



2/2 SGE

TRIBUNALE DI COMO
UFFICIO DEL GIUDICE DELLE INDAGINI PRELIMINARI

Il Giudice per le Indagini Preliminari, in funzione di giudice dell'esecuzione,

all'esito del procedimento in camera di consiglio fissato per la data del 6.3.2019 ed a scioglimento della riserva, rileva quanto segue.

Il condannato [redacted], chiede in questa sede che, ai sensi dell'art. 659 5° co c.p.p., sia disposta la sospensione dell'ordine di carcerazione emesso nei suoi confronti (a tal fine valga precisare che al momento della richiesta dell'incidente di esecuzione l'ordine non era stato ancora emesso ma che **tale ordine è stato emesso in data 7.3.2019**).

Le questioni giuridiche poste dal ricorrente sono state poi meglio articolate in sede di udienza, ed all'esito i difensori del condannato [redacted] hanno chiesto al giudice dell'esecuzione di dichiarare la inefficacia temporanea dell'ordine di esecuzione o, in subordine di sollevare questione di illegittimità costituzionale dell'art. 656 comma 9 c.p.p. come integrato dall'art. 4 bis 1° co ord pen recentemente modificato dall'art. 1 comma 6 L. 3 del 2019 per contrasto coi i parametri di cui agli artt. 3, 25, 27, 11 1° co della Costituzione.

Ed, invero, la norma di recente introduzione legislativa, l'art. 1 comma 6 L. 3 del 2019 entrato in vigore in data 31.1.2019, modificando l'articolo 4 bis L. 354/75, ha di fatto inserito tra i reati ostativi alla sospensione dell'esecuzione dell'ordine di carcerazione anche l'art. 314 c.p., ovvero il reato di peculato per cui [redacted] è stato condannato (con sentenza passata in giudicato in data 13.2.2019) alla pena di anni quattro di reclusione.

Tale modifica ha comportato per il condannato varie conseguenze poiché per lui cambiano le condizioni richieste per potere accedere alla misura

SGE

alternativa (i benefici sono concedibili solo a condizione che ci sia stata collaborazione ai sensi dell'art 58 quater ord pen) e poiché per lui scatta la deroga al principio generale della sospensione dell'ordine di esecuzione della pena previsto per legge per tutte le condanne sino a quattro anni: atteso il rinvio operato dall'art. 656 9° co lett. a) c.p.p. all'art. 4 bis ord pen così come modificato dall'art. 1 comma 6 della recente legge 3/2019, l'ordine di esecuzione pena nei suoi confronti non deve essere sospeso e il condannato potrà esercitare il suo diritto di fare richiesta di misure alternative alla detenzione solo dal carcere.

Valga a questo punto chiarire che i due piani (quello delle modifiche delle condizioni per l'accesso alle misura alternative – ripreso al punto 4.2.4. della memoria difensiva- e quello della sospensione dell'ordine di esecuzione per consentire la richiesta delle misure alternative stando fuori dal carcere) non devono essere confusi e che **in questa sede non possono essere fatte valere richieste o questioni di incostituzionalità dell'art. 4bis ord pen poiché il giudice dell'esecuzione non è competente in materia di applicazione dei benefici penitenziari (vedi per tutte Cassaz Sez. 1, Sentenza n. 24106 del 26/05/2009:”.... La competenza all'applicazione delle misure alternative alla detenzione, in ipotesi di soggetto che fruisca della sospensione della pena, appartiene al Tribunale di sorveglianza del luogo ove ha sede l'ufficio del P.M. preposto all'esecuzione, in forza della regola posta dall'art. 656, comma sesto, cod. proc. pen., la quale deve ritenersi speciale rispetto al principio generale di cui all'art. 677 stesso codice.....”), ma possono, di contro essere proposte richieste o essere sollevate questioni di incostituzionalità dell'art. 656 9° co c.p.p. essendo pacificamente competenza del giudice di esecuzione decidere se l'ordine di esecuzione possa essere dichiarato temporaneamente inefficace per consentire il deposito dell'istanza di misura alternativa (vedi per tutte Cassaz Sez I 13.10.2008 n° 41592 ma anche Cassaz Sez I 852/1998:”...ove, pur essendovi tenuto il Pm non provveda a sospendere o a far cessare l'esecuzione dell'ordine di carcerazione a seguito dell'istanza di affidamento in prova terapeutico il richiedente può far valere eventuali doglianze mediante incidente di esecuzione trattandosi di questione che investe il titolo esecutivo... e il g.e.**

9 

resta investito di un controllo limitato alla verifica del corretto esercizio del potere attribuito al p.m....").

La questione posta all'attenzione del giudice dell'esecuzione, pertanto, può essere così sinteticamente ricostruita: premesso che l'art. 1 comma 6 della recente legge 3/2019 -che ha inserito nell'elenco del 4 bis ord pen anche l'art. 314 c.p.- non prevede alcuna norma di diritto intertemporale, occorre decidere se il nuovo 656 comma 9 c.p.p. possa trovare applicazione per tutte le esecuzioni in corso al momento della sua entrata in vigore o se sia individuabile un limite temporale solo a partire dal quale la norma di nuova introduzione può produrre effetto.

La risposta al quesito, in assenza di una chiara scelta del legislatore, è demandata, dunque al giudice che dovrà valutare la natura sostanziale o processuale della norma di nuova introduzione e verificare se in ossequio ai principi espressi nell'art. 25 della Costituzione, nell'art. 2 c.p. e nell'art. 7 CEDU debba essere dichiarata la irretroattività della norma penale più sfavorevole per i condannati che abbiano commesso il fatto-reato in epoca antecedente all'entrata in vigore della modifica di legge peggiorativa.

Nel caso di specie valga rilevare che la prima richiesta che i difensori del ricorrente presentano al giudice dell'esecuzione è quella di offrire una interpretazione conforme a legge ed a costituzione della portata delle modifiche recate all'art. 656 c.p.p. dalla L. 3/2019 dichiarando la non applicabilità della norma di cui oggi si discute al condannato.

Sul punto è doveroso rilevare che la giurisprudenza sinora consolidata ha sempre ribadito che le norme dell'ordinamento penitenziario avrebbero natura processuale e non sostanziale poiché non attengono né alla cognizione del reato, né all'irrogazione della pena, bensì alle modalità esecutive della pena (*vedi per tutte Cassaz Sez I 37578/20016 che ha ribadito un orientamento costante e consolidato in altre precedenti massime quali quelle della Cassaz Sez I 46649/2009 e Cassaz Sez I 33890/2009*).

E la stessa Corte Costituzionale negli anni non ha mai smentito l'impostazione seguita dalla giurisprudenza nazionale ed europea ogni volta che si è dovuta pronunciare su casi del tutto analoghi, ad esempio in tema di semilibertà, ribadendo che la norma che regola il predetto istituto

3 8

non incide affatto sull'ambito temporale di efficacia della legge penale in forza della quale fu emessa la sentenza di condanna, ma concerne soltanto l'applicabilità della diversa disciplina attinente al regime di espiazione della pena detentiva, già inflitta nel momento della entrata in vigore della disciplina stessa. (*vedi Corte Cost Sent 2003/2001 e ordinanza 280/2001*). Ed anche con specifico ed espresso riferimento allo stesso art. 656 c.p.p., che non è tecnicamente norma dell'ordinamento penitenziario poiché inserita nel codice di procedura penale, la corte di Cassazione è espressa, ad onor del vero negli stessi termini: tale norma è sempre stata qualificata come norma processuale sottoposta al principio "Tempus regit actum" che impone di applicare le leggi vigenti al momento della loro applicazione (*si veda da ultimo Cassaz Sez I 18496/2018, Cassaz Sez I 37083/2010; Cassaz Sez I n° 409/2008; Cassaz Sez I 42403/2006; e Cassaz Sez. Unite 24561/2006 secondo cui:*"... le disposizioni concernenti l'esecuzione delle pene detentive e le misure alternative alla detenzione non riguardano l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena, ma soltanto le modalità esecutive della stessa, non hanno carattere di norme penali sostanziali e, pertanto, - in assenza di disciplina transitoria - soggiacciono al principio "Tempus regit actum" e non alle regole dettate in materia di successioni penali nel tempo dall'art. 2 c.p. e dall'art. 25 della Costituzione....").

Tale soluzione interpretativa, **ancorata ad un approccio formalistico e senza mai affrontare in concreto la questione degli effetti sostanziali prodotti dall'applicazione della norma**, è stata ritenuta perfettamente conforme ai principi costituzionali ed anche ai principi dell'art. 7 della CEDU sulla base dell'assunto che la stessa Corte Edu ha sempre chiarito che resta ragionevole l'applicazione del principio "tempus regit actum" per tutte le norme che hanno natura processuale e non sostanziale.

A tale orientamento, seppur consolidato, non si ritiene di potere aderire nel caso che qui ci riguarda.

Punto di partenza del ragionamento è la ratio dei principi introdotti dall'art. 25 della Costituzione, dall'art. 2 del Cp e dall'art. 7 CEDU, ovvero quella di tutelare il cittadino rispetto ai possibili abusi del potere legislativo e di non consentire che si possano subire conseguenze penali

48

afflittive in virtù di leggi che sono entrate in vigore successivamente alla commissione del fatto-reato.

Particolarmente efficace l'espressione utilizzata a tal proposito dal giudice Costituzionale nella sentenza 196 del 2010 quando sottolinea che "... la **garanzia di irretroattività** sancita dall'art. 25 2° co Cost, interpretata anche alla luce delle indicazioni derivanti dal diritto internazionale dei diritti umani, e in particolare della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'art. 7 CEDU... **impone di non sorprendere la persona con una sanzione non prevedibile al momento della commissione del fatto...**".

Ciò premesso, tenuto conto dell'ampiezza degli istituti applicabili in sede di esecuzione della pena e della **radicalità dei mutamenti che caratterizzano la qualità della pena nella fase esecutiva a partire dalla riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975 non può non riconoscersi oggi che quelle che, con una truffa delle etichette, vengono considerate norme meramente processuali, perchè "attinenti alle modalità di esecuzione della pena", siano in realtà norme che incidono sostanzialmente sulla natura afflittiva della pena: una modifica legislativa peggiorativa di tali norme, conseguentemente, può determinare gravi pregiudizi per il condannato e aggredire in modo significativo il bene della libertà personale.**

D'altra parte è stata la stessa Corte EDU ha sottolineare **che è necessario «andare al di là delle apparenze» per valutare «se una data misura costituisca pena», verificando innanzitutto se essa «sia stata imposta a seguito di una condanna per un reato», per poi attribuire rilievo ad altri elementi, come «la natura e lo scopo della misura in questione, la sua qualificazione nel diritto interno, le procedure correlate alla sua adozione ed esecuzione». (vedi per tutte la sentenza del 9 febbraio 2005, resa nella causa n. 307-A/1995, Welch contro Regno Unito).**

E questa impostazione "sostanzialistica" è stata di fatto abbracciata dalla stessa Corte Costituzionale quando, ad esempio si è pronunciata sul tema della possibile applicazione retroattiva di nuove forme di confisca obbligatoria introdotte dal legislatore in conseguenza della commissione di alcuni reati: superando il mero riferimento nominalistico e formalistico al

58

nomen iuris delle confische (che in quanto misure di sicurezza avrebbero dovuto sottostare al principio "tempus regit actum" previsto dall'art. 200 c.p.) la Corte Costituzionale si è preoccupata di sondare in concreto se le nuove misure introdotte avessero un contenuto afflittivo o comunque intrinsecamente punitivo e, ottenutane risposta positiva, ha concluso per l'inapplicabilità retroattiva nei confronti di coloro che avevano commesso reati prima della loro entrata in vigore (*vedi per tutte Corte Costituzionale n° 196 del 2010 e Corte Costituzionale n° 223/2018*).

Restando in un ottica sostanzialista, dunque, non può non riconoscersi che il bene primario della libertà personale possa in concreto essere ugualmente aggredito tanto dalla legge penale cd. sostanziale, quanto dalla legge penale cd processuale quando questa, al di là del nomen iuris, è in grado di comportare conseguenze afflittive.

E tanto vale, a parere del giudice, in modo particolare per l'art. 656 comma 9 lett. a) c.p.p. così come integrato dalle nuove disposizioni di legge entrate in vigore di recente e di cui il Pm ha fatto diretta applicazione anche per l'odierno ricorrente benchè egli abbia commesso il reato di peculato in epoca precedente all'intervento peggiorativo che oggi non consente più di sospendere l'ordine di esecuzione introducendo un regime di sfavore per colui che si è macchiato di un tale reato.

Non è questa la sede per discutere della legittimità della scelta legislativa di introdurre deroghe al principio generale della sospensione delle pene brevi (*da alcuni contestata perchè ritenuta ancorata a criteri presuntivi di pericolosità più volte sanzionati con declaratorie di illegittimità costituzionale e perchè sintomatica di una scelta schizofrenica del legislatore che sottopone ad una doppia valutazione antropologica la stessa persona inizialmente ritenendola meritevole della misura detentiva e poi riconoscendo, invece, che è meritevole di scontare la sua pena con modalità alternative*), **ma quel che qui si intende sottolineare, sotto il profilo del diritto intertemporale, è che le conseguenze dell'applicazione di tale norma per colui che ha commesso il fatto prima della sua approvazione, si riverberano in fatto, non semplicemente sulla modalità di esecuzione della pena ma sulla stessa natura della sanzione che nella sua fase iniziale impone**

68

la detenzione anche se il soggetto risulterà meritevole di una misura alternativa (con possibilità di accesso alla misura alternativa solo in un secondo momento).

Valga, a tal proposito, ricordare che in occasione delle varie questioni di costituzionalità sollevate nel tempo, seppur per altri profili, dello stesso art. 656 comma 9 lett. a) cpp non si è mai mancato di sottolineare il valore pregnante della predetta norma poichè **la possibilità di sospendere l'ordine di esecuzione funge da necessario complemento alla previsione delle misure alternative alla detenzione carceraria, scongiurando l'effetto desocializzante e criminogeno correlato al passaggio diretto in carcere del reo nei casi in cui lo stesso avrebbe avuto diritto (previa valutazione del merito rimessa al Tribunale di Sorveglianza), alla misura alternativa.**

Si tratta, dunque, di una norma di gran spessore all'interno di un sistema punitivo che mira ad essere conforme alla Costituzione ed ai principi che la giurisprudenza costituzionale ribadisce da tempo quando sottolinea che sono **conformi a costituzione le misure limitative della libertà che consentono una messa alla prova e non quelle privative della libertà** : un sistema che va verso la progressiva rinuncia alle sanzioni detentive che nella fase esecutiva della pena ma anche in quella di cognizione sono sempre più sacrificate in favore di misure alternative alla detenzione con il conseguente abbandono della costruzione carcere centrica del sistema penale.

Ciò premesso valga sottolineare che la **regola generale della sospensione introdotta con l'art. 656 5° co c.p.p. non può essere aprioristicamente etichettata come norma processuale tanto quanto le eccezioni alla regola previste dall'art. 656 comma 9 lett. a) cpp: tali eccezioni** non incidono semplicemente sulle modalità esecutive della sanzione, ma in concreto impongono, seppur temporaneamente, il regime detentivo in attesa delle decisioni che dovranno essere prese dal magistrato di sorveglianza sul possibile accesso alla misura alternativa.

Nella sostanza, dunque, la norma di cui oggi si discute non declina una modalità esecutiva ma esclude una dinamica sostitutiva che incide sulla

78

specie di pena, facendola ri-espandere nella sua pienezza di istituto deprivativo della libertà (*valutato con sfavore dalla stessa Corte Costituzionale*) con tutte le ricadute del caso sulla libertà personale: è, pertanto, una norma che incide sulla portata della comminatoria e non sulla sola dimensione esecutiva, ovvero, nella sostanza, una norma penale a tutti gli effetti.

Sotto tale profilo è opportuno **superare la classica dicotomia in base alla quale si tende ad attribuire aprioristica natura sostanziale alle norme che influiscono sul quantum della pena e aprioristica natura processuale alle norme che incidono sulla qualità della pena, anche quando ne trasfigurino completamente il contenuto, così incidendo in modo significativo sulla libertà personale tanto quanto le variazioni del quantum della pena edittale.**

Pertanto, applicare retroattivamente una norma che trasfigura il contenuto della sanzione (seppur nella sola sua fase iniziale) e farla valere anche per chi è stato condannato per un fatto commesso prima della sua entrata in vigore, significa violare l'art. 117 della Costituzione integrato dall'art. 7 CEDU così come interpretato dalla Corte EDU, nonché gli art. 25 2° co della Costituzione e dell'art. 2 c.p. norme il cui raggio di operatività non può non estendersi a tutte le disposizioni che, a prescindere dalle etichette, abbiano, come nel caso di specie, un contenuto afflittivo o intrinsecamente punitivo.

Ed allora se l'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, stabilisce che «non può essere inflitta una pena più grave di quella che sarebbe stata applicata al tempo in cui il reato è stato consumato» e se la Costituzione all'art. 25 2° co stabilisce che nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso, non v'è da dubitare che applicare retroattivamente il divieto di esecuzione dell'ordine di sospensione di cui all'art. 656 9° co lett. a) c.p.p. significa in concreto sanzionare, in maniera pesantemente pregiudizievole, un soggetto che, all'epoca della commissione del relativo reato, poteva fare affidamento sull'esistenza di una disposizione penale che non prevedeva il divieto di



sospensione dell'ordine di esecuzione della pena, e, quindi, la carcerazione.

In assenza di una disciplina transitoria deve, quindi, intendersi che la nuova norma introdotta dalla l. 3/19 che ha inserito l'art. 314 nell'elenco di cui all'art. 4 bis c.p. richiamato dall'art. 656 comma 9 lett. a) c.p.p. non possa trovare applicazione nel caso di specie avendo un contenuto intrinsecamente afflittivo e sanzionatorio.

Conseguentemente si dispone la temporanea inefficacia dell'ordine di esecuzione pena per la durata di giorni trenta sì da consentire al condannato di formulare, ove lo riterrà, richiesta di misura alternativa.

P.Q.M.

Visto l'art. 656 5° co c.p.p., l'art. 656 9° co lett. a) c.p.p., l'art. 2 c.p., l'art. 25 Cost.

DICHIARA

la temporanea inefficacia dell'ordine di carcerazione emesso nei confronti del condannato per la durata di giorni trenta.

Como, 8.3.2019

Il Giudice per le Indagini Preliminari
In funzione di giudice dell'esecuzione

IL GIUDICE PER LE INDAGINI PRELIMINARI
(dott. Luisa Lo Gatto)

depositata nel cancelleria del
GIP-GUP del Tribunale di Como

Oggi - 8 MAR. 2019

IL CANCELLIERE
IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
(dott. Domenico Basanisi)