



TRIBUNALE DI MILANO

Sezione XI Penale

Il Giudice, dott.ssa Maria Idria Gurgo di Castelmenardo, in funzione di giudice dell'esecuzione;

deliberando in camera di consiglio, a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 16.3.2017, nel corso della quale le parti hanno concluso come da verbale di udienza;

sull'istanza avanzata dal difensore di fiducia di ERGINA GUERRERO Charlaine, nata nelle Filippine il 5.2.1976,

volta ad ottenere, attraverso la procedura incidentale di esecuzione, ai sensi dell'art. 670 c.p.p., la revoca dell'ordine di esecuzione per la carcerazione emesso dal Pubblico Ministero presso il Tribunale di Milano in data 26.1.2017 e, conseguentemente, la contestuale sospensione dell'esecuzione stessa;

vista la documentazione in atti e ritenuta la propria competenza, ai sensi dell'art. 665 c.p.p.;

preso atto del parere contrario espresso dal P.M.

OSSERVA

Preliminarmente, deve rilevarsi, in linea di diritto, che, secondo la giurisprudenza della Suprema Corte (cfr., da ultimo, Cass., 13 ottobre 2009, n. 41592, P.M. in proc. Dello Russo) *“l'ordine di esecuzione, emesso dal Pubblico Ministero senza il contestuale provvedimento di sospensione per pene detentive brevi, non può essere annullato dal giudice dell'esecuzione ma esclusivamente dichiarato temporaneamente inefficace, per consentire al condannato di presentare, nel termine di trenta giorni, la richiesta di concessione di una misura alternativa alla detenzione”*.

Dunque, ove, come nel caso di specie, il P.M. non adotti un decreto di sospensione dell'ordine di esecuzione - come invece dovuto ai sensi dell'art. 656, comma 5 c.p.p., al fine di consentire al condannato di formulare nel termine di 30 giorni richiesta di misure alternative - non essendo prevista la facoltà di proporre al P.M. istanza di annullamento o revoca dell'ordine di carcerazione, deve però essere consentito al condannato di rivolgere al giudice dell'esecuzione una istanza di declaratoria di inefficacia temporanea del provvedimento che dispone la carcerazione, e ciò in applicazione analogica dell'art. 670 c.p.p. (cfr. Cass., sez. I, sent. n. 2430 del 23.3.1999, dep. il 17.6.1999, Kola).

Detti principi, in caso di accoglimento, dovranno essere applicati anche nel caso di specie, ove appunto si discute della validità dell'ordine di esecuzione per la carcerazione.

Ciò precisato, e venendo al merito delle doglianze, l'istante sostiene che il detto ordine di esecuzione per la carcerazione doveva essere sospeso ai sensi del comma 5 dell'art. 656 c.p.p. in considerazione dell'istanza proposta al P.M. in data 22.12.2016, dalla medesima difesa, volta a far ottenere alla propria assistita (in relazione alla pena di cui alla sentenza

emessa dal Tribunale di Milano in data 14.5.2014, pena come rideterminata con sentenza della Corte di Cassazione in data 17.11.2016, per i reati p. e p. dagli artt. 644 e 629 c.p.) la misura alternativa alla detenzione in carcere di cui all'art. 47, comma 3 bis, L. 354/1975 (Ordinamento Penitenziario).

Risulta in atti che il P.M., in relazione alla condanna di cui sopra, (non dando seguito alla richiesta depositata dalla difesa in data 22.12.2016, sostanzialmente rigettata dal P.M. in data 25.1.2017), in data 26.1.2017 ha emesso ordine di esecuzione della pena residua da espiare, determinata - in virtù del presofferto - nella misura di anni 3 mesi 9 giorni 4 di reclusione (oltre pena pecuniaria).

Ritiene questo decidente che la doglianza difensiva sia fondata.

Ed invero, nel momento in cui il P.M. ha emesso (in data 26.1.2017) l'ordine di esecuzione per la carcerazione la pena detentiva da espiare risultava superiore ad anni 3 ma inferiore ad anni 4. La condannata avrebbe dovuto dunque ottenere la sospensione dell'ordine di carcerazione, ai sensi del comma 5 dell'art. 656 c.p.p. da leggersi - alla stregua di un'interpretazione costituzionalmente orientata - in combinato disposto con il comma 3 bis dell'art. 47 O.P.. Tale lettura, peraltro, è avvalorata dalla giurisprudenza di legittimità (cfr. principio espresso nella sentenza, emessa dalla prima sezione penale, n. 37848 del 4.3.2016 dep. il 12.9.2016, ribadito dalla Suprema Corte, sez. prima, con la sentenza n. 51864 del 31.5.2016, dep. il 5.12.2016).

Ed infatti, l'attuale formulazione dell'art. 656, comma 5, c.p.p., prescrive che, nei casi ivi rispettivamente indicati, il pubblico ministero, salvo quanto previsto dai commi 7 e 9, sospende l'esecuzione dell'ordine di carcerazione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena:

- non superiore ad anni tre, al fine di consentire al condannato l'accesso alla misura alternativa dell'affidamento ai S.S. di cui all'art. 47 O.P.;

- non superiore ad anni quattro (ancorché superiore a tre anni), al fine di consentire al condannato di usufruire della detenzione domiciliare c.d. umanitaria di cui all'art. 47 ter, comma 1, O.P.;

- non superiore ad anni sei (ancorché superiore ad anni tre) al fine di fruire della sospensione e dell'affidamento in prova c.d. terapeutico, di cui agli artt. 90 e 94 DPR 309/1990.

Ad avviso di questo decidente, la norma di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p., va letta in combinato con la disposizione di cui all'art. 47, co. 3 bis (introdotta dall'art. 3, comma 8, lett. c, D.L. n. 146/2013 c.d. "svuota-carceri"), O.P. che prevede la possibilità di concedere l'affidamento in prova ai servizi sociali al condannato "che deve espiare una pena, anche residua, non superiore a quattro anni di detenzione, quando abbia serbato, quantomeno nell'anno precedente alla presentazione della richiesta, trascorso in espiazione di pena, in esecuzione di misura cautelare ovvero in libertà un comportamento tale da consentire il giudizio di cui al comma 2" (ovvero, di ritenere che la misura dell'affidamento in prova ai SS.SS., anche attraverso le sue prescrizioni, contribuisca alla rieducazione del reo e assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati). La norma dunque prevede espressamente che il relativo beneficio possa essere concesso anche al condannato che si trova in libertà.

Ebbene, nel caso di specie, alla luce dei dati emergenti in atti al momento della dell'adozione da parte del P.M. dell'ordine di esecuzione per la carcerazione, la condannata si trovava nelle condizioni di legge (stato di libertà, limite di pena e comportamento tenuto

in libertà nell'anno precedente alla presentazione della richiesta di affidamento in prova ai sensi dell'art. 47, comma 3 *bis*, O.P.) in virtù delle quali, astrattamente (fatta salva la valutazione di competenza della magistratura di sorveglianza), avrebbe potuto/potrebbe accedere alla misura alternativa del c.d. affidamento in prova "allargato".

Tale lettura dell'art. 656, comma 5, c.p.p. è possibile 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 dell'art. 47 ord. pen., comma 3-bis, introduca il richiamo specifico dell'ipotesi prevista da tale nuovo comma nel testo letterale della disposizione del codice di rito*" (cfr. già citate sentenze della S.C. n. 51864/2016 e n. 37848/2016); d'altra parte, una siffatta interpretazione della normativa in esame risponde ad una lettura costituzionalmente orientata.

Ed infatti, l'istituto del c.d. affidamento in prova "allargato" è chiaramente ispirato alla ratio di impedire l'ingresso in carcere ai condannati in grado di ottenere l'ammissione alla detta misura alternativa alla detenzione in carcere.

Allo stesso modo, il meccanismo di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p., è strutturalmente e funzionalmente collegato all'accesso del condannato alla misura alternativa dell'affidamento in prova ordinario (art. 47 O.P.) o terapeutico (art. 94 DPR 309/1990) ovvero della detenzione domiciliare c.d. "umanitaria" (art. 47 *ter*, comma 1, O.P.).

Gli istituti in esame (la sospensione automatica dell'esecuzione dell'ordine di carcerazione; le misure alternative alla detenzione carceraria):

- si fondano sulla presunzione di una ridotta pericolosità del condannato;
- mirano al duplice obiettivo della deflazione carceraria e della funzione rieducativa e special-preventiva della pena.

Una diversa (rispetto a quella condotta avvalendosi del citato criterio sistematico ed evolutivo) interpretazione della normativa in esame (basata sul disallineamento sistematico - non colmato in sede di conversione del D.L. n. 146/2013 con Legge n. 10/2014, mediante modifica dell'art. 656, comma 5, c.p.p.) determinerebbe invero una ingiustificata disparità di trattamento, incidente sui principi costituzionali (art. 3 e 27, comma 3, della Cost.), tra chi risulti condannato a pena infratriennale (e dunque ammesso all'affidamento in prova ex art. 47, commi 1, 2, 3, O.P.) e chi risulti condannato a pena infraquadriennale (e dunque ammesso all'affidamento in prova ex art. 47, comma 3 *bis*, O.P.).

Ed infatti, le condizioni soggettive utili all'accesso alla misura dell'affidamento in prova ai S.S., ordinario o "allargato", sono del tutto simmetriche posto che in entrambi i casi la concreta ammissione alla misura alternativa è oggetto di valutazione e pronuncia della competente magistratura di sorveglianza, e la concreta ammissione alla misura alternativa è subordinata ad un periodo di osservazione del reo.

Né può sostenersi che il P.M., in casi quali quello in esame, non può sospendere l'ordine di esecuzione per la carcerazione perché diversamente operando dovrebbe impropriamente anticipare una valutazione discrezionale (che a lui non compete) sul merito del comportamento del condannato. Contrariamente al parere scritto (del 20.2.2017) espresso dal P.M. in relazione al presente incidente di esecuzione, nell'ipotesi di c.d. affidamento in prova "allargato" il P.M. non dovrebbe esercitare alcun potere discrezionale. Ritene questo G.E. che, invero, il P.M. non è chiamato ad esercitare alcun potere - dovere diverso da quello a lui attribuito per le altre ipotesi già contemplate dall'art. 656, comma 5, c.p.p.. Infatti, nel momento in cui deve adottare i provvedimenti di cui all'art. 656 c.p.p., alcuna valutazione ulteriore il P.M. è chiamato ad operare rispetto a

quelli che sono dei dati formali emergenti in atti (dal fascicolo dell'esecuzione). Più in particolare, nel caso di cui al c.d. affidamento in prova "allargato", il P.M. terrà conto di dati formali: calcolo aritmetico della pena residua, assenza di pendenze, assenza di condanne per reati commessi nell'anno antecedente alla presentazione dell'istanza, ecc.. Ciò analogamente a quanto il P.M. è chiamato, per esempio, a fare rispetto alla sospensione dell'ordine di esecuzione in relazione alle condizioni di cui agli artt. 90 e 94 DPR 309/1990 e dunque, rispettivamente, per condannati per reati commessi in relazione al proprio stato di tossicodipendenza ovvero per condanne nei confronti di persona tossicodipendente o alcool dipendente: anche in questo caso il P.M. non è chiamato ad alcuna valutazione discrezionale, e baserà la sua decisione su quelli che sono gli elementi emergenti in atti, salvo sempre il successivo dovuto intervento della competente magistratura di sorveglianza.

Infine, diversamente opinando, apparirebbe assolutamente illogico un percorso deflattivo della popolazione carceraria unicamente in uscita e non anche in entrata; d'altra parte, il dato testuale della norma di cui al comma 3 *bis* dell'art. 47 O.P. permette di tener conto del comportamento tenuto nell'anno precedente dal condannato, non solo in espiazione di pena o in esecuzione di misura cautelare, ma anche "*in libertà*".

Al P.M. - e dopo di lui al giudice dell'esecuzione investito della questione nel caso di mancata sospensione dell'ordine di esecuzione - non è rimesso alcun giudizio (di merito) se il condannato "meriti o meno" la misura dell'affidamento in prova c.d. "allargato" di cui all'art 47, comma 3 *bis*, O.P., giudizio che tale norma rimette esclusivamente alla magistratura di sorveglianza.

E' del tutto evidente che, in tal modo il P.M. o (al suo posto) il giudice dell'esecuzione finiranno per sospendere l'esecuzione della condanna in carcere anche in casi in cui, successivamente, il Tribunale di sorveglianza potrà ritenere il condannato non meritevole di tale beneficio ma tali evenienze sono diretta conseguenza (o, se si preferisce, il prezzo) della scelta del legislatore di ridurre gli automatismi nel flusso di detenuti 'in ingresso' negli istituti penitenziari in tutti quei casi in cui la Magistratura di sorveglianza potrebbe (lei sì, con un giudizio discrezionale e di merito), in tempi relativamente ristretti, applicare – come, di fatto, spesso avviene – una misura alternativa alla detenzione in carcere.

Da quanto sopra esposto consegue l'accoglimento dell'incidente di esecuzione proposto, con dichiarazione di temporanea inefficacia dell'ordine di esecuzione per la carcerazione emesso dal P.M. in data 26.1.2017.

P.Q.M.

Visti gli artt. 665 e ss. c.p.p.

in accoglimento dell'incidente di esecuzione proposto dalla difesa nell'interesse della condannata

DICHIARA

la temporanea inefficacia dell'ordine di esecuzione per la carcerazione n. 5899/2016 SIEP emesso dal P.M. in data 26.1.2017 nei confronti di ERGINA GUERRERO Charlaïne, in relazione alla pena, come rideterminata dalla S.C. con sentenza del 17.11.2016, di cui alla sentenza emessa dal Tribunale di Milano in data 14.5.2014 (irr. il 17.11.2016) e conseguentemente

DISPONE

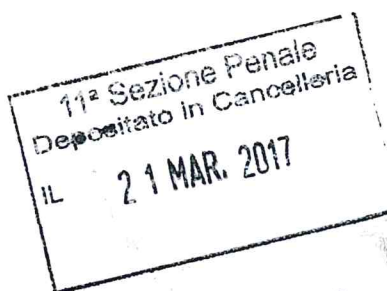
la trasmissione, della presente ordinanza, senza ritardo al Tribunale di Sorveglianza in sede, perché provveda alla eventuale applicazione della misura alternativa di cui all'art. 47, comma 3 *bis*, O.P., come da richiesta depositata dalla difesa presso la competente Procura della Repubblica in data 22.12.2016

MANDA

alla Cancelleria per quanto di competenza e per le comunicazioni di rito, in particolare la notificazione del presente provvedimento:

- alla condannata, allo stato con posizione giuridica di libera (ed elettivamente domiciliata presso il difensore di fiducia);
- al difensore di fiducia, avv. Cesare Corti Galeazzi del Foro di Milano;
- al P.M. in sede - Ufficio Esecuzione.

Milano, 16 marzo 2017



Il Giudice
dott.ssa Maria Idria Gurgo di Castelmenardo

IL FUNZIONARIO
MARTINELLI
[Signature]