

n. : SIGE

n. SIEP

TRIBUNALE DI FIRENZE
Giudice dell'Esecuzione.
Ufficio del giudice delle indagini preliminari

Il G.i.p. presso il Tribunale di Firenze dott. _____ in funzione di giudice dell'esecuzione penale
vista la richiesta presentata da _____ nato in _____ in data _____, attualmente detenuto presso la Casa Circondariale di _____ assistito e difeso di fiducia dall'avv. _____ del Foro di Firenze con la quale chiede:
la temporanea sospensione dell'ordine di esecuzione n. _____ SIEP emesso dal P.M. in data 11.04.2017
sentite le parti nella camera di consiglio del 08.06.2017
OSSERVA
quanto segue.

Premesso che in data 28.04.2016 il Tribunale di Firenze in persona del sottoscritto magistrato nella qualità di g.i.p., a seguito di emissione di giudizio immediato e di richiesta di accedere a patteggiamento, emetteva nei confronti di _____ sentenza di applicazione pena per il reato di cui agli artt. 73 IV co. e 80 II co. D.P.R. 309/90 ad anni tre e mesi sei di reclusione e € 15.000,00 di multa, previa concessione delle circostanze attenuanti generiche da ritenersi prevalenti sulla contestata aggravante, in data 11.04.2017, passata in giudicato la sentenza (esecutività del 16.03.2017), il P.M. emetteva ordine di esecuzione per la carcerazione, benché il condannato fosse in regime di arresti domiciliari, ritenendo che non fosse possibile sospendere l'ordine di carcerazione ex combinato disposto dell'art. 656 commi X e V c.p.p., in quanto il _____ era stato condannato per uno dei reati ostativi previsti dall'art. 4 bis L. 354/75, come espressamente indicato dall'art. 656 IX co. lett. a) c.p.p. (ndr. art. 63 D.P.R. 309/90 aggravato ai sensi dell'art. 80 II co. D.P.R. 309/90).

Il ricorrente in sede di ricorso si duole del provvedimento del P.M. in ragione del fatto che, essendo state concesse le circostanze attenuanti generiche prevalenti sulla contestata aggravante, della stessa non si deve tener conto ai sensi del combinato disposto degli artt. 656 IX co. c.p.p. e 4 bis L. 354/75.

Il ricorrente, pur essendo consapevole del fatto che parte della giurisprudenza è contraria sul punto, sollecita una interpretazione contraria della norma, più aderente al dettato costituzionale.

Orbene, in primo luogo si deve osservare che l'ordine di esecuzione della pena è errato nella parte in cui individua come pena residuale quella di anni tre e giorni quattro di reclusione, in quanto appare di tutta evidenza che nel formulare tale calcolo il P.M. non abbia tenuto conto del fatto che a partire dall'emissione della sentenza (28.04.2016) il _____ è stato posto agli arresti domiciliari, che, per legge, sono equiparati alla custodia in carcere e quindi sono assolutamente "fungibili".

In tali sensi, pertanto, al momento del provvedimento del P.M., _____ aveva scontato in "pena custodiale" un anno, cinque mesi e nove giorni e quindi la pena residuale doveva ritenersi quella di anni due e giorni ventuno, con fine pena al 02.05.2019 (data indicata correttamente nel provvedimento del P.M.).

Fatta tale premessa, questo giudice, pur essendo perfettamente a conoscenza che il P.M. abbia abbracciato l'interpretazione giurisprudenziale secondo la quale "*...La condanna per il delitto di rapina aggravata è d'ostacolo alla sospensione dell'ordine di*

esecuzione, in quanto delitto indicato dall'art. 4-bis ord. pen., pur quando la sentenza di condanna abbia ritenuto l'equivalenza o la prevalenza delle circostanze attenuanti sulle aggravanti contestate, dato che il giudizio di comparazione rileva solo 'quoad poenam' e non incide sugli elementi circostanziali, tipizzanti la condotta..." (Cass. pen., sez. I, 19.09.2012, n. 6318; Cass. pen., sez. I 09.12.2010 n. 2690), tuttavia, non ne condivide i fondamenti.

Non dare rilievo in sede esecutiva alla valutazione fatta dal giudice del merito circa il fatto che la circostanza aggravante, pur sussistente, non produca alcun effetto sanzionatorio -perché è stato ritenuto sia dalla parte, sia dal P.M., sia dal Giudice di merito, sia dal Giudice di legittimità che il bilanciamento sia stato effettuato secondo i parametri di legge e che quindi l'aggravante (si ripete, pur sussistente) deve cedere il passo dinanzi ad un ben più importante impatto della circostanza attenuante, che l'ha contrastata, neutralizzata ed addirittura superata- appare operazione interpretativa non corretta, perché sembrerebbe porre su due piani autonomi ed incomunicabili la fase di cognizione dalla fase di esecuzione della pena.

Ragionando *a contrario*, invece, l'esecuzione non deve essere ritenuto altro che la prosecuzione e la traduzione materiale (in termini di messa in opera degli aspetti sanzionatori) di quello che ha ritenuto il giudice di cognizione.

Non riconoscere questo effetto, che di fatto è già riconosciuto dallo stesso sistema, corre il rischio di trasportare in sede esecutivo-penitenziaria un concetto non molto distante da quello del "delitto d'autore", attribuendo al condannato un marchio di gravità del fatto, pur quando tutti i protagonisti della vicenda processuale hanno convenuto che la circostanza aggravante non fosse così importante, tanto è vero che nessun concreto effetto sanzionatorio ha avuto sulla quantificazione della pena.

Né si può fare una distinzione tra circostanze oggettive e circostanze soggettive, perché ciò è assolutamente vietato e non consentito dal nostro stesso ordinamento.

Sotto questo aspetto il legislatore, ben conscio di tali effetti, ha sempre di più, soprattutto ultimamente, introdotto il meccanismo delle "aggravanti bloccate", ovvero delle aggravanti sottratte, ovvero "in parte sottratte", al giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p.

Ciò è avvenuto non solo con la modifica dell'art. 69 c.p. stesso, che pure, per i suoi effetti aberranti, è stato perciò stesso dichiarato in parte incostituzionale, ma anche con alcune delle "aggravanti di mafia" (una per tutte l'art. 7 L. 152/91), ovvero con le nuove aggravanti dell'art. 628 c.p., ovvero con alcune delle aggravanti degli artt. 589 *bis* c.p..

In questo caso è stato lo stesso legislatore ha sottrarre la situazione "più grave" da ogni possibilità di vedere completamente eliminato *tamquam non esset* il suo effetto.

Ma negli altri casi, come per l'aggravante di cui all'art. 80 II co. D.P.R. 309/90, invece, è il sistema stesso che consente tale effetto, perché è lo stesso art. 69 c.p. che esattamente introduce tale concetto: in caso di eterogeneità delle circostanze, quella subvalente rispetto a quella di senso contrario, non viene per nulla presa in considerazione e di essa non si deve tener conto.

La norma, inserita nella prima parte del codice, introduce un principio generale del nostro sistema, che si fa fatica a ritenere valido solo per la cognizione, e non per la fase esecutiva, nella quale, comunque si vogliano guardare le cose, sempre dello stesso fatto materiale e della sua stessa valutazione si parla.

E ciò è tanto più vero se solo si pensi che, nonostante l'effetto limitativo di cui alla novella del 2005, il sistema del bilanciamento delle circostanze è stato mantenuto fermo.

Detto questo, non si deve dimenticare che tale modo di interpretare le norme anche di natura esecutiva, non è completamente "fuori dal sistema".

Ed infatti, proprio in materia esecutiva si è affermato che "...Una circostanza aggravante deve essere ritenuta, oltre che riconosciuta, anche come applicata, non solo

allorquando nella realtà giuridica di un processo viene attivato il suo effetto tipico di aggravamento della pena, ma anche quando se ne tragga, ai sensi dell'art. 69 Cod. Pen., un altro degli effetti che le sono propri e cioè quello di paralizzare un'attenuante, impedendo a questa di svolgere la sua funzione di concreto alleviamento della pena irroganda per il reato. Invece non è da ritenere applicata l'aggravante solo allorquando, ancorché riconosciuta la ricorrenza dei suoi estremi di fatto e di diritto, essa non manifesti concretamente alcuno degli effetti che le sono propri a cagione della prevalenza attribuita all'attenuante la quale non si limita a paralizzarla, ma la sovrappiù, in modo che sul piano dell'afflittività sanzionatoria l'aggravante risulta tamquam non esset'... -nella fattispecie non è stato applicato l'indulto di cui al d.P.R. 394 del 1990 perché era stata ravvisata l'aggravante di cui all'art. 74 legge 22 dicembre 1975 n. 685, con concessione di attenuanti ritenute equivalenti, che escludeva l'applicabilità del beneficio stesso- (Cass. pen., sez. Un., 18.06.1991, n. 17).

Tali concetti, (sia pure in relazione alla problematica dell'aumento minimo dell'art. 81 c.p. in caso di "recidiva reiterata") sono stati esplicitamente ripresi e totalmente condivisi nella motivazione della sentenza n. 20/16 del 23.06.2016 della Cassazione Penale a Sezioni Unite, che ha ribadito che la circostanza aggravante produce i suoi effetti, e si deve ritenere "applicata", se prevalente e se anche se solo equivalente (perché neutralizzerebbe l'effetto delle eventuali circostanze attenuanti): ma continuando il ragionamento esplicitato in tali autorevoli sentenze, se ne deve logicamente ricavare che, se le circostanze aggravanti siano subvalenti, per quanto sussistenti, non producendo ex art. 69 c.p. alcun concreto effetto sulla pena, sono *tamquam non esset*.

Se è anche vero che nei casi specifici in questione la soluzione era assolutamente "bloccata" in quanto la recidiva di cui all'art. 99 IV co. c.p. non può essere per legge ritenuta subvalente, ragion per cui o il giudice la esclude, oppure il suo effetto si produce comunque anche solo per "paralizzare" una circostanza attenuante, è altrettanto vero che il principio enunciato resta comunque valido ed applicabile a tutte quelle ipotesi nelle quali non vi sia il divieto di prevalenza delle attenuanti sulle aggravanti.

Tale principio è stato ancora una volta ribadito proprio in sede esecutiva con sentenza successiva a quelle indicate genericamente dal P.M. (e richiamate da questo giudice nella parte iniziale del provvedimento), nella quale chiaramente si afferma che "...*Questa Corte, da tempo risalente ha affermato che una circostanza aggravante deve essere ritenuta, oltre che riconosciuta, anche come applicata, non solo allorquando nella realtà giuridica di un processo viene attivato il suo effetto tipico di aggravamento della pena, ma anche quando se ne tragga, ai sensi dell'art. 69 c.p., un altro degli effetti che le sono propri e cioè quello di paralizzare un'attenuante, impedendo a questa di svolgere la sua funzione di concreto alleviamenti della pena irroganda per il reato. Invece non è da ritenere applicata l'aggravante solo allorquando, ancorché riconosciuta la ricorrenza dei suoi estremi di fatti e di diritto, essa non manifesti concretamente alcuno degli effetti che le sono propri a cagione della prevalenza attribuita all'attenuante la quale non si limita a paralizzarla, ma la sovrappiù, in modo che sul piano dell'afflittività sanzionatoria l'aggravate risulta tamquam non esset'...*" (Cass. pen., sez. I, 01.02.2013, 7359, imp. Casanova).

Di fatto il principio di cui alla sentenza delle SS.UU. Grassi del 1991, che in questa sede si condivide completamente perché da una lettura costituzionalmente orientata ed una interpretazione assolutamente in linea con i principi generali del diritto sostanziale e processuale, non solo non è superato, ma è assolutamente condiviso e riportato da diversi autorevoli precedenti, sia delle sezioni semplici (v. la sentenza appena riportata), sia delle stesse SS.UU. (v. la motivazione della sentenza 20/16 del 23.06.2016), non solo in relazione alla fase di cognizione, ma anche e soprattutto in sede esecutiva.

Ne consegue che nel caso di specie, poiché la circostanza aggravante di cui all'art. 80

Il co. D.P.R. 309/90 è stata completamente superata e dichiarata subvalente rispetto alle circostanze attenuanti generiche, attraverso un ragionamento giuridico che è stato avallato anche dalla Suprema Corte di Cassazione (che ha dichiarato inammissibile il ricorso della difesa), tale situazione ha fatto sì che, non operando l'aggravante in parola, non si versasse nella situazione ostativa di cui all'art. 656 IX co. lett. a) c.p.p., perché il reato non poteva ritenersi rientrante tra quelli indicati nell'art. 4 bis L. 354/75: quindi l'ordine di esecuzione senza sospensione non sembra stato correttamente emesso, con conseguente temporanea dichiarazione di inefficacia dello stesso.

A prescindere da tali assorbenti valutazioni, non si deve dimenticare che il richiamo di cui all'art. 656 IX c.p.p. all'art. 4 bis L. 354/75, deve essere fatto e valutato nella sua interezza.

In tale articolo, infatti, precisamente al comma 1 *ter*, si prevede espressamente che i benefici penitenziari di cui al capo VI dell'Ord. Pen. possono essere concessi “...*purché non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, ai detenuti o internati per i delitti di cui agli articoli 575, 600-bis, secondo e terzo comma, 600-ter, terzo comma, 600-quinquies, 628, terzo comma, e 629, secondo comma, del codice penale, all'articolo 291-ter del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, all'articolo 73 del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, comma 2, del medesimo testo unico...*”.

Tale elemento “oggettivo” risulta *per tabulas* dalla stessa sentenza, nella quale si dà atto non solo della collaborazione, ma anche del fatto che con le sue dichiarazioni ha permesso la individuazione di altri autori di reati importanti, in relazione al traffico di sostanze stupefacenti.

D'altra non deve sfuggire che né nei suoi confronti, né nei confronti dei correi sia mai stato contestato nel presente procedimento l'art. 74 D.P.R. 309/90, ovvero il collegamento con la criminalità organizzata.

Ed allora non si vede come tale valutazione, di natura prettamente oggettiva, non possa far parte della valutazione sia del P.M. al momento della emissione dell'ordine di esecuzione, che del giudice dell'esecuzione al momento della valutazione di tale ordine (una volta impugnato).

Per altro dal punto di vista logico, poiché il sistema introdotto con le modifiche ha voluto impedire che un soggetto faccia ingresso in carcere pur quando ha tutti i requisiti per poter accedere ai benefici penitenziario, ferme comunque restando le prerogative della Magistratura di Sorveglianza sul punto, appare corretto consentire gli organi della esecuzione della sentenza accedere a tali valutazioni.

L'applicazione “cieca” delle indicazioni normative, senza tener conto di quanto dal punto di vista sostanziale hanno ritenuto i giudici della fase di merito, comporterebbe un insanabile “scollamento” tra cognizione, esecuzione e sorveglianza, che non sembra essere giustificato dal complesso del sistema normativo che lega il fatto reato-il suo accertamento-la comminazione della pena-l'esecuzione della pena.

Ritenuto che quindi si deve dichiarare la perdita di efficacia temporanea dell'ordine di esecuzione emesso in data 11.04.2017 dal P.M., si deve osservare che, a mente dell'art. 656 X co. c.p.p. il condannato, nelle more della decisione del Tribunale di Sorveglianza, “*permane nello stato detentivo nel quale si trova e il tempo corrispondente è considerato come pena espiata a tutti gli effetti*”.

Pertanto poiché prima della ritenuta non corretta esecuzione dell'ordine di carcerazione, si trovava in regime di arresti domiciliari, a tale regime deve tornare.

In questo senso la difesa, già in sede di richiesta di affidamento in prova al servizio sociale depositata presso il Tribunale di Sorveglianza di Firenze, ha rappresentato che il

Cappellano di _____, don _____, ha fornito il proprio consenso non solo a consentire il suo inserimento in attività lavorativa, ma anche ad accogliere il predetto presso la struttura, così come già fatto dal 28.04.2016 a seguito del provvedimento di sostituzione della custodia cautelare in carcere con quella degli arresti domiciliari.

Per effetto di tale provvedimento, pertanto, il prevenuto dovrà recarsi libero e senza scorta presso la struttura dove ha già eseguito gli arresti domiciliari.

Non si ritiene di dover trasmettere il provvedimento al Tribunale di Sorveglianza, essendo tale organo già investito per quanto di sua competenza della questione.

P.Q.M.

Letto gli artt. 665, 666 e 670 c.p.p.

Accogliendo il ricorso

DICHIARA

La temporanea inefficacia dell'ordine di esecuzione per la carcerazione n. _____ SIEP emesso dal P.M. presso la Procura della Repubblica di Firenze in data 11.04.2017 nei confronti di _____ nato in _____ n data _____, in relazione alla pena irrogata con sentenza ex art. 444 c.p.p. del Tribunale di Firenze n. _____ del 28.04.2016 e per l'effetto

ORDINA

che nei suoi confronti riprenda vigora la misura degli arresti domiciliari da eseguirsi in presso _____

via _____, prescrivendogli di non allontanarsi da tale struttura senza la preventiva autorizzazione dell'autorità; autorizza lo stesso, una volta esperite le formalità di rito, a recarsi senza scorta e per la via più breve nel domicilio dove verrà eseguita la misura, comunicando ai C.C. competenti territorialmente l'orario di arrivo presso la struttura.

ORDINA

l'immediata scarcerazione se non detenuto per altra causa.

Manda alla cancelleria per l'immediata comunicazione a tutte le parti.

Firenze, 08.06.2017

Il Giudice