confermato sostanzialmente la lettura interpretativa del PG, rigettando il ricorso del PM territoriale.

Ha precisato ulteriormente la Cassazione che “ *nelle ipotesi in cui sia stata posta in esecuzione una condanna 'sospendibile' in virtù della lettura del sistema costituzionalmente valida (a pena residua superiore ad anni tre ed inferiore ad anni quattro) e tale valutazione – in punto di applicazione della misura alternativa – sia mancata (non rileva, sul punto, se per l'assenza di domanda o per il ritardo nella decisione) il rapporto (o, per meglio dire, il segmento del rapporto esecutivo qui in rilievo) non può dirsi esaurito, atteso che il condannato ha il diritto, ora per allora, di ottenere (in concorrenza degli ulteriori presupposti) la restituzione nella facoltà a lui spettante, preclusa al momento della emissione dell'ordine di esecuzione da una norma di legge contrastante con la Costituzione ed espunta dall'ordinamento. In tale ottica, peraltro, non rileva il fatto che il condannato, raggiunto da ordine di esecuzione oggi sospendibile (ma non sospeso all'epoca) non abbia – per ipotesi – proposto la domanda di applicazione della misura alternativa alla detenzione in epoca antecedente al 2 marzo 2018, posto che la decadenza prevista dalla legge (giorni trenta in regime di sospensione) ha un preciso dies a quo, rappresentato dall'avvenuta emissione del provvedimento di sospensione temporanea. Lì dove tale provvedimento non si stato emesso, è del tutto evidente che non può ipotizzarsi decadenza alcuna*”.

Da qui l’enunciazione del principio di diritto secondo cui “*in riferimento alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art.656 co.5 cod.proc.pen. (affermata da C. Cost. n.41 del 2018) il giudice dell'esecuzione, lì dove il condannato, da detenuto in espiazione per reati non ostativi, formuli domanda di sospensione temporanea dell'ordine di esecuzione (relativo a pena superiore a tre anni ed inferiore a quattro anni) ha il dovere di valutare la domanda e di provvedere, in presenza degli ulteriori presupposti di legge, al ripristino della facoltà di proposizione – da libero – della domanda di misura alternativa, con temporanea sospensione della esecuzione, salva l'ipotesi di avvenuta decisione da parte del Tribunale di Sorveglianza di una analoga domanda proposta dopo l'inizio della esecuzione cui la richiesta si riferisce*” (Cass. Pen. Sez. 1 n. 34428/2018 udienza 02.07.2018).

Quanto alle determinazioni del PM, alla luce di quanto sopra evidenziato e della natura amministrativa del suo ruolo nella fase esecutiva, può pertanto ritenersi doverosa la revoca anche d’ufficio dell’ordine di esecuzione non sospeso emesso, in epoca antecedente alla pronuncia della Consulta, per una pena superiore al limite edittale di tre anni ma inferiore a quattro anni, con consequenziale nuova emissione dell’ordine ma stavolta sospeso.

L’espunzione dall’ordinamento *ex tunc* del limite edittale di tre anni attribuisce infatti al condannato, “*ora per allora*”, il diritto di attendere la decisione della Magistratura di Sorveglianza, circa l’accessibilità ad un regime esecutivo in misura alternativa alla detenzione, in condizione libera, e tocca al PM, ancor prima dell’intervento del Giudice dell’esecuzione se è il caso, restituire l’interessato allo *status libertatis* se previamente posto *in vinculis* in virtù di una norma dichiarata incostituzionale.

Il limite all’esercizio di tale potere/dovere, da parte del PM o del Giudice dell’esecuzione, è costituito dall’esaurimento del rapporto esecutivo: quando cioè – ovviamente – la pena sia già stata del tutto espiata, ovvero dal pronunciamento della Magistratura di Sorveglianza sul regime esecutivo; la decisione del Magistrato di Sorveglianza in fase cautelare ovvero del Tribunale di Sorveglianza in via definitiva esauriscono infatti quel segmento di fase esecutiva provvisoria scandito dall’art. 656 comma 5 – 10 c.p.p. per cui, una volta concessa la misura alternativa alla detenzione ovvero rigettata la relativa istanza, la posizione giuridica del condannato è ormai definita da un provvedimento giurisdizionale diretto a regolare lo svolgimento del rapporto esecutivo – ben lungi dall’essersi esaurito con l’emissione del provvedimento *ex* art. 656 comma 5 c.p.p. – fino all’espiazione della pena.