

# La «retroattività» incerta di una sentenza della Corte costituzionale: brevi note sull'applicazione della decisione n. 41 del 2018\*

di Chiara Bologna \*\*  
(22 maggio 2018)

## 1. Il *decisum* della sentenza n. 41

Con la decisione n. 41 del 2018 la Corte costituzionale ha dichiarato fondata la questione relativa all'illegittimità costituzionale dell'art. 656 c. 5 del codice di procedura penale, «nella parte in cui si prevede che il pubblico ministero sospende l'esecuzione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, quando essa sia non superiore a tre anni, anziché a quattro»<sup>1</sup>. Sulla base della norma impugnata, il pubblico ministero emette automaticamente un decreto di sospensione dell'esecuzione della pena quando questa sia non superiore a tre anni, per permettere al condannato di presentare istanza per ottenere una misura alternativa alla detenzione ed evitare l'ingresso negli istituti carcerari. Il giudice *a quo* ha sollevato questione di legittimità costituzionale per violazione degli art. 3 e 27 Cost. in quanto la disposizione, così formulata, non prevedrebbe il medesimo trattamento per coloro che vogliano richiedere il c.d. affidamento in prova allargato (introdotto dal d.l. 146 del 2013), che può essere concesso quando la pena sia non superiore a quattro anni, diversamente dal «tradizionale» affidamento in prova ai servizi sociali che può essere concesso quando la pena non superi i tre. Secondo il giudice rimettente, la mancata sospensione dell'ordine di carcerazione per coloro che possano richiedere questa nuova misura alternativa, e il loro automatico ingresso nelle strutture di detenzione, violerebbero sia la finalità rieducativa della pena ex art. 27 Cost., sia l'art. 3 Cost., per l'irragionevole differenza di trattamento rispetto a coloro che abbiano una pena sino a tre anni e cui venga sospeso l'ordine di esecuzione della stessa (evitando il contatto con la realtà carceraria), in attesa che il tribunale di sorveglianza decida sulla concessione della misura alternativa.

Quest'ultimo è il profilo valorizzato dalla Corte costituzionale, che ritiene fondata la questione ex art. 3 Cost., sottolineando il «carattere complementare»<sup>2</sup> che l'art. 656 c. 5 avrebbe rispetto alla possibilità di accedere a misure alternative. Lo stesso legislatore, come nota la Corte, ha negli anni preservato il parallelismo tra i termini che permettevano di accedere a misure alternative e quelli che implicavano la sospensione automatica dell'esecuzione della pena, modificando i secondi ogni volta che interveniva sui primi. Anche nel caso di specie tale sembrerebbe l'*intentio legislatoris*: non è stata ancora esercitata, infatti, come rileva la Corte, la delega conferita dalla legge n. 103 del 2017 che prevede, fra l'altro, che sia elevato a quattro anni il termine per la sospensione dell'esecuzione della pena. Il mancato esercizio della delega<sup>3</sup>, tuttavia, fa sì che nel caso *de quo* il parallelismo tra termine per accedere alla misura e termine per la sospensione dell'ordine di carcerazione sia «derogato senza adeguata ragione giustificatrice, dando luogo a un trattamento

\*Scritto sottoposto a *referee*.

1 Sui profili processual-penalistici della sentenza v. D. Vicoli, *Sospensione dell'ordine di esecuzione e affidamento in prova: la Corte costituzionale ricuce il filo spezzato dal legislatore*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 4/2018, 89 ss.

2 Vedi Corte cost. sent. n. 41/2018, punto 4 *Cons. dir.*

normativo differenziato di situazioni da reputarsi uguali quanto alla finalità intrinseca alla sospensione dell'ordine di esecuzione della pena»<sup>4</sup>, finalità riconducibile all'obiettivo di sottrarre all'esperienza carceraria chi possa accedere a misure alternative. La norma è pertanto illegittima nella parte in cui prevede la sospensione dell'esecuzione della pena quando essa sia non superiore a tre anni anziché a quattro.

## 2. Incertezze sull'applicazione della sentenza: Procure diverse, orientamenti diversi

La sentenza n. 41, pubblicata il 7 marzo 2018, ha immediatamente sollevato dubbi circa la sua applicazione, dubbi concretizzatisi in distinte prese di posizione di varie Procure generali presso le Corti d'appello. Pur nell'ambito di una varietà di questioni, due sono i quesiti principali che dividono le Procure generali: il primo, se la sentenza della Corte costituzionale sia o meno applicabile ai condannati con una pena superiore ai tre anni ma inferiore ai quattro, per i quali si sia già data esecuzione alla sentenza di condanna e che si trovino dunque in stato di detenzione; il secondo, se il *decisum* della Corte costituzionale debba essere eventualmente applicato a tali soggetti d'ufficio, su iniziativa del pubblico ministero, o su richiesta di parte. Pur avendo tale ultima questione processual-penalistica alcuni risvolti di tipo costituzionalistico (non ultimo il ruolo del pubblico ministero quale «organo di giustizia»<sup>5</sup>), il profilo che ci pare di maggior interesse è costituito dai dubbi circa l'applicabilità della decisione della Corte a coloro per i quali sia stato già emesso l'ordine di carcerazione, ma la cui pena sia non superiore a quattro anni. Per tali soggetti alcune Procure generali hanno proposto di distinguere gli ordini di carcerazione emessi ma non eseguiti, cui la sentenza sarebbe stata applicabile, da

---

<sup>3</sup> La delega è stata esercitata alcuni giorni dopo la pubblicazione della sentenza n. 41, attraverso l'adozione, da parte del Consiglio dei Ministri, dello schema di decreto legislativo dedicato alla «Riforma dell'ordinamento penitenziario in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere a), b), c), d), e), f), h), i), l), m), o), r), s), t), e u) della legge 23 giugno 2017, n. 103» (v. Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 74, del 16 marzo 2018), il quale modifica l'art. 656 c. 5 c.p.p. prevedendo (v. art. 5, c. 1, lett a, punto 4 dello schema di decreto consultabile all'indirizzo [http://www.governo.it/sites/governo.it/files/Schema\\_del\\_Decreto\\_Legislativo.pdf](http://www.governo.it/sites/governo.it/files/Schema_del_Decreto_Legislativo.pdf)) che l'ordine di esecuzione della pena sia sospeso quando quest'ultima sia non superiore a quattro anni. L'iter di approvazione del decreto non si è tuttavia completato. Il testo approvato dal Consiglio dei ministri il 16 marzo è stato trasmesso alle Camere a causa del mancato recepimento di alcune indicazioni delle Commissioni Giustizia di Camera e Senato. L'art. 1 c. 83 della legge delega prevede infatti che «il Governo, qualora non intenda conformarsi ai pareri parlamentari, trasmette nuovamente i testi alle Camere con le sue osservazioni e con eventuali modificazioni, corredate dei necessari elementi integrativi di informazione e motivazione. I pareri definitivi delle Commissioni competenti per materia e per i profili finanziari sono espressi entro il termine di dieci giorni dalla data della nuova trasmissione. Decorso tale termine, i decreti possono essere comunque emanati». L'emanazione definitiva del decreto non è tuttavia ancora avvenuta, travolta dall'*impasse* istituzionale creatosi dopo le elezioni politiche del 4 marzo: le nuove commissioni parlamentari non sono state ancora formate, le commissioni speciali per l'esame degli atti del Governo (v. Lattuca E., *La Commissione speciale per l'esame degli atti del Governo come strumento ordinario di avvio della legislatura*, in Forum di Quaderni costituzionali, Rassegna n. 4/2018) non hanno sino ad ora esaminato il decreto legislativo in oggetto (v. Atto governo n. 17: <http://www.camera.it/leg18/142v>. [http://www.camera.it/leg18/1327?shadow\\_organoparlamentare=2854](http://www.camera.it/leg18/1327?shadow_organoparlamentare=2854)) e il dimissionario (23 marzo) Governo Gentiloni non ha ovviamente provveduto all'approvazione definitiva.

<sup>4</sup> Vedi Corte cost. sent. n. 41/2018, punto 7 *Cons. dir.*

<sup>5</sup> Zanon N., *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova, Cedam, 1996, 97 ss.

quelli già eseguiti, cui sarebbe stata invece inapplicabile; altre Procure generali hanno sostenuto, in maniera più radicale, che la sentenza sarebbe stata non applicabile a tutti gli ordini di carcerazione già emessi (eseguiti e non), trattandosi di rapporti esauriti anche qualora il condannato stesse ancora espiando la pena. Non mancano, tuttavia, le ricostruzioni di altre Procure generali che ritengono invece applicabile la sentenza a tutti coloro che stiano scontando una pena non superiore a quattro anni e ai quali non sia stato sospeso l'ordine di esecuzione della pena medesima<sup>6</sup>.

Su un punto, invece, non pare esservi stata divergenza fra le Procure generali: l'inapplicabilità dell'art. 30 c. 4 della l. 87 del 1953, che riserva alle sole pronunce di incostituzionalità relative a norme di diritto penale sostanziale la cessazione degli effetti e dell'esecuzione anche di sentenze irrevocabili di condanna. La Corte di cassazione ha infatti già affermato che «le disposizioni concernenti le misure alternative alla detenzione, in quanto non riguardano l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena, ma attengono soltanto alle modalità esecutive della pena irrogata, non hanno carattere di norme penali sostanziali»<sup>7</sup>. Il caso di specie è relativo dunque, concordemente, agli effetti temporali di una decisione di incostituzionalità relativa a una norma processuale penale. La citata diversità degli orientamenti emersi nelle Procure generali è in effetti comprensibile proprio alla luce della decennale incertezza sull'efficacia temporale di questo genere di sentenze, incertezza alimentata, a partire dagli anni sessanta, dalla c.d. «guerra tra le due Corti»<sup>8</sup>.

Se infatti vi è sempre stato consenso in dottrina e giurisprudenza sull'inapplicabilità del quarto comma dell'art. 30, con la conseguente inidoneità delle sentenze di incostituzionalità a travolgere il giudicato penale, quando oggetto della decisione fosse una norma processuale, divergenze interpretative sono invece sorte, tra Corte costituzionale e Corte di cassazione, riguardo l'applicabilità «retroattiva»<sup>9</sup> del giudicato costituzionale, nel caso in cui fosse dichiarata illegittima una norma processuale penale. Il giudice delle leggi ha infatti in più occasioni ribadito l'efficacia *pro praeterito* delle sue sentenze<sup>10</sup> anche in tali circostanze, mentre il giudice di legittimità l'ha sostanzialmente negata, ritenendo che la declaratoria di

---

6 Ricostruisce le posizioni delle varie Procure generali A. Gialanella, *La Corte costituzionale, nel silenzio del legislatore delegato e nel contrasto tra i giudici di legittimità, apre a più ampi limiti la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva*, in *Questione Giustizia*, 19 marzo 2018.

7 Vedi Cass. Sez. U. n. 24561, del 30/5/2006, punto 7 *Motivi della decisione*, in riferimento proprio all'art. 656 c.p.p.

8 V. Mazza M., *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, Giuffrè, 1999, 331.

9 Usiamo questo termine tra virgolette poichè, come è stato notato, non di tecnica retroattività si tratta: v. Zagrebelsky G., Marcenò V., *Giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2012, 266, e Pinardi R., *La Corte, i giudici e il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1993, 21 ss.

10 V. Corte cost. sentt. nn. 127/1966, 49/1970. La Corte costituzionale, tuttavia, pur riaffermando l'efficacia *pro praeterito* delle decisioni di incostituzionalità ha, come è stato scritto, «chiuso un occhio» sulla giurisprudenza della Cassazione, considerando i problemi relativi all'efficacia retroattiva delle sue decisioni «problemi di interpretazione» che «devono pertanto essere risolti dai giudici comuni, nell'ambito delle rispettive competenze istituzionali»: v. Corte cost. n. 49 del 1970, punto 3 *Cons. dir.* su cui Elia L., *La Corte ha chiuso un occhio (e forse tutti e due)*, in *Giur. cost.*, 1970, 946 ss. Ricostruisce la giurisprudenza costituzionale in materia D'amico M., *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni d'incostituzionalità*, Milano, Giuffrè, 113 ss.

incostituzionalità precludesse solo l'*applicazione diretta* delle norme incostituzionali, permettendo invece un'*applicazione indiretta* di esse «comprensiva anche di ogni operazione di utilizzazione *ex post* degli atti già compiuti e dei loro risultati»<sup>11</sup>. L'orientamento della Cassazione, motivato dal timore che l'irretroattività delle sentenze di incostituzionalità producesse sconvolgimenti nell'economia dei processi, è stato tuttavia gradualmente superato dal giudice di legittimità a partire dagli anni ottanta<sup>12</sup>, con una serie di decisioni che hanno invece considerato travolti dalla declaratoria di incostituzionalità atti processuali già compiuti, ribadendo però contestualmente l'intangibilità dei rapporti esauriti. Negli anni successivi, l'esigenza di preservare atti processuali, pur non più esplicitata, non è tuttavia scomparsa dalla giurisprudenza di merito e legittimità, volta ad individuare, come è stato notato, «segmentazioni, all'interno dei procedimenti penali, tali da dar corpo alle più varie forme di decadenze o di preclusioni, con conseguente moltiplicarsi di quei "rapporti esauriti"»<sup>13</sup>, che la stessa Corte costituzionale riconosce quale limite alla retroattività delle proprie decisioni. A questo orientamento paiono dunque riconducibili le decisioni dei giudici dell'esecuzione, che hanno negato la scarcerazione ai detenuti che chiedevano l'applicazione del *decisum* della sent. 41, sostenendo che l'art. 656 c. 5 c.p.p. sia «norma che disciplina il momento genetico dell'esecuzione della pena, che è altra cosa dall'intero corso dell'esecuzione stessa», facendo sì che «il rapporto giuridico sotteso alla norma in questione», una volta avviata l'esecuzione della pena, possa ritenersi «interamente esaurito»<sup>14</sup>.

### 3. Norme processuali penali e «rapporti esauriti»

L'identificazione della categoria dei «rapporti esauriti» compete, come è stato da tempo sottolineato, allo specifico settore giuridico cui la norma dichiarata incostituzionale appartiene: è un problema di «diritto legislativo» che si lega ai limiti che «la legislazione prevede circa la possibilità di discussione e ridiscussione, di definizione e ridefinizione giudiziale di rapporti giuridici»<sup>15</sup>. Solo l'efficacia *pro futuro* delle sentenze di incostituzionalità e la disapplicazione nel giudizio *a quo* della norma impugnata sarebbero infatti diretta conseguenza, rispettivamente, dell'art. 136 Cost. e dell'art. 1 della l. cost. n. 1 del 1948. A sostegno dell'applicabilità della sentenza n. 41 a coloro per i quali l'esecuzione della pena risulta già avviata vi sono, in effetti, indicazioni della stessa Cassazione penale, la quale è sembrata, in alcune occasioni, indicare che la fase dell'esecuzione implica un rapporto non esaurito fino alla consumazione o estinzione della pena.<sup>16</sup> L'applicabilità a tali soggetti della decisione della Corte costituzionale trae però, ci sembra, ulteriore fondamento dai principi costituzionali coinvolti, principi che dovrebbero guidare il giudice di merito, ed

---

11 Chiavario M., *Norme processuali penali nel tempo: sintetica rivisitazione (a base giurisprudenziale) di una problematica sempre attuale*, in *La Legislazione Penale*, sez. Studi, 1 agosto 2017, 12.

12 Vedi Cass. Sez. U. n. 7233, del 7/7/1984, e, per altri riferimenti, Cerri A., *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2008, 249-250.

13 Chiavario M., *Norme processuali penali nel tempo: sintetica rivisitazione (a base giurisprudenziale) di una problematica sempre attuale*, cit., 16

14 Tribunale di Bologna, Giudice dell'esecuzione, N. SIGE: 2018/99, 21 marzo 2018.

15 Zagrebelsky G., Marcenò V., *Giustizia costituzionale*, cit., 353 e, nello stesso senso, già Zagrebelsky G., *Giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1977, 173.

eventualmente quello di legittimità, nell'attività di definizione/interpretazione della nozione di rapporto esaurito nel caso di specie. La stessa giurisprudenza recente delle Sezioni Unite penali relativa agli effetti retroattivi delle sentenze d'incostituzionalità di norme processuali penali è stata, d'altro canto, «sospinta», come è stato sottolineato, «dal *favor* per la libertà personale»<sup>17</sup>, centrale anche nel caso *de quo*.

Il diniego di applicazione della sent. n. 41 a coloro che ne abbiano fatto richiesta tramite incidente di esecuzione non ha rappresentato infatti un sacrificio del diritto di difesa ex art. 24 Cost., diritto spesso compresso dalla giurisprudenza che ha negato efficacia retroattiva alle decisioni di incostituzionalità relative a norme processuali penali, ma ha rappresentato un radicale e *diretto* sacrificio del *favor libertatis*. Questo, peraltro, in mancanza delle esigenze di economia processuale (anch'esse fondate in Costituzione tramite il principio della ragionevole durata del processo), che sono state sempre alla base della giurisprudenza di legittimità che ha limitato gli effetti retroattivi di tali decisioni: l'applicazione della sentenza della Corte ai richiedenti non avrebbe implicato infatti l'annullamento di prove irripetibili, nullificando o rallentando un processo in corso, ma avrebbe comportato «solo» la restituzione della libertà a soggetti in attesa della decisione del tribunale di sorveglianza o comunque legittimati a presentarvi istanza, in coerenza sia con una maggiore garanzia della libertà personale ex art. 13 Cost., sia con la finalità rieducativa della pena, incrinata dalla permanenza nelle strutture carcerarie di soggetti potenzialmente destinatari di misure alternative alla detenzione, nate appunto per evitare con quelle strutture ogni contatto<sup>18</sup>.

\*\* Professoressa associata di Diritto costituzionale, Università di Bologna

---

16 Vedi i ricchi riferimenti giurisprudenziali in Gialanella A., *La Corte costituzionale, nel silenzio del legislatore delegato e nel contrasto tra i giudici di legittimità, apre a più ampi limiti la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva*, cit., 7 ss. e in particolare Cass., Sez. un. pen., n. 42858, del 29/5/2014.

17 Cerri A., *Corso di giustizia costituzionale*, cit., 250.

18 L'argomentazione secondo cui l'avvenuto ingresso in carcere avrebbe compromesso irrimediabilmente la *ratio* dell'art. 656 c. 5 c.p.p., contribuendo a rendere il rapporto esaurito (vedi la decisione del giudice dell'esecuzione citata in nota 14), non ci pare fino in fondo convincente: se il *telos* della norma è effettivamente evitare anche il solo contatto con le strutture di detenzione per coloro che possano richiedere misure alternative, prolungare la permanenza in tali strutture, anche se per un breve periodo, appare in contrasto con la *ratio* della norma che continua, in questo modo, ad essere frustrata.