

I NUOVI DIVIETI DI SOSPENSIONE DELL'ESECUZIONE DELLA PENA DETENTIVA

LEONARDO DEGL'INNOCENTI*

SOMMARIO: 1. I divieti di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva anteriormente alla recente modifica legislativa – 2. I nuovi divieti di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva.

1. I divieti di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva anteriormente alla recente modifica legislativa

L'art. 656 comma 5 c.p.p., così come modificato dall'art. 4-*undevicies* lett. a) della legge 21.02.2006 n. 49 di conversione del d.l. 30.12.2005 n. 272, prevede che, qualora la pena detentiva da eseguire, anche se costituente residuo di maggior pena, non è superiore a tre anni od a sei anni nei casi contemplati dagli artt. 90 e 94 d.p.r. 09.10.1990 n. 309 (Testo Unico Stupefacenti), il Pubblico Ministero ne sospende l'esecuzione, salvo quanto previsto dai commi 7 (la sospensione non può essere disposta più di una volta) e 9 (divieti di sospensione) dello stesso art. 656 c.p.p.

Il citato comma 9 dell'art. 656 c.p.p. prevede, appunto, tre ipotesi, contemplate dalle lettere a), b) e c), in presenza delle quali la sospensione dell'esecuzione di cui al comma 5 non può essere disposta.

Prima di esaminare le modifiche introdotte, dapprima, dal c.d. decreto sicurezza e, successivamente, dalla legge di conversione del decreto stesso, appare opportuno esaminare, sia pure brevemente, ciascuna di dette ipotesi¹.

La lettera a) del comma 9 dell'art. 656 c.p.p. stabilisce che la

* Magistrato

¹ Sull'art. 656 c.p.p. v., tra gli altri e da ultimo, KALB, *sub art. 656 c.p.p.*, in GIARDA-SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato* (a cura di), 3 ed., Milano, 2007, pp. 5863 ss. nonché, con riferimento alle modifiche legislative antecedenti al c.d. pacchetto sicurezza, DEGL'INNOCENTI, *Le cause di non sospensione dell'esecuzione della pena detentiva ex art. 656 comma 9 c.p.p. alla luce delle recenti modifiche legislative*, in *Rass. Pen. Crim.* 1/2007, pp. 35 ss.

sospensione dell'esecuzione della pena detentiva non può essere disposta nei confronti dei condannati per delitti di cui all'art. 4-bis della legge 26.07.1975 n. 354 (Ordinamento penitenziario: O.P.), salvo che, in ossequio al principio del *favor rei*, il condannato abbia già interamente espiato la quota di pena imputabile al reato ostativo in custodia cautelare².

Senza potere, in questa sede, procedere ad un'analisi dettagliata del descritto divieto di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva è, comunque, rilevante, per individuare compiutamente la portata della modifica legislativa in esame, evidenziare come detto divieto operi anche nell'ipotesi in cui sia intervenuta, per uno dei delitti previsti dall'art. 4-bis O.P., una sentenza di "patteggiamento" ed anche quando, essendo indicato nel più volte menzionato art. 4-bis un reato soltanto nella forma aggravata, la sentenza (di condanna o, appunto, di "patteggiamento") abbia ritenuto l'equivalenza o la prevalenza, su tale aggravante contestata, delle attenuanti.

È stato, infatti, osservato al riguardo dalla Suprema Corte di Cassazione che il giudizio di comparazione può comportare l'elisione dell'aggravante soltanto *quoad poenam*, ma non escluderla dalla fattispecie criminosa della quale essa fa parte come elemento accessorio tipizzante la condotta dell'agente³.

Per completezza, deve, infine, essere ricordato come:

I) l'art. 4-undevicies lett. d) della L. n. 49/2006 abbia, però, previsto un'eccezione al divieto di sospensione in esame stabilendo che lo stesso non deve essere applicato nei confronti di coloro che si trovino agli arresti domiciliari disposti ai sensi dell'art. 89 d.p.r. n. 309/1990 (così come modificato dall'art. 4-sexies L. 49/2006);

II) di contro, il divieto di sospensione dell'esecuzione in esame opera, fatto appunto salvo il caso contemplato dall'art. 89 d.p.r. n. 309/1990, anche nella fattispecie prevista dal successivo comma 10 e cioè qualora il condannato per uno dei delitti di cui all'art. 4-bis O.P. si trovi, per il fatto oggetto della condanna da eseguire, agli

² *Cfr.*, in termini e da ultimo, Cass. pen., sez. I, 31.05.2005, De Carlo.

³ *Cfr.*, in termini, Cass. pen., sez. I, 6.07.2005, Posada Suescun, ove si precisa come la soluzione interpretativa non sia affetta da illegittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3 e 27 comma 3 Cost., posto che non è irrazionale, ed appartiene alla scelta discrezionale del legislatore, affidare al titolo del commesso reato una presunzione di particolare – od al contrario di ridotta – pericolosità del condannato – per di più in modo non assoluto potendo detta presunzione essere superata, in concreto e ricorrendo determinate condizioni, nel procedimento di Sorveglianza; nello stesso senso *cfr.*, anche con riferimento alla sentenza di "patteggiamento", Cass. pen., sez. II, 28.06.2000, Grasso.

arresti domiciliari⁴.

Per concludere in merito all'analisi del divieto di sospensione dell'esecuzione delle pene detentive previsto dalla lett. a) dell'art. 656 c.p.p., occorre evidenziare come la Corte di Cassazione abbia affermato, a Sezioni Unite, che detto divieto, che riguardava le condanne per associazione per delinquere finalizzata alla commissione di delitti di violenza sessuale, ma non anche quelle per i delitti-fine elencati nell'art. 4-bis O.P., cui la norma processuale faceva rinvio, per effetto della modifica dell'art. 4-bis cit. effettuata dall'art. 15 della L. 38/2006, opera, dopo l'entrata in vigore di detta legge, anche per gli specifici delitti in materia sessuale di cui agli artt. 609-bis e ss. c.p., pure commessi al di fuori del vincolo associativo e che, non avendo la nuova disciplina natura di norma penale sostanziale, per il principio *tempus regit actum* trova immediata applicazione per tutti i procedimenti esecutivi non ancora esauriti al momento dell'entrata in vigore della legge n. 38/2006⁵.

La lettera b) del comma 9 dell'art. 656 c.p.p. stabilisce, poi, il divieto di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva nei confronti di coloro che, per il fatto oggetto della condanna da eseguire, si trovano, al momento in cui la relativa sentenza diviene esecutiva, in stato di custodia cautelare in carcere.

Infine la lettera c) dell'art. 656 comma 9 c.p.p., introdotta dall'art. 9 della legge 05.12.2005 n. 251 (c.d. legge ex-Cirielli), prevede come la sospensione dell'esecuzione non possa essere disposta nei confronti dei condannati ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99 comma 4 c.p., così come modificato dall'art. 4 della stessa legge⁶.

In argomento occorre rammentare che, avendo la legge n. 251/2005 limitato l'ambito di operatività dell'istituto della recidiva ai soli delitti dolosi, il divieto di sospensione dell'esecuzione in esame non può trovare applicazione allorché la recidiva reiterata sia stata applicata in caso di condanna per contravvenzioni o delitti colposi⁷.

Con specifico riferimento alla recidiva, occorre evidenziare che, mentre è sicuramente irrilevante la c.d. recidiva di fatto, desumibile dalla pluralità di condanne che figurano nel certificato

⁴ Cfr., tra le tante e da ultimo, Cass. pen., sez. I, 08.02.2008, Marzullo.

⁵ Cfr. Cass. pen., sez. un., 30.05.2006, Aloï, in *R. Pen.* 2/2007, pp. 214 e 221.

⁶ Sulla recidiva v., per tutti, VALLINI, *sub art. 99*, in PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, IV ed., Milano, 2007, pp. 699 ss.

⁷ Cfr. Cass. pen., sez. I, 25.05.2006, Foria.

penale⁸, la Corte di Cassazione ha avuto modo ripetutamente di osservare che la recidiva reiterata non può dirsi applicata qualora il giudice della cognizione abbia dichiarato prevalenti le circostanze attenuanti – al riguardo deve essere ricordato come l'art 69 comma 4 c.p., modificato sul punto dalla legge n. 251/2005, preveda, ora, che le circostanze attenuanti, *in primis* le attenuanti generiche di cui all'art 62-bis c.p., non possono essere ritenute prevalenti rispetto alla recidiva reiterata – poiché in tal caso la recidiva, non incidendo sull'entità della pena, non produce, in concreto, nessuno degli effetti che le sono propri⁹.

Deve, poi, ritenersi che il divieto di sospensione in oggetto riguardi soltanto l'esecuzione della condanna aggravata dalla recidiva ai sensi dell'art. 99 comma 4 c.p., così come si evince dal raffronto con le altre ipotesi, già esaminate, previste dalle lett. a) e b) del comma 9 dell'art. 656 c.p.p.¹⁰.

La preclusione *de qua* riveste, infine, natura di norma processuale e non è soggetta, come tale, al principio di irretroattività della legge sfavorevole, con conseguente applicabilità anche alle sentenze passate in giudicato anteriormente all'entrata in vigore della

⁸ Cfr., in ordine all'impossibilità di desumere la recidiva dall'esame del certificato penale, Cass. pen., sez. I, 28.06.2006, Lucchese nonché Cass. pen., sez. I, 13.7.2006, Piccinino ove si afferma che non opera il divieto di cui all'art. 655 comma 9 lettera c) c.p.p. qualora la recidiva sia stata contestata genericamente senza menzionare l'ipotesi specifica di cui all'art. 99 comma 4 c.p.; cfr., in argomento, anche Cass. pen., sez. VI, 16.09.2004, Bonfanti, a tenore della quale "in tema di patteggiamento, al fine della preclusione prevista dall'art 444, comma 1 bis c.p.p., non è sufficiente che dal certificato penale emerga una situazione riportabile alla recidiva ex art 99, 4 comma c.p., ma occorre una specifica declaratoria della recidiva stessa, che ne presuppone la rituale contestazione". *Contra*, in materia di c.d. patteggiamento allargato, Cass. pen., sez. IV, 20.09.2005, Pesce, e Cass. pen., sez. II, 27.10.2005, Canale, che afferma l'irrelevanza del giudizio di bilanciamento.

⁹ Cfr., in termini e tra le altre, Cass. pen., sez. IV, 26.06.2007, Muserra; Cass. pen., sez. I, 22.11.2006, Raso; Cass. pen., sez. I, 25.10.2006, Di Munno; Cass. pen., sez. I, 11.10.2006, Cuzzovaglia; Cass. pen., sez. I, 28.09.2006, Buonomo; Cass. pen., sez. I, 22.09.2006, Steiner; Cass. pen., sez. I, 22.09.2006, Helt; Cass. pen., sez. I, 21.09.2006, Vecchia; Cass. pen., sez. I, 11.07.2006, De Rosa e Cass. pen., sez. I, 27.06.2006, Debuggias.

¹⁰ Così FIORENTIN, *Giro di vite sui tossicodipendenti*, in *Guida al Diritto – Dossier n. 1/2006*, p. 86, il quale osserva come "... non vi siano argomenti interpretativi di forza tale da rompere la coerenza interna della norma con riferimento alla lettera c) di nuova introduzione che ha formulazione stilisticamente affine a quella di cui alla lettera a)". Nello stesso senso cfr., da ultimo, Cass. pen., sez. I, 05.12.2007, Miano e Cass. pen., sez. I, 30.01.2007, Lebiati, ove si precisa che argomenti a sostegno di detta conclusione sono ricavabili anche, *a contrario*, dall'art. 47-ter comma 01 O.P., introdotto dall'art. 7 comma 2 della legge n. 251/2005, che, nel fissare l'ambito di applicabilità della detenzione domiciliare "... quale forma alternativa alla reclusione in carcere in relazione alla pena per qualunque reato – salvo quelli ostativi tassativamente elencati nel medesimo articolo – nei confronti di persona che, al momento dell'inizio dell'esecuzione della pena o dopo l'inizio della stessa, abbia compiuto i settanta anni di età, prevede espressamente, tra l'altro, che deve trattarsi di soggetto che non "sia mai stato condannato" con l'aggravante di cui all'art. 99 c.p."

legge n. 251/2005¹¹.

Analogamente a quanto sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità in relazione al divieto di cui alla lettera a), risulta sostenibile che, anche nel caso contemplato dalla lett. c), se la sentenza di condanna con la quale è stata applicata la recidiva reiterata è stata assorbita in un provvedimento di cumulo, debba trovare applicazione, in ossequio al menzionato principio del *favor rei*, la regola che impone di effettuare lo scioglimento del cumulo *in bonam partem*.

Da quanto esposto discende che, imputato l'eventuale presoferto alla pena qualificata dalla recidiva, il Pubblico Ministero può procedere alla sospensione dell'ordine di carcerazione rispetto alle pene inflitte con le altre sentenze comprese nel provvedimento di cumulo, ove ne ricorrano le condizioni.

Per completezza occorre evidenziare che, giusto il disposto dell'art 4 della legge n. 49/2006 *"ai condannati tossicodipendenti o alcooldipendenti, che abbiano in corso al momento del deposito della sentenza definitiva, un programma terapeutico di recupero presso i servizi pubblici per l'assistenza ai tossicodipendenti ovvero nell'ambito di una struttura autorizzata nei casi in cui l'interruzione del programma può pregiudicarne la disintossicazione. In tal caso il pubblico ministero stabilisce i controlli necessari per accertare che il tossicodipendente o l'alcooldipendente prosegua il programma terapeutico fino alla decisione del Tribunale di Sorveglianza e revoca la sospensione dell'esecuzione quando accerta che la persona lo ha interrotto"*.

¹¹ Così, esattamente, Cass. pen., sez. I, 09.05.2006, Rea. Nello stesso senso cfr. Cass. pen., sez. I, 16.11.2006, Marziano; Cass. pen., sez. I, 25.10.2006, Di Munno cit.; Cass. pen., sez. I, 05.10.2006, D'Agostino; Cass. pen., sez. I, 28.09.2006, De Gaudi; Cass. pen., sez. I, 21.09.2006, Vecchia cit.; Cass. pen., sez. I, 19.09.2006, Carderopoli; Cass. pen., sez. I, 14.07.2006, Maggiore e Cass. pen., sez. I, 11.07.2006, De Rosa cit. la quale afferma come la nuova disciplina nulla abbia innovato in tema di definizione della recidiva reiterata. In argomento occorre ricordare come la Corte Costituzionale abbia, con sentenza 7.06.2006 n. 257, in *Giust. Pen.* 2006-I, p. 295, dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 30-*quater* O.P., introdotto dalla legge n. 251/2005, nella parte in cui non prevede che il beneficio del permesso premio possa essere concesso sulla base della normativa previgente ai condannati che, antecedentemente alla data di entrata in vigore della citata legge n. 251/2005, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto, così implicitamente accogliendo la tesi giusta la quale la disciplina restrittiva introdotta dalla legge c.d. ex-Cirielli si applica anche ai condannati autori di reati commessi anteriormente alla data di entrata in vigore della legge stessa. Analogamente e più di recente, la Corte Costituzionale ha, con sentenza 16.03.2007 n. 79, in *Guida al Diritto* 14/2007, p. 58, con nota di FIORENTIN nonché in *Dir. Pen. Proc.* 12/2007, p. 1595, con nota di DEGL'INNOCENTI-FALDI, dichiarato l'illegittimità costituzionale dei commi 1 e 7-*bis* dell'art. 58-*quater* della legge n. 354/1975, introdotti dall'art. 7 commi 6 e 7 della legge n. 251/2005, nella parte in cui non prevedono che i benefici previsti dalle norme censurate possono essere concessi, sulla base della normativa previgente, ai condannati che, prima dalla data di entrata in vigore della citata legge, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti. Sul punto cfr. anche Cass. pen., sez. I, 10.07.2006, Debuggias cit.

2. I nuovi divieti di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva

L'art. 2 lettera m) del d.l. 23.05.2008 n. 92, concernente "*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*" (c.d. Decreto sicurezza), aveva modificato l'art. 656 comma 9 lettera a) c.p.p. escludendo la possibilità di sospendere l'esecuzione della pena detentiva anche nei confronti dei condannati per i delitti di cui agli artt. 423-*bis* c.p. (incendio boschivo), 600-*bis* c.p. (prostituzione minorile), 624-*bis* c.p. (furto in abitazione e furto con scasso) e 628 c.p. (rapina non aggravata).

L'art. 2 lettera m) della legge 24.07.2008 n. 125, di conversione con modificazioni del predetto decreto legge, ha escluso, tra il catalogo dei delitti per i quali sussiste il divieto di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, quelli di cui agli artt. 600-*bis* c.p. e 628 c.p., includendovi, invece, il delitto di furto (art. 624 c.p.) in presenza di due o più aggravanti tra quelle indicate dall'art. 625 c.p. nonché tutti i delitti in cui "*ricorre*" l'aggravante prevista dall'art. 61 comma 1 n. 11-*bis*) c.p.

Per concludere il raffronto tra le previsioni originarie del decreto legge e quelle della legge di conversione, occorre notare come il reato di cui all'art. 600-*bis* primo comma c.p. è, comunque, compreso, tra quelli contemplati dall'art. 4-*bis* O.P.

Venendo, ora, all'esame dei nuovi divieti di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, introdotti dalla legge n. 125/2008, occorre evidenziare come sia stato affermato, in dottrina, che "*il legislatore, sospinto da esigenze più o meno contingenti, anziché tracciare un disegno complessivo coerente, come poteva essere quello al quale egli aveva fatto riferimento richiamando la disposizione di cui all'art. 4-*bis* ord. pen., che, come noto, contempla un elenco di reati rispetto ai quali opera il divieto di concessione dei benefici, si è affidato ad un approccio casistico, completamente svincolato dal sistema contenuto nell'ordinamento penitenziario continuando, peraltro, quel processo di smantellamento dell'impianto già intrapreso dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*"¹².

Ciò ricordato, deve, quindi, essere subito evidenziato un dubbio interpretativo attinente alla fattispecie della condanna per il delitto di furto in presenza di due o più aggravanti tra quelle indicate dall'art. 625 c.p.

In proposito occorre, infatti, osservare come non risulti eviden-

¹² DIDI, *Norme in materia di sequestri ed esecuzione penale*, in SCALFATI, *Il decreto sicurezza* (a cura di), Torino, 2008, p. 141.

te se il divieto di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva sussista, oltre che nel caso in cui ricorrano due o più delle circostanze aggravanti contemplate nei numeri da 1) a 8) del primo comma dell'art. 625 c.p., anche nell'ipotesi prevista dal secondo comma dello stesso articolo 625 c.p. e cioè quando una di dette aggravanti concorra con altra fra quelle indicate dall'art. 61 c.p.

Sul punto, va, innanzitutto, rilevato che, rinviando genericamente l'art. 2 lettera m) della legge n. 125/2008 a tutte le aggravanti previste dall'art. 625 c.p., appare maggiormente fondata l'opzione interpretativa a tenore della quale il divieto in esame sussiste anche ove una delle aggravanti ad effetto speciale in oggetto concorra con un'aggravante comune.

Tale conclusione appare, poi, confermata dal fatto che il secondo comma dell'art. 625 c.p. equipara, quanto a trattamento sanzionatorio e quindi a gravità, le due ipotesi sopra descritte.

Ulteriore e più complessa questione interpretativa è quella costituita dal significato da attribuire all'espressione "ricorre" utilizzata dal legislatore in riferimento tanto alle predette aggravanti quanto all'aggravante comune e ad effetto comune contemplata dall'art. 61 comma 1 n. 11-bis) c.p., introdotta proprio dalla legge n. 125/2008, con l'art. 1 lettera f)¹³.

In proposito deve, innanzitutto, essere evidenziato che, conformemente a quanto sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento alla recidiva¹⁴, trattandosi di circostanze aggravanti, le stesse dovranno, per poter produrre l'effetto di precludere la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, essere state ritualmente contestate¹⁵.

Di contro, appare sostenibile che, una volta contestate, le aggravanti in questione produrranno il ricordato effetto preclusivo anche qualora siano state ritenute, nel giudizio di bilanciamento operato ai sensi dell'art. 69 c.p., subvalenti rispetto ad una più circostanze attenuanti con esse concorrenti.

Al riguardo occorre, infatti, osservare come nel caso da ultimo menzionato, operando il ricordato bilanciamento soltanto *quoad poenam*, le aggravanti in oggetto sono certamente ricorrenti, con

¹³ Quanto alle ipotesi, previste dall'art. 624-bis c.p., del furto in abitazione e del furto con strappo, è sufficiente, in questa sede, ricordare come le stesse costituiscono ipotesi autonome di reato e non forme circostanziate del reato base di furto: *cfr.*, in giurisprudenza, Cass. pen., sez. IV, 19.09.2006, Sidari nonché, in dottrina, FIANDACA-Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, II, Bologna, 2002, p. 75.

¹⁴ *Cfr. retro sub nota 4.*

¹⁵ In dottrina *cfr.*, in senso contrario, APRILE, *Trattamento penale aggravato per lo straniero*, in SCALFATI, *Il decreto sicurezza* (a cura di), Torino, 2008, p. 15.

la conseguenza che il nuovo divieto di sospensione non troverà applicazione soltanto nel caso di esclusione di una delle predette aggravanti¹⁶.

Sul punto, va rilevato che la giurisprudenza ha raggiunto analoga conclusione, non soltanto e come già riportato, in relazione al divieto di sospensione dell'esecuzione stabilito per uno delitti contemplati dall'art. 4-bis O.P. in forma aggravata¹⁷, ma anche per ciò che concerne il divieto, ex art. 16 comma 3 d.lgs. 25.07.1998 n. 286 (Testo Unico Immigrazione), di concessione della sanzione sostitutiva dell'espulsione in favore del cittadino extracomunitario condannato per uno dei delitti previsti dall'art. 407 comma 2 lettera a) c.p.p. sempre in forma aggravata¹⁸.

Ancora, va aggiunto come, di recente, la Corte di Cassazione abbia ritenuto non applicabile il provvedimento di indulto previsto dalla legge 31.07.2006 n. 241 nel caso di condanna pronunciata per il delitto p. e p. dagli artt. 73 comma 1 e 80 comma 2 d.p.r. n. 309/90 quando, nel giudizio di cognizione, la ricordata aggravante sia stata ritenuta sussistente anche se valutata, *quoad poenam*, minusvalente rispetto alle concorrenti circostanze attenuanti¹⁹.

In particolare, la Corte di legittimità ha giustificato tale soluzione valorizzando il *dictum* letterale dell'art. 1 comma 2 lettera b) della legge n. 241/2006 dove, diversamente da quanto stabilito dal d.p.r. 22.12.1990 n. 394 – che nel caso di specie precludeva, ex art. 3 comma 1 lettera b) n. 1, l'applicazione dell'indulto soltanto in caso di applicazione di circostanze aggravanti specifiche²⁰ – ed analogamente a quanto statuito dai provvedimenti di indulgenza antecedenti al 1990 (art. 6 comma 2 d.p.r. 4.08.1978 n. 413, art. 6 comma 2 d.p.r. 13.12.1981 n. 744 ed art. 6 comma 2 d.p.r. 16.12.1986 n. 865),

¹⁶ In questo senso *cfr.*, tra gli altri, DIDI, cit. p. 143 e APRILE, cit. p. 17, nonché AMATO, *Più grave il reato commesso dal clandestino*, in *Guida al Diritto* 32/2008, p. 89 ed ANTONINI, *Le novità del "pacchetto sicurezza"*, in *Dir. Pen. Proc.* 11/2008, p. 1362.

¹⁷ Sul punto v. *retro*, nota 3.

¹⁸ Così, appunto, Cass. pen., sez. I, 21.06.2007, Bahtiri, in *Riv. Pen.* 5/2008, p. 594, ove, appunto, la Suprema Corte ha ritenuto corretta la decisione di rigettare la richiesta di espulsione di un cittadino extracomunitario condannato per spaccio di sostanze stupefacenti aggravato ai sensi dell'art. 80 del d.p.r. n. 309/90 anche se detta aggravante era stata considerata minusvalente rispetto alle attenuanti generiche; sull'art. 16 d.lgs. n. 286/1998 *cfr.*, tra gli altri, TOVANI, *L'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione*, in DEGL'INNOCENTI (a cura di), *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2008, pp. 345 ss.

¹⁹ Così Cass. pen., sez. I, 27.3.2007, Radouan Khalid, in *Foro it.*, 2007-II, c. 525 con nota di GIORGIO.

²⁰ *Cfr.*, con specifico riferimento al d.p.r. 394/1990, Cass. pen., sez. un., 18.6.1991, Grassi, in *Foro it.*, *Rep.* 1992, voce *Ammistia*, n. 82, che ha, appunto, escluso che l'aggravante in esame possa dirsi applicata in caso di bilanciamento nel senso della minusvalenza.

ha escluso la concedibilità del provvedimento di clemenza per il delitto di cui all'art. 73 d.p.r. n. 309/1990 aggravato *ex art.* 80 comma 1 lett. a) e/o comma 2 stesso d.p.r. nonché per il delitto p. e p. dall'art. 74 d.p.r. n. 309/1990, aggravato ai sensi dell'art. 74 comma 4 o comma 5 d.p.r. n. 309/1990.

Ad ulteriore conferma dell'affermazione sopra riportata deve essere nuovamente ricordato come la divergente conclusione, raggiunta dalla Corte di Cassazione in ordine al divieto di cui all'art. 656 comma 9 lett. c) c.p.p. per i condannati recidivi, sia stata giustificata proprio dal riferimento, contenuto nella legge c.d. ex-Cirielli, alla necessità che la recidiva sia stata applicata dal Giudice della cognizione²¹, applicazione che deve, appunto, essere esclusa nel caso di dichiarazione di subvalenza della recidiva stessa.

Nessun dubbio risulta, invece, prospettabile in ordine all'applicabilità del nuovo divieto di sospensione dell'esecuzione alle sentenze divenute irrevocabili antecedentemente all'introduzione del nuovo divieto.

Appare, infatti, evidente che, come ripetutamente affermato dalla Suprema Corte con riferimento all'analogo divieto previsto dall'art. 656 comma 9 lettera c) c.p.p.²², trattandosi di norma di natura processuale la stessa non è assoggettata al divieto di irretroattività ed è immediatamente applicabile, in virtù del più volte ricordato principio *tempus regit actum*, ai procedimenti in corso.

Ciò precisato, deve, però, essere valutato se quanto sopra esposto possa avere conseguenze per ciò che concerne la legittimità costituzionale della norma senza potere affrontare, in questa sede, l'analogha questione relativamente all'aggravante di clandestinità in sé considerata²³.

Prima di affrontare detta problematica e ricordato come un'eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 61 comma 1 n. 11-*bis*) c.p. comporterebbe, ovviamente, una incostituzionalità derivata anche del nuovo divieto di sospensione dell'esecuzione, appare opportuno ricordare la giurisprudenza tanto della

²¹ V., *retro*, sentenze riportate alla nota 9.

²² V., *retro*, nota 11.

²³ In ordine alla quale *cf.*, tra gli altri, ANTONINI, *Le altre modifiche al codice penale*, in *Dir. Pen. Proc.* 11/2008, pp. 1357 e ss. nonché TOVANI, *Osservazioni sulla nuova circostanza aggravante dell'art. 61 n. 11-bis c.p.*, in *Strumentario Avvocati – Rivista di diritto e procedura penale* 2/2008, in corso di pubblicazione; sempre in dottrina, ma in senso contrario alla fondatezza della questione di legittimità costituzionale della norma in esame, *cf.* APRILE, *cit.*, pp. 16 e 17 nonché AMATO, *Più grave il reato commesso dal clandestino*, in *Guida al Diritto* 32/2008, p. 88, i quali sostengono che l'ordinamento conosce già circostanze aggravanti – si pensi ad esempio all'art. 61 n. 6 c.p. – fondate sullo *status* soggettivo del reo; in giurisprudenza si veda la questione di legittimità costituzionale sollevata, al riguardo, dal Tribunale di Latina con ordinanza 1.07.2008 nonché dal Tribunale di Ferrara con successiva ordinanza 15.7.2008.

Corte di Cassazione quanto della Corte Costituzionale in materia di compatibilità della condizione di straniero irregolare con la concessione di misure alternative alla detenzione.

In proposito, deve essere osservato come le Sezioni Unite della Suprema Corte, chiamate a dirimere il contrasto interpretativo creatosi al riguardo tra le divergenti pronunce della Prima Sezione, abbiano ritenuto che *“dall'analisi logico-sistematica e da una lettura costituzionalmente orientata della normativa penitenziaria e di quella in materia di immigrazione”* si desume l'applicabilità – purché ovviamente sussistano i presupposti stabiliti dall'ordinamento penitenziario – delle misure alternative alla detenzione anche ai cittadini extracomunitari entrati illegalmente nel territorio dello Stato e privi di permesso di soggiorno *“per il rilievo costituzionale che rivestono, la forza precettiva dei principi in materia di pari dignità della persona umana e di funzione rieducativa della pena”*²⁴.

L'indirizzo interpretativo sopra descritto è stato, poi, confermato dalla Corte Costituzionale che ha, appunto, dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 47, 48 e 50 O.P. *“ove interpretati nel senso che allo straniero extracomunitario, entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno, sia in ogni caso precluso l'accesso alle misure alternative da essi previste”*²⁵.

Ha, in particolare, osservato la Corte Costituzionale che l'inapplicabilità delle misure alternative al cittadino straniero irregolare risulterebbe *“collegata in modo automatico ad una condizione soggettiva – il mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato – che, di per sé, non è univocamente sintomatica né di una particolare pericolosità sociale, incompatibile con il perseguimento di un percorso rieducativo attraverso qualsiasi misura alternativa, né della sicura assenza di un collegamento col territorio, che impedisca la proficua applicazione della misura medesima”* e che detta applicazione di contro *“non può essere esclusa a priori ed in ragione di una presunzione assoluta di inidoneità legata alla condizione di clandestinità o irregolarità della presenza sul territorio nazionale del detenuto, dovendosi, per contro, formulare in concreto il richiesto giudizio prognostico attinente alla rieducazione del condannato ed alla prevenzione del pericolo di reiterazione dei reati”*.

La Corte Costituzionale afferma, dunque, che la regolare o irregolare presenza dello straniero sul territorio dello Stato non legittima, di per sé, alcuna discriminazione in materia penale mentre

²⁴ Cfr. Cass. pen., sez. un., 28.03.2006, Alloussi, in *Guida al Diritto* 22/2006, p. 50 nonché in *Rass. Pen. Crim.* 1/2006., pp. 175 ss., con nota di TOVANI.

²⁵ Cfr. Corte costituzionale, sentenza 05.03.2007, n. 78 in *Guida al Diritto* 17/2007, pp. 82 ss., con nota di MARCHESELLI, nonché in *Giur. Cost.* 2007, pp. 745 ss. con nota di DELLA CASA.

per il legislatore, di contro, *“l’irregolarità è la condizione dalla quale potersi e doversi presumersi (iuris et de iure) l’inaffidabilità dello straniero rispetto alla finalità rieducativa della pena”*²⁶.

Le considerazioni che precedono e quanto sopra esposto in ordine alla operatività del divieto in esame sulla scorta della oggettiva ricorrenza dell’aggravante di clandestinità indipendentemente dal giudizio di bilanciamento operato ex art. 69 c.p. appaiono comportare una violazione del disposto degli artt. 3 e 27 Cost.

Risulta, infatti, irragionevolmente discriminatorio, oltre che contrastante con la finalità rieducativa della pena, prevedere un divieto di sospensione dell’esecuzione, con conseguente necessario *“passaggio”* in carcere del condannato, nei riguardi dei soli cittadini stranieri (comunitari ed extracomunitari) presenti irregolarmente sul territorio dello Stato – i quali potranno poi dallo stato di detenzione beneficiare di una misura alternativa alla detenzione – anche quando la loro condizione soggettiva, costituente una circostanza aggravante, sia stata bilanciata dal Giudice della cognizione ex art. 69 c.p. e ritenuta subvalente rispetto alle attenuanti e, pertanto, non espressiva di una maggiore offensività e pericolosità sociale rispetto al caso del medesimo reato commesso da un cittadino italiano o da uno straniero regolare quanto a posizione di soggiorno²⁷.

Per completezza, deve essere evidenziato come le perplessità di legittimità costituzionale sopra esposte non sembrano, invece, configurabili in relazione al caso della sentenza di condanna per il delitto di furto in presenza di due o più aggravanti tra quelle indicate dall’art. 625 c.p. bilanciate nel senso della minusvalenza poiché in detta ipotesi il divieto di sospensione dipende, comunque e per così dire tradizionalmente, dalla tipologia del reato espressiva, di per sé, di una maggiore offensività della condotta criminale accertata giudizialmente.

²⁶ Così TOVANI, *Osservazioni*, cit.

²⁷ Condivide, in dottrina, la perplessità ANTONINI cit., p. 1366, il quale acutamente osserva che *“Singolarmente, mentre le altre preclusioni sono stabilite in relazione alla condanna per determinate tipologie di reati, quella in esame riguarda in definitiva una tipologia di autori di qualsiasi fatto delittuoso per i quali viene fatta dipendere dalla oggettiva ricorrenza degli estremi della circostanza aggravante incentrata appunto sulla particolare condizione personale di soggetti irregolarmente presenti sul territorio dello Stato”*.