«COLOR CHE SON SOSPESI» E QUELLI CHE MAI LO SARANNO. UN BREVE PERCORSO AD OSTACOLI NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE SUL CO. 9 DELL'ART. 656 CPP

di Stefano Fiore
(*Professore ordinario di diritto penale, Università degli Studi del Molise*)

Sommario: 1. Il controllo di costituzionalità sui divieti di sospensione dell'ordine di esecuzione delle pene detentive. – 2. La funzione 'servente' del co. 5 dell'art. 656 Cpp rispetto al sistema delle misure alternative. Alla ricerca dell'equilibrio perduto. 3. Gli alterni e parziali approdi della giurisprudenza costituzionale. - 3.1. L'insormontabile ostacolo del 4 *bis* Op - 3.2. Le altre ipotesi ostative. - 4. Uno sguardo oltre la riforma.

1. Il famigerato co. 9 dell'art. 656 Cpp, con il suo eterogeneo compendio di deroghe alla regola della sospensione della esecuzione delle pene per le quali può essere concessa una misura alternativa alla detenzione, è stato sottoposto diverse volte e sotto diversi punti di vista al vaglio della Corte costituzionale.

Nell'ultima occasione in ordine di tempo, in un caso che potremmo definire 'facile', con la sentenza n. 3/2023 la Consulta, ha dichiarato la parziale illegittimità del co. 9 lett. *a* dell'art. 656 Cpp, riscontando una violazione degli artt. 3 e 27 Cost. «nella parte in cui stabilisce che non può essere disposta la sospensione dell'esecuzione nei confronti dei condannati per il delitto di incendio boschivo colposo di cui all'art. 423-bis, secondo comma, del codice penale»[1].

Al di là della portata assai circoscritta dell'intervento e a prescindere dalla particolare evidenza della questione di legittimità che nel caso di specie era stata sollevata e poi accolta, questo nuovo e ulteriore intervento operato dalla Corte

[1] La Corte ha ritenuto infatti che il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione non abbia per i condannati per incendio boschivo colposo alcuna ragionevole giustificazione e dunque «comporta un sacrificio del tutto inutile – anche nell'ottica di un'efficace tutela della collettività – rispetto all'orientamento rieducativo della pena, imposto dall'art. 27, co. 3 Cost.». Nonostante la gravità oggettiva del reato, anche nella sua forma colposa, secondo la Corte è in ogni caso «davvero arduo affermare che – dal punto di vista soggettivo – l'autore di una condotta meramente colposa manifesti una speciale pericolosità, tale da giustificare la scelta del legislatore di assicurarne un "passaggio in carcere", in attesa della valutazione da parte del tribunale di sorveglianza dei presupposti per l'ammissione a una misura alternativa alla detenzione». Per un puntuale commento alla sentenza, D. Colombo, *Divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione (art. 656 c.9 c.p.p.): la Corte costituzionale ribadisce i limiti entro cui il legislatore può prevedere preclusioni al meccanismo sospensivo*, in *SP* 2/2023, 147 ss.

costituzionale sull'art. 656 Cpp, conferma come la scelta di sovraccaricare la fase della esecuzione penale, affidandole compiti e funzioni impropri, provoca con preoccupante frequenza un corto circuito nel sistema dei principi e una perdita di controllo sulla razionalità (delle singole scelte e) del sistema, che già in più occasioni ha costretto il Giudice delle leggi a ripristinare, proprio sul versante esecutivo, gli equilibri sistematici alterati dal cieco e debordante furore punitivo del legislatore.

Il nutrito, variegato e scombinato elenco di eccezioni alla regola contenuta nel co. 5 dell'art. 656 Cpp, sul quale la Corte è intervenuta per l'ennesima (e forse non ultima) volta, è infatti figlio di una stagione politico criminale, invero ancora in corso e oggi anzi alimentata da nuova linfa politica, che accredita e coltiva concretamente l'idea che la esecuzione carceraria debba essere lo sbocco naturale e tendenzialmente indefettibile della minaccia penale tradotta in atto.

Veicolata nella comunicazione politica - ormai sempre più rapida per adattarsi al carattere dei media e ai modi della loro fruizione - questa filosofia punitiva si presta particolarmente bene ad offrire al pensiero veloce e irriflessivo dell'utente medio la suggestione semplificativa che identifica effettività e certezza con l'immagine di una implacabile segregazione del condannato.

Le integrazioni progressivamente introdotte dal legislatore all'elenco del co. 9 dell'art. 656 Cpp al fine di ampliare la platea dei condannati ai quali non si applica le regola della sospensione automatica dell'ordine di esecuzione quando la pena rientra nei limiti previsti dal co. 5 (vd. *infra* § 2), sono invero un ottimo esempio della concretizzazione di questa linea politico criminale e della irrazionalità che essa produce.

Per quanto assai noto, vale senz'altro la pena ricordare che i commi 5 e 9 dell'art. 656 Cpp, proprio in ragione della scelta di irrigidire il sistema esecutivo al fine di rendere indefettibili certi esisti detentivi, sono diventati uno snodo fondamentale dei concreti meccanismi punitivi e dunque anche delle pronunce costituzionali che occasionalmente hanno provato a ripristinare un decente allineamento tra esecuzione penale e principi costituzionali.

Basterebbe pensare alla importante sentenza 32/2020[2], con la quale la Corte costituzionale ha riconosciuto che l'inserimento, ad opera della legge c.d.

[2] Su questa importante sentenza, cfr. V. Manes, F. Mazzacuva, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale. Nota a Corte cost., sent. 12 febbraio 2020, n. 32*, in sistemapenale.it 23.3.2020; R. De Vito, *Corte costituzionale e "Spazzacorrotti": cronaca di una rivoluzione (non) annunciata*, in *www.questionegiustizia.it*, 13.2.2020; D. Notaro, *Un passo deciso (e atteso) sulla via*

"spazzacorrotti" (l. 9.1.2019, n. 3), di numerosi reati contro la pubblica amministrazione nell'elenco di cui all'art. 4 *bis* Op aveva prodotto «un effetto di trasformazione della pena inflitta, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale», traendone la conseguenza che la relativa disciplina deve ricadere nell'area di garanzia coperta dall'art. 25 co. 2 Cost., in primo luogo per quel che attiene al divieto di applicazione retroattiva[3].

D'altra parte, proprio attraverso il meccanismo disciplinato dall'art. 656 Cpp co. 5, combinato con le distorsioni e le inefficienze del sistema, si è generata il paradosso dei cc.dd. liberi sospesi, che ha assunto un valore emblematico della irrazionalità del sistema di esecuzione penale, tanto che le modifiche introdotte con il d.lgs. 150/2022 (c.d. riforma Cartabia) per provare a risolvere il problema sono state spesso utilizzate in funzione 'manifesto' per rappresentare la necessità di interventi riformatori di tipo strutturale sul sistema sanzionatorio e su quello esecutivo[4].

---

dell'affermazione delle garanzie costituzionali nella fase dell'esecuzione della pena, in *DPP*, 2020, 985 ss.; G.L. Gatta, *Articolo 4 bis o.p. e legge "spazzacorrotti":* possibile dopo la decisione della Consulta, e prima del relativo deposito, la sospensione degli ordini di carcerazione per i fatti pregressi?, in *www.sistemapenale.it*, 17.2.2020; A. Gargani, L'estensione "selettiva" del principio di irretroattività alle modifiche *in pejus* in materia di esecuzione della pena: profili problematici di una decisione "storica", in *GCos* 2020, 1, 263 ss.

[3] Vale la pena riportare il passaggio della motivazione dal quale emerge come la questione della estensione delle garanzie tipiche della legalità dipenda proprio dagli effetti che il meccanismo derogatorio qui esaminato produce direttamente sulla libertà personale: «Non v'è dubbio che l'art. 656, comma 9, cod. proc. – nel vietare la sospensione dell'ordine di esecuzione della pena in una serie di ipotesi, tra cui quella, che qui viene in considerazione, relativa alla condanna per un reato di cui all'art. 4-bis, ordin. penit. – produce l'effetto di determinare l'inizio dell'esecuzione della pena stessa in regime detentivo, in attesa della decisione da parte del tribunale di sorveglianza sull'eventuale istanza di ammissione a una misura alternativa; e dunque comporta che una parte almeno della pena sia effettivamente scontata in carcere, anziché con le modalità extramurarie che erano consentite – per l'intera durata della pena inflitta – sulla base della legge vigente al momento della commissione del fatto. Tanto basta per riconoscere alla disposizione in questione un effetto di trasformazione della pena inflitta, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale, rispetto al quadro normativo vigente al momento del fatto; con conseguente sua inapplicabilità, ai sensi dell'art. 25, secondo comma, Cost. alle condanne per reati commessi anteriormente all'entrata in vigore della novella legislativa, che ne ha indirettamente modificato l'ambito applicativo, tramite l'inserimento di numerosi reati contro la pubblica amministrazione nell'elenco di cui all'art. 4-bis ordin. penit.».

[4] Sul tema, tra gli altri, D. Bianchi, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge delega "Cartabia": una grande occasione non priva di rischi*, in *www.sistemapenale.it* 21 febbraio 2022, p. 11 s.; E. Dolcini, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le sanzioni sostitutive. Note a margine dello schema di d.lgs. approvato dal Consiglio dei Ministri il 4 agosto 2022*, *ivi* 30 agosto 2022, 18 ss.; M. Bortolato, *Percorsi alternativi alla pena detentiva nel giudizio di sorveglianza. I "liberi sospesi" e gli effetti della riforma Cartabia*, *ivi* 28 febbraio 2023; G. Gatta, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della "legge Cartabia"*, *ivi* 15 ottobre 2021, 17 ss. Sul fenomeno dei cc.dd. liberi sospesi, prima della riforma, E Dolcini-A. Della Bella, *Per un riordino delle misure sospensivo probatorie nell'ordinamento italiano,* in *Le misure sospensivo-probatorie. Itinerari verso una riforma*, E. Dolcini-A. Della Bella (a cura di), Milano, 2020, 349. Per alcune considerazioni sull'impatto della riforma Cartabia in

Non deve dunque sorprendere che la Corte Costituzionale sia già stata chiamata in più occasioni a valutare (i limiti del)la legittimità delle eccezioni enumerate al co. 9 dell'art. 656 Cpp, che accomuna(va)no in maniera acritica ipotesi fortemente disomogenee tra di loro e quindi anche rispetto alla *ratio* della disposizione.

Specularmente, come si vedrà, la legittimità costituzionale del co. 9, *rectius* dei divieti in esso contenuti, è stata verificata dalla Consulta sotto diverse angolazioni, andando a comporre, tra pronunce di accoglimento e di rigetto, un quadro certamente rappresentativo delle attuali tensioni tra i principi costituzionali e le scelte normative finalizzate ad un progressivo irrigidimento del regime esecutivo.

Una lettura sequenziale delle sentenze costituzionali che hanno interessato l'art. 656 Cpp offre peraltro un interessante spaccato della complessa e assai delicata dinamica istituzionale che si instaura tra giudizio di costituzionalità e discrezionalità legislativa, con equilibri da ricomporre continuamente e quasi 'caso per caso'.

2. La sentenza dalla quale, per ragioni cronologiche, abbiamo preso le mosse, vale a dire la n. 3/2023, si limita a rimuovere dal co. 9 dell'art. 656 Cpp una palese irragionevolezza 'per sproporzione'. La Corte con il suo intervento ha infatti espunto dall'elenco dei reati per i quali vige il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione, la forma colposa del delitto di cui all'art. 423 *bis* Cp, vale a dire una ipotesi talmente fuori contesto rispetto al pur variegato quadro di eccezioni nel quale quella ipotesi risultava compresa, da apparire come la svista[5] - una delle tante - di un legislatore frettoloso e poco avvezzo (e probabilmente anche poco interessato) alla buona pratica della verifica sistematica, anche di tipo elementare.

Letta isolatamente la sentenza non offre in realtà molto più della conferma di questo sconfortante assunto, ma inserita nella sequenza delle non poche pronunce della Consulta relative al sottosistema di regole ed eccezioni allestito con scarsa consapevolezza sistematica all'interno dell'art. 656 Cpp, fornisce l'abbrivio per svolgere qualche interessante considerazione di tipo sistematico e, ampliando l'orizzonte dell'analisi, consente anche di offrire qualche spunto sulle prospettive, che riforme recenti, per quanto imperfette, hanno comunque rivitalizzato.

Il vigente impianto dell'art. 656 Cpp è quello ridefinito dalla legge 27.5.1998 n. 165 (c.d. Simeone-Saraceni) che, come ampiamente noto, ha introdotto al co. 5 il principio

relazione a tale fenomeno, A. Menghini, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, Napoli, 2022, 491 ss.

[5] Come la stessa Corte costituzionale arriva ad ipotizzare (vd. par. 3.4.1. del Considerato in diritto della sentenza).

dell'automatica sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, quando questa non supera i limiti previsti per l'applicazione delle misure alternative eventualmente concedibili.

La natura 'servente' dell'automatismo sospensivo che accompagna l'ordine di esecuzione rispetto al sistema delle misure alternative è confermata dal costante adattamento dei limiti di pena entro i quali scatta la sospensione alle corrispondenti modifiche della soglia di accesso alle diverse misure alternative, proprio per evitare un disallineamento dei due livelli.

I passaggi di questa osmosi normativa tra i due livelli di disciplina vengono ricostruiti dalla Corte Costituzionale nella sent. 41/2018, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 656 co. 5 Cpp, nella parte in cui si prevede che il pubblico ministero sospende l'esecuzione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non superiore a tre anni, anziché a quattro anni, ristabilendo il parallelismo tra il regime sospensivo dell'ordine di esecuzione e la disciplina dell'affidamento in prova c.d. "allargato" di cui all'art. 47, co. 3 *bis*, Op, che prevede appunto un limite di pena di quattro anni per l'accesso alla misura[6].

Nel motivare la propria decisione, la Corte ricostruisce infatti la storia della norma, sottolineando come «il principio del tendenziale parallelismo [tra l'automatica sospensione dell'ordine di esecuzione e il tetto di pena previsto per accesso alle misure alternative] ha trovato conferma nella trama legislativa, posto che all'incremento della soglia di accesso alla misura alternativa ha corrisposto una pari elevazione del limite stabilito ai fini della sospensione»[7].

---

[6] Per un commento alla sentenza, cfr. G. Malavasi, *Illegittimo l'art. 656, c. 5, c.p.p. nella parte in cui si prevede la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva non superiore a tre anni, anziché a quattro anni*, in *AP*, 1/2018; M. Miedico, *Nuovi limiti per l'accesso all'affidamento in prova, fra scelte legislative e ragionevolezza costituzionale*, in *RIDDP* 4/2018, 2242 ss.; D. Vicoli, *Sospensione dell'ordine di esecuzione e affidamento prova: la Corte Costituzionale ricuce il filo spezzato dal legislatore*, in *DPenCont* 2018, 89 ss.; C. Trapella, *Automatica sospensione dell'ordine di esecuzione e accesso alle misure alternative: un binomio da tutelare in attesa della riforma*, in *CP* 2018, 1924 ss.

[7] La Corte ricorda infatti che «l'art. 4-*undevicies* del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272 (Misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti per le prossime Olimpiadi invernali, nonché la funzionalità dell'Amministrazione dell'interno. Disposizioni per favorire il recupero di tossicodipendenti recidivi e modifiche al testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309), convertito, con modificazioni, in legge 21 febbraio 2006, n. 49, ha alzato a sei anni questo limite, in collegamento con l'art. 4-*undecies* del medesimo testo normativo, che aveva aumentato in uguale misura l'entità della pena detentiva da espiare in affidamento in prova per l'alcoldipendente o il tossicodipendente sottoposti a un programma di recupero. Allo stesso modo, il d.l. 1/7/2013 n. 78 (Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena),

Solo mantenendo allineato il sistema è d'altra parte possibile avvicinarsi a quella che, richiamando la propria giurisprudenza, nella sentenza 3/2023 la Corte definisce la «soluzione ottimale», vale a dire prevedere – in linea di principio – «la sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva nei confronti di ogni condannato che non si trovi già in carcere in stato di custodia cautelare (ipotesi, questa, cui si riferisce l'art. 656, co. 9, lettera *b*, Cpp), ogniqualvolta la pena che egli debba integralmente espiare, ovvero la pena residua, sia contenuta entro i limiti temporali compatibili con l'accesso a misure alternative alla detenzione. Ciò al fine di consentire al condannato di proporre – nei trenta giorni successivi all'emanazione dell'ordine di esecuzione – istanza di ammissione a una di tali misure al tribunale di sorveglianza, ed evitargli così l'ingresso in carcere nelle more della decisione».

D'altronde, un meccanismo di sospensione automatica come quello previsto dal co. 5 dell'art. 656 Cpp, nonostante i difetti pratici che pure si sono manifestati - invero attribuibili più alle aporie e alle inefficienze del sistema esecutivo nel suo complesso che al meccanismo in sé - appare un necessario elemento di mitigazione dei caratteri ancora marcatamente carcero-centrici della esecuzione penale nell'ordinamento vigente, tanto che le ricordate recenti riforme, che pure si sono preoccupate di contrastare alcuni suoi 'effetti indesiderati' (segnatamente l'attitudine ad alimentare il paradosso dei 'liberi-sospesi'), non hanno certo messo in discussione la scelta fatta a suo tempo con la legge Simeone-Saraceni[8].

Non altrettanto coerente è stato il parallelo sviluppo del sistema delle eccezioni alla regola della sospensione automatica, contenuto nel co. 9 dell'art. 656 Cpp e composto da ipotesi per le quali, ferma restando la successiva possibilità di un giudizio individualizzante rimesso al magistrato di sorveglianza in corso di esecuzione, la sospensione non può invece essere disposta, in quanto a carico dei condannati per i delitti *ivi* previsti opera una presunzione di pericolosità.

---

convertito, con modificazioni, in legge 9 agosto 2013, n. 94, ha portato a quattro anni il termine valido per la sospensione dell'ordine di esecuzione, ai fini della concessione della detenzione domiciliare, allo scopo di renderlo equivalente al nuovo termine previsto per godere della misura dell'art. 47-ter della legge n. 354 del 1975».

[8] La stima è che «l'80 % delle condanne soggiace al meccanismo sospensivo dell'art. 656, 5° comma c.p.p.», così G.M. Pavarin, *Rieducazione e misure alternative*, in A. Menghini-E. Mattevi (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, Napoli 2022, 60. Impressionante il dato nazionale attestato dal Ministro della giustizia del 13 febbraio 2023, in risposta alla interrogazione n. 4/00072 del deputato R. Giachetti (https://aic.camera.it/aic/scheda.html?numero=4/00072&ramo=CAMERA&leg=19): il numero complessivo di procedimenti (dinanzi alla magistratura di sorveglianza) riguardanti, in tutto il Paese, i soggetti condannati cc.dd. 'liberi sospesi' era infatti pari, a quella data, a 90.120 (pendenze).

All'originario riferimento contenuto nella lettera a) ai reati previsti dall'art. 4 *bis* Op, il cui novero si è peraltro, nel tempo, assai incrementato, con l'effetto di 'comunicare' all'art. 656 Cpp le irragionevolezze che hanno segnato la evoluzione interna del catalogo di reati contemplato dall'art. 4 *bis* Op, si sono aggiunte nel tempo ulteriori e specifiche ipotesi derogatorie trasportate dalle randomiche ondate di rigore generate dal nefasto incontro tra allarmi sociali, più o meno giustificati, e propaganda politica, più o meno calcolata[9].

Il progressivo spostamento del baricentro repressivo verso la dimensione esecutiva che ha caratterizzato le politiche penali di questi anni, costringe infatti la normativa sulla esecuzione penale a convivere con la irriducibile e ormai quasi schizofrenica contraddizione tra le tensioni umanitarie che continuano, nonostante tutto, ad alimentare la evoluzione dei sistemi punitivi e la creazione di zone franche, sempre più estese, entro le quali invece il legislatore intende rappresentare e praticare una implacabile logica custodiale, immune alla ragionevolezza, oltre che al senso di umanità.

I divieti contenuti nel co. 9 dell'art. 656 Cpp offrono invero una immagine molto efficace del doppio binario esecutivo sul quale vengono istradate le sentenze di condanna, collocandosi in corrispondenza di una biforcazione originaria del percorso, che conduce, letteralmente, in due luoghi diversi: dentro il carcere o fuori di esso.

Se il senso dell'automatismo introdotto al co. 5 dell'art. 656 Cpp è quello di evitare al condannato il contatto stesso con la istituzione carceraria, posto che la successiva (eventuale) applicazione delle misure alternative potrebbe escludere del tutto scenari detentivi, il suo rovesciamento nelle ipotesi di cui al co. 9 presuppone un progetto punitivo diversamente orientato sul piano teleologico e del quale deve quindi essere verificata con rigore la compatibilità con i principi costituzionali, innanzitutto testando la tenuta del presupposto su cui esso si fonda.

La funzione servente svolta dalla previsione che sospende automaticamente la esecuzione delle pene iscritte nell'area di potenziale applicazione delle misure alternative, infatti, implica ovviamente la sua riconducibilità alla medesima *ratio* di queste ultime e dunque alla solida e sperimentata base di principi costituzionali che ne costituisce il fondamento.

---

[9] Proprio l'assegnazione, *ex post factum*, delle condanne per reati non contenuti nella originaria previsione dell'art. 4 *bis* Op al regime derogatorio del co. 9 dell'art. 656 Cpp ha fatto 'esplodere' la questione della retroattività delle disposizioni peggiorative del regime esecutivo che ha poi condotto alla citata e nota sentenza 32/2020 della Corte costituzionale.

Sono invece le deroghe alla regola della sospensione automatica a dover superare una necessaria prova di resistenza, che è poi quella applicata, pur con esiti alterni, dalla Corte costituzionale nei giudizi sul co. 9 dell'art. 656 Cpp La valutazione legislativa circa la necessità che l'esecuzione detentiva abbia comunque inizio deve cioè trovare ragionevole giustificazione in presunzioni non arbitrarie sulla sussistenza di condizioni ostative alla concessione del beneficio ed è la stessa Corte a sottolineare la necessità che, in applicazione di questo parametro, il controllo di legittimità su tali ipotesi sia «particolarmente stretto[10]».

3. - 3.1. Nonostante la Consulta si sia mossa lungo questa obbligata direttrice, nelle ripetute occasione nelle quali, come accennato, è stata prevedibilmente chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di taluno dei divieti di sospensione della esecuzione previsti dal co. 9 dell'art. 656 Cpp, gli esiti sono o almeno appaiono non uniformi e certamente non soddisfacenti. Ciò è dipeso però, in primo luogo, dal pesante condizionamento derivante dalla ingombrante presenza dell'art. 4 *bis* Op.

Come già avvenuto anche in altri giudizi che coinvolgevano quella disposizione, non solo appare chiara la difficoltà della Corte a spingere il proprio sindacato all'interno di quella norma, ma la composizione estremamente eterogenea dell'elenco dei reati in essa contemplati consente ai giudici costituzionali ormai solo fino ad un certo punto di utilizzare argomenti di tipo comparativo, sia interno che esterno, per così dire. Ed infatti, la prima linea di demarcazione viene segnata dalla Corte Costituzionale proprio con riferimento alla circostanza, in sé considerata, che un determinato reato sia incluso nell'elenco dell'art. 4 *bis* Op.

Nella citata sentenza n. 41 del 2018, ad esempio, la Corte, tra le altre cose, ha osservato che l'eccezione prevista nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'art. 4 *bis* Op riposa sulla considerazione secondo la quale, in tali ipotesi, «*l'accesso alla misura alternativa è soggetto a condizioni così stringenti da rendere questa eventualità meramente residuale, sicché appare tollerabile che venga incarcerato chi all'esito del giudizio relativo alla misura alternativa potrà con estrema difficoltà sottrarsi alla detenzione*» (punto 5 del Considerato in diritto).

La difficoltà della Corte a rapportarsi con i meccanismi presuntivi e gli automatismi attivati dall'art. 4 *bis* Op emerge con chiarezza dal fatto che, in modo decisamente inusuale, il bilanciamento viene declinato in termini di '*tollerabilità*': l'incarcerazione

[10] Vd. sentenza n. 41 del 2018, punto 5 del Considerato in diritto.

senza possibilità di sospendere la esecuzione di «*chi all'esito del giudizio relativo alla misura alternativa potrà con estrema difficoltà sottrarsi alla detenzione*» non si dice che sia ragionevole, bensì «*tollerabile*».

Non è certo la stessa cosa e dall'uso di quel termine, a dire il vero poco consono ad un giudizio di legittimità, sembra trasparire un certo imbarazzo o quanto meno il pudore a certificare la ragionevolezza degli effetti ostativi che in maniera 'cieca' discendono dall'appartenenza di un reato ad un elenco ingrossato dalla bulimia detentiva del sistema.

Il problema, al di là della valutazione sull'atteggiamento 'tollerante' della Corte, è che la presenza dell'art. 4 *bis* Op costringe in ogni caso il giudizio a svolgersi tutto 'all'interno' della disposizione, limitando di molto o addirittura neutralizzando la possibilità per la Corte di intervenire.

Le distorsioni indotte sui giudizi di legittimità costituzionale dal modo in cui l'art. 4 *bis* Op interagisce e interferisce con il resto del sistema sanzionatorio risultano d'altra parte evidenti se ad esempio guardiamo all'esito di una ulteriore sentenza resa dalla Consulta sempre a proposito dell'effetto ostativo che quella norma produce riguardo alla sospensione della esecuzione.

Con la sentenza 238/2021, è stata infatti rigettata la questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Napoli in riferimento agli artt. 3 co.1, e 27 co.3 Cost., dell'art. 656 co. 9 lett. *a* Cpp, nella parte in cui stabilisce che la sospensione dell'esecuzione di cui al co. 5 della medesima norma non può essere disposta nei confronti dei condannati per il delitto di contrabbando di tabacchi lavorati esteri aggravato dall'uso di mezzi di trasporto appartenenti a persone estranee al reato (co. 1 dell'art. 291 *ter* del d.P.R. n. 43 del 1973).

La Corte - in maniera invero discutibile e in base a considerazioni abbastanza generiche se non apodittiche - ha ritenuto che non fosse «manifestamente irragionevole la scelta del legislatore di considerare attratte in un unico regime – quanto alla inclusione nel catalogo dei reati di cui all'art. 4 *bis*, co. 1 *ter*, Op – le ipotesi aggravate del reato di cui all'art. 291 *bis* del d.P.R. n. 43 del 1973» e ciò nonostante le chiare differenze tra l'aggravante ad effetto comune oggetto del giudizio e le aggravanti ad effetto speciale previste dal co. 2, riferite all'uso di armi, alla presenza di più persone e agli ostacoli o alla violenza opposta agli organi di polizia giudiziaria, nonché al

collegamento con reati contro la fede pubblica o contro la pubblica amministrazione o a circuiti finanziari e societari dediti al riciclaggio[11].

Una volta neutralizzato il parametro di comparazione 'interno', mediante la ritenuta non-irrazionalità della presunzione cumulativa di pericolosità riferita indifferentemente a tutte le ipotesi aggravate del delitto, il giudizio si sposta inevitabilmente all'esterno della norma, dove però bisogna confrontarsi con la decisione discrezionale del legislatore di inserire o meno un reato nell'elenco dell'art. 4 *bis* Op, aspetto sul quale la Corte ritiene di non poter intervenire, attenendo tipicamente la questione alla discrezionalità legislativa.

La considerazione di questo passaggio rende evidente quanto siano ristretti, se non inesistenti, i margini di manovra entro i quali la Corte stessa costringe il proprio spazio di intervento per rimuovere la catena di irragionevolezze che si innesca a partire dalla decisione del legislatore di inserire un reato tra quelli ostativi alla concessione delle misure alternative e dei benefici penitenziari.

La Corte cioè non può isolare le singole conseguenze che il legislatore riconnette «ai *delitti di cui all'art. 4* bis *della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni*» ed eliminarle operando' chirurgicamente', pur quando tali conseguenze possano apparire irragionevoli (o più irragionevoli di altre). Ciò potrebbe avvenire solo estromettendo il titolo di reato interessato dall'elenco dell'art. 4 *bis* Op, cosa che però la Corte non ritiene di poter fare senza interferire con la discrezionalità del legislatore, che non a caso viene sempre sollecitato a rivalutare le proprie scelte.

Nei giudizi di legittimità relativi al co. 9 dell'art. 656 Cpp, il riferimento all'art. 4 *bis* Op però segna per la Corte una linea (tendenzialmente) non valicabile anche per un'altra ragione.

Come sopra accennato infatti, la giurisprudenza costituzionale sul punto è ferma nel ritenere sostanzialmente inutile rimuovere l'ostacolo posto all'ingresso di un percorso che per il condannato sottoposto al regime dell'art. 4 *bis* Op sarebbe

[11] «In questa prospettiva, non può ritenersi manifestamente irragionevole la scelta del legislatore di considerare attratte in un unico regime – quanto alla inclusione nel catalogo dei reati di cui all'art. 4-*bis*, comma 1-*ter*, ordin. penit. – le ipotesi aggravate del reato di cui all'art. 291-*bis* del d.P.R. n. 43 del 1973. In particolare, la condotta descritta dall'art. 291-*ter*, comma 1, e quindi l'ipotesi di contrabbando di tabacchi lavorati esteri aggravata dall'uso del mezzo altrui, pur se non accompagnata dalla predisposizione di ostacoli all'attività della polizia, e pur se non caratterizzata dalla presenza di specifici pericoli per l'incolumità pubblica (fattispecie, queste, integranti aggravanti ad effetto speciale), appare comunque assimilabile, per il *quid pluris* che qualifica la condotta, alle altre ipotesi aggravate, piuttosto che all'ipotesi semplice» (5.1 del Considerato in diritto).

praticamente impossibile da portare a compimento, facendo dunque apparire, agli occhi della Corte, ragionevole la preclusione all'ingresso posta dal legislatore.

Si può naturalmente discutere se l'argomento ispirato a 'realismo' più che a 'ragionevolezza' sia davvero solido, ma quel che in ogni caso è chiaro è che la Corte vuole evitare di inserire il cuneo di una pronuncia di legittimità nel monolite della discrezionalità legislativa che governa la scelta dei reati 'ostativi', per non mettere in crisi l'intero modello allestito attorno all'art. 4 *bis* Op dal legislatore, al quale si limita a rivolgere inascoltati appelli.

3.2 Le implicazioni da ultimo ricordate non sussistono invece per le 'altre' ipotesi, quelle cioè non riconducibili all'elenco dell'art. 4 *bis* Op e tuttavia contemplate dal co. 9 dell'art. 656 Cpp tra le eccezioni alla regola della sospensione automatica dell'ordine di esecuzione. Ed è infatti a questa seconda categoria che appartengono i reati espunti dall'area applicativa del citato co. 9 a seguito di sentenze di accoglimento da parte della Corte costituzionale.

In realtà, in un caso l'intervento della Consulta non ha riguardato singole figure di reato, ma ha avuto una portata 'generalizzante'. Con la sentenza 90/2017 è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo - per violazione dell'art. 31 co. 2 Cost., in collegamento con l'art. 27 co. 3 Cost. – l'art. 656 co. 9 lett. *a* Cpp, nella parte in cui non consente la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva nei confronti dei minorenni condannati per i delitti ivi elencati[12].

La Corte ha condivisibilmente ritenuto che il rigido automatismo contenuto nella norma e fondato su di una presunzione di pericolosità legata al titolo di reato, fosse «incompatibile con la necessità di valutazioni flessibili e individualizzate dirette a perseguire, con il recupero del minore, la finalità rieducativa della pena», violando inoltre «il principio della protezione della gioventù, al quale non può ritenersi conforme un regime che - imponendo l'ingresso in carcere del minore utilmente assoggettabile a una misura alternativa ed interrompendo così il percorso rieducativo

[12] Per un commento alla sentenza, P. Maggio, *La Corte costituzionale afferma il diritto del minore alla sospensione dell'esecuzione*, in *PPG* 5/2017, 901 ss.; F. Delvecchio, *La sospensione delle pene detentive brevi per imputati minorenni: dalla crisi del paradigma rieducativo al tramonto degli automatismi legislativi*, in *DPP* 2018, 201 ss.

eventualmente già intrapreso - collide con la funzione rieducativa della pena irrogata al minore»[13].

La sentenza è particolarmente interessante proprio perché mostra come per smontare l'automatismo derogatorio previsto dal co. 9, la Corte abbia dovuto e in questo caso potuto fare leva sulla speciale forza esercitata dalle collegate finalità di recupero del minore e di protezione della gioventù. La disponibilità di questi specifici fattori teleologici 'aggiuntivi' ha quindi consentito di procedere ad un bilanciamento più complesso, in grado di alterare il 'tollerato' (dalla Corte) equilibrio sul quale viene invece fondata la tenuta del sistema presuntivo che si regge sul riferimento all'art. 4 *bis* Op.

Se dunque solo grazie alla presenza e al ruolo di un fattore estrinseco di bilanciamento rappresentato dalle speciali esigenze del minore, la Corte ha ritenuto che fosse possibile scardinare alla radice l'aprioristico automatismo legislativo, ciò dimostra tuttavia che le presunzioni normative, per quanto ragionevoli o 'tollerabili', non devono fare esclusivamente i conti con eventuali valutazioni 'in concreto' - nel nostro caso teoricamente non precluse, bensì solo posticipate rispetto all'inizio della esecuzione - ma anche con interessi (in questo caso quelli del minore), che benché non si siano ancora concretizzati, trovando fondamento in principi costituzionali non derogabili, non possono rischiare di essere frustrati *a priori* mediante scelte ostative di natura astratta.

In ogni caso, a parte la peculiare questione che attiene ai minori, appena si esce dall'area segnata dall'art. 4 *bis* Op l'argomento comparativo sembra riappropriarsi - anche se, come vedremo, con molti limiti - del suo ruolo nello scrutinio di ragionevolezza circa le scelte legislative.

Ciò appare visibile, ad esempio, nella sentenza n. 125 del 2016, che ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 656, comma 9, lettera a), del codice di procedura penale, come modificato dall'art. 2, comma 1, lettera m), del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), convertito, con

[13] Tra i precedenti citati in motivazione, oltre alla sentenza n. 125 del 2016, sulla presunzione di pericolosità posta a base dell'art. 656 co. 9 lett. *a* Cpp, la Corte ricorda anche la sentenza n. 16 del 1998, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 59 della legge n. 689 del 1981, nella parte in cui estendeva agli imputati minorenni le condizioni soggettive in esso previste per l'applicazione delle sanzioni sostitutive. Per quel che invece riguarda i profili relativi alle peculiari esigenze di individualizzazione e flessibilità del trattamento e alla preminenza della funzione rieducativa nel caso di condannati minorenni, vengono richiamate invece le sentenze n. 143 del 1996, n. 125 del 1992, n. 182 del 1991, n. 78 del 1989, n. 128 del 1987, n. 222 del 1983 e n. 46 del 1978.

modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 24/7/2008, n. 125, nella parte in cui stabilisce che non può essere disposta la sospensione dell'esecuzione nei confronti delle persone condannate per il delitto di furto con strappo».

Secondo la Corte, a risultare decisiva in questo caso era la circostanza, evidenziata dal Giudice remittente, che il medesimo divieto non opera rispetto al delitto di rapina (non aggravata), nonostante che «gli indici di pericolosità che possono ravvisarsi nel furto con strappo si rinvengono, incrementati, anche nella rapina».

La Corte, tuttavia, circoscrive la portata dell'argomento comparativo, non ritenendo di poter utilizzare come parametro la sola gravità dei reati considerati (furto con strappo *vs* rapina semplice).

A giudizio della Corte, infatti, va considera anche la contiguità criminologica tra i due delitti, posto che «Non sono rari i casi in cui, nel progredire dell'azione delittuosa, il furto con strappo si trasforma in una rapina, per la necessità di vincere la resistenza della vittima, o anche in una rapina impropria, per la necessità di contrastare la reazione della vittima dopo la sottrazione della cosa. In questi casi, tra il furto con strappo e la rapina si verifica una progressione nell'offesa, in quanto la lesione si estende dal patrimonio alla persona, giungendo a metterne in pericolo anche l'integrità fisica, ed è incongrua la normativa che, pur prevedendo per la rapina una pena assai più grave, riconosce a chi ne è autore un trattamento più vantaggioso in sede di esecuzione della pena».

La disparità di trattamento dunque, appare ingiustificata, «non tanto per la maggiore gravità della rapina rispetto al furto con strappo, quanto per le caratteristiche dei due reati, che non consentono di assegnare all'autore di un furto con strappo una pericolosità maggiore di quella riscontrabile nell'autore di una rapina attuata mediante violenza alla persona».

In un sistema squilibrato e irrazionale come quello sanzionatorio vigente, caratterizzato, tra le altre cose, da dosimetrie astratte spesso alterate ed incongrue, affidarsi al metro dalla misura della pena legislativamente prevista per valutazioni in ordine alla pericolosità presenta certamente più di qualche controindicazione e forse in questo senso appare comprensibile la remora della Corte ad assegnare valore discriminante ad un parametro la cui natura obiettiva, pur al netto delle distorsioni correnti, richiede - ed è proprio quel che fa la Corte - un correttivo utile a traslare il giudizio sul piano della (presumibile) pericolosità dell'autore del fatto.

La vicenda in ogni caso dimostra che il meccanismo del co. 9 dell'art. 656 Cpp, per come è strutturato, impone un ampio e sostanzialmente incondizionato affidamento nella discrezionalità legislativa per la selezione delle ipotesi in cui scatta il divieto in esso previsto, censurabile poi entro limiti assai ristretti (ed oggi quasi esauriti) dal Giudice delle leggi.

La ristrettezza di questi limiti può essere ulteriormente apprezzata nella sentenza n. 216 del 2019, che ha invece ritenuto immune da censure sotto il profilo costituzionale la puntuale eccezione rappresentata dal divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione nei confronti dei condannati per il delitto di furto in abitazione di cui all'art. 624 *bis* co. 1 Cp.

A differenza di quanto avvenuto nel caso (apparentemente) simile affrontato nella sentenza 125/2016 - non a caso evocata dal giudice remittente - la Corte questa volta non si può affidare ad una comparazione 'rafforzata' dall'argomento della contiguità criminologica (vd. *supra*).

La Corte rileva infatti che il furto in abitazione può eventualmente «trasmodare non già nel delitto di rapina semplice, come invece il furto con strappo, bensì in quello di rapina aggravata ai sensi dell'art. 628, co.3 n. 3 *bis* Cp, per essere stato commesso il fatto nei medesimi luoghi indicati dall'art. 624 *bis* co. 1 Cp, ipotesi aggravata compresa nell'elenco dei delitti di cui all'art. 4 *bis*, co. 1 *ter* Op, per la quale pure opera il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione previsto per il (mero) furto in abitazione».

In assenza della 'sponda' esterna utilizzata nella precedente occasione (sent. 125/2016), la valutazione resta dunque circoscritta a quella che la Corte ritiene essere una «discrezionale, e non irragionevole, presunzione del legislatore relativa alla particolare gravità del fatto di chi, per commettere il furto, entri in un'abitazione altrui, ovvero in altro luogo di privata dimora o nelle sue pertinenze, e della speciale pericolosità soggettiva manifestata dall'autore di un simile reato» (punto 3.1.1. del Considerato in diritto).

Secondo l'opinione della Corte, non si tratterebbe, di un «irragionevole e aprioristico automatismo legislativo: il legislatore, infatti, ha, con valutazione immune da censure sul piano costituzionale, ritenuto che – indipendentemente dalla gravità della condotta posta in essere dal condannato, e dall'entità della pena irrogatagli – la pericolosità individuale evidenziata dalla violazione dell'altrui domicilio rappresenti ragione sufficiente per negare in via generale ai condannati per il delitto in esame il beneficio della sospensione dell'ordine di carcerazione, in attesa della valutazione caso

per caso, da parte del tribunale di sorveglianza, della possibilità di concedere al singolo condannato i benefici compatibili con il suo titolo di reato e la durata della sua condanna» (punto 3.1.2. del Considerato in diritto)[14].

A leggere questi passaggi della motivazione si potrebbe rilevare, non senza ragione, che anche in questo caso l'argomentazione posta a fondamento del rigetto della questione risulta forse eccessivamente assertiva, ma per quanto detto sinora e considerato l'atteggiamento costantemente serbato dalla Corte costituzionale in materia, era onestamente difficile attendersi qualcosa di diverso.

Particolare interesse ai nostri fini riveste invece l'immancabile appello finale che i Giudici rivolgono al legislatore, soprattutto se viene letto alla luce di quel che nel frattempo è avvenuto nella legislazione in materia di esecuzione penale.

La Corte, dopo avere ribadito che, salvo il limite della manifesta irragionevolezza, non può negarsi al legislatore un margine di discrezionalità nel definire le categorie di detenuti che possono beneficiare del meccanismo di sospensione automatica dell'ordine di esecuzione o, meglio, nello stabilire quali sono quelli ai quali negare tale beneficio, sposta la sua attenzione e colloca il proprio monito sul piano della coerenza sistematica.

La Consulta infatti segnala al legislatore la «situazione dei condannati nei cui confronti non è prevista la sospensione dell'ordine di carcerazione ai sensi dell'art. 656, comma 5, cod. proc. pen., ai quali – tuttavia – la vigente disciplina sostanziale riconosce la possibilità di accedere a talune misure alternative sin dall'inizio dell'esecuzione della pena: come, per l'appunto, i condannati per i reati elencati dall'art. 656, comma 9, lettera a), cod. proc. pen., diversi da quelli di cui all'art. 4-*bis* ordin. penit. (per i quali

[14] A dire il vero, le modiche all'art. 656 co. 9 Cpp, introdotte con la legge 24 luglio 2008, n. 125 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), non sembrano complessivamente un modello di ragionevolezza, se solo si pensa che tra le nuove eccezioni previste figurava, insieme all'ipotesi oggetto del giudizio di legittimità, anche l'aggravante di cui al n. 11 *bis* dell'art. 61 Cp (l'avere il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale), affetta da clamorosi ed evidenti vizi di illegittimità costituzionale, che hanno portato ad una sua fulminea censura da parte del Giudice delle leggi (sentenza 5 - 8.7.2010, n. 249). A tale proposito e per completezza, si segnale che nel dichiarare la illegittimità costituzionale dell'aggravante da ultimo ricordata, la Corte costituzionale, ha anche dichiarato «in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, l'illegittimità costituzionale dell'art. 656, comma 9, lettera a), del codice di procedura penale, limitatamente alle parole «e per i delitti in cui ricorre l'aggravante di cui all'art. 61, primo comma, numero 11-*bis*), del medesimo codice».

l'accesso ai benefici penitenziari è invece subordinato a specifiche stringenti condizioni)»[15].

La Corte coglie cioè l'intima ed evidente contraddizione di un sistema che, almeno in teoria, consente l'accesso immediato alle misure alternativa a condannati ai quali però nega la sospensione dell'ordine di esecuzione funzionale alla concessione delle stesse misure.

4. A distanza di qualche anno, quella osservazione finale, che come molte altre - *ça va sans dire* - è stata ignorata dal legislatore, deve essere letta anche attraverso la lente delle riforme. In particolare, bisogna tenere conto della scelta che nel frattempo è stata fatta con il d. lgs. 150/2022 (c.d. riforma Cartabia), di consentire l'anticipazione alla fase della cognizione della conversione della pena detentiva in una delle nuove pene sostitutive[16]. I limiti di pena previsti per la conversione sono infatti largamente compatibili con le cornici sanzionatorie dei reati - diversi da quelli previsti dall'art. 4 *bis* Op, che è in ogni caso ostativo all'applicazione delle pene sostitutive - per i quali vige il divieto di cui al co. 9 dell'art. 656 Cpp.

La scelta di campo, almeno in termini di intenti, fatta dal legislatore del 2022 è chiara e non può non riflettersi sulle questioni qui affrontate.

Oggi invero il problema non è o almeno non è solo quello di stabilire se la Corte Costituzionale poteva essere più decisa nell'opera di sfoltimento dell'elenco delle ipotesi derogatorie di cui al co. 9 dell'art. 656 Cpp oppure se gli spazi d'intervento a disposizione della Consulta siano sostanzialmente esauriti. La sintetica ricostruzione

[15] Per quanto l'esperienza applicativa ci dica che si tratta di ipotesi decisamente rara, bisogna infatti ricordare che il co. 3 dell'art. 47 della legge 26.7.1975 n. 354, prevede che «L'affidamento in prova al servizio sociale può essere disposto senza procedere all'osservazione in istituto quando il condannato, dopo la commissione del reato, ha serbato comportamento tale da consentire il giudizio di cui al comma 2».

[16] La nuova disciplina delle pene sostitutive ha ricevuto notevole attenzione da parte della dottrina e i commenti, specifici o nell'ambito di trattazioni più ampie sulla riforma sono assai numerosi. Sull'argomento, tra gli altri, D. Bianchi, *Le modifiche in materia di sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso, Milano, 2023, 83 ss.; E. Dolcini, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, cit.; D. Guidi, *La riforma delle "pene" sostitutive*, in lalegislazionepenale.eu 25.2.2023; A. Gargani, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, *ivi* 20 gennaio 2022; T. Travaglia Cicirello, *La riforma delle sanzioni sostitutive e le potenzialità attuabili del lavoro di pubblica utilità*, *ivi*, 21 settembre 2022; G.L. Gatta, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, cit. 17 ss. Per un sintetico ma efficace quadro generale della disciplina post riforma, P. Troncone, *Manuale di diritto penitenziario e delle misure punitive*, Torino 2023, 83 ss.

del quadro definito dalla sequenza di sentenze di legittimità costituzionale relative a quella discussa norma è servita in realtà a portare alla luce, utilizzando uno dei numerosi angoli di visuale possibili, un tema più profondo ma ben noto, vale a dire l'intreccio di contraddizioni, mezze misure, compromessi e aporie nel quale si sta avvolgendo il sistema della esecuzione penale, nonostante e a volte *a causa* delle riforme, anche quando esse sono animate dalle migliori intenzioni.

Malgrado la relativa limitatezza dell'angolo visuale prescelto, in esito all'*excursus* sulle sentenze della Corte costituzionale che hanno riguardato il co. 9 dell'art. 656 Cpp, è forse possibile azzardare qualche considerazione più ampia sulla rideterminazione degli scenari sistematici seguita all'entrata in vigore del d.lgs. 150/2022.

Il modello - certamente incompiuto - che la riforma ha cercato di implementare, infatti, non può e non deve essere considerato un punto di arrivo, ma una fase di passaggio verso un rinnovamento più profondo dei paradigmi esecutivi, che non potrà ignorare per sempre la ingombrante presenza di automatismi, preclusioni, doppi e tripli binari che oggi condizionano qualsiasi tentativo di razionalizzazione del sistema, oltre a portarlo spesso fuori dai canoni costituzionali.

Per quello che in particolare riguarda il circoscritto ma cruciale tema qui affrontato, la riforma delle pene sostitutive e in particolare la possibilità di una loro applicazione da parte del giudice della cognizione, fa risaltare con particolare evidenzia la 'stravaganza' sistematica rispetto al modello proposto dei divieti contemplati dal co. 9 dell'art. 656 Cpp e in particolare di quelli che non appartengono alla (vasta) area dell'art. 4 *bis* Op.

In questa sede devono necessariamente essere messi da parte, perché fuoriescono dal fuoco della trattazione, tutti i condivisibili dubbi e le riserve, che hanno accompagnato l'approvazione della riforma delle pene sostitutive e la funzionalità della vigente disciplina, che peraltro attengono in larga misura proprio al loro ancora irrisolto rapporto con le misure alternative, che rappresenta, come noto, uno degli aspetti più criticati della riforma[17]. La cosa assume un rilievo del tutto peculiare per il

[17] La criticatissima scelta di non includere l'affidamento in prova tra le pene sostitutive ha innescato una serie di concatenate criticità e generato finanche paradossi applicativi che finiscono per compromettere in larga misura la possibilità che su questo versante la riforma produca gli effetti sperati. Il rilievo forse di maggiore consistenza è rappresentato dalla previsione, che appare confermata dall'osservazione di quanto accade nella prassi post riforma, che i condannati non siano interessati a prestare il consenso alle pene sostitutive, soprattutto ovviamente quelle para-detentive, che in ogni caso sono di immediata esecuzione, considerato che possono attendere in stato di libertà l'esito della richiesta di affidamento in prova, concedibile anche a seguito della

nostro discorso, considerato che, ragionevolmente, proprio l'affidamento in prova è la misura maggiormente candidata ad essere attivata per i reati dei quali stiamo parlando e che già adesso, come la Corte costituzionale ha ricordato nella sentenza 216/2019 (vd. *supra* § 3.2), potrebbe - almeno in teoria - essere addirittura applicata immediatamente.

Il dato che qui interessa isolare attiene infatti agli obiettivi di sistema e alla difficoltà di perseguirli in un contesto ancora contraddittorio quando non apertamente schizofrenico.

La recente riforma delle pene sostitutive, al netto di ogni considerazione sul grado di idoneità degli strumenti disponibili rispetto agli esiti attesi, intende certamente perseguire un obiettivo molto chiaro e, potremmo dire, strategico: contribuire a declinare in termini effettivi l'idea della esecuzione detentiva come *extrema ratio*, evitando anche solo l'inizio di una detenzione non necessaria, perché sostituibile con altra misura meno afflittiva e tuttavia adeguata nel caso concreto agli scopi preventivi della sanzione penale.

Si tratta di una prospettiva teleologica del tutto coincidente con quella che ha guidato il legislatore nel lontano 1998 (legge Saraceni-Simeone), quando è stato introdotto il meccanismo sospensivo previsto dal co. 5 dell'art. 656 Cpp, in posizione 'servente' rispetto alle misure alternative e dunque ai loro scopi.

Tra la legge 27.5.1998, n. 165 e la riforma Cartabia però la evoluzione del sistema esecutivo non si è certo mossa in maniera lineare ed anzi il tentativo di una rappresentazione grafica dell'andamento normativo finirebbe per generare un diagramma impazzito fatto di continui picchi (più di tipo autoritario che umanitario) e cadute (più dei diritti che del rigore).

Gli scompensi sistematici provocati dalla confusa stratificazione di (timidi) passi in avanti nella direzione della decarcerizzazione e riflussi repressivi che affidano al carcere il compito di assecondare la narrazione offerta da un becero populismo penale,

---

esecuzione di una pena sostituiva ma solo dopo la espiazione di metà della pena stessa (art. 47 co. 3-ter l. 26.07.1975 n. 354). Per un articolato e convincente quadro critico, A. Gargani, *'Pene sostitutive' e misure alternative alla detenzione: incongruenze e ineffettività del nuovo assetto legislativo*, in A. Menghini- E. Mattevi (a cura di), *La riforma Cartabia tra non punibilità e nuove risposte sanzionatorie*. Atti del convegno, Trento, 24 e 25 marzo 2023, *Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza* 73/2023, 15 ss. Cfr. anche, tra gli altri, G. De Vero, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: uno sguardo d'insieme,* in *www.lalegislazionepenale.eu,* 2023, 3; D. Guidi, *op. cit.*, 38 ss.; F. Palazzo, *Le linee portanti della riforma Cartabia,* in R. Bartoli, R. Guerrini (a cura di), *Verso la riforma del sistema sanzionatorio. Atti dell'incontro di studio di Siena (10 dicembre 2021),* Napoli 2022, 22.

possono essere facilmente individuati assumendo come punto di osservazione, in questo caso certamente 'privilegiato', l'art. 656 Cpp.

Volendo infatti scegliere, tra le tante possibili, qualche immagine in grado di rappresentare emblematicamente lo 'spirito dei tempi' nel settore della esecuzione penale, il vigente rapporto tra la regola del co. 5 e le eccezioni previste dal co. 9 dell'art. 656 Cpp è in grado di offrirne di particolarmente efficaci.

Basterebbe pensare al permanere della irragionevole asimmetria del meccanismo ostativo qui esaminato con la disciplina delle pene sostitutive, che non sono applicabili agli autori dei reati previsti dall'art. 4 *bis* Op, ma lo sono invece agli altri reati previsti dal co. 9. Pertanto, gli autori di reati 'ostativi' alla sospensione della esecuzione (diversi da quelli previsti dall'art. 4 *bis* Op) potrebbero beneficiare della sostituzione già in fase di cognizione, in quanto l'ordinamento non antepone alcuna presunzione ostativa all'articolata valutazione in concreto che conduce alla sostituzione della pena detentiva, ma se interviene la condanna non sarà più possibile accedere alle misure alternative se ciò non è preceduto da un inizio di esecuzione.

La verità è che il vigente assetto del sistema di alternative alla detenzione, nonostante qualche passo compiuto nella giusta direzione, è ancora lontano dalla razionalizzazione che gli consentirebbe di perseguire con coerenza e maggiore efficacia gli obiettivi che gli sono affidati.

Un sistema razionale eliminerebbe le ambiguità e i compromessi dietro i quali si cela - ma neppure troppo - la tenace resistenza al definitivo rovesciamento della visione carcero-centrica del sistema penale, che per convinzione o timore i decisori politici (di tutti gli schieramenti), a dispetto delle dichiarazioni di intenti, non intendono 'davvero' abbandonare, continuando, al più, ad offrire 'alternative' alla detenzione o allestire regimi esecutivi con un minore tasso di restrizione, ma in funzione pur sempre 'sostitutiva' della esecuzione puramente carceraria, finendo dunque per riconfermare la centralità della opzione detentiva.

Se l'abissale *gap* culturale che il nostro ordinamento ancora non ha colmato continua a far apparire lontano l'auspicabile approdo ad un sistema dove l'*extrema ratio*, presa sul serio, si manifesta (anche) attraverso la previsione già a livello edittale

di pene di tipo non detentivo[18], i tempi sembravano maturi (ma era evidentemente una illusione) quanto meno per uno *step* intermedio.

Per finalità e contesto la riforma Cartabia sembrava in effetti essere l'occasione (a questo punto mancata) adatta per mettere mano ad una più compiuta razionalizzazione del sistema delle alternative alla detenzione, rimasta invece 'a metà del guado' (a voler essere ottimisti), indispensabile premessa per ridurre l'ancor vasto divario che separa la esecuzione penale detentiva – campo privilegiato per le scorribande autoritarie della legislazione recente – e i principi costituzionali[19].

Se ad esempio si guarda all'articolato giudizio che la legge oggi prevede per l'applicabilità, fin dalla fase della cognizione, delle pene sostitutive (art. 545 *bis* Cpp – art. 58 l. 689/81)[20], quel modello appare in grado di gestire (senza le attuali complicazioni e sovrapposizioni) le valutazioni relative alla concreta praticabilità di tutte le alternative al carcere, alle quali, ovviamente, dovrebbe sempre essere possibile accedere anche in corso di esecuzione, in ottica trattamentale[21].

È chiaro poi che, per quel che riguarda i profili qui evidenziati, in scenari di riforma come quelli ai quali si è appena accennato, il meccanismo sospensivo previsto dal co.

---

[18] Sul punto cfr. F. Palazzo, *Uscire dal disordine sanzionatorio*, in *RIDPP* 1/2022, 468, che osserva con chiarezza e disincanto che proprio la scelte di puntare (ancora) sulle pene sostitutive «dimostra che non siamo ancora maturi per compiere l'ultima tappa del processo di erosione della pena carceraria [...] L'opzione legislativa a favore delle pene alternative edittali comporterebbe delle difficoltà di natura tecnica e sistematica di non poco momento poiché si tratterebbe [...] di disciplinare l"'innesto" - per così dire - delle nuove pene sull'intera trama del sistema complessivo cui esse sono totalmente sconosciute». Anche secondo E. Dolcini, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, cit., 3: «L'ampliamento della tipologia delle pene principali» rappresenta «la strada maestra» da percorre per «ridurre la pena detentiva al ruolo residuale che le è assegnato dalla Costituzione». Questa opinione è d'altra parte largamente condivisa dalla dottrina penalistica. Nello stesso senso, fra gli altri, A. Gargani, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, cit., 15 ss.; C. Perini, *Le pene alternative edittali: il progetto e la politica criminale*, in *RIDPP* 1/2022, 279 ss.; A. Costantini, *Prospettive di riforma della detenzione domiciliare tra pena principale e sanzione sostitutiva: verso un reale superamento della prospettiva carcerocentrica?, ivi, 312.*

[19] Per un'ampia, documentata e approfondita analisi, A. Menghini, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, cit., *passim*.

[20] A. Abbagnano Trione, *Le latitudini applicative della commisurazione e della discrezionalità nel sistema delle pene sostitutive*, in *lalegislazionepenale.eu*, 27.12.2022.

[21] In tal senso, secondo A. Gargani, *'Pene sostitutive' e misure alternative alla detenzione,* cit. 42 ss., «In un'ottica di razionalizzazione, sarebbero auspicabili l'anticipazione alla fase di cognizione di tutte le alternatività carcerarie suscettibili di applicazione *ab origine* (semilibertà, detenzione domiciliare, affidamento in prova) e la contestuale soppressione delle misure alternative della semilibertà, detenzione domiciliare e affidamento in prova applicabili *ab initio*».

5 dell'art. 656 Cpp non avrebbe ragione di esistere[22], portando via con sé anche le distorsioni che ha generato sul piano applicativo.

Ancor di più, un sistema sanzionatorio che fosse finalmente e realmente tarato sull'idea che la esecuzione in forma detentiva rappresenta davvero la *extrema ratio*, sarebbe concettualmente e funzionalmente incompatibile con l'intero compendio, frammentario e irrazionale, di automatismi presuntivi tutti a sfavore del reo disseminati nel sistema della esecuzione penale e che trova il suo culmine nel gigantismo polimorfico e disomogeneo dell'art. 4 *bis* Op e dei suoi ramificati effetti ostativi.

[22] A. Della Bella, *Idee in vista di un intervento legislativo finalizzato alla razionalizzazione del sistema delle misure sospensivo-probatorie*, in *RIDPP* 1/2022, 205 ss.