

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA PENALE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. MAZZEI Antonella P. - Presidente

Dott. BONITO Francesco M. S. - Consigliere

Dott. MANCUSO Luigi Fabrizio - Consigliere

Dott. TALERICO Palma - Consigliere

Dott. APRILE Stefano - rel. Consigliere

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

(OMISSIS), nato il (OMISSIS);

avverso l'ordinanza del 13/12/2016 del TRIBUNALE di GENOVA;

sentita la relazione svolta dal Consigliere Dr. STEFANO APRILE;

lette le conclusioni del PG Dr. ORSI Luigi che chiede il rigetto.

RITENUTO IN FATTO

1. Con il provvedimento impugnato, il Tribunale di Genova, in funzione di giudice dell'esecuzione, ha rigettato l'incidente di esecuzione proposto nell'interesse di (OMISSIS) avverso l'ordine di esecuzione per la carcerazione emesso dal PM di Genova in data 28 ottobre 2016 per l'espiazione della pena di anni 4 e mesi 10 di reclusione in relazione alla sentenza pronunciata dal Tribunale di Genova in data 13 gennaio 2016, irrevocabile il 5 ottobre 2016, con presofferto di anni 1, mesi 2 e giorni 12, ritenendo legittima l'azione del Pubblico Ministero poiche' risultava da espriare, dedotto il periodo trascorso in fase cautelare (custodia in carcere e arresti domiciliari), nonche' il massimo periodo di liberazione anticipata concedibile in relazione alla fase cautelare (90 giorni), una pena superiore a tre anni che non doveva essere sospesa a mente dell'articolo 656 c.p.p., comma 4-bis.
2. Ricorre (OMISSIS), a mezzo del difensore avv. (OMISSIS), che chiede l'annullamento della ordinanza impugnata, lamentando la violazione di legge, in relazione all'articolo 656 c.p.p., commi 5 e 10, articolo 47, comma 3-bis, ord. pen., e il vizio di motivazione con riguardo all'interpretazione delle indicate disposizioni come chiarito da un precedente di legittimita' (Sez. 1, Sentenza n. 51864 del 31/05/2016, Fanini, Rv. 270007) e, comunque, con riguardo alla ricorrenza, nel caso di specie,

del principio del favor libertatis quale si desume dall'elevazione ad anni quattro del limite per l'affidamento introdotto dall'articolo 47, comma 3-bis ord.pen., pur senza il formale adeguamento dell'articolo 656 c.p.p..

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Osserva il Collegio che il ricorso appare infondato.

E' doveroso premettere che il condannato si trovava detenuto agli arresti domiciliari alla data di passaggio in giudicato della sentenza di condanna ad anni 4 e mesi 10 di reclusione, avendo ivi trascorso il complessivo periodo di 1 anno, 2 mesi 12 giorni, dovendo quindi espiare una residua pena superiore a tre anni di reclusione.

2. Tanto premesso, il Collegio non condivide il precedente di legittimità secondo il quale "in tema di esecuzione di pene brevi, in considerazione del richiamo operato dall'articolo 656 c.p.p., comma 5, all'articolo 47 ord. pen., ai fini della sospensione dell'ordine di esecuzione correlata ad una istanza di affidamento in prova ai sensi dell'articolo 47, comma 3 bis, ord. pen., il limite edittale non è quello di tre anni, ma di una pena da espiare, anche residua, non superiore a quattro anni" (Sez. 1, Sentenza n. 51864 del 31/05/2016, Fanini, Rv. 270007).

E' bene evidenziare che l'indicata decisione fa dichiarata applicazione del criterio di interpretazione evolutiva dell'articolo 656 c.p.p., comma 5, secondo periodo, estendendone l'applicazione a tutti i casi previsti dall'articolo 47 ord. pen., "pur in mancanza del dato formale di una sua esplicita modifica che, tenendo conto del recente inserimento dell'articolo 47 ord. pen., comma 3-bis, introduca il richiamo specifico dell'ipotesi prevista da tale nuovo comma nel testo letterale della disposizione del codice di rito".

2.1. Il canone dell'interpretazione evolutiva, che affida al giudice la capacità di creare diritto seguendo il passo dello sviluppo della società, e', di per se', controverso in ambito civile (e' escluso in ambito processuale: Sez. U, n. 15144 del 11/07/2011, Rv. 617905; e' ammesso nel settore delle controversie tributarie da Sez. 5, n. 30722 del 30/12/2011, Rv. 621046; e' ammesso in quello della tutela dei soggetti deboli: Sez. 6, n. 19017 del 16/09/2011, Rv. 620058 e di promozione di categorie svantaggiate. Sez. U, n. 8486 del 14/04/2011 Rv. 616792), mentre e' tradizionalmente escluso nel settore penale poiché si scontra sia con il principio costituzionale della riserva di legge, sia con quello della separazione dei poteri (in questo senso si vedano i paragrafi n. 11 e n. 12 della sentenza n. 230 del 2012 della Corte Costituzionale).

Nella giurisprudenza di legittimità, il detto canone interpretativo e' stato, infatti, sempre escluso sulla base del rilievo che "l'interpretazione estensiva della legge e' consentita perché non amplia, ma discopre l'intero contenuto della norma; l'interpretazione evolutiva e' invece vietata perché snatura la funzione del giudice da organo di applicazione in quello di formazione della legge" (Sez. 3, n. 2230 del 11/01/1980, Pasculli, Rv. 144357; a proposito dell'articolo 54 c.p.: Sez. 3, n. 10772 del 07/10/1981, Potenziani, Rv. 151195), fatta salva la necessità di interpretare secondo il criterio storico-evolutivo determinate clausole a contenuto etico-sociale (sul comune senso del pudore, si veda Sez. 3, n. 5308 del 03/02/1984, Rossellini, Rv. 164642).

3. A norma dell'articolo 656 c.p.p., comma 10, il Pubblico ministero, organo che cura l'esecuzione delle pene detentive, e' tenuto a sospendere l'esecuzione dell'ordine di carcerazione, trasmettendo gli atti al Tribunale di sorveglianza, se la residua pena da espiare, determinata ai sensi dell'articolo 656 c.p.p., comma 4-bis, non supera i limiti indicati al comma 5.

A norma dell'articolo 656 c.p.p., comma 5, infatti, il Pubblico ministero, deve provvedere alla determinazione della pena da espiare, a mente dell'articolo 656 c.p.p., comma 4-bis, computando le detrazioni previste dall'articolo 54 ord. pen. e il periodo di custodia cautelare o di pena dichiarata fungibile, e se la pena che risulta non supera il limite di tre anni, ovvero quattro anni nei casi previsti dall'articolo 47-ter, comma 1, ord. pen. o sei anni nei casi di cui al Decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990, articoli 90 e 94, e' tenuto a sospendere l'esecuzione.

3.1. Come si desume dalla complessiva ricostruzione delle richiamate disposizioni normative, la sospensione dell'ordine di carcerazione con prosecuzione del regime degli arresti domiciliari, in attesa della decisione del Tribunale di sorveglianza, e' prevista unicamente quando la pena residua da espiare non e' superiore ad anni tre, a eccezione dei casi particolari previsti dall'articolo 47-ter, comma 1, ord. pen., e Decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990, articoli 90 e 94, da calcolare tenendo conto del presofferto, delle eventuali pene fungibili e del periodo di liberazione anticipata maturato dal condannato alla data di passaggio in giudicato della sentenza.

4. Tanto premesso, e' doveroso richiamare l'attenzione su alcuni elementi che consentono di escludere la possibilita' di procedere all'indicata interpretazione evolutiva dell'articolo 656 c.p.p., comma 5.

4.1. Innanzitutto, a differenza dei casi previsti dall'articolo 656 c.p.p., commi 5 e 10, , l'ipotesi introdotta all'articolo 47, comma 3-bis, ord. pen., non puo' avere un'applicazione "automatica" da parte dell'organo dell'esecuzione penale, essendo richiesta una specifica valutazione di merito da parte del Tribunale di sorveglianza.

Infatti, "l'affidamento in prova puo', altresì, essere concesso al condannato (...) quando abbia serbato, quantomeno nell'anno precedente alla presentazione della richiesta, trascorso in espiazione di pena, in esecuzione di una misura cautelare ovvero in liberta', un comportamento tale da consentire il giudizio di cui al comma 2".

E', in effetti, richiesto che il Tribunale di sorveglianza compia, sulla base dei dati dell'osservazione anche extra muraria, una valutazione del comportamento tenuto dal condannato nell'anno precedente, non potendo attribuirsi al Pubblico ministero un potere sostitutivo, neppure in via preliminare, di tale potesta' giurisdizionale, del tutto estraneo al suo ruolo istituzionale.

La discrezionalità del provvedimento giurisdizionale, agganciata a elementi valutativi compendati in relazioni di osservazione o informazioni di polizia, e' di ostacolo a una, anche solo sommaria, deliberazione da parte dell'organo dell'esecuzione all'atto dell'emissione dell'ordine di carcerazione poiche' il potere di sospenderne l'emissione, in vista della decisione del giudice competente, e' di stretta interpretazione.

4.2. Deve, infine, osservarsi che il legislatore e' recentemente intervenuto (L. 23 giugno 2017, n. 103, articolo 1, commi 82 e 85, recante "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario") nel settore dell'ordinamento penitenziario, dettando alcune disposizioni che sono logicamente inconciliabili con la proposta interpretazione evolutiva dell'articolo 656 c.p.p..

La legge delega ha, infatti, autorizzato il Governo a emanare uno o piu' decreti delegati che involgono il tema oggetto del giudizio, nel rispetto di specifici criteri di delega (articolo 1, comma 85, lettera c).

Tra essi spicca, per la sua specifica rilevanza, la "revisione della disciplina concernente le procedure di accesso alle misure alternative, prevedendo che il limite di pena che impone la sospensione dell'ordine di esecuzione sia fissato in ogni caso a quattro anni (...)".

L'intervento del legislatore delegante corrobora, ad avviso del Collegio, l'interpretazione restrittiva dell'articolo 656 c.p.p., comma 5.

E' evidente, infatti, che il criterio di delega, volto a elevare a quattro anni il limite di pena per la sospensione obbligatoria dell'ordine di carcerazione, sarebbe superfluo nell'ottica dell'interpretazione evolutiva propugnata nel ricorso.

5. Cio' premesso, nel caso di specie il Pubblico ministero ha dedotto il periodo di custodia cautelare e di arresti domiciliari, nonche' il periodo massimo di liberazione anticipata che sarebbe stato astrattamente concedibile al condannato in relazione alla restrizione gia' subita, giungendo a determinare una pena residua superiore a tre anni di reclusione per la quale non e' possibile sospendere l'ordine di carcerazione.

L'ordinanza impugnata, che fa corretta applicazione delle indicate norme di legge, non contiene alcun vizio motivazionale, donde l'infondatezza dell'impugnazione in esame.

6. Al rigetto del ricorso consegue, ai sensi dell'articolo 616 c.p.p., la condanna del ricorrente al pagamento delle spese del procedimento.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali