

SOSPENSIONE DELL'ORDINE DI ESECUZIONE E AFFIDAMENTO IN PROVA: LA CORTE COSTITUZIONALE RICUCE IL FILO SPEZZATO DAL LEGISLATORE

Nota a [C. cost., 6 febbraio 2018 \(dep. 2 marzo 2018\), n. 41, Pres. Red. Lattanzi](#)

di Daniele Vicoli

Abstract. *Nel dichiarare la parziale illegittimità dell'art. 656 comma 5 c.p.p., la sentenza della Corte costituzionale n. 41 del 2018 ha ripristinato equilibri sistemati che, nella trama dell'evoluzione normativa, risultavano smarriti. Il fulcro della pronuncia è rappresentato dal nesso che lega il regime sospensivo dell'ordine di esecuzione alla misura alternativa dell'affidamento in prova. Ne deriva che, tra i rispettivi limiti di pena, sussiste un tendenziale parallelismo, la cui frattura comporta uno scrutinio particolarmente rigoroso. La declaratoria è densa di implicazioni, che rilevano anche in chiave retroattiva.*

SOMMARIO: 1. Il *dictum*: la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 656 comma 5 c.p.p. – 2. Il cardine della sentenza: il tendenziale parallelismo sistematico tra sospensione dell'ordine di esecuzione e affidamento in prova. – 3. Gli equilibri tra regola ed eccezioni: il richiamo a forme di scrutinio particolarmente rigorose. – 4. Gli effetti della declaratoria di illegittimità tra presente e passato.

1. Il *dictum*: la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 656 comma 5 c.p.p.

Scandita da interventi serrati, la stagione normativa *post* sentenza Torreggiani ha lasciato in eredità un mosaico dai molteplici tratti innovativi¹.

In un contesto di riscoperta sensibilità – sebbene indotta da pragmatiche ragioni di deflazione carceraria – per gli scopi fissati dall'art. 27 comma 3 Cost., il disegno teso a favorire un più ampio ricorso alle misure alternative palesava un evidente *deficit* di coerenza. Una volta elevata a quattro anni di pena detentiva la soglia per la fruibilità, anche senza osservazione intramuraria, dell'affidamento in prova (art. 47 comma 3-bis ord. penit.)², il rigore sistematico avrebbe imposto di adeguare a tale disciplina il congegno regolato dall'art. 656 comma 5 c.p.p. E invece quest'ultimo, pur modificato con

¹ V. AA. VV., *Emergenza carceri*, a cura di R. Del Coco-L. Marafioti-N. Pisani, Torino, 2014; AA. VV., *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, a cura di F. Caprioli-L. Scomparin, Torino, 2015; A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014.

² Inserito dall'art. 3 comma 1 d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. in l. 21 febbraio 2014, n. 10.

il richiamo alle ipotesi di detenzione domiciliare *ex art. 47-ter* comma 1 ord. penit.³, faceva registrare una stridente inerzia legislativa: fermo a tre anni il limite di pena (da espiare in concreto) che in via generale vincolava il pubblico ministero a sospendere l'ordine di esecuzione.

Di conseguenza, a risultare tradita era la logica *in origine* ispiratrice del meccanismo sospensivo: garantire, con alcune eccezioni, ai condannati che, alla luce del *quantum* di pena da scontare, avessero titolo per beneficiarne⁴, un canale di accesso alla misura alternativa “direttamente” dalla libertà⁵.

A questa distonia ha posto rimedio la sentenza in commento, giunta – all'esito di un breve ma solido *iter* argomentativo – a sancire l'illegittimità costituzionale dell'art. 656 comma 5 c.p.p. nella parte in cui 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».

Invero, di fronte ai rilievi espressi da più voci⁶, il legislatore non era rimasto immobile: in linea con una puntuale direttiva della delega per la riforma penitenziaria (art. 1 comma 85 lett. c, legge 23 giugno 2017, n. 103), lo schema di decreto varato dal Governo si fa carico anche di modificare l'art. 656 comma 5 c.p.p. in modo da ristabilire una doverosa simmetria con i presupposti dell'affidamento in prova. Nel giocare d'anticipo, al quadro in divenire danno risalto gli stessi giudici costituzionali: il richiamo serve, sia pure in via indiretta, a irrobustire le fondamenta della decisione e, inoltre, veicola l'auspicio di una supplenza solo temporanea⁷, sebbene – come si dirà⁸ – gravida di implicazioni dovute agli effetti *ex tunc* della diagnosi d'incostituzionalità.

2. Il cardine della sentenza: il tendenziale parallelismo sistematico tra sospensione dell'ordine di esecuzione e affidamento in prova.

La premessa di fondo da cui muove la Corte è di estrema linearità: è radicato nel sistema un tendenziale parallelismo tra il tetto di pena *ex art. 656* comma 5 c.p.p. e quello che connota l'istituto dell'affidamento.

³ Ad opera del d.l. 1° luglio 2013, n. 78, conv. in l. 9 agosto 2013, n. 94.

⁴ Nel caso da cui è scaturita la pronuncia, la pena da eseguire era di tre anni, undici mesi e diciassette giorni: chiamato a decidere sull'istanza del condannato volta a far dichiarare la temporanea inefficacia dell'ordine *ex art. 656* c.p.p., il giudice dell'esecuzione, ritenuta impraticabile un'esegesi adeguatrice, ha investito della questione di legittimità la Corte costituzionale.

⁵ V. L. BARONTINI, *L'affidamento in prova al servizio sociale “allargato” e mancato “allargamento” del termine di sospensione dell'ordine di esecuzione*, in *questa Rivista*, 5 febbraio 2016, p. 5 s.; A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri*, cit., p. 105; C. FIORIO, *Diritto penitenziario e giurisprudenza di Strasburgo*, in *PPG*, f. 4, 2014, p. 122; B. LAVARINI, *Ordine di esecuzione e meccanismi sospensivi*, in *AA. VV.*, *Sovraffollamento carcerario*, cit., p. 37.

⁶ V., oltre alle fonti citate *supra*, nota 5, i contributi di S. CARNEVALE, C. FIORIO e L. KALB in *AA. VV.*, *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, a cura di G. Giostra-P. Bronzo, Roma, 2017, p. 135 s.

⁷ Sulla riforma, anche per lo stato attuale del «lungo e travagliato percorso» – ancora oggi *in itinere* – che l'ha caratterizzata, v. G. GIOSTRA, [La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione](#), in *questa Rivista*, 9 aprile 2018, p. 1 s.

⁸ V. *infra*, § 4.

Viene così riaffermata, con toni perentori, la centralità di un legame funzionale che riveste importanza primaria nel definire gli snodi della fase esecutiva. Al fine d'individuare i requisiti per la concedibilità dei principali benefici penitenziari, al legislatore competono scelte discrezionali che si muovono in un ambito autonomo rispetto a quello riguardante l'ordine di esecuzione. S'intende dire che, in chiave metodologica, non avrebbe alcun senso proiettare in avanti, cioè nell'orbita delle condizioni per l'accesso alle misure alternative, regole dettate per stabilire tempi e modi della relativa richiesta. Tale autonomia, però, cede il passo ad una forma di osmosi quando s'invertono i termini del ragionamento. Nell'ottica seguita dall'art. 656 c.p.p., cioè quella di configurare un automatismo sospensivo temperato da alcune deroghe, il legislatore non può perdere di vista il piano dei presupposti sostanziali; anzi, è indefettibile un'esigenza di coordinamento, allo scopo di raccordare le dinamiche della procedura esecutiva ai requisiti applicativi delle diverse misure. Ne deriva che le soglie di pena fissate dall'art. 656 comma 5 c.p.p. devono essere calibrate proprio su quelle che permettono di beneficiare delle misure alternative⁹. E la sequenza di questa relazione è chiara: sono le seconde ad influenzare le prime, in quanto – per regola generale – è irragionevole non sospendere l'ordine ove l'entità della pena consentirebbe di espiarla in regime *extramoenia*.

Il concetto è sintetizzato con poche, efficaci parole dai giudici costituzionali: si palesano «profili di incoerenza sistematica ogni qual volta venga spezzato il filo che lega la sospensione dell'ordine di esecuzione alla possibilità riconosciuta al condannato di sottoporsi ad un percorso risocializzante [tale da non includere] il trattamento carcerario». È proprio questa la situazione che si è determinata con l'innesto nell'art. 47 ord. penit. del comma 3-bis senza un analogo ritocco verso l'alto del limite di pena rilevante ai fini dell'art. 656 comma 5 c.p.p. A certificare il vizio che, nella fattispecie normativa esaminata, altera lo schema relazionale messo a fuoco dalla Corte è la fisionomia del caso di affidamento in prova "allargato": il tenore della previsione non lascia dubbi sulla platea dei destinatari, tra i quali rientrano anche i condannati in libertà. Su questo piano, è quindi sterile lo sforzo di tracciare, all'interno dell'art. 47 ord. penit., un *discrimen* che è del tutto sguarnito di appigli: si registra una piena equiparazione¹⁰, che di conseguenza «reclama» l'adeguamento del meccanismo sospensivo volto a favorire l'accesso al beneficio¹¹.

⁹ In tal senso, di grande efficacia sono le parole di F. DELLA CASA, *Art. 1 L. 27.5.1998, n. 165*, in *LP*, 1998, p. 770, che ragiona in chiave di «"taratura"» del congegno sospensivo sulla disciplina sostanziale delle misure alternative.

¹⁰ Da quella che agli occhi della Corte è una conclusione piana si era allontanata la giurisprudenza di legittimità, incline – nel tentativo di salvare l'asimmetria dell'art. 656 comma 5 c.p.p. – a cogliere discutibili elementi distintivi tra l'ipotesi base di affidamento in prova (art. 47 comma 1 ord. penit.) e quella di nuovo conio: in quest'ultimo caso, sarebbe di ostacolo alla sospensione il carattere discrezionale del giudizio – rimesso al tribunale di sorveglianza – sulla concedibilità della misura (Cass., sez. I, 30 novembre 2017, n. 1784, Marchese, in *C.e.d. Cass.*, rv. 272055; Cass., sez. I, 21 settembre 2017, n. 46562, Gjini, *ivi*, rv. 270923).

¹¹ Va evidenziato come dalla sentenza in esame potrebbero derivare tensioni sistematiche sul versante dell'art. 275 comma 2-bis c.p.p., nella parte in cui stabilisce il divieto, salve le eccezioni previste, di applicare la misura cautelare della custodia in carcere ove il giudice ritenga che, nel caso di condanna, la pena

Così definite le coordinate di riferimento, nessun cenno viene fatto a possibili soluzioni interpretative utili a sanare la discrasia rilevata. Simili percorsi – in un primo momento battuti¹² ma ben presto abbandonati¹³ dalla Corte di cassazione – trovavano un ostacolo insuperabile nel dato testuale, che solo un'esegesi creativa avrebbe permesso di scardinare. Il silenzio sul punto si risolve in una implicita ratifica della posizione espressa dal giudice *a quo*, che aveva escluso la possibilità di una lettura correttiva – sollecitata dal condannato – dell'art. 656 comma 5 c.p.p.

3. Gli equilibri tra regola ed eccezioni: il richiamo a forme di scrutinio particolarmente rigorose.

Significativi sono anche i passaggi dedicati alle «ipotesi di cesura» di quel parallelismo che rappresenta la regola aurea: il legislatore ha titolo per delinearle secondo opzioni di politica criminale, ma il ruolo ancillare dell'art. 656 comma 5 c.p.p. rispetto alle finalità delle misure alternative rende particolarmente rigoroso il controllo di legittimità costituzionale.

Nell'economia della decisione, il monito non assume particolare peso: la scelta normativa censurata si colloca ampiamente sotto l'asticella della ragionevolezza, al punto da restituire l'immagine di un «legislatore che smentisce se stesso»; apre, però, una finestra su altri nodi problematici di cui risente la disciplina chiamata a modulare l'*incipit* della fase esecutiva. All'enfasi nell'evocare un sindacato che osservi le cadenze dello *strict scrutiny* segue, sia pure a titolo esemplificativo, il richiamo all'art. 656 comma 9 lett. a c.p.p. Al riguardo, la Corte riconosce che è ammesso individuare fattispecie tali da suggerire l'immediata efficacia dell'ordine di esecuzione, per poi menzionare i criteri guida allo stato impiegati; e cioè: per i reati dell'art. 4-bis ord. penit., un regime di accesso alle misure alternative molto stringente; per quelli ulteriori fuori da tale elenco, i sintomi di una speciale pericolosità.

Al contempo, però, i giudici costituzionali non esitano a tratteggiare l'orizzonte di scenari futuri che li dovessero vedere protagonisti: gli approdi del vaglio di legittimità sui casi eccezionali ricordati e su altri analoghi dipenderanno «dall'adeguatezza degli indicatori che nella visione del legislatore dovrebbero opporsi all'esigenza della coerenza sistematica, fino a poter prevalere su di essa».

detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni. La genesi di tale disposizione ne rivela il collegamento con quelle in tema di sospensione dell'ordine ex art. 656 c.p.p. (v. M.G. COPPETTA, *Le modifiche al comma 2-bis dell'art. 275 c.p.p. e il d.l. 26 giugno 2014*, n. 92, in AA. VV., *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di L. Giuliani, Torino, 2015, p. 37). La Corte costituzionale, però, si astiene dal fare applicazione dell'art. 27 l. 11 marzo 1953, n. 87, che consente di dichiarare le c.d. illegittimità consequenziale (al riguardo, v. A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 5ª ed., Torino, 2014, p. 244 s.). La questione, tuttavia, non è da considerare risolta: se sollevata, potrà essere oggetto di un autonomo scrutinio.

¹² Cass., sez. I, 31 maggio 2016, n. 51864, Fanini, in *C.e.d. Cass.*, rv. 270007, in virtù di un'interpretazione di tipo sistematico ed evolutivo dell'art. 656 comma 5 c.p.p.

¹³ Cass., sez. I, 30 novembre 2017, n. 1784, Marchese, cit.; Cass., sez. I, 21 settembre 2017, n. 46562, Gjini, cit.

In simile prospettiva, l'accento va a cadere sull'idoneità del parametro "qualitativo" – basato sulla figura criminosa per cui è intervenuta la condanna – a fungere da bussola di percorsi differenziati: risponde, infatti, a questa logica il comune denominatore dell'art. 656 comma 9 lett. *a* c.p.p.

Il tema è complesso, ma alcuni spunti di riflessione si possono isolare. È vero che il rinvio all'art. 4-*bis* ord. pen. permette di mantenere un rapporto di simmetria con quei reati i cui autori sono destinatari di regole più severe, tali da escludere la fruibilità delle misure alternative ovvero giustificarla solo grazie ai risultati dell'osservazione nell'istituto di pena¹⁴. Tale corrispondenza, però, non esaurisce gli spazi del sindacato di legittimità: vi è il rischio che, nelle maglie normative della legislazione per cataloghi, si annidino inclusioni irragionevoli, in quanto abbracciano delitti privi dei requisiti strutturali imposti dalla *ratio* selettiva; inoltre, è sempre attivabile il controllo che si fonda sul modello triadico, per cui una scelta differenziatrice può rivelarsi ingiustificata alla luce del trattamento "ordinario" dettato per una fattispecie di gravità equivalente o superiore.

Lungo la prima direttrice, a suscitare dubbi sono a maggior ragione i delitti non ricompresi nel perimetro dell'art. 4-*bis* ord. penit. La frattura dell'automatismo sospensivo fa leva sulla pericolosità desunta da un indice (il titolo di reato) che risulta congruo solo ove, secondo un *test* "statistico," non sia «"agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa»¹⁵. In breve, se la gamma di condotte idonee a integrare il paradigma legale è molto variabile (si pensi al furto in abitazione *ex* art. 624-*bis* c.p.), lo schema astratto di ragionamento perde forza e solidità¹⁶.

Va detto che le forme di scrutinio in esame acquisterebbero una notevole spinta se agganciate all'art. 27 comma 3 Cost. Questo, tuttavia, è un passo che, almeno per ora, i giudici costituzionali sembrano guardare con una certa cautela¹⁷. Lo testimonia, per alcuni aspetti, la sentenza *de qua*, che pure ha il pregio di valorizzare, in modo cristallino,

¹⁴ Lo osserva, per poi formulare una serie di rilievi critici, F. DELLA CASA, *Art. 1*, cit., p. 773.

¹⁵ Corte cost., sent. n. 139/2010, secondo una prospettiva poi ripresa da Corte cost., sent. n. 265/2010, che ha inaugurato la stagione delle declaratorie d'illegittimità "in serie" dell'art. 275 comma 3 c.p.p. A quest'ultimo riguardo, in un ricco panorama bibliografico, v. S. CARNEVALE, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare*, in AA. VV., *La riforma delle misure cautelari*, cit., p. 113 s.; E. MARZADURI, *Continua la bonifica costituzionale nei confronti dei meccanismi presuntivi di accertamento della sussistenza delle esigenze cautelari*, in LP, 2013, f. 4, p. 1065; T. RAFARACI, *Omicidio volontario e adeguatezza della custodia cautelare in carcere: la Consulta censura la presunzione assoluta*, in GC, 2011, p. 3722.

¹⁶ L'art. 656 comma 9 lett. *a* c.p.p. è stato dichiarato illegittimo, per violazione dell'art. 3 Cost., 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» (Corte cost., sent. n. 125/2016). Tuttavia, a fondare la pronuncia non è una diagnosi di intrinseca irragionevolezza ma un giudizio triadico, nel cui ambito il *tertium comparationis* è rappresentato dalla rapina, reato (per caratteristiche omogeneo al furto con strappo) per il quale – ove non ricorra l'ipotesi aggravata dell'art. 628 comma 3 c.p. – non opera la deroga alla sospensione dell'ordine di esecuzione.

¹⁷ Di grande respiro è, tuttavia, Corte cost., sent. n. 90/2017, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 656 comma 9 lett. *a* c.p.p. nella parte in cui «non consente la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva nei confronti dei minorenni condannati per i delitti ivi indicati», perché «in contrasto con l'art. 31 comma 2 Cost., nel suo collegamento con l'art. 27 comma 3 Cost.».

il nesso tra la sospensione dell'ordine e le misure alternative, fino – come detto – a far intravedere ulteriori sviluppi. Giunta al momento *clou*, la Corte opta per una strada meno “impegnativa” e ritiene violato il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), disatteso senza una valida ragione giustificatrice e con l'effetto di riservare destini opposti a situazioni uguali: sul terreno dell'art. 656 comma 5 c.p.p. è circostanza neutra che il condannato debba espriare una pena detentiva non superiore a tre ovvero a quattro anni.

Da questo angolo visuale, si avverte il senso di un'occasione mancata per affermare che gli equilibri delineati dall'art. 656 c.p.p. sono sensibili ad un vaglio la cui matrice è la finalità rieducativa della pena.

4. Gli effetti della declaratoria di illegittimità tra presente e passato.

Per gli ordini da emettere in epoca successiva alla declaratoria d'illegittimità, è agevole fare luce sul relativo regime: la sospensione scatta ove la pena in concreto da eseguire non superi i quattro anni; e ciò, *per relationem* («[n]ella situazione considerata dal comma 5»), anche nel caso di condannato che si trovi agli arresti domiciliari, con simultaneo inoltro degli atti al tribunale di sorveglianza (art. 656 comma 10 c.p.p.). Di riflesso, è sul nuovo *standard* che va parametrato il calcolo *ex art. 656 comma 4-bis c.p.p.* («quando la residua pena da espriare [...] non supera i limiti indicati dal comma 5») riferito – anche ai fini del comma 10 – alla potenziale incidenza della liberazione anticipata.

Ne deriva una semplificazione del quadro normativo, poiché le soglie di pena rilevanti si riducono a due: quattro anni in via generale; sei anni nelle ipotesi speciali contemplate dagli artt. 90 e 94 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309. Nel mutato scenario, a perdere ragion d'essere è il riferimento ai casi dell'art. 47-*ter* comma 1 c.p.p., per i quali era già previsto il tetto dei quattro anni. Tale risvolto è da accogliere con favore: vengono superati gli ostacoli operativi dovuti alla difficoltà per il pubblico ministero di conoscere in anticipo e sulla base di canali autonomi gli elementi sintomatici di quelle peculiari circostanze soggettive che sono richieste ai fini della detenzione domiciliare “umanitaria”¹⁸.

Ben più difficile è stabilire quale sia la sorte degli ordini di esecuzione anteriori all'intervento della Corte e non sospesi in quanto relativi a pene comprese nel *range* fra tre e quattro anni¹⁹.

In materia, può rivelarsi forte la tentazione di fare appello al canone *tempus regit actum*, secondo il quale gli effetti di un atto restano regolati dalla disciplina in vigore nel

¹⁸ V., per tale rilievo, B. LAVARINI, *Ordine di esecuzione*, cit. p. 34, che osservava come sulle spalle del condannato finisse per ricadere un onere dimostrativo, «in palese contraddizione con la ratio della sospensione officiosa dell'ordine di esecuzione».

¹⁹ A tali casi sono si aggiungono quelli in cui, per effetto delle eventuali detrazioni a titolo di liberazione anticipata (art. 656 comma 4-*bis* c.p.p.), la pena da espriare era suscettibile di risultare pari o inferiore a quattro anni.

momento in cui si è perfezionato²⁰. Ne discenderebbe, nella specifica vicenda, la tesi di una persistente validità dei provvedimenti “a monte” della sentenza in esame.

Aderire a questo schema logico significherebbe ignorare che la pronuncia costituzionale d'accoglimento ha natura solo dichiarativa del vizio²¹, la cui diagnosi «[estingue] anche per il passato, e quindi “retroattivamente”, l'efficacia della norma giudicata illegittima»²². Il fenomeno è agli antipodi di quello modificativo legato alla successione di leggi: in tale ipotesi, la vecchia disciplina continua a governare, *ratione temporis*, gli atti compiuti²³. Così non è, invece, quando all'origine dello *ius superveniens* vi sia una sentenza della Consulta²⁴.

Significative conferme arrivano dalla recente elaborazione giurisprudenziale in tema di pena *contra legem*. Alcuni dei principi affermati in quel contesto sono di portata generale e, quindi, riferibili anche alle disposizioni processuali. In particolare, ad avviso delle Sezioni unite – che hanno sposato la linea indicata in tempi lontani dai giudici costituzionali²⁵ – le norme colpite da illegittimità costituzionale perdono efficacia *ex tunc* e non possono assumersi «a canoni di valutazione di qualsivoglia fatto o rapporto, pur se venuto in essere anteriormente alla pronuncia della Corte»²⁶.

A restare intangibili solo esclusivamente le c.d. situazioni esaurite²⁷. Pertanto, il nodo da sciogliere è se a tale novero sia da ricondurre il caso dell'ordine emesso prima che l'art. 656 comma 5 c.p.p. venisse censurato per violazione dell'art. 3 Cost.

La risposta deve essere di segno negativo. In tal senso, militano le tendenze evolutive appena richiamate, in base alle quali il rapporto di natura esecutiva che nasce dall'irrevocabilità della condanna si esaurisce solo «con la consumazione o l'estinzione della pena»²⁸. Se, fino a tale momento, le norme sostanziali su cui si fonda il titolo (650

²⁰ V. O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, p. 129.

²¹ A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti*, cit., p. 154.

²² In base all'art. 30 comma 3 l. 11 marzo 1953, n. 87, «le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla sentenza». Per l'inquadramento di tale disposizione, v. E. MALFATTI-S. PANIZZA-R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, 5ª ed., Torino, 2016, p. 125 s.

²³ È questo il caso, a titolo esemplificativo, degli interventi (frutto del d.l. 1º luglio 2013, n. 78, conv. in l. 9 agosto 2013, n. 94) sull'elenco dei reati ostativi ex art. 656 comma 9 lett. a c.p.p.: v., anche per le questioni di diritto intertemporale, B. LAVARINI, *Ordine di esecuzione*, cit., p. 41 s.

²⁴ È quindi inconferente richiamare l'orientamento espresso da Cass., Sez. un., 30 maggio 2006, n. 24561, Aloï, in *CP*, 2006, p. 4378, secondo cui «le disposizioni concernenti l'esecuzione delle pene detentive e le misure alternative alla detenzione, non riguardando l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena, ma soltanto le modalità esecutive della stessa, non hanno carattere di norme penali sostanziali e pertanto (in assenza di una specifica disciplina transitoria) soggiacciono al principio *tempus regit actum*, e non alle regole dettate in materia di successione di leggi penali nel tempo dall'art. 2 c.p. e dall'art. 25 Cost.».

²⁵ Corte cost., n. 49/1970, che, riconosciuta la proiezione retroattiva dell'art. 30 comma 3 l. n. 87 del 1953, ne afferma la conformità all'art. 136 comma 1 Cost., a sua volta da leggere in simbiosi con l'art. 1 l. cost. 9 febbraio 1948, n. 1, da cui si ricava l'obbligo per il giudice – ove emerga una questione di legittimità ritenuta rilevante – di non applicare la norma “sospettata” e quindi di adire la Consulta.

²⁶ Cass., Sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, in *C.e.d. Cass.*, rv. 260695-260700, § 5.1 del considerato in diritto.

²⁷ Sulle coordinate definitorie di tale categoria, v. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, 5ª ed., Milano, 2008, p. 246 s.

²⁸ Cass., Sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, cit., § 8.1 del considerato in diritto.

c.p.p.) non possono sottrarsi alla forza retroattiva che la declaratoria d'illegittimità è suscettibile di esplicitare, analogo approccio deve valere per quelle di natura processuale deputate – come l'art. 656 c.p.p. – a stabilire le scadenze della fase esecutiva.

Al di là di questo indirizzo, a pesare sono rilievi che s'ispirano a una logica più "tradizionale": nel campo degli effetti a ritroso delle sentenze costituzionali d'accoglimento, un argine non è «ravvisabile nella semplice realizzazione dell'atto o nella necessità di una sua valutazione solo "indiretta", intesa come valutazione della conformità dell'atto già compiuto al suo modello legale»²⁹. In altre parole, ritenere che l'ordine, una volta vista la luce, integri gli estremi di un rapporto giuridico ormai esaurito sarebbe il modo per veicolare un'applicazione mascherata – da bandire – del canone *tempus regit actum*.

La tesi qui sostenuta trova appigli anche nel *dictum* della Corte, nella parte in cui il *vulnus* al principio di uguaglianza viene correlato a specifici profili lesivi: il legame teleologico sussistente tra il meccanismo sospensivo e l'art. 47 comma 3-*bis* ord. penit.; le «garanzie apprestate in ordine alle modalità di incisione della libertà personale». Sulla base di tali coordinate, un limite preclusivo è da collegare all'iniziativa del condannato che dal carcere abbia avanzato richiesta per beneficiare di misure alternative e alla conseguente decisione sfavorevole del tribunale di sorveglianza. Solo in tale ipotesi può ritenersi che gli effetti della disposizione illegittima si siano consolidati e, pertanto, risultino impermeabili alla declaratoria della Corte costituzionale³⁰.

Sul piano operativo, il rimedio, da preferire anche per motivi d'immediatezza, è quello affidato in "autotutela" al pubblico ministero: la revoca dell'ordine³¹ (il che – è ovvio – determina il ritorno in libertà del condannato) e la contestuale emissione di un provvedimento sospeso *ex art. 656 comma 5 c.p.p.*³². Dall'altro lato, alla persona detenuta spetta, oltre a quella di sollecitare il pubblico ministero, la facoltà di rivolgersi al giudice dell'esecuzione perché dichiari la temporanea inefficacia dell'ordine, cioè per un termine di trenta giorni funzionale al deposito dell'istanza di misure alternative³³.

²⁹ O. MAZZA, *La norma processuale penale*, cit., p. 325.

³⁰ Va notato come anche tale fattispecie ostativa svanirebbe nell'ottica – prima richiamata – secondo cui il rapporto esecutivo, ai fini dell'art. 30 comma 3 l. 11 marzo 1953, n. 87, resta "vivo" fino all'intervenuta espiazione della pena.

³¹ Sulla revocabilità dei provvedimenti adottati nella fase esecutiva dal pubblico ministero, v. F. CAPRIOLI-D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, 2^a ed., Torino, 2011, p. 143.

³² Nel caso dell'art. 656 comma 10 c.p.p., va ripristinata la detenzione in ambito domiciliare e gli atti devono essere trasmessi al tribunale di sorveglianza. Assume, inoltre, rilievo l'ipotesi considerata *supra*, nota 19: ristabilito lo *status* anteriore all'emissione dell'ordine, il pubblico ministero deve compulsare il magistrato di sorveglianza; intervenuta la decisione in tema di liberazione anticipata, saranno adottati i provvedimenti *ex art. 656 commi 5 e 10 c.p.p.*

³³ È questo l'indirizzo seguito dalla giurisprudenza di legittimità in una fattispecie analoga, cioè quella dell'ordine che il pubblico ministero erroneamente non abbia sospeso: v. Cass., sez. I, 13 ottobre 2009, n. 41592, Dello Russo, in *C.e.d. Cass.*, rv. 245568; Cass., sez. I, 23 marzo 1999, n. 2430, Kola, *ivi*, rv. 213875).