

L’AFFIDAMENTO IN PROVA AL SERVIZIO SOCIALE “ALLARGATO” E MANCATO “ALLARGAMENTO” DEL TERMINE DI SOSPENSIONE DELL’ORDINE DI ESECUZIONE

L’anomalia di un decreto “svuotacarceri” che impone la carcerazione

di Luca Barontini

Abstract. Il D.L. 146 del 2013 ha introdotto una nuova modalità di affidamento in prova al servizio sociale a cui è possibile accedere con un residuo pena da espiare fra i tre e i quattro anni. Nessuna modifica è però intervenuta sull’art. 656, comma 5, c.p.p., determinandosi, in tal modo, una scollamento fra il termine per la sospensione dell’ordine di carcerazione e quello per accedere al beneficio in esame; di talché coloro che potrebbero accedere alla nuova forma di misura alternativa alla detenzione si trovano costretti a fare ingresso in istituto, anche per brevissimi periodi, al solo fine di presentare l’istanza per il beneficio penitenziario.

SOMMARIO: 1. Ambito nel quale è maturato l’intervento legislativo (D.L. 146/2013 convertito in L. 10/2014). – 2. In generale, l’affidamento in prova, sua evoluzione e *ratio* della legge Simeone; non casuale coincidenza dei due termini di cui all’art. art. 656 co. V c.p.p. e all’art. 47 ord. pen. – 3. Difetto di coordinamento o scelta voluta? – 4. Conclusioni.

1. Ambito nel quale è maturato l’intervento legislativo (D.L. 146/2013 convertito in L. 10/2014).

Il decreto legge 23 dicembre 2013, n. 146 si inserisce in un percorso di adeguamento del sistema penitenziario italiano ai principi della Convenzione Europea dei diritti dell’uomo, fra cui, in particolare, la proibizione della tortura stabilita all’art. 3 CEDU che vede espressamente annoverare fra i suoi postulati il divieto di trattamenti inumani o degradanti.

Con la ben nota sentenza Torreggiani¹, la Corte EDU, muovendo una netta censura al sistema penitenziario italiano, concedeva un anno di tempo per adottare quei provvedimenti che permettessero al paese di porre fine alle violazioni derivanti dal sovraffollamento carcerario.

In particolare, i Giudici di Strasburgo, oltre a stigmatizzare il numero dei soggetti ristretti in attesa di giudizio (42 % dell’intera popolazione detenuta),

¹ Sent. Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Seconda Sezione, Causa Torreggiani e altri C. Italia, 8 gennaio 2013 (Ricorsi nn. 43517/09, 55400/09, 57875/09, 35315/10 e 37818/10).

osservavano che «quando lo Stato non è in grado di garantire a ciascun detenuto condizioni detentive conformi all'art. 3 della Convenzione, la Corte lo esorta ad agire in modo da ridurre il numero di persone incarcerate, in particolare attraverso una maggiore applicazione di misure punitive non privative della libertà»².

Di talché l'Italia, con i vari decreti cc.dd. "svuotacarceri", ha adottato misure che hanno tentato di facilitare, con opinabili risultati, l'accesso ai benefici penitenziari.

Per quanto qui rileva, si cercherà di porre l'attenzione sull'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.

Il nuovo comma 3 *bis* dell'art. 47 ord. pen. 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». Detto secondo comma uno dei requisiti per accedere al beneficio, stabilendo che il provvedimento applicativo dell'affidamento in prova al servizio sociale è adottato sulla base dei risultati della osservazione della personalità, qualora si ritenga che la concessione del beneficio «contribuisca alla rieducazione del reo e assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati».

La principale novità della norma introdotta con il D.L. in esame, attiene all'aumento della pena residua da scontare per accedere al beneficio di cui all'art. 47 ord. pen., che, per questa ipotesi di affidamento in prova allargato, viene ampliato a quattro anni (previa disamina del comportamento nell'anno, anziché nel mese come invece prevede l'ipotesi tradizionale, precedente alla richiesta).

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, depone per una sorta di sistema "a doppio binario"³ nel quale sono presenti due ipotesi di affidamento in prova: la prima, quella tradizionale della quale si può beneficiare con un residuo pena non superiore a tre anni; la nuova, alla quale si può accedere con un residuo pena fra i tre e i quattro anni.

Tuttavia, salvo il periodo di osservazione di cui si dirà fra breve, le due forme di affidamento condividono tratti molto comuni: «la nuova ipotesi si fonda, infatti, sul medesimo giudizio – la prognosi positiva di idoneità – e sulla base cognitiva – i risultati dell'osservazione della personalità – su cui si basano gli altri casi di concessione della misura»⁴.

La nuova ipotesi di affidamento in prova "compensa l'allargamento" della pena da espriare con l'estensione del periodo di osservazione (da un mese ad un anno), che

² Torreggiani e altri C Italia, *cit.*, par. 94.

³ S. PAREZZAN, *La nuova ipotesi di affidamento in prova al servizio sociale* in R. DEL COCO, L. MARAFIOTI, N. PISANI (cur.) in *Emergenza carceri – Radici remote e recenti soluzioni normative*, Torino, Giappichelli, 2014, pag. 85.

⁴ S. PAREZZAN, *La nuova ipotesi di affidamento cit.* pagg. 85, 86.

«costituisce pertanto un requisito aggiuntivo rispetto all'ipotesi ordinaria di affidamento in prova per la pena detentiva non superiore a tre anni»⁵.

L'affidamento in prova al servizio sociale "allargato", tuttavia, non è stato accompagnato da un "allargamento" del termine triennale previsto dal comma V dell'art. 656 c.p.p. in tema di sospensione dell'ordine di carcerazione; di talché, un'interpretazione restrittiva della norma, per le pene residue fra i tre e i quattro anni, deporrebbe per un passaggio obbligato dal carcere, che, evidentemente, rappresenta una finalità di segno opposto per un decreto "svuotacarceri".

2. In generale l'affidamento in prova e sua evoluzione e *ratio* della legge Simeone.

Il legislatore del 1975 introduceva, mutuandolo dall'istituto della *probation*⁶, l'affidamento in prova al servizio sociale configurandolo quale rivoluzionario beneficio penitenziario che, unico, fra quelli di cui al capo VI delle legge 354 del 1975, si prefiggeva di recidere ogni rapporto del soggetto con il regime carcerario⁷, permettendo ai condannati con pene non superiori a un determinato limite di essere "monitorati" dal servizio sociale ed evitando, in tal modo, la detenzione.

Tale limite ha conosciuto varie estensioni: due anni e mezzo ovvero tre anni per i soggetti di età inferiori agli anni ventuno o di età superiore agli anni settanta, nella formulazione originaria; raggiungeva i tre anni con la legge 10 ottobre 1986, n. 663, eliminando la distinzione in base all'età del condannato⁸; veniva, infine, alzato, come si è detto, a quattro con il D.L. 23 dicembre 2013, n. 146, previa osservazione della durata di un anno, anziché di un mese, del comportamento del condannato.

Fino al 1998 (con L. 27 maggio, n. 165, c.d. "legge Simeone"), l'art. 47 ord. pen. prevedeva un meccanismo sospensivo dell'ordine di esecuzione⁹ che, per essere

⁵ L. FILIPPI, *Adelante pedro... con (poco) juicio. Un passo (avanti o indietro?) verso la civiltà penitenziaria* in *Diritto penale e processo*, 4/2014, pag. 379.

⁶ V. per tutti A. DELLA BELLA, *Il ruolo dell'affidamento in prova nella crisi di certezza e di effettività della pena* in *Riv. It. dir. e proc. pen.*, 4/2005, pag. 1492.

⁷ Così, MADIA, *Nota a sentenza Cass. pen. sez. I, CC. 24 maggio 1978 – Pres. Scardia* in *Cass. pen.* 1978, 1527, per cui: «per detta sua caratteristica l'affidamento in prova al servizio sociale si risolve in una rinuncia, condizionata (all'esito positivo del periodo di prova), dello stato ad esigere l'esecuzione della pena detentiva, imperniata sulla considerazione, che ispira le moderne dottrine criminologiche, che, in taluni casi, la risocializzazione del condannato possa essere meglio realizzata senza l'espiazione – in tutto o in parte – della pena detentiva».

⁸ Si osserva che la disciplina introdotta, con il nuovo comma III dell'art. 47 O.P., si muoveva nella direzione che, poco più di un decennio dopo, costituirà la *ratio* della Legge Simeone: evitare che il condannato, che astrattamente avrebbe potuto accedere al beneficio, dovesse subire una (seppur breve) carcerazione. Si prevedeva, infatti, che l'osservazione della personalità, propedeutica alla concessione del beneficio, potesse anche non essere effettuata in istituto, qualora il condannato, ovviamente precedentemente alla condanna, avesse scontato un periodo di custodia cautelare.

⁹ Art. 47, co. IV, O.P., nella versione vigente dall'8 agosto 1992 al 13 giugno 1998. «Se l'istanza di cui al precedente comma 3 e' proposta prima dell'emissione o dell'esecuzione dell'ordine di carcerazione, e' presentata al pubblico ministero o al pretore, il quale, se non osta il limite di pena di cui al comma 1,

attivato, necessitava dell'impulso dell'interessato: il condannato doveva presentare l'istanza di affidamento in prova al pubblico ministero o al pretore, il quale sospendeva l'emissione o l'esecuzione fino alla decisione del Tribunale di sorveglianza che doveva decidere entro 45 giorni.

La legge Simeone capovolgeva le logiche della disciplina in una duplice direzione: da un lato, dava all'istituto della sospensione dell'esecuzione una collocazione codicistica nell'art. 656 co. V c.p.p.¹⁰, atteso che l'emissione dell'ordine di carcerazione e la relativa sospensione sono tematiche attinenti più a questioni di esecuzione in senso stretto che a questioni di procedimento di sorveglianza; dall'altro, trasformava una procedura attivabile solo su impulso del condannato in meccanismo automatico che il pubblico ministero doveva (e deve) attivare *ex officio*.

Con riferimento a tale ultimo aspetto si ricordano le ragioni che hanno ispirato la legge Simeone: in primo luogo, e sembrerebbe essere diventato un comun denominatore in tema di riforme in ambito penitenziario, vi erano finalità deflative per far fronte al sempiterno problema del sovraffollamento carcerario¹¹; in secondo luogo, subentravano ragioni di equità, atteso che l'esperienza applicativa «dimostrava come a causa di ragioni disparate, prevalentemente connesse alle condizioni sociali, culturali ed economiche degli interessati che non potevano disporre di un'adeguata e, soprattutto, efficace difesa, l'istanza non veniva presentata tempestivamente, ma solo dopo l'ordine di carcerazione, con la iniqua conseguenza che per tali soggetti la concessione delle misura alternativa interveniva quando la pena detentiva era già stata, in tutto o in parte, scontata»¹²; infine, appariva certamente controproducente, in termini di effetti criminogeni della restrizione, che condannati i quali avrebbero potuto evitare la carcerazione accedendo ai benefici penitenziari dovessero essere comunque privati della libertà, anche solo per brevi periodi.

sospende l'emissione o l'esecuzione fino alla decisione del tribunale di sorveglianza, al quale trasmette immediatamente gli atti. Il tribunale di sorveglianza decide entro quarantacinque giorni dalla presentazione dell'istanza».

¹⁰ La soluzione adottata dall'intervento legislativo in esame appare più coerente in una logica di sistematica della disciplina: in precedenza, infatti, ogni singola norma che disciplinava (ad esempio, art. 47 *ter*, co. III; art. 50, co. VI) il relativo beneficio penitenziario richiamava il comma IV dell'art. 47 ord. pen. che prevedeva il meccanismo sospensivo dell'ordine di carcerazione.

Vedi L. KALB, *La esecuzione di pene detentive* in AA.VV., *Sospensione della pena ed espiazione extra moenia – Commento alla Legge 27 maggio 1998, n. 165 (c.d. legge Simeone)*, (a cura di) DALIA FERRAIOLI, Milano, Giuffrè, 1998, pagg. 6 e 7.

¹¹ In tal senso rilevano le parole pronunciate dall'On. Simeone in sede di presentazione del d.d.l. alla Camera dei Deputati in data 6 maggio 1996: «Tra le molteplici disfunzioni che caratterizzano la grave condizione in cui versa il sistema penitenziario italiano, va senz'altro segnalato il fenomeno del sovraffollamento degli istituti di pena. Senza entrare nel merito del problema, ci si limita a sottolineare l'indispensabilità di un intervento legislativo finalizzato ad agevolare un decremento del numero dei detenuti ed a limitare il ricorso ai provvedimenti limitativi della libertà personale».

¹² L. KALB, *La esecuzione di pene detentive. cit.* pag. 9. Cfr. G. CANEVELLI, *L'analisi delle singole norme in Diritto penale e processo*, 7/1998, par. 815, per cui «Così chiarito l'ambito dell'intervento normativo utilizzato per ridurre il sovraffollamento carcerario, attraverso la previsione di un minor numero di ingressi di condannati per reati considerati di limitata gravità, e per eliminare la disparità di trattamento tra condannati, in relazione alle diverse possibilità di presentare tempestivamente l'istanza.».

Il nuovo comma 3 *bis* dell'art. 47 ord. pen. sembrerebbe obliterare dette finalità, posto che, se si volesse aderire ad un'interpretazione restrittiva, non potendosi attivare il meccanismo sospensivo, il passaggio in istituto parrebbe inevitabile.

3. Difetto di coordinamento o scelta voluta?

Occorre ora verificare se il mancato intervento sulla disciplina del meccanismo sospensivo di cui all'art. 565 co. V, C.p.p. sia il frutto di una scelta ponderata del legislatore o, più verosimilmente, una sua clamorosa svista.

È appena il caso di osservare che tale verifica non si risolve in un mero approfondimento teorico per polemizzare in caso di acclarato difetto di coordinamento, ma le implicazioni pratiche sono di tutta evidenza: se si trattasse di scelta ponderata, per coloro che si trovino con un residuo pena fra i tre e i quattro anni, l'accesso al beneficio non sarebbe immediato (*ergo* non troverebbe applicazione l'art. 656 co. V c.p.p.) ma il condannato potrebbe chiederlo solamente una volta fatto ingresso in carcere.

Ciò che è certo è che – indubbiamente – la questione non ha trovato l'attenzione che avrebbe meritato.

In tal senso, si osserva che, se anche si volesse liberare da responsabilità l'esecutivo, che ha pur sempre “legiferato” negli stretti tempi della decretazione d'urgenza (D.L. 146/2013), incomprensibile è il silenzio del Parlamento che, in sede di conversione del decreto legge, oltre a non affrontare adeguatamente la questione, ha ignorato completamente – o quantomeno trascurato – l'unica segnalazione nel senso di una auspicata coerenza sistematica invocata da una Delibera Consiliare del C.S.M.¹³ che riprendeva le segnalazioni della Commissione Mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza nel corso della seduta del 20 gennaio 2014.

Va tuttavia rilevato che, anche se il parere del C.S.M. non è da considerarsi vincolante per il legislatore, resta – comunque – un parere autorevole che, in quanto tale, avrebbe meritato – quantomeno – una maggiore considerazione. Infatti, a contezza di chi scrive, l'unico riferimento a tale relazione si trova nel Dossier del Servizio Studi sull'A.S. n. 1288 “Conversione, in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 146, recante misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria”, che ripropone il “suggerimento” del CSM osservando che «un simile intervento normativo sarebbe

¹³ Cfr. Parere reso ai sensi dell'art. 10 della legge 24 marzo 1958, n. 195, sul testo del decreto legge riguardante le misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria. (Delibera consiliare del 23 gennaio 2013) in cui «Ragioni di coerenza sistematica potrebbero suggerire l'allineamento tra le previsioni del riformato art. 47 ord. pen. 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 gennaio 2014».

inoltre coerente con i fini di deflazione carceraria perseguiti dal provvedimento in esame».

È quasi superfluo osservare che tale proposito non ha trovato alcun riscontro, rimanendo lettera morta.

Non può però essere taciuto il fatto che la già citata Commissione Mista, nella relazione conclusiva, prendendo atto dell'incoerenza sistematica, ha dato una lettura "aggiustatrice" del mancato intervento sull'art. 656 co. V c.p.p., sostenendo che la norma «trova applicazione soltanto per i condannati che abbiano fatto ingresso in carcere e che dunque si trovino già in espiazione della pena. Infatti nessuna novità normativa è stata introdotta con riferimento alla sospensione da parte del P.M. degli ordini di carcerazione ai sensi dell'art. 656 c. 5 c.p.p. che rimane dunque limitata alle sole pene inferiori ai 3 anni (4 nei casi di cui all'art. 47 ter c. 1 e 6 anni nei casi di cui agli artt. 90 e 94 dpr 309/90). Questo significa che con l'introduzione del nuovo comma 3 bis si è inteso realizzare un percorso deflativo della popolazione carceraria "in uscita" e non già "in entrata" avendo il legislatore rinunciato ad ampliare fino a 4 anni i casi di sospensione della pena da parte del P.M. ex art. 656 c. 5 c.p.p.»¹⁴.

Tale conclusione deporrebbe, in definitiva, per una scelta ponderata del legislatore nel senso del mancato intervento sul meccanismo sospensivo di cui all'art. 656 c.p.p.

Autorevole dottrina, tuttavia, appare orientata nel senso di un palese difetto di coordinamento, determinandosi «uno scollamento con il limite dei tre anni previsto dall'art. 656, co. 5, c.p.p. per la sospensione dell'ordine di esecuzione»¹⁵.

Altra parte della dottrina, invece, condivide l'opzione per la "precisa scelta legislativa", assumendo che la valutazione del p.m. sarebbe circoscritta alla verifica del limite della pena e che sia imprescindibile un vaglio di affidabilità del condannato, vaglio certamente precluso al pubblico ministero¹⁶.

Si osserva, però, che la sospensione dell'ordine di esecuzione opera, di fatto, su un piano diverso: per certi versi, infatti, essa rappresenta unicamente un differimento della pena (sia questa detentiva o meno) senza alcuna forma di vaglio da parte del p.m. che deve limitarsi a valutare il *quantum* di pena e (indirettamente) la fruibilità di misure alternative al carcere che escludano, *tout court*, la carcerazione.

¹⁴ Cfr. Relazione conclusiva dell'attività svolta dalla Commissione mista per i problemi della magistratura di sorveglianza, ricostituita con delibera consiliare del 30 luglio 2013. (*Delibera consiliare del 16 luglio 2014*).

¹⁵ Così A. DELLA BELLA in *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2014, pag. 105.

¹⁶ A. PRESUTTI in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, CEDAM, V edizione, 2015, pag. 527, per cui: «Pare più ricavarne una precisa scelta legislativa: la preclusione mira a compensare l'ampliamento di operatività della misura non diversamente dalla previsione di un presupposto comportamentale preteso di maggiore consistenza. La relativa valutazione esula, infatti, dalla competenza del p.m. circoscritta alla verifica del limite della pena; anche a prescindere dalla inopportunità di imporre un accertamento – difficilmente praticabile – circa la sussistenza della condizione temporale prescritta (un anno antecedente alla richiesta), è indubbio che in relazione a pena che, pure a seguito delle decurtazioni ammesse, resta di elevata entità ed è, perciò, sintomatica della gravità del reato la sua sospensione, per di più automatica, risulti soluzione inadeguata e si richieda un vaglio di affidabilità del condannato».

L'ipotesi di una scelta ponderata del legislatore stride, poi, con un duplice ordine di ragioni: da una parte, si fatica a comprendere la differenza fra la posizione del condannato, in stato di libertà, con un residuo pena di tre anni e quella del condannato, sempre in stato di libertà, che abbia un residuo pena di tre anni e un giorno; dall'altro, l'affermazione di "*un percorso deflativo della popolazione carceraria*" unicamente "in uscita" e non anche "in entrata" pare essere smentito anche dal dato testuale della norma di cui al comma 3 *bis* dell'art. 47 ord. pen., che permette la valutazione del comportamento annuale non solo in espiatione di pena o di esecuzione di misura cautelare, ma anche "in libertà".

Se l'interpretazione sistematica degli art. 47, co. 3 *bis* ord. pen. e 656 co. V c.p.p. dovesse imporre il passaggio obbligatorio dal carcere, si faticherebbe a comprendere la natura dell'inciso "in libertà".

Non può, peraltro, tacersi un altro dato ricavabile dall'analisi testuale della norma, ossia l'inciso "in esecuzione di misura cautelare" per la valutazione del comportamento del condannato: la norma non si premura di specificare quale sia la misura *de qua*, di talché detta valutazione potrebbe avvenire, ad esempio, in esecuzione della misura dell'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria di cui all'art. 282 c.p.p.

Posto che la norma "*consacra expressis verbis* l'irrilevanza, nello svolgimento di simile scrutinio [il giudizio sul comportamento del condannato nell'anno precedente], della condizione di detenzione del reo"¹⁷, l'unica interpretazione che restituirebbe coerenza sistematica alla nuova ipotesi di affidamento in prova sarebbe quella di applicare l'art. 47 co. 3 *bis* ord. pen. solamente ai condannati che godano di un "pre-sofferto cautelare" con pene, in talune ipotesi, anche sensibilmente superiori ai tre anni, mentre coloro ai quali *sic et simpliciter* sia stata inflitta una pena di tre anni e un giorno, senza che sia stata loro applicata alcuna misura cautelare, dovrebbero, anche per un solo giorno (circostanza assolutamente irrealizzabile in ragione dei tempi tecnici per la fissazione della camera di consiglio del Tribunale di Sorveglianza) fare ingresso in istituto.

Facile anche ipotizzare l'ancora più assurda conseguenza che ne potrebbe derivare, quale quella del condannato ad una pena che, dedotto il pre-sofferto, sia da quantificare fra i tre e i quattro anni, che si veda revocare od attenuare la misura cautelare in secondo grado, ottenendo così la scarcerazione, e una volta divenuta irrevocabile la sentenza della Corte di Appello, debba, dopo pochi giorni, fare rientro in carcere, in virtù del presunto divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione, per – poi – dopo altrettanti pochi giorni, accedere al beneficio.

Appare di tutta evidenza che tale interpretazione darebbe luogo ad un'ulteriore incoerenza, offrendo un trattamento di favore a coloro i quali, avendo subito

¹⁷ S. PAREZZAN, *La nuova ipotesi di affidamento cit.* pag. 86.

l'applicazione di una misura cautelare in carcere, abbiano dimostrato un certo coefficiente di pericolosità¹⁸.

Né non può tacersi che “un percorso deflativo della popolazione carceraria” asseritamente limitato all'uscita dal carcere, ad avviso di chi scrive, determina un rilevante passo indietro, di oltre venti anni, in un'ottica di ammissione ai benefici penitenziari, atteso che già nel 1989, la Corte Costituzionale dichiarava l'illegittimità del meccanismo che imponeva che l'osservazione del comportamento dovesse avvenire, anche per un sol giorno, in istituto¹⁹.

Tale intervento censurava la norma allora vigente che permetteva l'accesso al beneficio solo per i condannati che, appunto anche per un solo giorno posto che la norma (l'allora art. 47, co. III, ord. pen.) non stabiliva un periodo minimo di privazione della libertà, avessero dimorato negli istituti di pena in forza di custodia cautelare.

Nondimeno, fino all'emanazione del D.L. 146/2013, si poteva pensare di assistere ad una sostanziale tendenza del sistema nel senso di un'auspicata coerenza che si identificava nella sostanziale coincidenza fra il termine per la sospensione dell'ordine di esecuzione e il termine di residuo pena per accedere ai benefici penitenziari.

In particolare, l'art. 1 del D.L. 1 luglio 2013, n. 78, convertito, con modificazioni, nella legge 9 agosto 2013, n. 94, ampliava il termine del quinto comma dell'art. 656 C.p.p. da tre anni a quattro anni “nei casi previsti dall'art. 47 ter, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354” ed in tal modo restituiva ragionevolezza²⁰ ad un sistema che imponeva la carcerazione (temporanea) per coloro che avrebbero potuto accedere alla detenzione domiciliare, posto che la «rigidità letterale dell'art. 656 c.p.p., laddove si

¹⁸ A. BERNASCONI, *Nota a Sentenza Corte Cost. 16 novembre 1989, n. 569* in *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1991, pag.1315.

¹⁹ Cfr. Corte Cost., 16 novembre 1989, n. 569 con la quale veniva dichiarate l'illegittimità costituzionale dell'art. 47 comma 3 l. 26 luglio 1975 n. 354, così come modificato dall'art. 11 l. 10 ottobre 1986 n. 663 «nella parte in cui non prevede che, anche indipendentemente dalla detenzione per espiazione di pena o per custodia cautelare, il condannato possa essere ammesso all'affidamento in prova al servizio sociale se, in presenza delle altre condizioni, abbia serbato un comportamento tale da consentire il giudizio di cui al comma 2 dell'art. 47 citato».

²⁰ Cfr. D. VIGONI in *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Milano Giuffrè, 2009, pag. 104 per cui «Resta irragionevolmente esclusa, nelle situazioni indicate nel comma 1 dell'art. 47 ter ord. pen., la possibilità di accesso diretto dallo stato di libertà alla detenzione domiciliare quando la condanna sia superiore a tre anni ed inferiore a quattro».

Cfr. P. SECHI, *Contrasto al sovraffollamento carcerario e misure alternative alla detenzione: un primo bilancio*, in *Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 2015, pag. 215, per cui «Si tratta di un intervento razionalizzatore che, eliminando la sfasatura esistente tra il limite di 3 anni per la sospensione dell'ordine di esecuzione di cui alla precedente versione dell'art. 656 comma 5 c.p.p. e quello di 4 anni previsto dall'art. 47-ter o.p. per l'accesso alla detenzione domiciliare, consente di evitare la carcerazione ai condannati con pene tra i 3 e 4 anni che vogliono accedere a tale misura. Una ulteriore discrasia si verifica, peraltro, attualmente, con riferimento all'affidamento in prova al servizio sociale che, a seguito dell'intervento del legislatore tramite il d.l. 23 dicembre n. 146, conv. con modif. in l. n. 10 del 2014, può essere concesso altresì al condannato che deve espriare una pena, anche residua, non superiore a quattro anni».

riferisce al limite di pena, preclude qualunque interpretazione estensiva diretta a guadagnare la sospensione oltre la soglia indicata»²¹.

Appare di tutta evidenza la discrasia fra l'intento deflativo del D.L. 78/2013 e quello rinunciatorio del D.L. 146/2013, che, in definitiva, offre, come osservato da autorevole dottrina²², un ingiustificato trattamento di favore ai condannati detenuti a scapito dei condannati liberi, per i quali, salvo sforzi ermeneutici nel senso di un'interpretazione estensiva dell'art. 656 comma c.p.p. (suggestivi, non sono accettati dalla giurisprudenza), il passaggio in istituto sarà inevitabile.

4. Conclusioni.

La problematica in esame interessa i condannati (con sentenza definitiva) con una pena *espianda* fra i tre ed i quattro anni, per i quali non è ancora stato adito il Tribunale di Sorveglianza.

Siamo, pertanto, di fronte ad una questione di esecuzione in senso stretto, di talché il *dominus* della fase è il solo pubblico ministero e solamente questi potrà assumere le determinazioni che comportino la carcerazione nei confronti di soggetti che, quantomeno in astratto, avrebbero la possibilità di accedere ad una misura alternativa alla detenzione.

Occorre quindi interrogarsi, in primo luogo, sulla possibilità per il pubblico ministero di sospendere ugualmente l'ordine di esecuzione, e, in secondo luogo, sulla ricevibilità per lo stesso dell'eventuale istanza di misura alternativa alla detenzione da trasmettere al Tribunale di Sorveglianza.

Quanto al primo aspetto, si osserva che ben difficilmente si potrà affermare che i rappresentanti della pubblica accusa possano forzare così apertamente il dato letterale della legge che permette loro (*sic* obbliga) di sospendere l'ordine di carcerazione solo per i residui pena non superiori ai tre anni.

A tal proposito, si ricorda la natura meramente esecutiva delle operazioni del pubblico ministero nella fase dell'esecuzione che non permette margini di discrezionalità.

²¹ Così in D. VIGONI, *Relatività del giudicato*, cit., pagg. 104 – 105.

²² M. G. GASPARI, *Contro la decisione del magistrato di sorveglianza ammesso il ricorso nel merito davanti al tribunale* in *Guida Dir.* 2014, n. 11, p. 42, per cui «Rimane irrisolto il difetto di coordinamento con l'articolo 656, co. 5, Cpp, in quanto è rimasto invariato il limite di tre anni per la sospensione dell'ordine di esecuzione dalla libertà, con un'ingiustificata disparità di trattamento tra condannati liberi e condannati detenuti, in favore di quest'ultimi, tanto più se vista alla luce della recente modifica introdotta dal Dl 78/2013 all'art. 656, comma 5, del Cpp, con la quale è stata estesa la possibilità di sospensione dell'ordine di esecuzione alle pene non superiori a quattro anni, qualora ricorrano le ipotesi di detenzione domiciliare di cui all'articolo 47-ter, comma 1, dell'ordinamento penitenziario. La disparità di trattamento suddetta non è giustificata, come si legge nella relazione di accompagnamento al decreto legge, dai criteri di valutazione più rigorosi richiesti per l'accesso alla misura dalla detenzione, in quanto quelli richiamati sono, nella sostanza, gli stessi ai quali il giudice fa in concreto riferimento anche per la concessione della misura dalla libertà».

Tuttavia, nei commenti immediatamente successivi all’emanazione della Legge Simeone, parte della dottrina, enfatizzando lo spirito di detta legge²³, proponeva «un’interpretazione estensiva [dell’art. 656, co. V, C.p.p.] volta a garantire la sospensione di tutti gli ordini di esecuzione che comportino la concreta applicazione di una pena detentiva non superiore a quattro anni»²⁴.

Tale interpretazione estensiva porterebbe a superare il “dogma” della mancanza di discrezionalità del p.m. nella fase esecutiva, dovendosi però a tal proposito ricordare che ci sono già alcuni casi in cui il magistrato dell’accusa gode di un certo margine di discrezionalità proprio in riferimento alla possibilità di sospensione dell’ordine di esecuzione con pene superiori ai tre anni.

In particolare, nei casi di cui agli artt. 90 e 94 D.P.R. 309/90, il pm è tenuto ad effettuare gli adempimenti necessari a verificare i requisiti legittimanti l’adozione delle misure ivi previste, ossia prendere atto dello stato di tossicodipendenza ed appurare che la commissione del reato sia connessa a detto stato, con accertamenti che, in taluni casi, in particolare quando la connessione non risulta dalla sentenza di condanna, richiedono un sensibile ampliamento dei margini di discrezionalità.

Per quanto concerne la ricevibilità dell’istanza prima menzionata, per quanto un siffatto meccanismo restituisca il “classismo” ante Simeone tra coloro che hanno la possibilità di usufruire di una difesa efficace e preparata e coloro che, di fatto, terminata la fase della cognizione, vengono abbandonati a se stessi, ritrasformando il meccanismo sospensivo da un procedimento automatico a un procedimento azionabile solo su impulso del condannato, soccorre l’inciso con cui termina il nuovo comma introdotto dal D.L. 23 dicembre 2013, n. 146, “o in libertà”.

Non può, inoltre, tacersi che permettendo al pm di sospendere l’ordine di carcerazione (su impulso dell’interessato), sebbene si sacrifichi l’equità invocata con la legge 165 del 1998, si salvano le altre finalità che si sono cercate di raggiungere con detta legge: in particolare, si eviterebbe l’effetto c.d. “porte girevoli” e si supererebbe, almeno in parte, l’effetto criminogeno delle pene detentive di breve durata.

Tuttavia, la pratica applicativa rimane ferma su un’interpretazione letterale della norma che non permette la sospensione dell’ordine di carcerazione, rendendo obbligatorio il passaggio in carcere anche per brevi periodi.

Un’ulteriore questione che ci si pone è se l’incoerenza dei termini di cui agli artt. 656 co. V c.p.p. 47 co. 3 bis ord. pen. non dia luogo a profili di illegittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3 e 27 Cost.

²³ F.P.C. IOVINO, *Affidamento in prova al S.S. in AA.VV., Sospensione della pena ed espiazione extra moenia – Commento alla Legge 27 maggio 1998, n. 165 (c.d. legge Simeone)*, (a cura di) DALIA FERRAIOLI, Milano, Giuffrè, 1998, 194

Cfr. CANEVELLI, *L’analisi delle singole norme in Diritto Penale e Processo*, 1998, pag. 817 per cui «Tale incongruenza deve essere risolta, pertanto, in via interpretativa, adottando la soluzione maggiormente rispettosa della finalità perseguita dal provvedimento di riforma, che, come si è già avuto modo di sottolineare, tende a facilitare l’accesso alle misure alternative, senza preventivo passaggio per gli istituti di pena».

²⁴ L. KALB, *Esecuzione e rapporti con autorità straniere* in G. SPANGHER *Trattato di procedura penale*, 2009, Milano, UTET, pag. 139.

Ed invero, un analogo incidente di costituzionalità²⁵ è stato sollevato dal procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere che chiedeva alla Corte di vagliare la legittimità dell'art. 656 co. IX lett. a) c.p.p. «limitatamente all'esclusione della sospensione dell'ordine di esecuzione nel caso di condanna per il delitto di furto pluriaggravato».

Il Tribunale rimettente evidenziava, in particolare, il contrasto con l'art. 27 Cost., «in quanto l'istituto della sospensione dell'esecuzione delle pene detentive brevi, che consente di chiedere la sostituzione della sanzione detentiva con misura alternativa alla stessa, senza il preventivo ingresso in carcere, troverebbe giustificazione nella finalità rieducativa della pena, essendo volto ad evitare l'impatto del condannato con l'istituzione carceraria e a favorire, in tal modo, il suo recupero».

Tuttavia, il D. L. 1 luglio 2013, n. 78 eliminava dalla lista dei reati ostativi alla sospensione dell'ordine di esecuzione il delitto di furto pluriaggravato, sicché la questione perdeva rilevanza in ragione del mutato quadro normativo e la Corte restituiva gli atti al Tribunale di Santa Maria Capua Vetere.

Si è così persa un'occasione per avere una (recente) valutazione da parte del giudice delle leggi circa la conformità alla Carta Costituzionale dei meccanismi che impongono la carcerazione nei casi in cui l'ordinamento prevede la possibilità, per il condannato, di accedere ad una misura alternativa alla detenzione.

Si ritiene che più che una pronuncia da parte della Corte Costituzionale, sarebbe auspicabile un intervento del legislatore volto a non indurre l'interprete a forzare la lettera della legge per rispettare principi dell'esecuzione che dal 1998 ("legge Simeone") devono considerarsi consolidati.

In tal senso si è già osservato che il D.L. 146/2013 ha interrotto un processo di coerenza verso una tendenziale coincidenza fra i termini per accedere alle misure alternative alla detenzione e quello per la sospensione dell'ordine di carcerazione, che culminava con l'emanazione del D.L. 78/2013, che ampliava a quattro anni il termine per accedere alla detenzione domiciliare.

E' oggi all'esame del Senato un disegno di legge, già approvato dalla Camera dei Deputati, che riprende questo processo di razionalizzazione, che, se fosse effettivamente approvato anche dall'altro ramo del Parlamento, avrebbe un impatto di vera e propria rivoluzione nel senso di una forte agevolazione per l'accesso alle misure alternative alla detenzione, relegando a incoerenze del passato tutte quelle ipotesi di brevi carcerazioni, finalizzate, di fatto, unicamente a chiedere l'ammissione ad un beneficio penitenziario.

In particolare, il disegno di legge AC n. 2798 (Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi nonché all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena), conferisce, all'art. 31 nella versione approvata dalla Camera dei Deputati e trasmessa il 24 settembre 2015 al Senato della Repubblica, una delega al Governo per la riforma dell'ordinamento penitenziario e, fra i principi ed i criteri

²⁵ Corte Cost., 21 maggio 2014, n. 140.

direttivi, è prevista, alla lett. c), 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 carcerazione sia fissato in ogni caso a quattro anni [e che il procedimento di sorveglianza garantisca il diritto alla presenza dell’interessato e la pubblicità dell’udienza]”.

Più precisamente, la prima versione di detto disegno di legge, presentato alla Camera in data 23 dicembre 2014, alla lett. b) dell’art. 26, conteneva un’indicazione meno dettagliata delle modalità di accesso alle misure alternative, limitandosi a indicare una “revisione dei presupposti di accesso alle misure alternative, sia con riferimento ai presupposti soggettivi sia con riferimento ai limiti di pena, al fine di facilitare il ricorso alle stesse”, senza tuttavia indicare il *quantum* del limite di pena.

Solo nelle sedute della commissione del giugno 2015 venivano proposti numerosi emendamenti volti ad fissare il limite di pena per l’accesso alle misure alternative nella soglia dei quattro anni.

In linea generale, si può affermare che tutte le citate proposte emendative si muovevano nella direzione indicata dal Prof. Daniele Vicoli nell’audizione del 1 aprile 2015 nell’ambito dell’attività conoscitiva della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati. L’intervento in oggetto si limitava ad alcune precise osservazioni sui principi e criteri direttivi indicati dall’art. 26 del disegno di legge (inteso nella sua stesura iniziale) e, per quel che qui rileva in tema di sospensione dell’ordine di carcerazione, una volta indicate le criticità della disciplina²⁶, evidenziava l’irragionevolezza del complesso normativo: «soggetti che dalla libertà potrebbero essere ammessi ad una misura alternativa si vedono costretti a un passaggio carcerario per poi chiedere il beneficio dallo status detentivo, nonostante la pena sia considerata breve dal legislatore e quindi ab origine espiabile in regime di misura alternativa».

Veniva quindi consigliato di innalzare il limite di pena previsto dal art. 565 comma 5 c.p.p. a quattro anni per soddisfare un’esigenza di coerenza sistematica della disciplina delle modalità di accesso alle misure alternative.

La Camera dei Deputati ha dimostrato di aver fatto tesoro dei suggerimenti del Prof. Vicoli, nell’attesa che – prima – il Senato della Repubblica (approvando a sua volta di disegno di legge) e – poi – il Governo (dando esecuzione alla delega) confermino la coraggiosa scelta legislativa del primo ramo del Parlamento.

²⁶ Il Prof. Vicoli evidenziava, in particolare, due inconvenienti: il primo « per le ipotesi di detenzione domiciliare concedibile fino a quattro anni è problematica la conoscenza da parte del pubblico ministero delle condizioni soggettive tali da integrare le fattispecie dell’articolo 47-ter, comma 1 dell’ordinamento penitenziario»; il secondo, «dopo la modifica intervenuta sul finire del 2013, l’affidamento in prova è concedibile senza necessità di un’osservazione inframuraria per le pene detentive fino a quattro anni. Il comma 3-bis dell’articolo 47 dell’ordinamento penitenziario, di recente introdotto nell’ambito delle misure volte a risolvere il problema del sovraffollamento carcerario, prevede che l’affidamento in prova possa essere concesso in relazione a pene detentive non superiori a quattro anni qualora nell’anno precedente – trascorso anche in libertà – alla presentazione della richiesta il soggetto abbia osservato un comportamento che permetta di formulare una prognosi favorevole».