

La portata del divieto di applicazione retroattiva di norme incidenti sull'esecuzione della pena: brevi note a margine della sentenza n. 32/2020 della Corte Costituzionale.

di

Giorgio Cernesi *

SOMMARIO: 1. La legge 9 gennaio 2019, n. 3 e le modifiche apportate all'ordinamento penitenziario: questioni "minime". 2. Regime intertemporale ed esecuzione penale. 3. La questione rimessa al vaglio della Corte Costituzionale. 4. La rimeditazione di consolidati orientamenti giurisprudenziali nazionali: le linee d'interpretazione offerte dalla Corte. 5. Riflessioni conclusive.

1. La legge 9 gennaio 2019, n. 3 e le modifiche apportate all'ordinamento penitenziario: questioni "minime".

La Legge 9 gennaio 2019, n. 3 (pubblicata in GU, 16 gennaio 2019, n. 3) -rubricata *"Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici"* - è entrata a far parte nel tessuto normativo interno, in maniera dirompente, a far data dal 31 gennaio 2019.

Dettata da precise scelte di politica criminale repressiva, la novella ha inteso aderire ad un modello di *"diritto penale no-limits"*¹, slegato da imprescindibili valori costituzionali corrispondenti con i criteri di ragionevolezza e proporzione ed operando una evidente svalutazione della funzione rieducativa della pena².

* Cultore di Diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

¹ In questi termini, MANES, *L'estensione dell'art. 4 bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, n. 2, pp. 105 ss.

² Sul punto, v. PADOVANI, *La Spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen. web.*, 2018, pp. 1 ss, il quale evidenzia come dall'intervento normativo in discorso scaturisca un *"assetto normativo oscuro, gonfio di contraddizioni e di sperequazioni, in perenne rotta di collisione con il principio di eguaglianza. Esso rappresenta –secondo un efficace ossimoro di Piero*

In particolare, l'opera di moralizzazione della vita pubblica, così come compendiata nel provvedimento normativo, si è sostanziata in plurimi interventi normativi, incidenti, anche con riguardo ai reati contro la pubblica amministrazione, sul piano del diritto sostanziale, in chiave tanto investigativa che processuale³.

Tuttavia, pur non volendo entrare nel merito delle eterogenee scelte legislative adottate, è il caso di porre mente alla formulazione di "nuovo conio" dell'art. 4 bis l. 26 luglio 1975, n. 354 (d'ora in poi, ord. pen.) -così come novellato, per l'appunto, dall'art. 1 comma 6, lettera b), l. 9 gennaio 2019, n. 3- il quale è stato oggetto di scrutinio ad opera della Corte Costituzionale nella sentenza n. 32 del 2020⁴.

In particolare, per effetto della specifica modifica, i delitti contro la pubblica amministrazione di cui agli artt. 314, comma 1, 317, 318, 319, 319 bis, 319 ter, 319 quater, comma 1, 320 321 322 e 322 bis c.p. sono soggetti al medesimo regime ostativo alla concessione di permessi premio, del lavoro esterno e delle misure alternative alla detenzione, ad eccezione della liberazione anticipata, la quale vige per i delitti c.d. "di prima fascia"⁵ elencati nell'art. 4 bis ord. pen.

Calamandrei— un vero e proprio «illegalesimo legale», e cioè una legalità del guscio esteriore, ma che nel suo contenuto ne tradisce il fondamento e, in primo luogo, l'ineludibile nesso con il principio di eguaglianza. Niente di confortante e niente di nuovo."

³ Per gli opportuni approfondimenti, tra gli altri, v. PULITANO', *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, n. 3, pp. 235 ss; GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2019, n. 1, pp. 44 ss; FERRANTE, *La cessazione della decorrenza della prescrizione introdotta dalla L. n. 3 del 2019 (cosiddetta legge spazzacorrotti)*, in questa rivista, 2020, n. 1; RANALDI, *Vero, finto e falso: sulla ragionevolezza del regime ostativo all'accesso alle misure alternative alla detenzione per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, *Id.*, 2020, n. 2.

⁴ Corte Cost., 26 febbraio 2020, n. 32, in *www.giurcost.org*.

⁵ Il riferimento è alle *figurae criminis* compendiate nel comma 1 del sistema "multilivello" disegnato dall'art. 4 bis ord. pen.. Nelle intenzioni del legislatore storico, il regime del doppio binario penitenziario scaturiva dalla necessità di precludere l'accesso ai benefici penitenziari per quei soggetti che si fossero resi responsabili di delitti caratterizzati da una persistente pericolosità sociale. La presunzione di pericolosità di cui all'art. 4 bis ord. pen., implicando l'inaffidabilità del condannato verso forme alternative di esecuzione della pena in assenza di fattiva collaborazione con la giustizia, è stata inesorabilmente legata al disvalore del fatto in ragione del titolo di reato in concreto ascritto. Per la comune esperienza criminologica, infatti, i reati inclusi nel "sistema 4 bis" erano –e dovrebbero essere- sintomatici dell'esistenza di una struttura criminale tale da esigere vincoli di omertà e di segretezza particolarmente forti tra gli associati, da cui discende la predisposizione di un congegno premiale connesso a condotte collaborative. L'esame della ragionevolezza complessiva della disposizione ha, almeno sino ad ora, valorizzato -in un quadro ritenuto compatibile con i principi di cui agli artt. 3 e 27 Cost.- il concreto legame funzionale tra le caratteristiche della condotta tipica della fattispecie ostativa e la scelta di limitare la discrezionalità del giudice sulla meritevolezza dell'accesso a strumenti

In altri termini, l'intervento normativo in discorso ha comportato l'immediata conseguenza che i benefici penitenziari e le misure alternative alla detenzione potranno essere, di regola, concessi ai condannati per la maggior parte dei delitti contro la pubblica amministrazione, soltanto in ipotesi di collaborazione con la giustizia: l'imprescindibile apporto richiesto potrà avvenire, alternativamente, ai sensi dell'art. 58 *ter* ord. pen., ovvero –in forza di un'ulteriore modifica di cui all'art. 4 *bis* ord. pen., operata dall'art. 1, comma 6, lettera a), della l. 9 gennaio 2019, n. 3- ai sensi dell'art. 323 *bis*, comma 2, c.p.⁶.

A ciò si aggiunga una ulteriore -e non trascurabile- implicazione di carattere pratico: in caso di condanna a pena detentiva non superiore a quattro anni, anche se costituente residuo di maggior pena, sarà precluso al pubblico ministero procedente sospendere l'ordine di esecuzione per effetto del richiamo operato dall'art. 656, comma 9, lettera a), c.p.p. ai reati elencati nell'art. 4 *bis* ord. pen..

In tal senso, la mancata attivazione del meccanismo sospensivo contemplato dall'art. 656, comma 5, c.p.p. -che attribuisce facoltà di eleggere misure rieducative alternative alla detenzione- determinerà, come immediata conseguenza, l'ingresso del condannato all'interno del circuito penitenziario⁷.

rieducativi alternativi. Sull'evoluzione normativa relativa alla differenziazione esecutiva, v. FIORIO, *Il "doppio binario" penitenziario*, in *Arch. pen. web*, 2018, n. 1; PACE, *L'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e "governo dell'insicurezza sociale"*, in *www.costituzionalismo.it*, 2015, n. 2; CARACENI, *Art. 4-bis*, a cura di DELLA CASA, GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2019, pp. 41 ss; GIUNCHEDI, *Esecuzione e modalità di espiazione della pena*, in *Arch. pen. web*, 2015, n. 1.

⁶ In particolare, il capoverso dell'art. 323 *bis* c.p., rubricato "*Circostanze attenuanti*", così recita: "*Per i delitti previsti dagli articoli 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322 e 322-bis, per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite, la pena è diminuita da un terzo a due terzi*".

⁷ La "tragicità" delle conseguenze che possono trarsi è di tutta evidenza. Il riferimento è anche - ma non solo- all'intollerabile sovraffollamento che caratterizza il sistema carcerario italiano come più volte censurato dalla Corte di Strasburgo, cfr., specialmente, Corte EDU, Sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, in *www.echr.coe.int*.. Sennonchè, va segnalato, seppur con consapevole autolimitazione, che, in esecuzione della succitata sentenza "pilota", il legislatore -con l'art. 1 del d.l. 1 luglio 2013, n. 78, convertito con modificazioni in l. 9 agosto 2013, n.94- ha rafforzato il rilievo operativo del meccanismo sospensivo di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p. prevedendo, ad opera del pubblico ministero cui spetta l'emissione dell'ordine di esecuzione, una sequenza di attività finalisticamente orientate a scongiurare il *turnover* carcerario per il condannato che sia, invece, eleggibile per le misure rieducative alternative alla detenzione. Sul punto, GAITO, RANALDI, *Esecuzione penale*, Milano, 2016, pp. 162 ss.

Tralasciando il merito del processo di stratificazione normativa che ha interessato l'art. 4 bis ord. pen.⁸, vale rilevare che il *punctum dolens* dello specifico intervento additivo è stato fin da subito identificato nella mancata previsione di un regime intertemporale, che andasse a delineare gli effetti di una normativa impositiva di condizioni assai più gravose per l'accesso alle misure alternative alla detenzione ed alla liberazione condizionale.

Nel silenzio del legislatore, quindi, la natura prettamente processuale delle norme relative all'ordinamento penitenziario avrebbe imposto una immediata applicazione delle modifiche *in peius* anche nei confronti di soggetti condannati per fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore della l. 9 gennaio 2019, n. 3.

2. Regime intertemporale ed esecuzione penale.

Uno dei maggiori profili di frizione costituzionale che ha occupato dottrina e giurisprudenza, all'indomani dell'entrata in vigore della novella, è senz'altro relativo alla disciplina intertemporale caratterizzante il regime *in executivis* applicabile nei confronti di condannati per reati contro la pubblica amministrazione.

Il nodo interpretativo ha riguardato la scelta dei differenti principi intertemporali corrispondenti -rispettivamente- con il divieto di retroattività, di cui all'art. 25, comma 2, Cost., valido in via generale per le norme sostanziali, ovvero con il canone del *tempus regit actum*, vigente per le norme di carattere processuale⁹.

⁸ Il riferimento è alla irragionevolezza della presunzione di pericolosità sottesa al c.d. doppio binario penitenziario con riferimento ai delitti contro la pubblica amministrazione. Il novero dei reati ostativi di cui all'art. 4 bis ord. pen., come oggi congegnato, segna infatti la perfetta equiparazione dei condannati per alcuni delitti contro la pubblica amministrazione a soggetti ritenuti responsabili di reati commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, del reato di associazione di tipo mafioso, dei delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 bis c.p. o al fine di agevolare le associazioni in esse previste, del reato di scambio elettorale politico-mafioso, dei reati di prostituzione minorile, pornografia minorile, riduzione in schiavitù, tratta di persone, acquisto e alienazione di schiavi, violenza sessuale di gruppo, sequestro di persona a scopo di estorsione, del delitto di associazione *ex art.* 74 d.P.R. n. 309 del 1990 e di ulteriori reati legati alla disciplina dell'immigrazione, alla condizione dello straniero e in materia doganale. Se è vero che la sottrazione dell'ordinaria discrezionalità del giudice in tema di accesso a misure alternative alla detenzione può muoversi nell'ambito della predeterminazione legislativa soltanto se rispondente a dati di esperienza generalizzati, allora è lecito porsi più di qualche interrogativo circa l'irragionevolezza di tale automatismo con precipuo riferimento ai delitti contro la pubblica amministrazione.

⁹ Sul punto, in prospettiva critica rispetto alla dicotomia irretroattività/*tempus regit actum*, v. FIORE, *Norme dell'ordinamento penitenziario e principio di irretroattività. L'ipocrisia (smascherata) dei*

Le implicazioni sottese alla relativa scelta sono di tutta evidenza: aderendo alla prima ipotesi applicativa, la disciplina -avuto riguardo al *dies delicti*- comporterebbe l'irretroattività della disciplina modificativa *in peius*; di contro, con l'adesione alla seconda impostazione ermeneutica imporrebbe l'applicazione del principio del *tempus regit actum* riferito al singolo atto processuale, vale a dire, nel caso di specie, l'ordine di esecuzione emesso ai sensi e per gli effetti dell'art. 656 c.p.p., con conseguente immediata applicazione della novazione¹⁰.

Alla stregua di un approccio formalista cristallizzatosi con un precedente nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, *"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 norme penali nel tempo dall'art. 2 c.p. e dall'art. 25 Cost."*¹¹.

Tuttavia, in dottrina non sono mancate critiche ad un approccio formalista in grado di palesare evidenti distonie nel considerare *tout court* le disposizioni concernenti il trattamento penitenziario quali norme processuali in senso stretto¹².

formalismi definitivi e le "cose che accadono al di sopra delle parole", in Arch. pen. web., 2019, n. 3, pp.10 ss.

¹⁰ Per gli opportuni approfondimenti, v. MAZZA, *La carcerazione immediata dei corrotti: una forzatura di diritto intertemporale nel silenzio complice del legislatore*, in Arch. pen. web, 2019, n. 2, pp. 3 ss.

¹¹ Cass., Sez. Un., 17 luglio 2006, n. 24561, in Mass. Uff. n. 23397601. In senso conforme, *ex multis*, v. Cass., sez. I, 3 febbraio 2016, n. 37578, in D&G 2016, 12 settembre, secondo cui *"le norme sull'Ordinamento penitenziario ex lege n. 354 del 1975 che non afferiscano alla cognizione del reato o alla irrogazione della sanzione, ma alle modalità esecutive della pena (tra questi si inseriscono quelli regolanti l'accesso ai benefici extramurari ex art. 30 ter), non hanno natura sostanziale, bensì procedimentale e conseguentemente soggiacciono al principio tempus regit actum"*; Id., Sez. I, 18 dicembre 2014, n. 52578, in Mass. Uff. n. 262199; Cass., Sez. I, 22 febbraio 2012, n. 6910, in Mass. Uff. n. 252071; Cass., Sez. I, 15 luglio 2008, n. 29155, in Mass. Uff. n. 240473.

¹² In tal senso, per tutti, v. FIORE, *Norme dell'ordinamento penitenziario e principio di irretroattività. L'ipocrisia (smascherata) dei formalismi definitivi e le "cose che accadono al di sopra delle parole"*, cit., p. 17, il quale evidenzia come *"a dire il vero è quasi sorprendente che non venga colto quel che a molti appare invece evidente e cioè che le misure alternative sono molto chiaramente «istituti relativi a modalità del punire, non del procedere». La modifica della disciplina relativa ai loro presupposti applicativi determina invero effetti sostanziali molto concreti e tangibili, considerato che per i destinatari a cambiare è la natura stessa della pena in ragione della essenziale differenza dei contenuti sanzionatori (di tipo detentivo o alternativo)"*. In tal senso, d'altronde, sono ormai pacifici gli approdi della giurisprudenza di Strasburgo alla cui stregua il concetto di *matière penale* deve essere inteso non soltanto in una dimensione statica della sanzione, ovvero quale inflizione di una pena più grave

Meno netta e con qualche minimo segnale di apertura, invero, è apparsa la posizione assunta, seppur in tempi risalenti, dalla Corte Costituzionale sullo specifico tema.

La Consulta, investita di questioni aventi ad oggetto la legittimità costituzionale della revoca di misure alternative già concesse, ha ritenuto non sufficientemente motivata la rilevanza delle questioni concernenti la compatibilità con il principio di legalità dell'effetto retroattivo di norme che regolano, in via esclusiva, l'esecuzione della pena, pur riconoscendo esplicitamente che tale profilo avrebbe potuto meritare *“una seria riflessione”*¹³. In particolare, nella pronuncia in parola, il giudice delle leggi ha palesato una difficoltà nell'individuazione del riferimento temporale cui agganciare la successione delle norme in ambito esecutivo¹⁴, incorrendo, come rilevato dalla migliore dottrina, *“nell'errore di impostazione di non calibrare il tempus regit actum sul singolo actus disciplinato dalle norme coinvolte nella successione nel tempo, cercando piuttosto un riferimento generale a cui agganciare l'intero fenomeno esecutivo unitariamente inteso”*¹⁵.

Successivamente, la Corte è stata nuovamente sollecitata a chiarire se *“il principio di irretroattività della legge penale sia circoscritto alle norme che creano nuovi reati, o modificano in peius gli elementi costitutivi di una fattispecie incriminatrice, nonché la specie e la durata delle sanzioni edittali, ovvero vada riferito anche alle norme che disciplinano le modalità di espiazione della pena detentiva”*¹⁶.

rispetto al momento in cui il reato è stato commesso, ma anche quella dinamica, ossia la concreta esecuzione della pena, sul punto v. ADDANTE, *Il principio di prevedibilità al tempo della precarietà*, in Arch. pen. web, 2019, n. 2, pp. 31 ss.

¹³ Corte Cost., 7 agosto 1993, n. 306, in www.giurcost.org.

¹⁴ In particolare: *“circa il presupposto da cui i giudici a quibus muovono, e cioè che detto principio sia dettato, oltre che per la pena, anche per le disposizioni che ne regolano l'esecuzione, può astrattamente ipotizzarsi -nel caso che tale assunto, che potrebbe meritare una seria riflessione, fosse riconosciuto valido- che il divieto di introdurre siffatte innovazioni sia fatto risalire, alternativamente: o al momento della commissione del reato; o al momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna; o al momento dell'inizio dell'esecuzione; o, ancora, al momento della maturazione dei presupposti ovvero a quello della concessione della misura alternativa”*.

¹⁵ Così, testuale, MAZZA, *La carcerazione immediata dei corrotti: una forzatura di diritto intertemporale nel silenzio complice del legislatore*, cit., p. 4.

¹⁶ Corte Cost., 20 luglio 2001, n. 273, in www.giurcost.org, che ha dichiarato *“non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 2, comma 1, del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152 (Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa), convertito, con modificazioni, nella legge 12 luglio 1991, n. 203, e 4-bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), come modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 (Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto*

In particolare, il giudice rimettente aveva sollevato questione di legittimità costituzionale relativa alla disciplina che precludeva l'accesso alla liberazione condizionale ai condannati per i delitti di cui all'art. 4 bis, comma 1, ord. pen., commessi prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 306 del 1992¹⁷, i quali non avessero posto in essere condotte collaborative.

Tuttavia la Consulta non ha assunto una posizione rispetto allo specifico quesito prospettato, osservando piuttosto come la disposizione in quella sede censurata, nell'esigere la collaborazione con la giustizia quale condizione di accesso alla liberazione condizionale, si sarebbe limitata ad introdurre un criterio legale per la valutazione di un requisito, senza modificare -in senso peggiorativo- la disciplina sostanziale della liberazione condizionale.

Sennonché, la specifica tematica ha visto pronunciarsi, altresì, la Corte Europea dei diritti dell'uomo, che ha evidenziato al riguardo, in alcuni approdi giurisprudenziali, il proprio punto di vista.

In particolare, nella decisione del caso Del Rio Prada contro Spagna, la Grande Camera -riconoscendo una precisa incidenza della garanzia sancita all'art. 7 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo¹⁸- ha affermato che, in linea di principio, le modifiche alle norme sull'esecuzione della pena non sono soggette al divieto di applicazione retroattiva, eccezion fatta per quelle che determinano una *“ridefinizione o modificazione della portata applicativa della pena imposta dal giudice”*¹⁹.

alla criminalità mafiosa), convertito, con modificazioni, nella legge 7 agosto 1992, n. 356, sollevata, in riferimento all'art. 25, secondo comma, della Costituzione, dal Tribunale di sorveglianza di Sassari”.

¹⁷ La collaborazione con la giustizia, in funzione di requisito per l'ammissione al lavoro all'esterno, ai permessi premio ed alle misure alternative alla detenzione previste dal capo VI della legge sull'ordinamento penitenziario, è stata inserita nell'art. 4 bis ord. pen. dall'art. 15 D.L. 8 giugno 1992, n. 306, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 1992, n. 356.

¹⁸ L'art. 7 CEDU, rubricato *“Nulla poena sine lege”*, così recita: *“1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. 2. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili.”*

¹⁹ Corte EDU, Grande Camera, sentenza 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna, con nota di PROFITI, *La sentenza “Del Rio prada” e il principio di legalità convenzionale: la rilevanza dell’overruling giurisprudenziale sfavorevole in materia di benefici penitenziari*, in *Cass. pen.*, 2014, n. 2, p. 684. Sul punto, v. *Cass.*, 14 marzo 2019, n. 12541, in *Cass. Pen.*, 2019, n. 10, pp. 3558, per cui *“non è revocabile in dubbio che, nella più recente giurisprudenza della Corte Europea per i Diritti dell’Uomo, ai fini del riconoscimento delle garanzie convenzionali, i concetti di illecito penale e di pena*

In caso contrario, infatti, come rilevato dalla Corte, “gli Stati resterebbero liberi di adottare misure retroattivamente ridefiniscano la portata della pena imposta, in senso sfavorevole per l’interessato. Ove il divieto di retroattività non operasse in tali ipotesi l’art. 7 CEDU verrebbe privato di ogni effetto utile per i condannati, nei cui confronti la portata delle pene inflitte potrebbe essere liberamente inasprita successivamente alla commissione del fatto”.

Breve.

A voler trarre delle conclusioni sul punto, alla luce degli indirizzi interpretativi nazionali e sovranazionali, il nodo da sciogliere risiede nella “natura” da attribuire, in assenza di una apposita norma transitoria che vada a perimetrarne il relativo regime temporale, alle modifiche apportate all’art. 4 bis ord. pen. dalla l. 9 gennaio 2019 n. 3.

L’approccio antiformalistico che la giurisprudenza sovranazionale ha costruito nel tempo, attraverso l’individuazione dei criteri della *matière pénale* come oggetto esteso delle garanzie costituzionali, si è inevitabilmente scontrato con una rigida bipartizione della giurisprudenza nazionale -operata su basi eminentemente formali- tra norme sostanziali e processuali²⁰.

Ed è stato proprio questo, come a breve si dirà, l’ambito in cui la Consulta, nella pronuncia n. 32 del 2020, ha offerto il proprio –quanto mai doveroso- contributo.

3. La questione rimessa al vaglio della Corte Costituzionale.

La rilevanza della questione intertemporale -per le ovvie ricadute di carattere pratico e per l’ampia platea dei destinatari- ha costituito motivo di intervento della Corte Costituzionale che è stata investita da undici ordinanze di rimessione, tutte in

abbiano assunto una connotazione “antiformalista” e “sostanzialista”, privilegiandosi alla qualificazione formale data dall’ordinamento (all’“etichetta” assegnata), la valutazione in ordine al tipo, alla durata, agli effetti nonché alle modalità di esecuzione della sanzione o della misura imposta”.

²⁰ Sul punto, v. BARON, ‘Spazzacorrotti’, art. 4-bis ord. pen. e regime intertemporale - Il confronto tra interpretazione formalistica e interpretazione sostanzialistica al crocevia tra incidente di costituzionalità e interpretazione conforme, in Dir. pen. cont., 2019, n. 5, pp. 153 ss, il quale evidenzia come “all’orizzonte si profilavano insomma i contorni di uno scontro frontale, tra l’esigenza sostanziale di garantire la prevedibilità della reazione punitiva statale –evidentemente frustrata «di fronte a una modificazione unilaterale da parte dello Stato delle regole pattizie stipulate con i suoi cittadini al momento del fatto»- e l’operatività retroattiva di una disposizione (l’art. 1, co. 6, lett. b), l. 3/2019) che, patrocinata da una consolidata ermeneutica giurisprudenziale asetticamente formalistica, avrebbe determinato un evidente mutamento “ora per allora” del concreto trattamento sanzionatorio: per tale via, infliggendo un grave vulnus all’affidamento dei consociati”.

riferimento a questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 6, lettera b), l. 9 gennaio 2019, n. 3²¹.

Secondo i giudici rimettenti, infatti, la disposizione in discorso sarebbe costituzionalmente illegittima nella parte in cui non prevede che le modifiche apportate all'art. 4 *bis* ord. pen., si applichino soltanto ai condannati per fatti commessi successivamente all'entrata in vigore della succitata legge²².

Più nello specifico, le ordinanze di rimessione sono state pronunciate, da un lato, da tribunali di sorveglianza investiti di istanze di concessione di benefici o misure alternative alla detenzione, dall'altro lato, da giudici dell'esecuzione chiamati a vagliare istanze volte ad ottenere la sospensione o declaratoria di illegittimità di ordini di esecuzione della pena emessi nei confronti di condannati per reati contro la pubblica amministrazione, tutti commessi prima dell'entrata in vigore della l. 9 gennaio 2019, n. 3.

²¹ Giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 6, lettera b), della legge 9 gennaio 2019, n. 3, modificativo dell'art. 4 *bis*, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354, promossi dal Tribunale di sorveglianza di Venezia con ordinanza dell'8 aprile 2019, dalla Corte d'appello di Lecce con ordinanza del 4 aprile 2019, dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Cagliari con ordinanza del 10 giugno 2019, dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Napoli con ordinanza del 2 aprile 2019, dal Tribunale di sorveglianza di Taranto con ordinanza del 7 giugno 2019, dal Tribunale ordinario di Brindisi con due ordinanze del 30 aprile 2019, dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Caltanissetta con due ordinanze del 16 luglio 2019, dal Tribunale di sorveglianza di Potenza con ordinanza del 31 luglio 2019 e dal Tribunale di sorveglianza di Salerno con ordinanza del 12 giugno 2019, rispettivamente iscritte ai numeri 114, 115, 118, 119, 157, 160, 161, 193, 194, 210 e 220 del registro ordinanze 2019 e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica numeri 34, 35, 36, 41, 42, 46, 48 e 50, prima serie speciale, dell'anno 2019. I provvedimenti in parola possono leggersi in www.gazzettaufficiale.it.

²² Invero, è il caso di rilevare come, con l'entrata in vigore del *novum* legislativo, si siano anche registrate "disapplicazioni" del nuovo regime con riguardo a fatti reato commessi in epoca precedente alla relativa entrata in vigore. Più nello specifico, infatti, attraverso una interpretazione costituzionalmente orientata, anche alla luce dei criteri elaborati dalla Corte EDU, il Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Como, ord. 8 marzo 2019, in www.giurisprudenzapenale.com, ha ritenuto -in funzione di giudice dell'esecuzione- di dichiarare la temporanea inefficacia dell'ordine di carcerazione sul presupposto che l'art. 4 *bis* ord. pen. sia una norma avente contenuto "*intrinsecamente afflittivo e sanzionatorio*" e come tale sottoposta al principio di irretroattività sfavorevole. Nella stessa linea interpretativa si colloca la direttiva orientativa della Procura Generale di Reggio Calabria dell'11 marzo 2019, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, la quale ha affermato che "*la disciplina applicabile va riscontrata in quella anteriore all'innesto normativo della legge n. 3/2019, con l'effetto che, ove ne ricorrano le condizioni di legge (ex art. 656, comma 5, c.p.p.), gli emittendi ordini di esecuzione di sentenze di condanna divenute irrevocabili prima del 31 gennaio 2019 per reati ricompresi nel nuovo gruppo delittuoso e a quell'epoca passibili di sospensione vanno sospesi*".

I parametri costituzionali invocati sono molteplici, in quanto, secondo i giudici rimettenti, la mancata limitazione degli effetti dell'art. 1, comma 6, lettera b), della l. 9 gennaio 2019, n. 3 sarebbe di dubbia compatibilità: con gli artt. 25, comma 2 e 117, comma 1, Cost., integrato dal parametro interposto offerto dall'art. 7 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, sotto il profilo del principio di legalità e non retroattività della pena; con il diritto di difesa di cui all'art. 24, comma 2, Cost., dal momento che la modifica normativa operata dalla disposizione censurata avrebbe vanificato le legittime strategie processuali degli imputati poi condannati, i quali avrebbero potuto confidare in una diminuzione di pena, connessa alla scelta di un rito, sufficiente per poter accedere alla sospensione dell'ordine di esecuzione della pena; con gli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., in relazione ai principi di ragionevolezza e funzione rieducativa della pena; con l'art. 3 Cost. sia sotto il profilo dell'irragionevole disparità di trattamento venutasi a creare tra condannati per i medesimi delitti, commessi anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 1, comma 6, lettera b), della l. n. 3 del 2019, i quali sarebbero sottoposti a un regime differenziato quanto all'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione, a seconda del momento – anteriore o successivo alla vigenza di detta disposizione – in cui la magistratura di sorveglianza sia stata investita della relativa istanza di concessione, sia sotto l'aspetto dell'irragionevole disparità di trattamento fra autori dei medesimi delitti, commessi rispettivamente prima o dopo l'entrata in vigore della disposizione censurata, poiché solo i primi, ma non anche i secondi, potrebbero espiare la pena in regime *extramurario*.

4. La rimeditazione di consolidati orientamenti giurisprudenziali nazionali: le linee d'interpretazione offerte dalla Corte.

La Corte Costituzionale -investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 6, lettera b), l. 9 gennaio 2019, n. 3 nei termini poc'anzi ricordati- ha operato una *“rimeditazione del tradizionale orientamento, sinora sempre seguito dalla Cassazione e dalla stessa Corte Costituzionale”*, alla cui stregua *“le pene devono essere eseguite in base alla*

legge in vigore al momento dell'esecuzione della stessa, e non a quella in vigore al momento del fatto"²³.

Il complesso *iter* argomentativo, muovendo dal granitico principio per cui le norme disciplinanti l'esecuzione della pena siano in radice sottratte al divieto di applicazione retroattiva²⁴, è giunto a dubitare della persistente compatibilità di tale indirizzo con i precetti costituzionali.

Il giudice delle leggi ha colto l'occasione per evidenziare come dall'art. 25, comma 2, Cost. discenda tanto il divieto di applicazione retroattiva di una legge che incrimini un fatto in precedenza penalmente irrilevante, quanto il divieto di applicare retroattivamente una legge che preveda una pena più severa per un fatto già in precedenza incriminato.

Ed è proprio il suddetto divieto a perseguire un duplice obiettivo: da un lato, *"garantire al destinatario della norma una ragionevole prevedibilità delle conseguenze cui si esporrà trasgredendo il precetto penale [...] per garantirgli –in linea generale– la certezza di libere scelte d'azione"*, dall'altro *"consentir[e]gli [...] di compiere scelte difensive, con l'assistenza del proprio avvocato, sulla base di ragionevoli ipotesi circa i concreti scenari sanzionatori a cui potrebbe andare incontro in caso di condanna"*.

D'altronde, come osserva la Corte, la *ratio* del divieto di applicazione retroattiva di pene non previste al momento del fatto, ovvero più gravi di quelle previste, sottende una garanzia per l'individuo avverso i possibili abusi da parte del potere legislativo ed, in tale senso, opera come *"uno dei limiti al legittimo esercizio del potere politico che stanno al cuore stesso del concetto di Stato di diritto"*.

I suddetti principi, come ricostruiti dalla Consulta ed in adesione alla giurisprudenza nazionale monocorde, non osterebbero all'accoglimento della tesi per cui le pene

²³ Proprio in questi termini, Comunicato del 26 febbraio 2020, Ufficio Stampa della Corte Costituzionale, in www.cortecostituzionale.it.

²⁴ Invero, come evidenziato dalla stessa Corte, dall'art. 25, comma 2, Cost. *"discende pacificamente tanto il divieto di applicazione retroattiva di una legge che incrimini un fatto in precedenza penalmente irrilevante, quanto il divieto di applicare retroattivamente una legge che preveda una pena più severa per un fatto già in precedenza incriminato (da ultimo, sentenza n. 223 del 2018); divieto, quest'ultimo, che trova esplicita menzione nell'art. 7, paragrafo 1, secondo periodo, CEDU, nell'art. 15, paragrafo 1, secondo periodo, del Patto internazionale sui diritti civili e politici, nonché nell'art. 49, paragrafo 1, seconda proposizione, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE)"*.

debbano essere eseguite, di regola, in base alla legge in vigore al momento dell'esecuzione, e non in base a quella in vigore al momento del fatto.

Tale approdo risulterebbe imposto dalla natura stessa del fenomeno esecutivo, il cui regime nelle frequenti mutazioni -fattuali e normative- necessita di fisiologici assestamenti *“della disciplina normativa, chiamata a reagire continuamente a tali mutamenti”*.

Ulteriormente, quanto detto sarebbe imposto dall'esigenza di impedire che un rigido e generale divieto di applicazione retroattiva di qualsiasi modifica della disciplina in materia possa determinare *“una pluralità di regimi esecutivi paralleli, ciascuno legato alla data del commesso reato”* con tutte le conseguenze che possono starsi sul piano del mantenimento dell'ordine all'interno degli istituti penitenziari.

Chiariti i canoni di operatività della previsione di cui all'art. 25, comma 2, Cost, la Corte Costituzionale ha rilevato come la regola debba necessariamente soffrire un'eccezione allorché *“la normativa sopravvenuta non comporti mere modifiche delle modalità esecutive della pena prevista dalla legge al momento del reato, bensì una trasformazione della natura della pena stessa, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del condannato”*. In tal caso, infatti, la successione normativa determinerebbe l'applicazione di una pena che sarebbe sostanzialmente un *aliud* rispetto a quella stabilita al momento della violazione, con un'evidente compromissione delle garanzie che stanno proprio alla base del divieto di applicazione retroattiva di leggi.

Ad avviso della Corte, tale eventualità sussisterebbe nell'ipotesi in cui *“al momento del fatto fosse prevista una pena suscettibile di essere eseguita «fuori» dal carcere, la quale –per effetto di una modifica normativa sopravvenuta al fatto– divenga una pena che, pur non mutando formalmente il proprio nomen iuris, va eseguita di norma «dentro» il carcere”*. La differenza tra il *“fuori”* e il *“dentro”*, così come argomenta la Consulta, deve essere apprezzata in esito a valutazioni relative *“al tipo di pena che era ragionevole attendersi al momento della commissione del fatto, sulla base della legislazione allora vigente, e quella che è invece ragionevole attendersi sulla base del mutato quadro normativo”*.

Pertanto, delineata -nei termini anzidetti- l'opera di rimeditazione dell'orientamento giurisprudenziale maggioritario cristallizzatosi in materia esecutiva, la Corte ha scrutinato la disposizione censurata interrogandosi sulla misura in cui le conseguenze derivanti dall'inserimento della maggior parte dei reati contro la pubblica

amministrazione nell'elenco di cui all'art. 4 *bis*, comma 1, ord. pen. possano ritenersi legittimamente applicate a chi sia stato condannato per fatti commessi prima dell'entrata in vigore della disposizione di "nuovo conio".

Per quanto specificatamente attiene ai benefici penitenziari -il riferimento è ai permessi premio ed al lavoro esterno- la Corte ha ritenuto che l'art. 25, comma 2, Cost. non si oppone ad una applicazione retroattiva delle modifiche derivanti dal *novum* legislativo²⁵.

Ad opposte conclusioni, di contro, perviene in relazione al regime di accesso alle misure alternative alla detenzione disciplinate dal Titolo I, Capo VI, della l. n. 354 del 1975, in particolare con riguardo all'affidamento in prova al servizio sociale, alla detenzione domiciliare nelle sue varie forme ed alla semilibertà.

Le suddette misure, infatti, incidendo sulla *"qualità e quantità della pena [...] e per ciò stesso modificano il grado di privazione della libertà personale imposto al detenuto"*, finirebbero così per costituire delle *"vere e proprie pene alternative alla detenzione disposte dal tribunale di sorveglianza, e caratterizzate non solo da una portata limitativa della libertà personale del condannato assai più contenuta, ma anche da un'accentuata vocazione rieducativa, che si esplica in forme del tutto diverse rispetto a quella che pure connota la pena detentiva"*²⁶.

Medesime conclusioni sono tratte anche con riguardo alla liberazione condizionale, istituto disciplinato dagli artt. 176 e 177 c.p., ed agli effetti riflessi spiegati sul divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena di cui all'art. 656, comma 9, lettera a), c.p.p..

²⁵ Sul punto, la Corte ha chiarito come *"per quanto, infatti, non possa disconoscersi il significativo impatto di questi benefici sul grado di concreta afflittività della pena per il singolo condannato, non pare a questa Corte che modifiche normative che si limitino a rendere più gravose le condizioni di accesso ai benefici medesimi determinino una trasformazione della natura della pena da eseguire, rispetto a quella comminata al momento del fatto e inflitta, sì da chiamare in causa la garanzia costituzionale in parola. Il condannato che fruisca di un permesso premio, o che sia ammesso al lavoro all'esterno del carcere, continua in effetti a scontare una pena che resta connotata da una fondamentale dimensione "intramuraria". Egli resta in linea di principio "dentro" il carcere, continuando a soggiacere alla dettagliata disciplina che caratterizza l'istituzione penitenziaria, e che coinvolge pressoché ogni aspetto della vita del detenuto."*

²⁶ Per una puntuale qualificazione giuridica delle anzidette misure, v. Corte Cost., 28 luglio 1993, n. 349; Id., 6 giugno 1989, n. 328. Entrambi i provvedimenti possono leggersi in www.giurcost.org.

Alla stregua dell'anzidetto percorso interpretativo, la Corte Costituzionale -dopo aver rilevato che la l. 9 gennaio 2019, n. 3 non detta alcuna disciplina transitoria- ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 6, lettera b), della medesima legge *"in quanto interpretata nel senso che le modificazioni introdotte all'art. 4-bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354 si applichino anche ai condannati che abbiano commesso il fatto anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019, in riferimento alla disciplina delle misure alternative alla detenzione previste dal Titolo I, Capo VI, della legge n. 354 del 1975, della liberazione condizionale prevista dagli artt. 176 e 177 del codice penale e del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione previsto dall'art. 656, comma 9, lettera a), del codice di procedura penale"*.

Per altro verso, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 6, lettera b), della l. 9 gennaio 2019, n. 3 *"nella parte in cui non prevede che il beneficio del permesso premio possa essere concesso ai condannati che, prima dell'entrata in vigore della medesima legge, abbiano già raggiunto, in concreto, un grado di rieducazione adeguato alla concessione del beneficio stesso"*.

5. Riflessioni conclusive.

La compromissione di diritti inviolabili ha costituito –e costituirà– occasione per il perdurante “protagonismo” della Corte costituzionale su cui incombe, tra l'altro, il presidio della legalità costituzionale a fronte di un “frenetico” legiferare, che risulta, di frequente, “slegato” dai valori promananti dalla Carta Costituzionale²⁷.

²⁷ Di recente è stata scrutinata la ragionevolezza dell'inclusione dei reati contro la pubblica amministrazione nell'elenco di cui al primo comma dell'art. 4 *bis* ord. pen. In particolare, v. Cass., Sez. I, 18 luglio 2019, r.o. n. 141 del 2019, in www.gazzettaufficiale.it, seguita con le medesime argomentazioni da Corte App., Caltanissetta, 8 ottobre 2019, r.o. n. 233 del 2019, in www.gazzettaufficiale.it, ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 6, lettera b), della legge n. 3 del 2019 per contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost, nella parte in cui inserisce nell'elenco di cui all'art. 4 *bis*, comma 1, ord. pen., il delitto di peculato. (Analoga questione è stata sollevata, con riferimento al delitto di induzione indebita a dare o promettere utilità di cui all'art. 319 *quater*, comma 1, c.p. dalla Corte App., Palermo, 29 maggio 2019, r.o. n. 151 del 2019, in www.gazzettaufficiale.it). I giudici di legittimità hanno rilevato la necessità di interrogarsi sulla idoneità del delitto di peculato a “tollerare” una ragionevole formulazione, in conformità all'art. 3 Cost., della presunzione di pericolosità sociale del reo che legittimi l'iscrizione nel peculiare catalogo, con tutto ciò che ne deriva in punto di limitazione della discrezionalità del momento giurisdizionale in sede di individualizzazione del percorso di espiazione della pena ai sensi dell'art. 27 Cost.. A parere dei Giudici di legittimità, la condotta di peculato, per come configurata dal legislatore, non conterrebbe alcuno dei canoni tipici di

L'importanza di una presa di posizione, così decisa e rilevante, da parte dell'organo istituzionalmente deputato all'interpretazione dei precetti costituzionali rappresenta – come tra l'altro auspicato dalla migliore dottrina²⁸ – un punto di partenza per ripristinare un quadro “minimo” di certezza del diritto: infatti, gli effetti della pronuncia n. 32 del 2020 resa dalla Corte Costituzionale sono –all'evidenza– considerevoli e non possono intendersi confinati esclusivamente alla specifica disposizione oggetto di scrutinio²⁹.

L'interpretazione dei precetti costituzionali, come offerta dalla Corte, impone all'operatore del diritto una continua attività di controllo rispetto al contenuto “qualitativo” delle novazioni che, in assenza di norme transitorie, determinino modifiche *in peius* sul regime esecutivo vigente al momento della commissione del fatto reato.

Tale attività ermeneutica non può e non deve limitarsi esclusivamente alla verifica della conformità della legge ai principi costituzionali, ma deve sostanziarsi in una profonda opera di valorizzazione dei singoli diritti degli individui, compresi i soggetti condannati³⁰ posto che al giusto processo deve corrispondere -davvero- una giusta e leale esecuzione.

generalizzata pericolosità sociale dell'autore. Ed infatti, la condotta sussumibile negli elementi tipici del delitto in discorso si manifesta, sul piano della frequenza statistica delle forme di estrinsecazione, senza uso di violenza o minaccia e difficilmente risulta inquadrabile in contesti di criminalità organizzata. La questione come prospettata dai giudici *a quibus* è stata affrontata dalla Corte Cost., 26 febbraio 2020, n. 49, in www.giustcost.org.

Il giudice delle leggi, prima ancora di pronunciarsi in ordine ai vizi di legittimità dedotti, ha rilevato in via pregiudiziale che le ordinanze di remissione fossero state pronunciate nell'ambito di incidenti di esecuzione per reati commessi anteriormente all'entrata in vigore della l. 9 gennaio 2019, n. 3. In tale prospettiva, alla luce della sopravvenienza costituita dalla sentenza n. 32 del 2020 della stessa Corte si è ritenuto di restituire gli atti ai giudici rimettenti per un nuovo esame della rilevanza e non manifesta infondatezza delle questioni come già prospettate.

²⁸ In proposito, v. MAZZA, *La carcerazione immediata dei corrotti: una forzatura di diritto intertemporale nel silenzio complice del legislatore*, cit., p. 12.

²⁹ Ed infatti, di recente, v. Cass., Sez. I, 20 marzo 2020, n. 12845, in www.giurisprudenzapenale.com, aderendo alla “più pregnante lettura dell'art. 25, comma 2, Cost.” così come fornita dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 32 del 2020, ha operato, con riguardo all'accesso ai benefici penitenziari per reati a sfondo sessuale -inclusi nella c.d. terza fascia- una rivisitazione, sotto il profilo intertemporale, della tradizionale esegesi dell'art. 4 *bis* ord. pen..

³⁰ In tal senso, è appena il caso di richiamare la pronuncia resa dalla Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 253, in www.giustcost.org, alla cui stregua non potranno essere più negati i permessi premio, sulla base dell'assenza di collaborazione con la giustizia, ai condannati per reati inclusi nell'art. 4 *bis*, comma 1, ord. pen.. Sul punto, per gli opportuni approfondimenti, v. RANALDI, *Vero*,

finto e falso: sulla ragionevolezza del regime ostativo all'accesso alle misure alternative alla detenzione per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, Cit.; DELLA MONICA, La irragionevolezza delle presunzioni che connotano il modello differenziato di esecuzione della pena per i condannati pericolosi. Riflessioni a margine della sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale, in questa rivista, 2020 n.1.