

Il finalismo rieducativo del tempo nella sospensione condizionale della pena: dubbi di costituzionalità tra forma e sostanza.

di *Simona Metrangolo*

TRIBUNALE DI LECCE, ORDINANZA, 21 NOVEMBRE 2017
GIUDICE DOTT. MALAGNINO

La II sezione del Tribunale di Lecce, in composizione monocratica (dott. Fabrizio Malagnino), solleva un'interessante questione di legittimità costituzionale, «*per contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., relativa all'art. 676 c.p.p., nella sua comune e dominante interpretazione giurisprudenziale secondo cui la declaratoria di estinzione del reato ivi prevista è sempre irrevocabile, anche nelle ipotesi fondate sul mancato rilievo della commissione di reati in un dato periodo (quali quelle indicate negli artt. 167 c.p. e 445, II co., c.p.p.) in cui, successivamente alla declaratoria predetta, sopravvenga il positivo accertamento dell'avvenuta commissione di reati nel periodo da parte dell'interessato*»¹.

Il suggestivo provvedimento in analisi prende le mosse da un'istanza, depositata da un condannato presso la cancelleria del giudice dell'esecuzione, con cui si chiedeva la declaratoria di estinzione del reato ex art. 167 c.p., essendosi realizzati i presupposti previsti dalla legge per l'operatività dell'istituto premiale. Ai sensi del primo comma della norma citata, infatti, «se, nei termini stabiliti [due anni per le contravvenzioni; cinque anni per i delitti – ndr], il condannato non commette un delitto, ovvero una contravvenzione della stessa indole, ed adempie gli obblighi impostigli, il reato è estinto» ed il giudice è tenuto ad adottare pronuncia declaratoria di siffatta estinzione.

Inoltre, secondo consolidato e dominante orientamento giurisprudenziale², detta pronuncia sarebbe definitiva e mai revocabile, «neanche nel caso in cui, successivamente, emerga attestazione certa che, invece, nel periodo di riferimento il condannato abbia commesso uno o più reati»³.

Pertanto, nel dubitare della tenuta costituzionale dell'esegesi appena citata⁴, il Tribunale rimettente formula in via preliminare alcune considerazioni.

Osserva infatti come, in sede d'incidente di esecuzione ex artt. 676 c.p.p. e 167 c.p. (ma il discorso può valere per tutte le ipotesi che godano di analogo regime

¹ Così l'ordinanza di rimessione al Giudice delle leggi.

² Cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. I, 14 giugno 2011, n. 36005.

³ Così, ancora, l'ordinanza di rimessione al Giudice delle leggi.

⁴ Ad avviso del giudice *a quo* violativa degli artt. 3 e 27 Cost.: cfr. *infra*, diffusamente.

operativo), sia il legislatore a chiedere all'istante, ai fini dell'accoglimento della richiesta estintiva, di provare di non aver commesso reati in un *dato* periodo, occorrendo piuttosto individuare il ragionevole *standard* dell'onere dimostrativo impostogli, sì da non ledere imprescindibili canoni di esigibilità.

Il tribunale, dunque, analizza l'oggetto e la natura di tale onere probatorio («trattasi di prova negativa») e reputa evidente «che non si possa pretendere dall'interessato di indossare per cinque anni una videocamera attiva 24h su 24h per escludere l'avvenuta commissione di condotte illecite». Nè, prosegue, «appare esigibile che egli documenti la propria richiesta mediante la produzione di una messe di documenti ulteriori rispetto al proprio certificato penale nullo del casellario (che è unico nazionale), quali i certificati negativi dei propri carichi pendenti di tutte le Procure della Repubblica italiane (afferendo ciascuno all'ambito meramente circondariale) e tutte le comunicazioni negative ex art. 335, III co., c.p.p. relative all'intero territorio nazionale (trattandosi parimenti di attestazioni locali). [...] Né la questione potrebbe risolversi invertendone i termini, ossia [...] addossando al controinteressato P.M. l'onere di dimostrare che il condannato abbia, invece, commesso reati nel quinquennio, poiché in tal caso ad apparire inesigibile sarebbe il compito dimostrativo richiesto all'organo dell'accusa, gravato dell'onere di operare ricognizioni sull'intero territorio nazionale».

Dunque, conclude il giudice *a quo*, per evitare di «svuotare di qualsivoglia significato la possibilità di accesso al meccanismo estintivo in questione», arrecando gravi lesioni ai principi costituzionali del libero accesso alla tutela di diritti ed interessi legittimi (art. 24 Cost.) e della garanzia del contraddittorio processuale *inter partes* (art. 111 Cost.), «sembra doversi ritenere sufficiente, a fondamento della richiesta ex artt. 676 c.p.p. e 167 c.p., la produzione, da parte dell'istante, del proprio certificato penale del casellario e del *proprio certificato dei carichi pendenti relativo al circondario di residenza*, oltre ad eventuale *comunicazione negativa nei suoi confronti ex art. 335, III co., c.p.p., relativa al medesimo circondario*».

Così opinando, scrive il Tribunale rimettente, contraltare di un accertamento tanto sommario non può che essere la provvisorietà del provvedimento estintivo che ne deriva poiché la cognizione ottenuta è, in tutta evidenza, «suscettibile d'esser travolta dalla successiva emersione di risultanze di segno contrario [...]», soprattutto alla luce del fatto che simili rivelazioni possono «fisiologicamente richiedere vari anni, mentre l'incidente ex art. 676 c.p.p. può essere attivato anche il giorno successivo» allo spirare del periodo di riferimento.

Dunque, «a meno di voler pretendere dall'istante ex art. 676 c.p.p. un'inesigibile e incostituzionale *probatio diabolica* circa l'asserita astinenza criminosa», il giudice *a quo*, innovando con grande spirito critico salda giurisprudenza in materia⁵, ritiene necessario qualificare come provvisorio e revocabile il provvedimento dichiarativo

⁵ L'ordinanza di remissione menziona, in particolare, questi precedenti: Cass. pen., sez. II, 6 febbraio 2017, n. 5501; Cass. pen., sez. III, 1 aprile 2014, n. 27702; Cass. pen., n. 36005/2011, cit.; Cass. pen., Sez. Un., 21 gennaio 2010, n. 18228.

dell'intervenuta estinzione del reato in tutte quelle ipotesi in cui sua causa sia l'accertamento negativo della commissione di reati in un dato *range* temporale.

Opinare in modo diverso significherebbe, infatti, violare il disposto degli artt. 3 e 27 Cost.

Nello specifico, con riferimento all'art. 3 Cost., è manifestamente irragionevole far discendere, da un accertamento negativo sommario, effetti estintivi definitivi e permanenti, con la conseguenza che verrebbe inoltre leso il principio di parità di trattamento tutelato dallo stesso art. 3 Cost.: infatti, casi – astrattamente – “analoghi”, dove vi siano rei che abbiano delinquito in un dato *range* temporale, subirebbero – in concreto – un diverso trattamento istituzionale a seconda del momento in cui il fatto-reato venga accertato in sede giudiziaria (i.e.: se prima o dopo lo spirare dei termini previsti *ex lege* per la concessione del beneficio estintivo).

Infine, con riguardo all'art. 27 Cost., l'irrevocabilità della declaratoria di estinzione del reato a favore di un soggetto che poi si accerti abbia perpetrato condotte illecite, vanificherebbe ogni funzione rieducativa della pena, «poiché lo stesso Ordinamento rinuncia così a punire colui che sia al contempo espressamente riconosciuto meritevole»⁶ di sanzione.

Pertanto, alla luce di quanto sinteticamente esposto e della rilevanza assunta dal formulato quesito giuridico, il Tribunale di Lecce solleva questione di legittimità costituzionale, relativa all'art. 676 c.p.p. e per contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., negli esatti termini di cui in apertura.

Tuttavia, a nostro sommesso avviso, la tenuta costituzionale dell'art. 676 c.p.p. potrebbe ancora resistere, magari saggiandola da altra prospettiva.

Sua *ratio* non è il “mero” *favor rei*, efficacemente tutelato dalle norme che governano il processo di cognizione penale, bensì il *favor damnati*, garantito da quel «certo grado di automatismo»⁷ operativo che compensa «lo scarso tasso di dialetticità»⁸ tipico dell'incidente di esecuzione in analisi (e dei suoi noti «intenti acceleratori»⁹).

Infatti, come arguito da autorevole dottrina, i provvedimenti emessi in questa sede *procedimentale* danno luogo «ad un giudicato allo stato degli atti»¹⁰ (e dei *fatti*, dovrebbe aggiungersi), elaborato dal giudice sulla base del materiale prodotto dal condannato, eventualmente integrato su richiesta dell'Autorità giudiziaria medesima, se ritenuto carente ai fini dell'adozione della pronuncia estintiva. Ciò che, da un lato,

⁶ Così l'ordinanza di rimessione al Giudice delle leggi.

⁷ Infatti, i provvedimenti di cui alla “norma di chiusura” dell'art. 676 c.p.p. sono adottati *de plano* dal giudice dell'esecuzione. Si veda S. RENZETTI, *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena* (a cura di F. CAPRIOLI e L. SCOMPARIN), Giappichelli edit., Torino, 2015, pag. 174.

⁸ *Ibid.*

⁹ A. BERNASCONI, *Il decreto antiscarcerazioni* (a cura di M. BARGIS), IV ediz., Giappichelli edit., Torino, 2001, pag. 184.

¹⁰ Così P. TONINI, *Manuale di Procedura penale*, IX ediz., Giuffrè edit., Milano, 2008, pag. 842, che richiama Cass. pen., Sez. Un., 12 novembre 1999, Gallucci, in *Cass. pen.*, 1994, pag. 1487.

determina – e, dall'altro, “giustifica” – la deroga al principio del contraddittorio orale, tipico del *processo* penale, in favore di quello “cartolare”, tipico del *procedimento*¹¹.

Nel caso di cui all'ordinanza in commento, a sostegno dell'automatismo operativo proprio dell'incidente di esecuzione ex artt. 676 c.p.p. e 167 c.p., milita inoltre un argomento letterale. Infatti, l'art. 167 c.p. statuisce che «se, nei termini stabiliti, il condannato non delinque, il reato è estinto»: questo secondo una progressione cronologica che simula la tesi (invisa) del *post hoc, ergo propter hoc*. In altre parole, il positivo decorso del termine di legge, assieme all'accertamento negativo della perpetrazione di reati della stessa indole¹² di quello per cui v'è sentenza irrevocabile di condanna, è condizione necessaria e sufficiente all'adozione della declaratoria ex art. 167 c.p., per la quale il giudice non deve procedere ad alcuna attività deliberativa in senso stretto, bensì alla mera verifica della ricorrenza dei requisiti legali poc'anzi citati¹³.

È la legge, dunque, a *vincolare* l'attività del giudice secondo la precisa logica (normativa) del *se x → allora y*, essendosi limitata la dominante giurisprudenza a chiarire – ove se ne avvertisse il bisogno – solo il perché di siffatto automatismo¹⁴.

Ed è proprio in quest'ottica che si comprende anche la portata dell'art. 168, I co., c.p., a mente del quale la revoca *ope iuris* del beneficio della sospensione condizionale della pena interviene laddove, nei termini stabiliti, il condannato delinqua di nuovo e gli venga inflitta una pena detentiva ovvero riporti un'altra condanna per un delitto anteriormente commesso, dimodoché, cumulando la “nuova” pena con quella sospesa, si superino i limiti di cui all'art. 163 c.p. È sempre la legge, dunque, a stabilire il regime applicativo di istituti speciali ed è (ancora) la legge a precisare i *differenti* (meglio: speculari) requisiti operativi della revoca ex art. 168 c.p. e dell'estinzione del reato ex art. 167 c.p. (i.e.: da una parte, accertamento positivo dell'avvenuta perpetrazione di condotte illecite nel biennio/quinquennio di

¹¹ Per fare un parallelismo, si pensi alle osservazioni, memorie o altri documenti per mezzo dei quali il privato interloquisce con la P.A. ai sensi dell'art. 10, lg. 241 del 1990.

¹² Per la nozione di stessa indole, si veda l'art. 101 c.p.: «Agli effetti della legge penale, sono reati della stessa indole non soltanto quelli che violano una stessa disposizione di legge, ma anche quelli che, pur essendo preveduti da disposizioni diverse di questo codice ovvero da leggi diverse, nondimeno, per la natura dei fatti che li costituiscono o dei motivi che li determinarono, presentano, nei casi concreti, caratteri fondamentali comuni».

¹³ Se così non fosse, del resto, la natura della statuizione giudiziaria non sarebbe dichiarativa, bensì costitutiva.

¹⁴ Infatti, Cass. pen., Sez. Un., n. 18288 del 2010, cit., nel riconoscere stabilità ai provvedimenti di cui agli artt. 666 e ss. c.p.p., ammette la possibilità del superamento del *dictum* del giudice dell'esecuzione solo in relazione al caso di riproposizione di istanza precedentemente rigettata. Questo perché il giudicato allo stato degli atti, tipico di questa delicata fase esecutiva, non può né deve consentire il *bis in idem*, salvo che non vi siano sopravvenienze, in grado di alterare le condizioni in base alle quali fu emessa la precedente decisione (in questo senso, si veda altresì la già menzionata Cass. pen., Sez. Un., Gallucci, in *Cass. pen.*, 1994, cit.).

riferimento; dall'altra, accertamento negativo della realizzazione di tali condotte nel *medesimo* periodo di tempo).

Se si consentisse la revocabilità – sostanzialmente *ad nutum* – della pronuncia estintiva, verrebbero a sovrapporsi due istituti ontologicamente diversi, con la conseguenza che la *ratio* dell'art. 167 c.p., e di rimando quella dell'art. 676 c.p.p., verrebbe disattesa.

Innanzitutto, si lederebbe il principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, II co., Cost., trattando in egual modo situazioni soggettive, come visto, differenti.

A cascata, verrebbe altresì lesa la certezza del diritto (positivo e vivente), restando il condannato *sine die* esposto al rischio della revocabilità di una statuizione che riteneva definitiva. Certamente, al fine di ridurre o annullare detto rischio, egli potrebbe (*rectius*: dovrebbe) orientare la condotta conseguente alla prima condanna nel senso di conformarla alla legge; tuttavia, ci si chiede se ciò non integri uno “sforzo” *ultra vires*, considerata la lettera normativa degli artt. 676 c.p.p. e 167 c.p., nonché quella dell'art. 27 Cost.: il “ri-condannato” potrebbe infatti percepire come «giuridicamente e politicamente illegittima»¹⁵ una pena che considerava ormai “inefficace”, con esiti in potenza critici con riguardo al suo finalismo rieducativo.

¹⁵ M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. Diritto e proc. penale*, fasc. n. 3, 2013, pag. 3.