

‘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*

di Luca Baron

Abstract. Il presente contributo analizza i primi arresti giurisprudenziali che hanno affrontato il problema dell’operatività temporale del regime di cui all’art. 4-bis, ord. pen., esteso per il tramite dell’art. 1, co. 6, lett. b), l. 9 gennaio 2019, n. 3, a taluni delitti contro la Pubblica Amministrazione. Dopo aver evidenziato che le tutte le pronunce esaminate, prendendo le distanze dalla tradizionale impostazione ermeneutica “formalistica”, secondo la quale le disposizioni attinenti all’esecuzione della pena sarebbero governate dal principio ‘tempus regit actum’, adottano per contro una linea interpretativa “sostanzialistica” e convenzionalmente ispirata, a mente della quale le modifiche concernenti gli istituti che incidono concretamente sulla “qualità” della pena – a prescindere dalla loro attinenza al solo momento esecutivo della stessa – rientrano nella nozione di «materia penale» e, pertanto, sono soggette al principio di irretroattività ex art. 25, co. 2, Cost., e 7 Cedu, il contributo focalizza l’attenzione sui potenziali riverberi che, rispettivamente, recano con sé le due “vie” seguite dalla giurisprudenza per ricondurre il novum legislativo nell’alveo del principio di irretroattività: quella dell’incidente di costituzionalità e quella, alternativa, dell’interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme.

SOMMARIO: 1. La ‘spazzacorrotti’ tra l’incidente di costituzionalità e l’interpretazione conforme. – 2. Le tre ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale. – 2.1. L’ordinanza del G.i.p. di Napoli. – 2.2. L’ordinanza della Corte d’Appello di Lecce. – 2.3. L’ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Venezia. – 3. La via dell’interpretazione conforme. – 4. Alcuni spunti di riflessione. – 4.1. Incidente di costituzionalità vs. interpretazione conforme. – 4.2. «Matière pénale» e disciplina dell’esecuzione penale. – 4.3. Prospettive.

1. La ‘spazzacorrotti’ tra l’incidente di costituzionalità e l’interpretazione conforme.

Precipitato positivo delle pulsioni giacobine che, negli ultimi anni, infervorano la politica criminale anti-corruzione¹, oltre che brillante manifesto di una stagione

¹ Per una rappresentazione dei paradossi e delle irrazionalità che caratterizzano la politica criminale di «lotta alla corruzione», negli ultimi anni, v. MANES V., *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 2018, fasc.

legislativa che sembra aver elevato la logica populistica² (sia consentito l'ossimoro) a *prima ratio* dell'intervento penale, l'art. 1, co. 6, lett. b), della l. 9 gennaio 2019, n. 3 – meglio nota come legge 'spazzacorrotti' – costituisce, con buona probabilità, non solo l'emblema contemporaneo di una visione dichiaratamente – e indifferentemente – giustizialista del giure criminale ma, ancor più a fondo, l'ennesima riaffermazione della morbosa *materialità* che muove l'aspirazione punitiva: la giustizia penale – spesso confusa con la *pubblica opinione del penale* – reclama dei *corpi* su cui avventarsi, e l'art. 1, co. 6, lett. b), l. 3/2019, spalancando le porte del carcere ai *corpi* dei "corruttori", soddisfa la bramosia di uno *ius criminale* che si rende "finalmente" *visibile e concreto*³.

Più sommessamente, che l'inclusione di alcuni tra i più gravi delitti contro la pubblica amministrazione nel «tragico elenco»⁴ dei reati c.d. assolutamente ostativi, di cui all'art. 4-bis, co. 1, ord. pen., avrebbe sollevato non pochi grattacapi, era esito ampiamente prevedibile⁵. Decisamente più difficile da pronosticare era, invece, l'atteggiamento con cui la giurisprudenza avrebbe reagito alla (attesa) pioggia di strali scagliati dalla dottrina (oltre che dall'avvocatura), avverso l'estensione del regime penitenziario differenziato ai delitti contro la P.A.

3, p. 1126 ss., nonché COCCO G., *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell'alveo dei principi liberali*, in *Resp. civi. prev.*, 2018, fasc. 1, p. 374 ss.; v. altresì FLICK G.M., *Governance e prevenzione della corruzione: dal pubblico al privato o viceversa?*, in *Cass. Pen.*, 2015, fasc. 9, p. 2980B ss.

² Nella sterminata letteratura che, negli ultimi anni, ha indagato il tema del populismo penale, vedasi in particolare ANASTASIA S. – ANSELMINI M. – FALCINELLI D., *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2015; FIANDACA G., *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, p. 95 ss.; PULITANO D., *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, *ivi*, 2013, p. 123 ss.; VIOLANTE L., *Populismo e plebeismo nelle politiche penali*, *ivi*, 2014, p. 197 s; MANNA A., *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura)*, in *Arch. pen. Online*, 2018, fasc. 3, p. 1 ss.; SCODITTI E., *Populismo e diritto. Un'introduzione*, in *Quest. giust.*, 10 settembre 2018; vedasi inoltre i vari contributi pubblicati nel dibattito su [La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista](#), in questa Rivista, 21 dicembre 2016. Cfr. altresì TRIPODI A.F., *Dal diritto penale della paura alla paura del diritto penale. Spunti per una riflessione*, in corso di pubblicazione in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 2019, 1, nonché DONINI M., *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Modena, 2019, in corso di pubblicazione. Nella letteratura internazionale, si segnala BARKOW R.E., *Prisoners of politics. Breaking the cycle of mass incarceration*, Cambridge, 2019.

³ Sulla "dimensione materiale" del diritto penale, si rinvia alle efficacissime considerazioni espresse da GARAPON A. – SALAS D., *La République pénalisée*, trad. it. a cura di SINIBALDI SS., *La Repubblica penale*, Macerata, 1998, p. 98 ss. Sottolinea il nesso intercorrente tra carcere e «afflizione corporale», FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, 2016, p. 218.

⁴ Così PADOVANI T., *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen. online*, 2018, fasc. 3, p. 9.

⁵ La modifica normativa dell'art. 4-bis ord. pen., con l'estensione della platea dei reati c.d. assolutamente ostativi sino a coprire anche i delitti contro la P.A., appariva non convincente già ai primi commentatori della bozza di riforma, «nella misura in cui incide, in modo selettivo, su una misura alternativa che, accanto alla liberazione condizionale, connota in senso rieducativo l'intero sistema penale –penitenziario». Proseguendo in tal senso, infatti, veniva paventata la creazione «di un sottosistema (costituzionalmente conforme?) di pene per i corrotti nel quale prevale la funzione general – preventiva e di difesa sociale e soccombe sempre più la funzione rieducativa. Evidente il significato: con un sol colpo di vuole dare il segnale che i corrotti debbano andare in galera!»: così PISANI N., *Il disegno di legge 'spazzacorrotti': solo ombre*, in *Cass. pen.*, 2018, fasc. 11, p. 3589 ss.

Al di là infatti dei marcati profili di irragionevolezza che segnano la pretesa di trattare allo stesso modo, dall'angolo visuale delle conseguenze penologiche, fenomenologie criminali irriducibilmente diverse⁶, è sul piano del diritto intertemporale che gli argomenti del garantismo penale si misurano non solo con la travolgente passione della punizione⁷, ma anche – e soprattutto – con una giurisprudenza di legittimità che, in tema di norme processuali e di ordinamento penitenziario, resta (o restava, almeno sino ad ora) tenacemente fedele al paradigma *formalistico*, nonostante la progressiva incidenza della teorica interpretativa *sostanziale*, di matrice convenzionale, sulla portata e contenuti della «materia penale»⁸. Sulla scorta dell'adagio – autentico «*bizantinismo classificatorio*»⁹ – secondo cui le disposizioni concernenti l'esecuzione penale non sarebbero norme penali sostanziali, in quanto estranee all'accertamento del reato e all'irrogazione della pena, la Corte di legittimità ha costantemente ribadito un orientamento interpretativo che, nella sua essenza, trova compiuta esposizione in un risalente arresto delle Sezioni Unite: in assenza di una specifica disciplina transitoria, «*le disposizioni concernenti l'esecuzione delle pene detentive e le misure alternative alla detenzione [...] 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.*»¹⁰. Con un intuibile

⁶ Come acutamente osservato in dottrina, l'ampliamento del circuito ostativo di cui all'art. 4-bis ord. pen., originariamente riservato ai più gravi reati di criminalità organizzata, ai delitti di peculato, concussione e corruzione, ha determinato un «*allineamento normativo della criminalità white collar alla criminalità nera*»: così MANES V., [L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale](#), in questa Rivista, fasc. 2/2019, p. 107.

⁷ Una vera e propria «*Passione del punire*», del resto, pare essere il *leitmotiv* che attraversa le opzioni criminali degli ultimi anni, come evidenziato da PULITANÒ D., [Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro](#), in questa Rivista, fasc. 3/2019, p. 235. Vedasi altresì FASSIN D., *Punir. Une passion contemporaine*, trad. it. N. ALUNNI, *Punire. Una passione contemporanea*, Milano, 2018. D'altra parte, già in tempi risalenti illustre dottrina evidenziava le criticità insite in un *ab-uso* del diritto criminale, quale principale strumento di risoluzione delle crisi contingenti: v. BRICOLA F., *Carattere "sussidiario" del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, I, Milano, 1984, p. 103. Più di recente, sul ricorso al diritto penale quale "surrogato" dell'etica pubblica, v. DONINI M., *Il diritto penale come etica pubblica. Considerazioni sul politico quale "tipo d'autore"*, Modena, 2014; vedasi altresì FIANDACA G., *Prima lezione di diritto penale*, Roma, 2017, p. 187, il quale lucidamente osserva che «l'enfaticizzazione del bene-sicurezza quale riflesso del diffondersi di sentimenti di insicurezza e allarme collettivo per una criminalità percepita come sempre più aggressiva, e il levarsi di rozze ventate "populiste" nell'ambito della stessa politica penale, hanno finito con l'alimentare, in alcuni settori dell'opinione pubblica, l'illusione che il "panpunitivismo" sia il migliore rimedio a ogni male sociale».

⁸ Con specifico riguardo alla materia dell'esecuzione penale, nel senso della sua collocazione nell'alveo della «materia penale» sostanziale, con conseguente estensione delle garanzie convenzionali a questa dedicate, v. Corte Edu, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, in questa Rivista, 30 ottobre 2013, con nota di MAZZACUVA F., [La Grande Camera della Corte Edu su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli](#), su cui si tornerà *infra*.

⁹ Così GIOSTRA G., [I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è \(a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale\)](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4/2014, p. 326.

¹⁰ Cfr. Cass., sez. un., 30 maggio 2006, n. 24561, ove peraltro il giudice della nomofiliachia ha ritenuto che «*tale interpretazione, a ben vedere, è autorevolmente confermata anche dalla sentenza 306/1993 della Corte costituzionale*». In realtà, nella citata sentenza non è dato rinvenire una chiara presa di posizione da parte del Giudice delle leggi sul punto, in quanto le ordinanze di remissione non contenevano dei riferimenti in fatto idonei ad affrontare la questione che – per contro – rischiava di «*restare astratta*»: cfr. Corte cost., 7 agosto 1993, n. 306, § 12.

corollario: «un'eventuale modifica normativa che introduca una più severa disciplina è immediatamente applicabile a tutti i rapporti esecutivi che non siano ancora esauriti»¹¹.

Alla luce di un simile *acquis interprétatif*, la mancanza di una disciplina transitoria che limitasse *pro futuro* l'operatività dell'art. 1, co. 6, lett. b), l. 3/2019, non solo lasciava presagire tempi duri per chiunque si trovasse *sub iudice* in relazione a fatti commessi prima dell'entrata in vigore del *novum* legislativo; ma faceva altresì intravedere la necessità di un ennesimo sforzo, da parte del *tandem* dottrina-avvocatura¹², finalizzato a "convincere" Tribunali e Corti, mediante la spendita degli argomenti *sostanzialistici* di derivazione convenzionale, affinché superassero il granitico *dictum* giurisprudenziale e scongiurassero, così, che la prammatica interpretativa rigidamente formalistica divenisse (incolpevole) alleato "tecnico" di una riforma – quella contenuta nella legge 'spazzacorrotti' – volta a tradurre la carica mediatica ed eticizzante dello slogan «terra bruciata attorno ai corrotti e ai corruttori»¹³ in una realtà normativa irragionevolmente afflittiva, oltre che drammaticamente dirompente.

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»¹⁴ – 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»¹⁵.

Le potenzialità esplosive di uno scenario simile sono state fortunatamente disinnescate dalla presa di posizione di alcuni giudici che, dapprima in via isolata, ma ben presto confortati da ulteriori decisioni di analogo tenore, nel giro di breve tempo hanno dato vita a quello che appare come un vero e proprio *moto* interpretativo di rivisitazione critica del tradizionale orientamento formalista, gettando le basi per un possibile *revirement* giurisprudenziale.

Trattasi di un "pensiero riformista" al cui interno si agitano due correnti distinte. Da un lato, si collocano coloro che, preso atto dell'esistenza di un consolidatissimo "diritto vivente", ancorato alla tesi della natura *processuale* delle disposizioni concernenti l'esecuzione della pena, hanno invocato l'intervento della Consulta, sollevando

¹¹ In tal senso, Cass., sez. I, 11 novembre 2009, n. 46649, nonché Cass., sez. I, 5 febbraio 2013, n. 11580.

¹² Una sorta di manifesto della posizione dell'Avvocatura sulla legge c.d. 'spazzacorrotti' si rinviene in CAIAZZA G.D., *Spazzacorrotti: un Dna segnato dal giustizialismo*, in *Guida dir.*, 11, 2019, p. 10 ss. Per una denuncia circa le «eclatanti difformità applicative quanto alla fase esecutiva della pena» determinate dalla legge c.d. 'spazzacorrotti', vedasi la Delibera della Giunta dell'Unione delle Camere Penali Italiane del 5 aprile 2019, in www.camerepenali.it.

¹³ L'espressione è di PELLISSERO M., *Le nuove misure di contrasto alla corruzione: ancora un inasprimento della risposta sanzionatoria*, in www.quotidianogiuridico.it, 11 settembre 2018.

¹⁴ Così CAIAZZA, *Spazzacorrotti*, cit., p. 11.

¹⁵ Cfr. MASERA L., [Le prime decisioni di merito in ordine alla disciplina intertemporale applicabile alle norme in materia di esecuzione della pena contenute nella c.d. legge Spazzacorrotti](#), in questa *Rivista*, 14 marzo 2019.

questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 1, co. 6, lett. b), l. 3/2019, nella parte in cui non contempla una disciplina transitoria che esclude l'operatività della novella per i fatti commessi *precedentemente* la sua entrata in vigore. Dall'altro lato si stagliano invece quei giudici che, applicando il meccanismo dell'interpretazione costituzionalmente (e convenzionalmente) conforme, ritengono di poter autonomamente risolvere il problema dell'operatività intertemporale della legge c.d. 'spazzacorrotti'.

Due frange giurisprudenziali caratterizzate dunque da due distinti approcci risolutivi rispetto al problema dell'ambito di operatività intertemporale della legge c.d. spazzacorrotti, ma ciò nondimeno attraversate da un dato comune: quello della valorizzazione del *modus interpretandi* sostanzialistico di provenienza convenzionale che, oramai interiorizzato dalla stessa giurisprudenza nazionale (anche costituzionale¹⁶) e sperimentato in diversi ambiti normativi, offre un formidabile appiglio per l'estensione delle garanzie penali oltre i confini tracciati da un «ferreo»¹⁷ approccio ermeneutico di stampo prettamente formalistico. In particolare, tale paradigma interpretativo fornisce il destro – come si vedrà – per l'ampliamento della portata garantistica dell'art. 25, co. 2, Cost., anche a quegli istituti di ordinamento penitenziario che, lungi dal prevedere delle “mere modalità di esecuzione della pena”, in realtà «concorrono a modellare il sistema delle risposte al reato»¹⁸. Tra questi – anticipando quanto esposto *infra* – senza dubbio possono annoverarsi non solo le misure alternative alla detenzione, ma altresì quelli che concorrono a delineare la disciplina dell'ordine di esecuzione.

2. Le tre ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale.

La via dell'incidente di costituzionalità trova nell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Sorveglianza di Venezia¹⁹ un “manifesto ideologico” particolarmente significativo. In effetti, tale recentissima e robusta ordinanza fornisce quella che – almeno finora – appare come la più compiuta ed esaustiva sistematizzazione del sostrato concettuale su cui poggiano non solo gli argomenti a favore dell'*irretroattività* delle modifiche *in malam partem* apportate dalla legge c.d. 'spazzacorrotti' all'art. 4-bis ord. pen., ma anche le ragioni a sostegno dell'*incostituzionalità* dell'art. 1, co. 6, lett. b), l. 3/2019, nella parte in cui non contempla alcuna disciplina transitoria che ne circoscriva *pro futuro* l'ambito operativo.

Il provvedimento del giudice veneziano, in tal senso, costituisce solo l'*ultima* di un trittico di ordinanze, attraverso le quali la novità più eclatante della legge c.d.

¹⁶ Vedasi in particolare Corte cost., 4 giugno 2010, n. 196, nonché Corte cost., 18 aprile 2014, n. 104.

¹⁷ Espressione utilizzata nella [Direttiva orientativa della Procura Generale di Reggio Calabria sui limiti di applicazione temporale delle modifiche apportate dalla l. 3/2019 all'art. 4-bis ord. pen.](#), disponibile in questa Rivista, 15 marzo 2019.

¹⁸ Cfr. PULITANÒ, *Tempesta sul penale*, cit., 242.

¹⁹ [Trib. Sorv. Venezia, ord. 8 aprile 2019](#). Per un recente commento all'ordinanza del Tribunale veneziano, v. MANCA V., *Dubbi di costituzionalità sulla qualificazione “sostanziale” delle norme penitenziarie (a proposito di art. 4-bis ord. penit. e legge “spazza-corrotti”)*, in Arch. pen. Online, 2019, fasc. 2, p. 1 ss.

‘spazzacorrotti’ è stata trascinata avanti alla Consulta: nell’arco di meno di una settimana tre diversi giudici hanno infatti sollevato altrettante questioni di legittimità costituzionale, realizzando un vero e proprio accerchiamento dell’art. 1, co. 6, lett. b), l. 3/2019.

2.1. L’ordinanza del G.i.p. di Napoli.

Procedendo in ordine di tempo, la prima questione di legittimità costituzionale è stata sollevata dal G.i.p. di Napoli²⁰. La vicenda sottoposta all’attenzione del giudice napoletano – in qualità di giudice dell’esecuzione – riguardava il caso di un soggetto, al quale veniva notificato un ordine di esecuzione *non sospeso*, emesso dalla Procura di Napoli *dopo* il 31 gennaio 2019, in relazione alla condanna a un anno di reclusione per i reati di cui agli artt. 319, 320 e 321 c.p., pronunciata con sentenza divenuta irrevocabile *prima* dell’entrata in vigore della legge n. 3/2019.

Posto che l’entità e la tipologia della pena, al tempo della loro irrogazione, avrebbero pacificamente consentito al condannato di evitare il periodo di osservazione carceraria²¹, rientrando nei limiti stabiliti dall’art. 656, co. 5, c.p.p., il difensore prontamente sottoponeva all’attenzione del giudicante la circostanza che la mancata emissione – da parte del Pubblico Ministero – del decreto di sospensione dell’ordine di esecuzione fosse dipesa da una applicazione retroattiva della legge c.d. ‘spazzacorrotti’ e, pertanto, illegittima in quanto avvenuta in spregio al dettato dell’art. 2 c.p.

Come puntualmente evidenziato dal G.i.p., l’accoglimento o meno della doglianza difensiva dipendeva dalla soluzione che il giudice avrebbe fornito alla *vexata quaestio* della natura, *processuale* o *sostanziale*, «delle norme sulle quali ha inciso la riforma»: dalla risoluzione del quesito deriverebbe infatti, nel primo caso, «l’operatività del principio “*tempus regit actum*” e, quindi, della nuova formulazione – più restrittiva – dell’art. 4-bis l. 354/1975, così come modificato dalla l. 3/2019»; mentre, nel secondo caso, «l’efficacia del principio del “*favor rei*”, con conseguente applicazione della disciplina antecedente in materia di accesso alle misure alternative», con l’esito pratico di determinare la «revoca dell’ordine di carcerazione non sospeso».

Il giudice napoletano affronta lo spigoloso interrogativo delimitando il proprio orizzonte decisionale entro una secca alternativa: aderire al tradizionale orientamento giurisprudenziale, graniticamente fedele alla tesi della natura processuale delle norme di ordinamento penitenziario e, pertanto, ammettere che la l. 3/2019, in assenza di norme transitorie, si applichi anche «ai fatti commessi prima della [sua] entrata in vigore»;

²⁰ Trib. Napoli, Ufficio GIP, ord. 2 aprile 2019, in questa *Rivista*, 8 aprile 2019, con nota di GATTA G.L., [Estensione del regime ex art. 4-bis o.p. ai delitti contro la P.A.: sollevate due prime questione di legittimità costituzionale.](#)

²¹ Come noto, il limite edittale massimo, per la sospensione dell’ordine di esecuzione, di cui all’art. 656, co. 5, c.p.p., è stato elevato dalla Corte costituzionale fino a quattro anni: cfr. Corte cost., n. 41/2018, ove la Consulta ha dichiarato «l’illegittimità costituzionale dell’art. 656, comma 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, non superiore a tre anni, anziché a quattro anni».

oppure abbandonare l'impostazione «esasperatamente formalistica» della giurisprudenza di legittimità e, valorizzando un approccio ermeneutico (convenzionalmente) orientato al disvelamento della *substantia rerum*, giungere ad affermare l'estensione del principio di irretroattività *in malam partem* anche alle modifiche apportate dall'art. 1, co. 6, lett. b), l. 3/2019.

Proprio quest'ultima è la via che il G.i.p. ritiene di dover intraprendere. Confortato dall'autorevole sostegno della Sesta sezione della Corte di Cassazione – la quale, pronunciandosi in relazione a un caso analogo a quello esaminato dal giudice napoletano, ha recentemente ritenuto *non manifestamente infondato* il dubbio circa l'incostituzionalità della mancata previsione di un regime transitorio nella disposizione dell'art. 1, co. 6, lett. b), l. 3/2019²² – il G.i.p. coraggiosamente prende le distanze dall'orientamento maggioritario, evidenziando come questo appaia «in stridente contrasto con l'interpretazione che nel tempo la Corte E.D.U. ha adottato con riguardo ad istituti implicanti, come nel caso di specie, variazioni delle modalità esecutive della pena»²³.

D'altra parte, proprio l'asserito carattere consolidato dell'orientamento formalistico impedisce al giudice di superare l'*impasse* applicativo mediante un'interpretazione convenzionalmente orientata dall'art. 1, co. 6, lett. b), l. 3/2019, «costringendolo» a sollevare questione di legittimità costituzionale della citata disposizione «nella parte in cui, ampliando il novero dei reati "ostativi" ai sensi dell'art. 4-bis L. 354/1975, includendovi i reati contro la pubblica amministrazione, ha mancato di prevedere un regime intertemporale, perché in contrasto con gli artt. 3, 24, 25, 27, 111, 117 della Costituzione (quest'ultimo integrato dal parametro di cui all'art. 7 C.E.D.U.)».

2.2. L'ordinanza della Corte d'Appello di Lecce.

Del tutto analoga appare, in punto di premesse fattuali e di determinazione ultima – quella di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 6, lett. b), l. 3/2019 –, l'ordinanza di rimessione elaborata dalla Corte d'Appello di Lecce²⁴.

La Corte distrettuale veniva chiamata a pronunciarsi sull'incidente di esecuzione presentato da parte del difensore di un soggetto, condannato per alcuni episodi di peculato alla pena di anni tre, mesi dieci e giorni due di reclusione²⁵. Nonostante i fatti

²² Cass., sez. VI, ud. 14 marzo 2019 (dep. 20 marzo 2019), n. 12541, in questa *Rivista*, 26 marzo 2019, con nota di GATTA G.L., [Estensione del regime ostativo ex art. 4-bis ord. penit. ai delitti contro la P.A.: la Cassazione apre una breccia nell'orientamento consolidato, favorevole all'applicazione retroattiva](#).

²³ Il riferimento è ovviamente alla già citata sentenza *Del Rio Prada c. Spagna*.

²⁴ Corte d'Appello di Lecce, ord. 4 aprile 2019, in questa *Rivista*, 8 aprile 2019, con nota di GATTA G.L., *Estensione del regime ex art. 4-bis o.p. ai delitti contro la P.A.: sollevate due prime questione di legittimità costituzionale*, cit.

²⁵ Un *quantum* sanzionatorio pertanto rientrante entro i limiti *quantitativi* massimi di pena per ottenere la sospensione dell'ordine di esecuzione, ex art. 656, co. 5, c.p.p., così come stabiliti dalla Corte costituzionale con sent. n. 41/2018: sul punto v. VICOLI D., [Sospensione dell'ordine di esecuzione e affidamento in prova: la Corte costituzionale ricuce il filo spezzato dal legislatore](#), in questa *Rivista*, fasc. 4/2018, p. 89 ss.

fossero molto risalenti nel tempo e la stessa sentenza di condanna fosse divenuta irrevocabile *prima* dell'entrata in vigore della legge c.d. 'spazzacorrotti', la Procura Generale di Lecce aveva emesso, *successivamente* a tale data, un ordine di esecuzione non sospeso, attesa la sopravvenuta inclusione, da parte dell'art. 1, co. 6, lett. b), l. 3/2019, dell'art. 314 c.p. nel novero dei reati c.d. assolutamente ostativi di cui all'art. 4-bis, co. 1, ord. pen.

Mediante incidente di esecuzione, il difensore del condannato invitava dunque la Corte ad aderire ad una lettura evolutiva in punto a natura delle disposizioni concernenti l'esecuzione pena: più precisamente, l'istante chiedeva al giudice di abbandonare la tradizionale interpretazione formalistica – ancorata alla tesi *processualistica* e al corollario del *tempus regit actum* – per abbracciare l'opposta lettura, «costituzionalmente orientata» e conforme alle indicazioni della Corte Edu, in ossequio alla quale le norme incidenti sull'esecuzione della pena avrebbero «natura sostanziale ed afflittiva» e, pertanto, eventuali modifiche che “mutassero le carte in tavola” sarebbero necessariamente sottoposte al principio di irretroattività.

L'impianto motivazionale su cui poggia la decisione del Collegio richiama i medesimi snodi argomentativi che hanno segnato l'ordinanza del G.i.p. di Napoli (ossia la preminenza della tesi *processualistica* interna e il *dictum* di Strasburgo nel caso *Del Rio Prada*; la non infondatezza dei dubbi di incostituzionalità della l. 3/2019, così come indicato dalla Sesta sezione della Suprema Corte).

La Corte d'Appello muove dunque dalla premessa che la tesi accolta dal 'diritto vivente', circa la natura meramente *processuale* delle disposizioni concernenti l'esecuzione penale, debba essere *confermata*: pertanto, il Collegio coerentemente esclude di poter percorrere la via, indicata dal difensore, dell'interpretazione costituzionalmente orientata.

D'altra parte, il giudice evidenzia che l'orientamento interpretativo tradizionale sembrerebbe cozzare con le indicazioni provenienti dal piano convenzionale, nella misura in cui una ermeneusi volta a superare la *qualificazione formale* degli istituti, per coglierne la reale *sostanza*, dovrebbe far rientrare nel concetto di «materia penale» anche quelle disposizioni che incidono sulle «modalità di esecuzione della sanzione o della misura imposta (caso *Del Rio Prada contro Spagna* del 21 ottobre 2013)»: con l'esito per cui, seguendo tale paradigma interpretativo, si estenderebbero anche a tali disposizioni (tra le quali rientrano anche quelle sulle misure alternative alla detenzione) le garanzie convenzionali riservate alla «materia penale», ivi comprese quelle dettate dall'art. 7 Cedu. Tuttavia, il giudicante ritiene che l'invocazione del binomio costituito dall'art. 7 Cedu e dall'art. 117 Cost., quale grimaldello interpretativo sufficiente a scardinare la tradizionale impostazione giurisprudenziale, appaia solo una «suggestiva» prospettazione, del tutto inidonea ad aprire la via per una lettura «costituzionalmente orientata» del *novum* legislativo.

Al più, osserva la Corte, la mancanza di un regime intertemporale che escluda l'applicabilità della norma – la cui natura «rimane [...] squisitamente processuale e soggetta al tempo dell'applicazione» - per i fatti commessi *prima* della sua entrata in vigore, pone «un serio profilo di incostituzionalità».

Il Collegio – dopo aver peraltro richiamato i «condivisibili ragionamenti» esposti nella già citata sentenza della Sesta sezione della Corte di legittimità²⁶, osservando che essi «valgono pienamente nel caso di specie» - individua dunque tre distinti parametri costituzionali con cui l'art. 1, co. 6, lett. b), l. 3/2019, nella parte in cui non contempla una disciplina transitoria, si porrebbe in frontale contrasto.

In primis, l'assenza di una disciplina transitoria violerebbe l'art. 3 Cost., in ragione della disparità di trattamento generata dal collocare sul medesimo piano "l'esecuzione" di chi, al momento del fatto, poteva contare «su un impianto normativo che gli avrebbe consentito di non scontare in carcere una pena, eventualmente residua, inferiore a 4 anni», e di chi ha commesso o commette il fatto dopo l'entrata in vigore del *novum* legislativo. La citata disposizione paleserebbe inoltre un profilo di frizione con l'art. 25, co. 2, Cost., attesi gli «indubbi riflessi sostanziali in punto di esecuzione della pena in concreto, frutto di un cambiamento delle regole successivo alla data del commesso reato». Da ultimo, ritiene il Collegio che il mutamento delle regole normative *in itinere*, determinando un «passaggio a sorpresa e non prevedibile al momento della commissione del reato alla sanzione con necessaria incarcerazione», presenti evidenti tratti di non conformità rispetto all'art. 117, co. 1, Cost., integrato dal parametro interposto dell'art. 7 Cedu.

2.3. L'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Venezia.

Le argomentazioni e intuizioni espresse nelle due ordinanze di rimessione, poc'anzi rapidamente esaminate, concorrono altresì a delineare la struttura fondamentale su cui poggiano i dubbi di costituzionalità espressi dal Tribunale di Sorveglianza di Venezia. Nell'ordinanza del giudice veneziano, tuttavia, quei "reagenti concettuali" vengono non solo ricombinati tra loro secondo sequenze parzialmente differenti, ma gli stessi interagiscono altresì con ulteriori elementi di riflessione, dando luogo ad un'alchimia interpretativa capace di far risaltare i profili di più marcata incostituzionalità che affliggono l'art. 1, co. 6, lett. b), l. 3/2019.

La dinamica giudiziaria sottoposta all'attenzione del Tribunale presentava dei profili di diversità, rispetto a quelle che avevano scandito l'evoluzione delle vicende analizzate dal G.i.p. di Napoli e dalla Corte d'Appello di Lecce. In particolare, l'istanza di affidamento in prova riguardava la posizione di un soggetto che, con sentenza divenuta irrevocabile *prima* dell'entrata in vigore della legge c.d. 'spazzacorrotti', era stato condannato a scontare (al netto del presofferto cautelare) una pena pari ad anni due, mesi tre e giorni dodici di reclusione, inflitta in relazione ad alcuni episodi di corruzione e di induzione indebita a dare o promettere denaro o altra utilità. *Prima* dell'entrata in vigore della l. 3/2019, nei confronti del condannato veniva emesso un ordine di esecuzione con correlato decreto di sospensione e, sempre *prima* dell'irrompere

²⁶ Cass., n. 12541/2019, cit.

sul panorama normativo della legge c.d. ‘spazzacorrotti’, il difensore avanzava la predetta istanza di affidamento in prova.

Il difensore del condannato, dopo aver richiamato alcuni elementi *fattuali* che – a suo dire – *già* avrebbero dovuto escludere l’applicabilità della ‘spazzacorrotti’ nel caso di specie²⁷, illustrava gli esiti perniciosi a cui avrebbe condotto un’applicazione retroattiva dell’art. 1, co. 6, lett. b), l. 3/2019, invitando il Collegio ad affermarne invece l’operatività *pro futuro*. A tal fine, il difensore invocava innanzitutto l’opportunità di procedere a un’interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme della novella legislativa e, in seconda battuta, rappresentava la necessità di sollevare un quesito di costituzionalità della disposizione nella parte in cui, non contemplando alcuna disciplina transitoria che regoli l’operatività intertemporale delle modifiche apportate, limitandole *pro futuro*, apparirebbe chiaramente contrastante con gli artt. 3, 27 co. 3, 25, co. 2, e con l’art. 117, co. 1, Cost., quest’ultimo integrato dal parametro di cui all’art. 7 Cedu.

Il Tribunale di Sorveglianza, dopo aver ritenuto non accoglibili le considerazioni “in merito” esposte dalla difesa, relative al divieto di revoca dell’ordine di esecuzione

²⁷ Il difensore – muovendo dalla premessa, evidentemente supposta ma non accolta, della natura *processuale* delle norme di esecuzione penale – evidenziava che l’emissione di un ordine di esecuzione – eventualmente sospeso con decreto *ex art.* 656, co. 5, c.p.p. –, da parte del Pubblico Ministero, avrebbe comportato “l’esaurimento”, quantomeno temporaneo, dei poteri riconosciuti dagli art. 655 e ss., c.p.p.: proprio in quanto *tempus regit actum*, tale ordine non avrebbe potuto essere successivamente revocato, invocando la sopravvenuta normativa ‘spazzacorrotti’ (in tale senso, v. Cass., sez. I, 13 ottobre 2009, n. 41592; nonché Cass., sez. I, 23 marzo 1999, n. 2430). In ogni caso, osservava il difensore, l’eventuale applicazione retroattiva delle modifiche apportate all’art. 4-bis ord. pen. avrebbe comportato una indebita compromissione del principio della c.d. *progressione trattamentale* (così come riconosciuto in alcune pronunce del Giudice delle leggi; cfr. Corte cost., sent. n. 306/93; sent. n. 504/95; sent. n. 445/97; sent. n. 137/1999 e, più di recente, sent. n. 149/2019) il quale – in diretta derivazione dall’art. 27, co. 3, Cost. – esprime l’idea secondo cui è fatto divieto di applicazione retroattiva di eventuali modifiche, incidenti *in pejus* sull’esecuzione della pena, allorché tali innovazioni comportino una immotivata regressione del percorso trattamentale già *in fieri*. In subordine, la difesa rappresentava che, nel corso della fase “di cognizione”, il condannato aveva rivelato all’Autorità giudiziaria delle informazioni utili all’accertamento di ulteriori reati (effettivamente oggetto di separato giudizio), tali da poter integrare gli estremi di quella *collaborazione, effettiva* o c.d. *impossibile*, che costituisce – oggi – autentica *condicio sine qua non* per l’accesso alle misure alternative alla detenzione, a mente del combinato normativo degli artt. 4-bis, co. 1-bis, ord. pen. e 58-ter, co. 2, ord. pen., ovvero ai sensi dell’art. 323-bis, co. 2, c.p.

sospeso già emesso²⁸, alla violazione del principio della c.d. progressione trattamentale²⁹ e alla riconoscibilità della collaborazione positiva o c.d. *impossibile*³⁰, affronta *ex professo* il tema della natura giuridica della disposizione modificativa dell'art. 4-bis, ord. pen., e il correlato quesito circa l'operatività intertemporale della medesima.

Ebbene, l'oramai collaudato percorso argomentativo, scandito dapprima dal "rassegnato" richiamo alla tradizionale, ma granitica, linea interpretativa *formalistica* di legittimità (imperniata sul binomio *natura processuale-tempus regit actum*), seguito poi dall'invocazione dell'antitetica soluzione cui dovrebbe pervenirsi attraverso una lettura *sostanzialistica*, convenzionalmente ispirata³¹ e del resto recentemente avallata anche dalla Suprema Corte³², delle disposizioni che incidono sulla concreta esecuzione della pena (mutando così la combinazione dei fattori: *natura sostanziale-principio di irretroattività in malam partem*), conduce il Tribunale di Sorveglianza lontano dalla via – relativamente tranquilla – dell'«interpretazione conforme a Costituzione», spingendolo verso il più impegnativo sentiero della questione di legittimità costituzionale.

Il Collegio individua quindi tre profili di illegittimità costituzionale dell'art. 1, co. 6, lett. b), l. 3/2019.

La novella legislativa arrecherebbe innanzitutto un *vulnus* al principio di *irretroattività della legge penale*, sancito dagli artt. 25, co. 2, Cost. e 7 Cedu. Seguendo i

²⁸ Ritiene il Tribunale che la tesi difensiva non sia condivisibile, per un verso, in quanto «il diritto vivente non è affatto consolidato nel ritenere [...] preclusa al pubblico ministro la revoca dell'ordine di esecuzione sospeso»; e, per altro verso, in ragione del fatto che non è possibile «considerare unitariamente la fase procedimentale di impulso del P.M. governata dall'art. 656 c.p.p., e quella che si incardina successivamente (e solo eventualmente, nel caso di istanza dell'interessato o del suo difensore) avanti al Tribunale di sorveglianza». In particolare, questa seconda "fase procedimentale", che si apre con l'inerzia del condannato o con la trasmissione dell'istanza di misura alternativa al competente Tribunale, costituisce la «fase propriamente giurisdizionale della vicenda esecutiva»: fermo che gli ordini di esecuzione già sospesi *prima* dell'entrata in vigore della legge 3/2019 «non possono essere revocati in quanto la loro efficacia si consuma con la sospensione» (sul punto, Trib. Napoli, sez. VII, 28 febbraio 2019, in *questa Rivista*, con nota di MASERA, *Le prime decisioni di merito*, cit.), ciò non toglie che il Tribunale, nel corso della "fase giurisdizionale", debba necessariamente valutare le modifiche normative sopraggiunte. Cfr. § 5.

²⁹ Assunto non condivisibile – a parere del Tribunale – in quanto la persona condannata, al momento dell'entrata in vigore della l. 3/2019, «non si trovava sottoposta al trattamento penitenziario cui fa riferimento la Corte costituzionale, laddove si riferisce alla "progressività trattamentale e flessibilità della pena"»: cfr. § 6.

³⁰ L'istanza di accertamento della collaborazione è stata rigettata in quanto il Tribunale ha ritenuto, sulla base della lettura delle sentenze della fase di cognizione, che «l'interessato non abbia collaborato con l'autorità giudiziaria in termini di efficacia tale da soddisfare i requisiti indicati nell'art. 58-ter, ord. penit., ovvero quelli di cui all'art. 323-bis, co. 2, c.p.»: in particolare, osserva il Collegio, «le ammissioni e le dichiarazioni rese dall'odierno istante sono state solo parziali, sono residuati profili non accertati delle condotte criminose realizzate dagli altri imputati [...] ed egli non ha agito se non in modesta misura per elidere le conseguenze dannose dei reati commessi». Cfr. § 7.

³¹ Il Tribunale (cfr. § 8, p. 10) cita espressamente la più volte richiamata sentenza *Del Rio Prada contro Spagna*, in particolare ricordando che in quell'arresto della *Grande Chambre* è stato ritenuto violato l'art. 7, par. 1, Cedu, «sotto il profilo del "principio di affidamento" di una persona detenuta rispetto ad un mutamento *in pejus* introdotto per effetto della applicazione giurisprudenziale [...] affermando che, ai fini del rispetto dell'evocato principio di affidamento del condannato circa la "prevedibilità della sanzione penale", occorre avere riguardo non solo alla pena irrogata, ma anche alla sua concreta esecuzione».

³² Di nuovo, il riferimento concerne Cass., 12541/2019, cit.

canoni tipici di un approccio ermeneutico *sostanzialistico* – teso a squarciare il velo formale per disvelare la sostanza degli istituti –, il Tribunale giunge ad affermare che le misure alternative alla detenzione rientrano senza dubbio nel concetto di «materia penale». Proprio la loro fisiologica funzionalizzazione a garantire la «diversificazione tipologica del trattamento sanzionatorio», corollario del principio rieducativo di cui all'art. 27, co. 3, Cost., vale ad escludere che le misure alternative alla detenzione siano delle «mere modalità di esecuzione della pena»: trattasi infatti di istituti che «incidono sulla qualità essenziale della pena stessa, trasformando ad esempio una pena detentiva in una sanzione detentiva» e che, in quanto incidenti sullo *status* concreto e sul grado di afflittività della pena³³, rientrano a pieno titolo nella «materia penale».

Ciò posto, la mancata previsione di una disciplina transitoria, idonea a limitare *pro futuro* l'ambito di applicazione del *novum* legislativo, costituisce una lacuna costituzionalmente rilevante, tanto più laddove si consideri che lo stesso legislatore, allorché in altre occasioni era intervenuto ampliando l'area operativa dell'art. 4-bis, ord. pen., aveva provveduto a regolare anche il regime intertemporale: in tal modo, riconoscendo implicitamente «la valenza del principio di irretroattività della norma penale meno favorevole anche con riferimento al regime della pena».

Il Tribunale ritiene che l'art. 1, co. 6, lett. b), della legge c.d. 'spazzacorrotti', violerebbe il combinato normativo dell'art. 25, co. 2, Cost. e 7 Cedu (ovviamente evocato nella veste di parametro interposto rispetto all'art. 117, co. 1, Cost.) anche dall'angolo visuale del *principio di affidamento*. Una modifica normativa *in pejus*, operante retroattivamente, finirebbe per frustrare quell'esigenza di *prevedibilità* ed *accessibilità* della norma penale che costituisce non solo un corollario diretto del principio di certezza del diritto³⁴, ma altresì il *nucleo duro* della *legalità penale convenzionale*³⁵. Tenuto conto che il principio dell'affidamento di cui all'art. 7 Cedu copre non solo «la sanzione, ma anche la sua esecuzione», peraltro *a prescindere* dal «versante [su cui] si colloca l'espiazione, se di diritto sostanziale o di diritto processuale»³⁶, il Tribunale evidenzia come

³³ Del resto, come ricordato dallo stesso Tribunale, anche la Corte costituzionale ha da tempo riconosciuto che le misure alternative alla detenzione «nell'estinguere lo *status* di detenuto, costituiscono altro *status* diverso e specifico rispetto a quello del semplice condannato», in ciò distinguendosi da altri istituti di ordinamento penitenziario, come i permessi premio: cfr. Corte cost., sent. n. 188/1990. Ancor più esplicitamente, cfr. Corte Cost., sent. n. 349/1993, secondo la quale «[...] le misure alternative partecipano della natura della pena, proprio per il loro coefficiente di afflittività: esse, pertanto, sono alternative non alla pena in generale ma alla pena detentiva, trattandosi di diverse forme di penalità».

³⁴ In tal senso, MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.*, cit., 116.

³⁵ Sulla centralità degli elementi della prevedibilità ed accessibilità della norma penale, oltre che della decisione giudiziaria, per la costruzione della legalità convenzionale, v. ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in MANES V. – ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 69 ss.; v. altresì FIANDACA, *Prima lezione*, cit., p. 145 ss.

³⁶ Sul punto sia sufficiente richiamare le riflessioni di GALLO M., *Introduzione. Atti del VI Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale* (Roma, 10/11 novembre 2017), in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 2018, fasc. 3, p. 1375 ss., il quale sottolinea che «diversamente da come ordinariamente si pensa, ed è opinione diffusa, ritengo che l'irretroattività si imponga, non solo con riguardo a quella parte della norma reale che racconta i fatti cui è ricollegata una conseguenza sanzionatoria, ma vale anche per la frazione di norma reale che descrive e comanda come debbono essere accertati i fatti condizionanti la sanzione, da chi

l'affidamento, riposto dal condannato sulla circostanza che il «fatto-reato commesso non avrebbe comportato necessariamente una pena carceraria, poiché la pena sarebbe stata sospesa [...], è stato «irrimediabilmente travolto dalla immediata vigenza delle disposizioni di cui all'art. 1, comma 6, lett. b) della legge 3/2019».

Tale disposizione, osserva il Collegio, determina una vera e propria trasformazione della pena eseguibile, con il fine di realizzare un inasprimento del trattamento sanzionatorio in concreto applicato: la sua operatività “ora per allora” comporta un «mutamento imprevedibile ed indipendente dalla sfera di controllo del soggetto, tale da modificare in senso sostanziale il quadro giuridico-normativo che il soggetto aveva di fronte a sé nel momento in cui si è determinato nella sua scelta delinquenziale, con piena consapevolezza delle relative conseguenze, così da poterne adeguatamente ponderare i benefici e gli svantaggi». Di qui, la violazione del principio di affidamento costituzionalmente e convenzionalmente tutelato.

Last but not least, il Tribunale di Sorveglianza evidenzia che l'assenza di una disciplina transitoria determina una frizione tra l'art. 1, co. 6, lett. b), l. 3/2019 e gli artt. 3 e 27, co. 3, Cost., ossia con il *principio di ragionevolezza* e con il *principio della finalità tendenzialmente rieducativa della pena*.

Per un verso, osserva il giudice *a quo*, la novella legislativa introduce una irragionevole disparità di trattamento nella misura in cui, incidendo su esecuzioni relativi a fatti commessi *prima* della sua entrata in vigore, finisce per applicarsi – o meno – nei confronti di singoli condannati sulla base di un criterio *casuale*, quello della trattazione dell'istanza di misura alternativa *prima* o *dopo* il 31 gennaio 2019.

Per altro verso, proprio la casualità che governa il *range* applicativo della modifica normativa, rende evidente come l'incidenza di un trattamento esecutivo deteriore dipenda da elementi *estranei* rispetto al «coefficiente di meritevolezza dei singoli condannati» e al grado di «rieducazione da essi raggiunto».

In definitiva, il Collegio veneziano ritiene di censurare l'art. 1, co. 6, lett. b) della legge 3/2019, nella parte in cui «ammettendo una applicazione retroattiva [...] incide in modo irragionevole sul percorso rieducativo, senza che tale *vulnus* sia ricollegabile a comportamento colpevole del condannato e senza che [...] sia consentita al giudice specializzato una valutazione individualizzata atta a verificare, nel caso concreto, la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle misure a più alta valenza risocializzante».

3. La via dell'interpretazione conforme.

Il trittico di ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale costituisce una fondamentale – ancorché non scontata – risposta della giurisprudenza nazionale alle plurime censure con cui l'Accademia e l'Avvocatura hanno stigmatizzato una disposizione – quella dell'art. 1, co. 6, lett. b), legge c.d. ‘spazzacorrotti’ – che,

e come questa debba essere dichiarata, da chi e come applicata».

ammantandosi con i proclami – *mediaticamente* amplificati³⁷ – di una sbandierata e virtuosissima «lotta all'impunità»³⁸, compendia in sé il distillato normativo di una politica criminale ben distante dai dettami di una razionalità penale costituzionalmente orientata³⁹ e, per contro, assai incline alle lusinghe di quel populismo punitivo che, a colpi di *slogan* e forzature sistematiche, lascia intravedere la sinistra fisionomia di un vero e proprio *igienismo punitivo*.

D'altra parte, la chiamata in causa della Corte costituzionale non rappresenta l'unica via attraverso cui la recente giurisprudenza ha tentato di risolvere il problema dell'applicazione nel tempo delle modifiche, apportate dalla l. 3/2019, all'art. 4-*bis*, ord. pen.

Come infatti accennato⁴⁰, è andato formandosi e rafforzandosi un secondo indirizzo giurisprudenziale *garantista* che, senza impegnare il Giudice delle leggi, ha bloccato l'efficacia degli ordini d'esecuzione (non sospesi), emessi in relazione a fatti commessi *prima* dell'entrata in vigore della novella legislativa⁴¹: ciò per il tramite di una *interpretazione costituzionalmente (e convenzionalmente) orientata* che, superando il principio ermeneutico affermato dal "diritto vivente", consentirebbe di escludere la retroattività *in malam partem* delle novità introdotte dalla legge c.d. 'spazzacorrotti'.

Nell'affrontare il quesito circa l'operatività temporale del *novum* legislativo, anche la seconda corrente "riformista" individua nell'alternativa tra la natura *sostanziale* o *processuale* delle disposizioni concernenti l'esecuzione penale – in assenza di chiare indicazioni legislative – il fulcro attorno al quale orbita l'intera problematica. Così

³⁷ Sulla crescente interferenza esercitata dai *mass-media* sul "mondo penalistico" latamente inteso – dal piano delle scelte legislative a quello delle applicazioni giurisprudenziali – in particolare v. PALIERO C.E., *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012, p. 116-117, il quale evidenzia come «anche per effetto della crisi del parlamentarismo già evidenziata, il legislatore penale italiano [...] sembra oggi operare una saldatura tra formante legislativo e formante mediatico. L'idea che i media siano oggetto di una strumentalizzazione da parte degli esponenti politici è ampiamente superata: è il legislatore penale stesso che è geneticamente un legislatore mediatico o lo è diventato per ragioni di alleanza e/o di sopravvivenza nel teatro politico». V. altresì ID, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, fasc. 2, p. 523 ss. Sul versante monografico, v. BIANCHETTI R., *La paura del crimine. Un'indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell'insicurezza*, Milano, 2018.

³⁸ Evidenzia MANES V., *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Quest. giust.*, 26 marzo 2019, come il «nuovo paradigma punitivo» conduca una «*fight against impunity*» senza quartiere, sorda a qualsiasi richiamo della razionalità penale, e protesa verso «la effettività *coûte que coûte* – cieca e pervicace – dello strumento repressivo, che si vuole massimamente *user friendly* anzitutto nel perseguire un agognato traguardo di "certezza della pena" – sintagma quanto mai polisemico e ambiguo, qui inteso distorsivamente come "indefettibilità della punizione" se non come "certezza del carcere" – e che ha come primo obiettivo – [appunto] la "lotta all'impunità"».

³⁹ Come sottolineato da SOTIS C., *Il diritto penale tra scienza della sofferenza e sofferenze della scienza*, in *Arch. pen. online*, 2019, fasc. 1, p. 8, le «"leggi populistissime"», quali la l. 3/2019 e la legge di riforma della legittima difesa, approvata dal Senato in data 28 marzo 2019, sono «spaesanti» in quanto «[...] lontane anni luce dai criteri di legittimazione da cui dipendono limiti e funzionamento del diritto penale costituzionale».

⁴⁰ V. *supra*, par. 1.

⁴¹ Il riferimento concerne, in ordine temporale: G.i.p. Como, 8 marzo 2019, in questa *Rivista*, con nota di MASERA, *Le prime decisioni di merito*, cit.; App. Reggio Calabria, 10 aprile 2019; Trib. Pordenone, 15 aprile 2019.

individuato il punto di partenza, il percorso interpretativo seguito in questo secondo trittico di pronunce si sviluppa lungo i medesimi punti argomentativi utilizzati per elaborare le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale⁴²: dapprima il richiamo all'indirizzo dominante nella giurisprudenza di legittimità, rigidamente ancorata alla tesi *formalistica* della natura *processuale* delle norme di esecuzione penale; quindi l'indicazione di come la soluzione a cui perviene il "diritto vivente" – esito di uno sforzo valutativo arrestato alla soglia dell'etichetta formale degli istituti, considerati "mere modalità di esecuzione della pena" – si ponga in evidente frizione con la soluzione a cui invece condurrebbe un'ermeneutica *convenzionalmente* orientata alla ricerca della *substantia rerum*, che la sentenza *Del Rio Prada* ha sdoganato anche nel settore delle disposizioni attinenti alle modalità di esecuzione della pena e alla quale la stessa Corte di Cassazione (Sesta sezione) ha "strizzato l'occhio"; da ultimo, la decisa adesione a questo approccio *sostanzialista*, in quanto le novità introdotte dalla legge c.d. spazzacorrotti presentano una evidente incisività, in chiave afflittiva, sulla qualità e sull'essenza della pena, al punto da «determinare un cambiamento addirittura tipologico della sanzione concretamente sofferta, che diviene, almeno inizialmente, necessariamente detentiva»⁴³. Trattandosi dunque, al di là dell'etichetta formale, di una disposizione (l'art. 656, co. 9, c.p.p., così come integrato dall'art. 4-bis, ord. pen., a sua volta modificato dalla l. 3/2019⁴⁴) che nella sostanza risulta «una norma penale a tutti gli

⁴² Pur in presenza di taluni – ovvi – elementi di discontinuità. Innanzitutto, l'attenzione dei giudicanti è focalizzata sull'art. 656, co. 9, c.p.p. e solo indirettamente viene attratta dall'art. 4-bis, ord. pen., così come modificato per effetto dell'art. 1, co. 6, lett. b), l. 3/2019. Tutti e tre i provvedimenti s'innestano infatti su di un sostrato "fattuale" che presenta uno schema ricorrente, in cui il singolo giudice, in qualità di giudice dell'esecuzione, viene sollecitato a decidere sull'istanza di sospensione dell'ordine di esecuzione, a sua volta emesso dal competente Pubblico Ministero in applicazione retroattiva delle modifiche apportate dalla 'spazzacorrotti' all'art. 4-bis ord. pen., ancorché in relazione a fatti *antecedenti* alla data di entrata in vigore della l. 3/2019. Posto che in sede di incidente di esecuzione – come ricordato dal G.i.p. di Como – «[...] non possono essere fatte valere richieste o questioni di incostituzionalità dell'art. 4-bis ord. pen. poiché il giudice dell'esecuzione non è competente in materia di applicazione dei benefici penitenziari [...] possono, di contro essere proposte richieste o sollevate questioni di incostituzionalità dell'art. 656 9° co. c.p.p. essendo pacificamente di competenza del giudice di esecuzione decidere se l'ordine di esecuzione possa essere dichiarato temporaneamente inefficace [...]». D'altra parte, stante il rinvio effettuato dall'art. 656, co. 9, c.p.p. all'art. 4-bis, ord. pen., pare evidente che l'individuazione dell'operatività temporale del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione è strettamente dipendente dalla soluzione che si intenda accordare al dubbio sulla portata, solo *pro futuro* o anche in chiave *retroattiva*, delle modifiche apportate alla disposizione richiamata.

⁴³ Trib. Pordenone, cit., p. 4.

⁴⁴ Come espressamente osservato da G.i.p. Como, cit., p. 7: «[...] la possibilità di sospendere l'ordine di esecuzione funge da necessario complemento alla previsione delle misure alternative alla detenzione carceraria, scongiurando l'effetto desocializzante e criminogeno correlato al passaggio diretto in carcere del reo nei casi in cui lo stesso avrebbe avuto diritto [...] alla misura alternativa. [...] Ciò premesso valga sottolineare che la regola generale della sospensione introdotta con l'art. 656, co. 5, c.p.p. non può essere aprioristicamente etichettata come norma processuale tanto quanto le eccezioni alla regola previste dall'art. 656 comma 9, lett. a) c.p.p.: tali eccezioni non incidono semplicemente sulle modalità esecutive della sanzione, ma in concreto impongono, seppur temporaneamente, il regime detentivo [...]», di talché la disposizione in esame (ossia le modifiche apportate dall'art. 1, co. 6, lett. b), l. 3/2019 all'art. 4-bis, ord. pen., «non declina una modalità esecutiva ma esclude una dinamica sostitutiva che incide sulla specie di pena,

effetti»⁴⁵, il logico riverbero sul versante dell'applicazione temporale è quello della piena operatività del divieto di irretroattività *in malam partem*, ai sensi dell'art. 25, co. 2, Cost. e 7 Cedu.

A questo punto, le strade seguite dalle due correnti "riformiste" si dividono. A differenza infatti del Tribunale di Sorveglianza di Venezia, della Corte d'Appello di Lecce e del G.i.p. di Napoli, gli altri tre giudici ritengono che il conflitto tra gli approcci interpretativi – quello *formalistico*, patrocinato dal "diritto vivente"; quello *sostanzialistico*, più conforme ai canoni costituzionali e convenzionali – possa essere risolto senza necessità di un intervento del Giudice delle leggi, per il tramite di una *interpretazione costituzionalmente (e convenzionalmente) orientata* dell'art. 1, co. 6, lett. b), l. 3/2019. Atteso infatti che tale disposizione, incidendo su un istituto dalla natura *sostanzialmente* penale come quello contemplato dall'art. 4-bis, ord. pen. (a sua volta richiamato dall'art. 656, co. 9, lett. a), c.p.p.), introduce una modifica peggiorativa in «materia penale», l'operatività intertemporale della novella legislativa non può che essere governata dal principio di irretroattività *in malam partem* di cui all'art. 25, co. 2, Cost., letto alla luce dell'art. 7 Cedu.

In effetti, la via dell'interpretazione costituzionalmente – e convenzionalmente – conforme risulta pienamente percorribile, non ostandovi né la presenza di un "diritto vivente"⁴⁶ espressivo di una diversa impostazione ermeneutica, né il tenore letterale delle disposizioni normative esaminate.

Quanto al primo profilo, l'esistenza di un indirizzo interpretativo che abbia raggiunto lo *status* di "diritto vivente", ancorché avallato dalle Sezioni Unite, non impone al singolo giudice, che ritenga tale orientamento contrario a Costituzione, di seguire una differente ermeneutica. Quest'ultimo ha infatti la facoltà di discostarsi dall'orientamento dominante e – nell'esercizio del suo libero apprezzamento (art. 101, co. 2, Cost.) – di proporre un indirizzo interpretativo di segno diverso⁴⁷ ma ritenuto esente da dubbi di compatibilità costituzionale. In effetti, la stabilizzazione di una determinata linea interpretativa non neutralizza la "vivenza" di una norma, specialmente laddove si tratti di adeguarne il significato ai precetti costituzionali⁴⁸.

facendola ri-espandere nella sua pienezza di istituto deprimitivo della libertà [...]: è, pertanto, una norma che incide sulla portata della comminatoria e non sulla dimensione esecutiva, ovvero, nella sostanza, una norma penale a tutti gli effetti».

⁴⁵ App. Reggio Emilia, cit., 9.

⁴⁶ Sull'effettiva possibilità di qualificare l'indirizzo formalistico come "diritto vivente", vedasi *infra*, par. 4.1.

⁴⁷ La Corte costituzionale da tempo ha avuto modo di precisare «che, in presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato che abbia acquisito i caratteri del "diritto vivente", la valutazione se uniformarsi o meno a tale orientamento è una mera facoltà del giudice remittente»: v. Corte cost., sent. 12 marzo 2004, n. 91. Tale facoltà non viene limitata, del resto, dalla circostanza che la tesi del "diritto vivente" sia stata avallata dalle Sezioni Unite, come evidenziato da Corte cost., sent. 12 ottobre 2012, n. 230: «la [...] decisione dell'organo della nomofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione; mentre le stesse Sezioni unite possono trovarsi a dover rivedere le loro posizioni, anche su impulso delle sezioni singole, come in più occasioni è in fatto accaduto».

⁴⁸ In questi termini, espressamente: Corte cost., sent. 24 ottobre 2014, n. 242; Corte cost., ord. 12 luglio 2013, n. 191.

D'altra parte, nel metodo dell'interpretazione costituzionalmente conforme s'innesta poi la "variante" dell'interpretazione *convenzionalmente* orientata e l'effetto di tendenziale *enforcement* dei principi penalistici che quest'ultima reca con sé⁴⁹. E' noto infatti che uno dei principali portati del riordino dei rapporti tra ordinamento interno e Cedu, così come operato dalla Consulta nelle celeberrime sentenze "gemelle" del 2007⁵⁰, sfociate nell'attribuzione alla seconda di un ruolo interposto tra legge ordinaria e Costituzione, è stato il riconoscimento, in capo al giudice comune, dell'obbligo di subordinare la formulazione del quesito di costituzionalità di una legge al previo tentativo di una interpretazione conforme al parametro convenzionale interposto, volta a volta ritenuto rilevante, alla luce del significato che esso assume nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Trattasi dunque di un meccanismo ermeneutico che – pur successivamente "riveduto" in ottica restrittiva dalla Giudice delle leggi⁵¹ – presenta evidenti analogie rispetto a quello dell'interpretazione costituzionalmente conforme⁵² e che, laddove

⁴⁹ Evidenzia come «le sollecitazioni sovranazionali possano far "lievitare" la Costituzione, appagando la sua naturale vocazione ad essere promossa e fatta valere *magis ut valeat*», MANES V., *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, fasc. 3, p. 863.

⁵⁰ Il riferimento è ovviamente a Corte cost., sent. 24 ottobre 2007, n. 348 e n. 349.

⁵¹ V. in particolare Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, che, per certi versi recependo parte delle critiche formulate dalla dottrina al *dictum* delle sentenze 'gemelle', ha operato una restrizione *quantitativa* dell'obbligo di interpretazione convenzionalmente orientata, limitando tale vincolo alle pronunce della Corte di Strasburgo che siano o vincolanti *ex art. 46 Cedu*, ovvero che siano espressive di un "diritto consolidato", oppure ancora che risultino delle "sentenze pilota". Sulla sentenza 49/2015, *ex multis*, v. BIGNAMI M., *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, p. 289 ss.; PULITANO D., *Due approcci opposti sui rapporti tra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, *ivi*, p. 318 ss.; VIGANÒ F., *La Consulta e la tela di Penelope*, *ivi*, p. 333 ss. Occorre infatti evidenziare che l'obbligo di interpretazione convenzionalmente conforme, come esplicitato nelle due sentenze del 2007, ha fin da subito sollevato delle perplessità in ordine al valore da attribuire alla giurisprudenza di Strasburgo, nella misura in cui l'apparente assolutezza del vincolo ermeneutico posto dalla Consulta – tale per cui il giudice comune avrebbe dovuto conformarsi a tutte le decisioni della Corte Edu, senza alcun distinguo – avrebbe creato un vero e proprio monopolio interpretativo in capo al giudice della Convenzione. Ciò in contrasto con l'art. 32 Cedu, oltre che con l'art. 101, co. 2, Cost.: cfr. CONTI R., *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, in *Federalismi.it*, 2010, 6, p. 22 ss.; LUCIANI M., *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, *ivi*, 2007, 16, p. 12 ss.; LAMARQUE E., *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 955 ss.; RUSSO D., *La "confisca in assenza di condanna" tra principio di legalità e tutela dei diritti fondamentali: un nuovo capitolo del dialogo tra le Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2014, 2, p. 11-12. Per una recente e approfondita ricognizione delle principali pronunce con cui il Giudice delle leggi ha progressivamente «precisato, circoscritto e in sostanza ridimensionato il vincolo di allineamento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo», v. SCARABBA V., *Metodi di tutela dei diritti fondamentali tra fonti e corti nazionali ed europee: uno schema cartesiano nella prospettiva dell'avvocato*, in *Consulta online*, 2019, 1, p. 214-219.

⁵² Sull'analogia tra i due meccanismi interpretativi, esaminata in ambito penalistico, v. GAETA P., *Dell'interpretazione conforme alla CEDU: ovvero, la ricombinazione genica del diritto penale*, in questa *Rivista*, 9 luglio 2010, p. 4. Più in generale, v. CARUSO C., *Il "posto" dell'interpretazione conforme alla Cedu*, in *Giust. cost.*, 2018, 4, p. 1985 ss., il quale dapprima sottolinea che l'interpretazione conforme a Costituzione rappresenta, al contempo, «prototipo e modello delle successive "interpretazioni conformi" sviluppatesi con riguardo, in particolare, all'ordinamento comunitario e al sistema convenzionale», per poi esplicitamente osservare che

sperimentato in relazione al problema della natura giuridica dell'art. 4-bis, ord. pen., fornisce al giudice comune gli argomenti per riconoscere la natura intrinsecamente affittiva delle disposizioni incise dalla l. 3/2019 (sulla scorta dei principi enunciati nella sentenza *Del Rio Prada*) e per affermare – senza necessità di un intervento della Corte costituzionale – la loro sottoposizione al canone dell'irretroattività di cui all'art. 25, co. 2 (interpretato alla luce dell'art. 7 Cedu).

Una simile linea giurisprudenziale non sarebbe peraltro ostacolata dalla *littera legis*. Occorre infatti ricordare che la tecnica dell'interpretazione conforme⁵³ opera all'interno del «campo semanticamente definito dal tenore testuale della norma, che non può essere legittimamente scavalcato nemmeno facendo valere l'esigenza armonizzante sottesa all'interpretazione conforme»⁵⁴: come chiarito dal Giudice delle leggi, «l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale»⁵⁵.

In tale prospettiva, come già evidenziato in dottrina⁵⁶ e sottolineato altresì dal Tribunale di Pordenone⁵⁷, il legislatore non ha assunto alcuna posizione definitiva in ordine al problema della natura processuale o sostanziale dell'istituto modificato dall'art. 1, co. 6, lett. b), l. 3/2019: il mancato inserimento di una disciplina specificamente dedicata a governare l'applicazione nel tempo della novella può, al contempo, legittimare sia la tesi processualistica, sia l'indirizzo sostanzialistico.

In assenza dunque di un «chiaro ed univoco tenore letterale della disposizione»⁵⁸, la linea giurisprudenziale sostanzialista, illuminata dal criterio dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme, appare del tutto sostenibile.

«l'interpretazione convenzionalmente orientata nasce quasi per gemmazione dall'interpretazione costituzionalmente conforme» (p. 1989).

⁵³ Ivi compresa – ovviamente – l'interpretazione convenzionalmente orientata: v. CARUSO, *Il "posto" dell'interpretazione conforme alla Cedu*, cit., p. 1990-1991, il quale peraltro osserva che il «vincolo del testo sprigiona effetti diversi a seconda che la disposizione sia interpretata alla luce della Costituzione o della Convenzione; mentre nel primo caso sarà possibile realizzare una concretizzazione normativa della Costituzione sino al limite ultimo della disapplicazione del testo legislativo (capace di vanificare la funzione del sindacato accentrato di legittimità costituzionale), nella seconda ipotesi l'interpretazione convenzionalmente orientata dovrà arrestarsi alla frontiera della applicazione diretta della Convenzione».

⁵⁴ Così LUCIANI M., *Interpretazione conforme a Costituzione*, voce *Enc. dir.*, Agg. X, 2016, p. 446.

⁵⁵ V. Corte cost., sent. 5 aprile 2012, n. 78.

⁵⁶ V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen.*, cit., p. 121.

⁵⁷ Trib. Pordenone, cit., p. 4, il quale esplicitamente riconosce che «nessun ostacolo ad una interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente orientata è dato [...] rinvenire nella formulazione letterale della legge».

⁵⁸ Espressione oramai entrata nel lessico ordinario della Corte: v. sent. 4 giugno 2010, n. 196; ord. 22 ottobre 2014, n. 40; più di recente, sent. 19 aprile 2018, n. 80.

4. Alcuni spunti di riflessione.

L'attesa per i primi responsi giurisprudenziali era notevole, così come notevoli – per numero e per complessità – sono le tematiche racchiuse nei provvedimenti *supra* richiamati, al punto che esorbita dalle limitate pretese di questo contributo l'impresa di individuarle ed affrontarle tutte. Lo sforzo espositivo può allora essere orientato, più realisticamente, verso l'indicazione di alcuni spunti iniziali, in vista di successivi e più compiuti approfondimenti.

Riteniamo che i principali snodi riflessivi si incentrino su due piani, astrattamente distinti ma concretamente interconnessi: uno, più specifico, attinente alle differenti soluzioni tecniche – quesito di costituzionalità; interpretazione conforme – che i giudici di merito hanno sperimentato, per risolvere il problema dell'applicazione intertemporale della l. 3/2019; l'altro, più generale, ove la specificità delle argomentazioni espresse dai giudici rimettenti si “sublima” all'interno di alcuni “temi caldi” dell'attuale diritto criminale, come il rapporto con le fonti sovranazionali e il ruolo di controllo esercitato dalla Corte costituzionale in materia penale.

4.1. Incidente di costituzionalità vs. interpretazione conforme.

L'equilibrio sul quale (per ora) poggia il confronto tra le due frange giurisprudenziali “riformiste” – caratterizzato da un singolare *pareggio* di pronunce: tre *pro* intervento della Consulta; tre a favore della soluzione “meramente” interpretativa – sollecita una prima riflessione in ordine a quale potrebbe essere, a parità di argomenti spendibili, la soluzione *preferibile*. La risposta all'interrogativo sembra variare in ragione dell'angolo visuale dal quale lo si affronta.

Muovendo dalla prospettiva del singolo soggetto, *individualmente* coinvolto nei giudizi da cui hanno tratto origine gli arresti giurisprudenziali *supra* citati, pare quasi superfluo evidenziare che la via dell'interpretazione conforme risulta di gran lunga la più vantaggiosa, nella misura in cui consente di “concretizzare” rapidamente un risultato – la non operatività *retroattiva* dell'art. 1, co. 6, lett. b), l. 3/2019 – altrimenti inevitabilmente condizionato (non solo dall'eventuale o meno accoglimento dei dubbi di costituzionalità prospettati, ma anche) dai “tempi tecnici” che regolano la fissazione e lo svolgimento dell'udienza avanti alla Corte costituzionale. Pare altrettanto superfluo sottolineare come tale valutazione, di maggiore vantaggiosità individuale della via interpretativa, diventi ancor più stringente laddove il singolo soggetto non si trovi in stato di libertà⁵⁹, bensì compaia *in vinculis*⁶⁰ avanti al giudice.

⁵⁹ Come nel caso sottoposto all'attenzione del Tribunale di Sorveglianza di Venezia, avanti al quale il condannato si presentava in condizioni di libertà, dal momento che l'ordine di esecuzione, emesso nei suoi confronti, era accompagnato dal decreto di sospensione.

⁶⁰ Proprio la circostanza che il condannato risultava in stato di detenzione, alla data dell'udienza in camera di consiglio, ha costituito uno dei profili di valutazione che hanno spinto il Tribunale di Pordenone a ritenere la via dell'incidente di costituzionalità «del tutto inadeguata rispetto al caso in questione, in cui si impone

Allargando lo spettro d'analisi e astraendo l'indagine dalla posizione del singolo individuo, è invece la strada che conduce all'intervento della Consulta quella che sembra assicurare una maggiore incisività in chiave garantistica.

Posto infatti che il problema dell'estensione temporale delle modifiche, apportate dalla legge c.d. 'spazzacorrotti' all'art. 4-bis, ord. pen., potrebbe essere astrattamente risolto con una lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata dell'art. 1, co. 6, lett. b), l. 3/2019, oppure mediante una sentenza manipolativa a carattere additivo – attraverso cui la Corte costituzionale possa “colmare” la mancata previsione legislativa di una limitazione *pro futuro* dell'area di operatività della novella in esame –, quella dell'incidente di costituzionalità pare per contro essere l'unica via in grado di affrontare le *altre* censure formulate avverso l'inclusione dei delitti contro la P.A. nel novero dei reati c.d. assolutamente ostativi di cui all'art. 4-bis, ord. pen.: i dubbi attinenti alla ragionevolezza dell'opzione legislativa, oltre che quelli concernenti la compatibilità della stessa con la funzione rieducativa della pena, potrebbero infatti essere risolti esclusivamente dal Giudice delle leggi⁶¹.

Sempre in una prospettiva grandangolare, la via dell'interpretazione conforme presta il fianco ad una obiezione ulteriore.

Occorre infatti considerare come, pur in presenza di un filone interpretativo – “sostanzialisticamente” orientato – in rapida ascesa, nelle prime applicazioni giurisprudenziali della legge c.d. 'spazzacorrotti' non si è formato un fronte graniticamente compatto verso l'abiura della tesi tradizionale: basti considerare che la primissima pronuncia – in ordine cronologico – sull'operatività *ratione temporis* della l. 3/2019, aveva riaffermato con forza l'indirizzo formalistico, ricordando che le disposizioni concernenti l'esecuzione delle pene detentive e le misure alternative alla detenzione, in quanto non concernenti l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena ma soltanto le modalità esecutive della stessa, non avrebbero carattere di norme penali

l'urgenza di evitare e/o abbreviare il più possibile il periodo forzoso di “assaggio di pena” [...]: cfr. Trib. Pordenone, cit., p. 4. In tale prospettiva, per contro stupisce la scelta di intraprendere proprio la via dell'incidente di costituzionalità espressa dal G.i.p di Napoli e dalla Corte d'Appello di Lecce. Si consideri infatti che entrambe le ordinanze sono state sollevate all'interno di altrettanti incidenti di esecuzione promossi da soggetti che, essendo già stati colpiti da ordini di esecuzione non sospesi, si trovavano *in vinculis* e i relativi incidenti miravano proprio a ottenere la sospensione degli ordini di esecuzione emessi. Il promovimento degli incidenti di costituzionalità, accompagnati dalla sospensione del processo ma *non* dello stato di carcerazione, ha evidentemente prodotto in capo agli interessati un effetto di protrazione del limite alla libertà personale che, invece, la diversa via dell'interpretazione costituzionalmente conforme non avrebbe determinato.

⁶¹ Si noti che nessuna delle tre ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale ha espressamente enucleato un dubbio di incompatibilità fondato sul “semplice” canone della ragionevolezza. La violazione dell'art. 3 Cost., è stata infatti invocata nella prospettiva del contrasto con il principio di eguaglianza, non già con riferimento alla ragionevolezza o meno della scelta di estendere la presunzione di pericolosità, su cui dovrebbe fondarsi l'inclusione di uno specifico delitto nell'alveo dell'art. 4-bis, ord. pen., anche ai reati contro la P.A. Gli argomenti, e anche “i precedenti” (il riferimento concerne le pronunce della Consulta con cui è stata progressivamente abbattuta la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere per taluni gravi delitti: cfr. Corte cost., sent. 21 luglio 2010, n. 265), avrebbero forse meritato di essere formalizzati all'interno di un autonomo profilo di incompatibilità costituzionale. In dottrina, sul punto, MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen.*, cit., p. 108 ss.

sostanziali e non sarebbero pertanto assoggettabili alle regole dettate in materia di successione di leggi penali nel tempo dall'art. 2 c.p. e dall'art. 25 Cost.⁶².

Mancanza di chiare indicazioni normative sulla natura delle disposizioni in materia di esecuzione e di ordinamento penitenziario; principio del libero apprezzamento del giudice e soggezione solamente alla legge; esistenza di un indirizzo interpretativo tradizionalmente aderente alla tesi della natura *processualistica* delle disposizioni in materia di esecuzione penale e di ordinamento penitenziario: nulla esclude che la ricombinazione di questi elementi possa condurre *altri* giudici verso l'affermazione, nel caso concreto e in assenza di una chiara presa di posizione da parte della Corte costituzionale, dell'operatività *retroattiva* del *novum* legislativo.

Per quanto si tratti di un problema "ad esaurimento" – riguardante i casi di reati contro la P.A. commessi prima dell'entrata in vigore della legge c.d. 'spazzacorrotti' e destinati a essere trattati entro tempi più o meno prossimi rispetto al primo sciame di pronunce di merito, qui richiamate – la fisiologica operatività "caso per caso" che caratterizza il metodo dell'interpretazione conforme reca pertanto con sé degli inevitabili riverberi sul piano della *prevedibilità*, da parte dell'interessato, delle concrete conseguenze sanzionatorie alle quali egli può andare incontro: in particolare, se egli – condannato per un fatto *antecedente* al 31 gennaio 2019 – potrà o meno accedere alle misure alternative alla detenzione e, ancor prima, se sarà destinatario di un ordine di esecuzione sospeso o non sospeso.

Tuttavia, anche la strada dell'incidente di costituzionalità non sembra indenne da rischi, in particolare da quello di incorrere in una sentenza di inammissibilità per omesso tentativo di interpretazione costituzionalmente conforme. L'ipotesi alla quale si allude sorge dall'interazione tra la teorica del "diritto vivente" e la libertà interpretativa del giudice comune.

Occorre muovere dal principio espresso dal Giudice delle leggi – in parte richiamato *supra* – secondo il quale «in presenza di un diritto vivente non condiviso dal giudice *a quo* perché ritenuto costituzionalmente illegittimo, questi ha la facoltà di optare tra l'adozione, sempre consentita, di una diversa interpretazione, oppure – adeguandosi al diritto vivente – la proposizione della questione davanti a questa Corte»⁶³. In assenza però di un contrario "diritto vivente", «il giudice rimettente ha il dovere di seguire l'interpretazione ritenuta più adeguata ai principi costituzionali».

In altri termini, qualora un contrario "diritto vivente" *manchi*, la facoltà interpretativa accordata al giudice si tramuta in un obbligo ermeneutico. In questa ipotesi egli è gravato da un vero e proprio dovere di sperimentare una interpretazione conforme a Costituzione, *prima* di sollevare la *quaestio* di legittimità costituzionale di una norma: un "dovere interpretativo" che risulta imposto dalla supremazia gerarchica e

⁶² Trib. Napoli, 1 marzo 2019, in *questa Rivista*, con nota di MASERA, *Le prime decisioni di merito*, cit., ove il giudicante perviene comunque a una decisione "favorevole" per il singolo condannato: il principio del *tempus regit actum* – osserva il Tribunale – non avrebbe consentito infatti al Pubblico Ministero, contrariamente a quanto da quest'ultimo fatto, di revocare il decreto di sospensione dell'ordine di esecuzione, emesso prima dell'entrata in vigore della l. 3/2019. Di qui, la revoca dell'ordine di carcerazione.

⁶³ Cfr. Corte cost., sent. 21 novembre 1997, n. 350.

dalla immediata precettività della Carta fondamentale⁶⁴ e che, laddove non assolto, nell'eventuale giudizio di costituzionalità si tramuterebbe perlopiù in «una decisione “sanzionatoria” la quale si estrinseca nella forma di una pronuncia interpretativa di inammissibilità adeguatrice»⁶⁵, in diretta conseguenza della nota formula secondo cui «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali»⁶⁶.

Con specifico riguardo al problema sollevato dalle novità introdotte dalla l. 3/2019 – segnatamente, quello concernente la natura, *sostanziale* o *processuale*, delle disposizioni che disciplinano la fase dell'esecuzione, e il regime intertemporale al quale sono soggette, *irretroattività* o *tempus regit actum* – un “diritto vivente” sembra esistere, come espressamente riconosciuto in *tutti* i provvedimenti esaminati (sia nelle ordinanze di rimessione; sia nelle pronunce che hanno seguito la via dell'interpretazione conforme), e trova nell'arresto delle Sezioni Unite del 2006 un autorevole ancoraggio nomofilattico. D'altra parte, tale orientamento è al centro oggi di un'intensa riflessione critica, patrocinata da una più recente schiera di decisioni – non solo di merito – che giunge ad esiti interpretativi antitetici, muovendo da premesse argomentative ispirate da una lettura costituzionalmente (oltre che convenzionalmente) orientata sia dell'art. 25, co. 2, Cost. che della normativa sull'esecuzione della pena.

Vien da chiedersi allora se l'impetuosa emersione e il rapido rafforzamento dell'orientamento giurisprudenziale “sostanzialistico”, lungi dall'aver semplicemente scalfito l'indirizzo ermeneutico tradizionale, lo abbiano a tal punto indebolito da minarne lo *status* di “diritto vivente”. O se, addirittura, lo abbiano *soppiantato*, inaugurando un *nuovo* “diritto vivente”.

⁶⁴ Lo statuto cogente dell'interpretazione costituzionalmente conforme ha trovato la più esplicita affermazione in Corte cost., sent. 23 aprile 1998, n. 138 e n. 139, in *Giur. Cost.*, 1998, p. 1090 ss., con nota di ANZON A., *Il giudice a quo e la Corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente*, ove il Giudice delle leggi ha, rispettivamente, chiarito che «Il principio di superiorità della Costituzione impone ai giudici di scegliere tra più soluzioni astrattamente possibili quella che pone la legge al riparo da vizi di legittimità costituzionale» (sent. 138/1998) e che il «[...] principio di superiorità della Costituzione [...] vieta ai giudici, in presenza di più interpretazioni possibili, di adottare quella che farebbe risultare la disposizione della legge in contrasto con la Costituzione e impone loro di scegliere la soluzione interpretativa costituzionalmente conforme» (sent. 139/1998).

⁶⁵ V. BONOMI A., *Il dovere del giudice di ricercare l'interpretazione conforme a Costituzione della disposizione impugnata vanifica i requisiti della rilevanza e della non manifesta infondatezza?*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/osservatorio (ottobre 2013), p. 1. Nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale, v. ord. 15 aprile 2014, n. 96 (per un commento v. GABRIELLI C., [Una prevedibile declaratoria di manifesta inammissibilità in tema di imputazione coatta](#), in questa *Rivista*, 5 maggio 2015); nonché ord. 16 febbraio 2012, n. 26, in *Federalismi.it*, 21 marzo 2012, con nota di LANEVE G., *Non terminare l'opera vale quanto non averla iniziata: la Corte alza l'asticella e l'interpretazione conforme continua a mietere vittime*.

⁶⁶ Così Corte cost., sent. 22 ottobre 1996, n. 356, in *Giur. Cost.*, 1996, p. 3107 ss., con nota di LAMARQUE E., *Una sentenza «interpretativa di inammissibilità»? Come osservato da RAUTI A., Interpretazione adeguatrice e ragionevolezza: la prospettiva dei giudici «comuni»*, in D'Amico M. – Randazzo B. (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2009, p. 73, la citata sentenza n. 356 del 1996 rappresenta il *leading case* italiano in tema di interpretazione conforme a Costituzione.

Trattasi di interrogativi la cui soluzione, evidentemente destinata a produrre degli immediati riverberi sull'*ammissibilità o meno* delle questioni di legittimità recentemente sollevate, è strettamente correlata ad altro e prodromico quesito: ossia, quando ricorrano gli estremi di un "diritto vivente".

Non è certamente questa la sede per avventurarsi nei labirintici meandri racchiusi dentro tale sintagma, a tal punto articolati che la dottrina costituzionalistica – fermi alcuni approdi definitivi minimi – pare ancora lontana dal riuscire ad imbrigliare la multiforme nozione entro una teorica dai confini sufficientemente definiti⁶⁷. Del resto, le *chance* di fornire una puntuale mappatura del concetto sono limitate dal tasso di equivocità che la stessa giurisprudenza costituzionale evidenzia, in punto di individuazione dei *presupposti* e delle *condizioni* affinché un certo orientamento interpretativo possa essere qualificato come "diritto vivente"⁶⁸.

Limitando allora l'esplorazione al minimo indispensabile, può cogliersi facilmente il grado di incertezza ricostruttiva che connota il tentativo di individuare – *in positivo* – i requisiti necessari affinché l'interpretazione di una disposizione, così come sostenuta da parte di un orientamento giurisprudenziale costante e stabile⁶⁹, possa dirsi a tal punto consolidata da integrare un "diritto vivente".

La dottrina costituzionalistica individua a tal fine due criteri: uno *quantitativo*, in virtù del quale non rileverebbe tanto il "grado giurisprudenziale" dell'interprete, quanto piuttosto l'adesione a tale indirizzo interpretativo da parte della maggioranza dei giudici⁷⁰; e uno *qualitativo*, secondo il quale costituirebbe "diritto vivente" solamente l'interpretazione che si sia consolidata nella giurisprudenza delle magistrature superiori⁷¹, specialmente laddove l'indirizzo ermeneutico in questione sia avallato dalle Sezioni Unite⁷². Se pure quest'ultimo criterio pare essere quello accolto anche dalla Corte

⁶⁷ All'interno della vasta letteratura sulla dottrina del «diritto vivente», vedasi in particolare CAVINO M., *Diritto vivente*, voce in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. IV, 2010, p. 134-145; TRIPODI A., *Una decisione «interpretativa di accoglimento» in u caso particolare di dissonanza fra diritto vivente «punto di diritto» nel giudizio di rinvio*, in *Giur. cost.*, 2008, 4, p. 3322 ss.; MARCENÒ V., *Le ordinanze di manifesta inammissibilità per «insufficiente sforzo interpretativo»: una nota tecnica che può coesistere con le decisioni manipolative (di norme) e con la dottrina del diritto vivente?*, *ivi*, 2005, 1, p. 785 ss.; GAMBINI F., *Un'ipotesi di conflitto fra Corte e giudice sull'esistenza del diritto vivente*, *ivi*, 2000, 1, p. 195 ss.; ANZON A., *Il giudice «a quo» e la Corte costituzionale*, *cit.*, p. 1083; MORELLI M.R., *Il «diritto vivente» nella giurisprudenza della Corte costituzionale (Materiali per una ricerca sulle dinamiche evolutive della norma giuridica e per una rilettura del ruolo della «interpretazione» dei giudici in chiave di certazione e non di creazione del diritto vivente)*, in *Giust. civ.*, 1995, 4, p. 169 ss.; ZAGREBELSKY G., *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1986, 1, p. 1153 ss.

⁶⁸ Per una ampia ricognizione delle pronunce della Corte costituzionale, allo scopo di individuare quali siano i requisiti del "diritto vivente", v. SALVATO L. (a cura di), *Profili del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale*, reperibile sul sito www.cortecostituzionale.it, sezione *Studi e Ricerche*, febbraio 2015.

⁶⁹ In dottrina sono state elaborate diverse definizioni che, tuttavia, «non nascondono la loro intrinseca indeterminatezza». La difficoltà definitoria traspare proprio dall'«evanescenza delle aggettivazioni utilizzate per qualificare l'orientamento giurisprudenziale (prevalente, condiviso, consolidato, stabile, diffuso...)»: sul punto, ZAGREBELSKY G. – MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, p. 370.

⁷⁰ Cfr. PUGGIOTTO A., *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*. *Genesi, uso, implicazioni*, Milano, 1994, p. 275, nonché GAMBINI, *Un'ipotesi di conflitto*, *cit.*, p. 202.

⁷¹ Cfr. in particolare MORELLI, *Il «diritto vivente»*, *cit.*, p. 172.

⁷² *Ex multis*, cfr. Corte cost., ord. 28 aprile 2006, n. 177.

costituzionale⁷³, ciò non toglie che anche i costanti orientamenti della giurisprudenza di merito, per quanto non sufficienti a integrare, di per sé, “diritto vivente”⁷⁴, contribuiscono tuttavia alla formazione di quest’ultimo⁷⁵: tant’è vero che la Consulta – in una risalente decisione – aveva ritenuto esistente un “diritto vivente” in un caso in cui, pur a fronte di una sola sentenza della Corte di legittimità, per di più pronunciata da una Sezione semplice, la linea interpretativa da essa espressa aveva trovato l’avallo sia della dottrina che della giurisprudenza di merito⁷⁶. D’altra parte, l’esistenza di «interpretazioni discordanti», se non addirittura di pronunce contrastanti in seno alle Sezioni semplici, è elemento che consente di *escludere* la formazione di un “diritto vivente”⁷⁷. Conclusione alla quale deve pervenirsi anche laddove l’interpretazione – indicata dal giudice *a quo* come integrante un “diritto vivente” – sia stata in realtà sostenuta da una sola, isolata, decisione di legittimità⁷⁸.

Alla luce di tali (limitatissime) premesse, sembra possibile ricavare alcune indicazioni utili per tentar di rispondere ai quesiti sopra formulati.

In primis, il nuovo orientamento interpretativo – quello “sostanzialistico” – non pare assurgere al rango di “diritto vivente”. Per quanto si tratti infatti di un indirizzo supportato da un sostrato argomentativo più solido rispetto alla tradizionale impostazione formalistica, in quanto maggiormente coerente con il dato costituzionale e convenzionale, trattasi pur sempre di una linea ermeneutica che per ora è stata valorizzata esclusivamente nella giurisprudenza di merito: la “sponda” trovata nella pronuncia della Sesta sezione è senza dubbio significativa, ma resta una nota isolata all’interno di un panorama di legittimità orientato verso altri lidi interpretativi.

Per quanto non sufficiente a integrare un nuovo “diritto vivente” – *soppiantando* quello tradizionale – l’indirizzo giurisprudenziale “sostanzialistico” sembra tuttavia idoneo a far *perdere* tale *status* all’orientamento “formalistico”. Se infatti all’impeto – numerico e temporale – che spinge il corso interpretativo “riformista”, si aggiunge anche il dato della maggiore persuasività assiologica degli argomenti su cui esso poggia, sembra profilarsi all’orizzonte un vero e proprio contrasto interpretativo tra il vecchio e il nuovo, nel quale la tesi sostanzialistica sembra aver fortemente intaccato la solidità della tesi formalistica: al punto da farle perdere la legittimazione come “diritto vivente”.

Se così fosse, la mancanza di un orientamento interpretativo consolidato potrebbe incidere in modo determinante sulla sorte delle tre ordinanze di rimessione. Infatti, laddove siano prospettabili diverse interpretazioni della medesima disposizione

⁷³ Esplicita è l’affermazione in Corte cost., sent. 30 aprile 1984, n. 120, ove, ferma l’esistenza di un diffuso orientamento interpretativo in dottrina e nella giurisprudenza di merito «[...] consentono di escludere che si debba, al momento, ritenere formato un diritto vivente la mancanza di precedenti nella Giurisprudenza della Corte di cassazione». Nello stesso senso, più di recente, v. Corte cost., sent. 29 maggio 2013, n. 107, nonché Corte cost., sent. 14 febbraio 2013, n. 24.

⁷⁴ Cfr. Corte cost., sent. 5 aprile 2012, n. 78, secondo la quale «[...] alcune pronunzie adottate in sede di merito non sono idonee ad integrare un “diritto vivente”».

⁷⁵ In tal senso CAVINO, *Diritto vivente*, cit. p. 139.

⁷⁶ Cfr. Corte cost., sent. 2 novembre 1996, n. 369.

⁷⁷ Cfr. Corte cost., sent. 4 giugno 2014, n. 156, nonché Corte cost., ord. 12 luglio 2001, n. 149.

⁷⁸ Vedasi la recente ordinanza nel c.d. caso Cappato: Corte cost., ord., 116 novembre 2018, n. 207.

– nel nostro caso: la tesi formalistica e quella sostanzialistica – l’assenza di un “diritto vivente” comporta in capo al giudice comune la piena ri-espansione del dovere di sperimentare nel giudizio *a quo* un’interpretazione adeguatrice, costituzionalmente (e convenzionalmente) orientata, della disposizione stessa, *prima* di sollevare l’incidente di costituzionalità: altrimenti, l’esito del giudizio avanti alla Corte sarà quello di una pronuncia interpretativa di inammissibilità adeguatrice. Esito a cui rischiano di andare incontro le ordinanze emesse dal Tribunale di Venezia, dal G.i.p. di Napoli e dalla Corte d’Appello di Lecce, nella misura in cui hanno prospettato l’esistenza di una possibile interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme dell’art. 1, co. 6, lett. b), l. 3/2019 ma, ritenendo esistente un indirizzo ermeneutico diverso – qualificato come “diritto vivente” – che avrebbe ostato a una simile lettura, non hanno tuttavia applicato tale interpretazione nei casi avanti a loro pendenti⁷⁹.

4.2. «Matière pénale» e disciplina dell’esecuzione penale.

Uno spunto di riflessione ulteriore emerge considerando il *tempismo* dell’apertura verso un (almeno potenziale) *revirement* giurisprudenziale, teso a ricondurre nell’alveo applicativo del principio di irretroattività le modifiche estensive dell’art. 4-*bis* ord. pen.

In effetti, come del resto sottolineato in dottrina⁸⁰, la tempistica con cui è maturato e poi “esploso” il moto interpretativo “riformista” non può che far sorgere degli interrogativi: la tecnica normativa basata

sull’ampliamento del catalogo dei reati c.d. assolutamente ostativi, senza prevedere alcun regime transitorio, era stata sperimentata dal legislatore ben prima dell’irrompere sulla scena della contundente ‘spazzacorrotti’, come in relazione a taluni delitti in tema di immigrazione (art. 12, co. 1 e co. 3, d.lgs. 286/1998, su cui *infra*). Di qui il quesito: *perché ora?*

⁷⁹ Potrebbe obiettarsi che, al momento in cui sono state sollevate le tre questioni di legittimità, l’indirizzo interpretativo “sostanzialistico” non risultava sufficientemente robusto da minare la solidità di quello tradizionale “formalistico”, al punto da farne venire meno il carattere di “diritto vivente”. Al di là della circostanza che, all’epoca della formulazione delle ordinanze di rimessione, già erano stati emanati e diffusi i primi provvedimenti di merito (v. G.i.p. di Como, cit., risalente al 8.3.2019) nonché la pronuncia della Sesta sezione della Cassazione (datata 20.3.2019), con cui venivano delineati gli argomenti – poi ripresi dai giudici rimettenti – su cui poggiava la tesi “sostanzialistica”, può osservarsi che la Corte costituzionale ha tendenzialmente evidenziato come, ai fini dell’accertamento dell’esistenza di un “diritto vivente” non assume rilievo il momento in cui viene pronunciata l’ordinanza di rimessione. Se allora il consolidamento successivo, rispetto alla prospettazione dell’incidente di costituzionalità, di un dato orientamento vale «a privare di fondamento questioni di costituzionalità insorte sulla base di interpretazioni e applicazioni opposte al “diritto vivente” stesso» (Corte cost., sent. 23 marzo 1983, n. 72), esito analogo si verifica nel caso inverso, allorché cioè un orientamento, assunto dal rimettente come “diritto vivente”, perda tale connotato dopo l’ordinanza di rimessione. In tal senso, del resto, Corte cost., sent. 11 luglio 2003, n. 233, che, dopo aver evidenziato come «[...] l’indirizzo interpretativo assunto dal rimettente come diritto vivente risulta disatteso, successivamente all’ordinanza di rimessione, dalla stessa giurisprudenza di legittimità», giunge ad affermare che «nessun ostacolo sussiste, neppure sotto l’aspetto di un contrario diritto vivente, all’accoglimento di una interpretazione opposta a quella da cui muove il rimettente nel sollevare il dubbio di costituzionalità».

⁸⁰ Cfr. GATTA, *Estensione del regime ostativo*, cit.

Certo, l'implementazione dell'elenco dell'art. 4-bis ord. pen. con i delitti contro la P.A., a differenza di altre precedenti opere di innesto normativo, è stata accompagnata – prendendo a prestito un'espressione singolarmente icastica – «con grande frastuono di zuffoli e tamburi»⁸¹: circostanza, questa, che ha probabilmente innalzato il livello di attenzione degli interpreti. Ma altrettanto certamente appare difficile ipotizzare che il tam-tam mediatico abbia veicolato con sé degli inediti argomenti *giuridici*, a tal punto convincenti da scalfire un principio interpretativo – quello ancorato al binomio *natura processuale-tempus regit actum* delle norme sull'esecuzione penale – che negli ultimi anni era assunto al rango semi-adamantino di “diritto vivente”.

La risposta può essere rinvenuta altrove, precisamente nella confidenza e nella dimestichezza oramai maturata dalla cultura giuridica penalistica (in senso lato) rispetto agli effetti della c.d. europeizzazione del diritto criminale, in generale, e rispetto all'incidenza del paradigma interpretativo convenzionale, in particolare.

Non vi sono dubbi che le complessità di un sistema multilivello di fonti siano tali da continuare a spingere il giudice verso un insidioso labirinto⁸² di opzioni interpretative, ma alcuni punti fermi e alcune coordinate ermeneutiche sembrano essere entrate a pieno titolo nell'ordinario corredo di strumenti di cui l'interprete deve disporre⁸³. Con specifico riguardo ai rapporti tra ordinamento penale interno e “grande Europa”, se pure la Convenzione europea dei diritti dell'uomo – così come interpretata dalla Corte di Strasburgo – ha dovuto compiere una «lunga marcia»⁸⁴ per imporsi all'attenzione di dottrina e giurisprudenza, una volta superate le resistenze di una visione tenacemente “autarchica” del diritto criminale, ha letteralmente fatto irruzione nel panorama interpretativo interno, divenendo in brevissimo tempo una componente *imprescindibile* del ragionamento penalistico (e giuridico, più in generale) che, anzi, *sta* profondamente innovando.

Il discorso è ben noto, e riguarda il più volte citato *modus interpretandi* della Corte Edu di tipo *sostanzialistico*, ossia teso a squarciare il velo delle apparenze nominalistiche e a disvelare la vera natura di un istituto, al fine di estendervi o meno le garanzie e principi della Convenzione. Sul versante prettamente penalistico, tale paradigma interpretativo trova nella nozione “autonoma” di «*matière pénale*» il proprio precipitato concettuale, a un tempo, rivoluzionario e ambiguo⁸⁵.

⁸¹ Così MANES, *op. ult. cit.*, p. 105.

⁸² Il rinvio è alla fondamentale opera di MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

⁸³ Per una sintetica, ancorché efficace, rappresentazione dello stato attuale dei rapporti tra diritto penale interno e il fenomeno della c.d. europeizzazione, v. PALAZZO F. – VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018, in part. p. 228 ss. Nella vasta letteratura che ha esaminato, più in generale, i profili di intersezione tra fonti interne e fonti “europee”, *ex multis*: BERNARDI A., *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004; CANESTRARI S. – FOFFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa?*, Milano, 2005; PALIERO C.E. – VIGANÒ F. (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, 2013.

⁸⁴ Il riferimento è a MANES V., *La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in Manes V. – Zagrebelsky V. (a cura di), *La Convenzione europea*, cit., p. 1 ss.

⁸⁵ Nella vastissima letteratura che ha esaminato i problemi connessi alla nozione di «materia penale», v. in particolare, a livello monografico, MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e*

Rivoluzionario. Trattasi di un grimaldello ermeneutico, elaborato sulla scorta dei noti *Engel criteria*⁸⁶ ed utilizzato dai giudici europei per valutare se una determinata disciplina, nonostante la qualificazione formale accordata dal legislatore nazionale, presenti in realtà una natura afflittiva/repressiva, tale da renderne opportuna la riconduzione nell'alveo del giure punitivo. Con tutte le conseguenze che ciò comporta in punto di attivazione delle garanzie e principi tipicamente riservati al diritto criminale: *in primis*, quelle contemplate dall'art. 7 Cedu.

Ambiguo. Concettualmente intuitiva, ma di difficile perimetrazione concreta, la nozione di «materia penale» sconta un tasso di magmaticità direttamente proporzionale al grado di equivocità che caratterizza i criteri utilizzati per individuarla⁸⁷: al variare dell'ampiezza accordata ai parametri di fondo, come quello della «finalità punitiva della misura»⁸⁸, muta evidentemente anche la portata contenutistica della nozione, rendendola potenzialmente «incline ad abbracciare le più diverse costellazioni tipologiche di norme, illeciti e sanzioni»⁸⁹.

Ventata rivoluzionaria (o quantomeno riformistica) ed ambiguità della «materia penale» si riflettono anche sullo specifico terreno delle misure alternative alla detenzione e delle modifiche sopravvenute. Una nuova conferma della tendenza espansionistica della nozione, oltre che della portata dirompente che il metodo interpretativo sostanzialistico è in grado di esercitare sulla dogmatica penalistica, la offrono proprio le richiamate pronunce in tema di operatività intertemporale delle modifiche apportate all'art. 4-bis ord. pen. dalla l. 3/2019.

Non è affatto casuale che tutti i provvedimenti citati invochino – quasi una sorta di *mantra* interpretativo – gli approdi giurisprudenziali *sostanziali* ai quali è pervenuta la

modulazione dello statuto garantistico, Torino, 2017, nonché MASERA L., *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018. Tra i contributi in rivista, si segnala, da ultimo, DONINI M., *Septies in idem. Dalla «materia penale» alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, in *Cass. pen.*, 2018, 7, p. 2284 ss.

⁸⁶ Il riferimento concerne i criteri elaborati nella risalente sentenza *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, n. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, ove la Corte di Strasburgo delinea, per la prima volta, una serie di criteri alla stregua dei quali procedere all'individuazione della «*matière pénale*»: 1) la qualificazione dell'infrazione operata dall'ordinamento interno; 2) la natura dell'infrazione; 3) la gravità della sanzione; 4) lo scopo della sanzione. Tali criteri sono stati progressivamente affinati attraverso alcuni arresti successivi: cfr. Corte Edu, *Oztürk c. Repubblica federale tedesca*, 21 febbraio 1984, n. 8544/79, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1985, p. 894 ss., con nota di PALIERO C.E., «*Materia penale*» e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione «classica» a una svolta radicale; Corte Edu, *Lutz, Englert, Nollenbockhoff c. Repubblica federale tedesca*, 25 agosto 1987, n. 9912/82; Corte Edu, *Welch c. Regno Unito*, 26 febbraio 1996, n. 17440/90.

⁸⁷ Sulla portata elastica dei criteri *Engel*, v. ROMANO M., *Ripensare il diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, fasc. 1, p. 11. La natura «magmatica» su cui poggia il «concetto autonomo di «materia penale» in ambito convenzionale» è evidenziata anche da QUATTROCOLO S., *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di ne bis in idem e i suoi effetti sull'ordinamento italiano*, in Donini M. – Foffani L. (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, p. 136.

⁸⁸ A partire dalla sentenza *Oztürk*, la Corte sembra aver attribuito centrale importanza al criterio della finalità punitiva della sanzione, preferendolo al criterio della severità: sull'evoluzione della giurisprudenza convenzionale in punto di interpretazione e applicazione degli *Engel criteria*, cfr. MAZZACUVA F., *La materia penale e il «doppio binario» della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, fasc. 4, p. 1904 ss.

⁸⁹ Così MANES V., *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, fasc. 3, p. 988.

Corte Edu, utilizzando lo strumento della «materia penale» nell'oramai celeberrima decisione *Del Rio Prada contro Spagna*, per trovare la forza argomentativa necessaria a (tentare di) innescare una rivoluzione che consenta il superamento di un dogma ermeneutico percepito oggi – dopo anni di “sensibilizzazione” convenzionale – come troppo *legnoso*⁹⁰.

Resta l'avvertenza di fondo sulle insidie che la nozione mutevole di «materia penale» reca con sé. La forza entusiasmante dello strumento convenzionale certamente (verrebbe da dire, doverosamente) può essere impiegata per superare le più manifeste asperità e incongruenze che un approccio freddamente *formale* può comportare, ma ciò nondimeno deve essere imbrigliata dall'interprete all'interno di una accurata – e complessa – opera di *distinguishing*, che valorizzi cioè la distinzione tra istituti *concretamente* incidenti sui diritti e le libertà delle persone e istituti che, all'opposto, tale effetto non producono. Ecco allora che pare pienamente condivisibile il riconoscimento della natura *sostanziale* delle misure alternative alla detenzione (e della correlata disciplina sulla sospensione dell'ordine di esecuzione), con conseguente estensione alle stesse della garanzia di cui agli artt. 25, co. 2 Cost. e 7 Cedu, in quanto trattasi di «istituti relativi a modalità del punire, non del procedere»⁹¹ e, come tali, idonei a concretamente sulla qualità della pena inflitta, mutandola da “detentiva” ad “alternativa”. Per contro, tuttavia, l'onda lunga della «materia penale» non sembra poter lambire altri istituti di diritto penitenziario che non incidono sulla *qualità sostanziale* del trattamento penale, ma si riducono a mere “modalità di esecuzione della pena”⁹²: per questi ultimi, l'applicazione del principio *tempus regit actum* non pare *sostanzialmente* irragionevole.

4.3. Prospettive.

A conclusione del rapidissimo percorso espositivo, può arrischiarsi uno sguardo sul futuro, più o meno prossimo, nel tentativo di rispondere a due interrogativi.

Il primo, ovviamente, riguarda la possibile sorte delle ordinanze di legittimità costituzionale sollevate in relazione all'art. 1, co. 6, lett. b), l. 3/2019. Tralasciando lo scenario – sopra ipotizzato⁹³ – costruito a partire dalla negazione dello *status* di “diritto vivente” all'orientamento formalistico tradizionale, e ferma la difficoltà insita nel tentare

⁹⁰ In tal senso, quasi non stupisce che l'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Venezia – quella, si è detto, più elaborata ed esaustiva – costruisca il proprio quesito di costituzionalità proprio a partire dagli argomenti che vengono offerti dall'intersezione tra piano interno e piano convenzionale (artt. 25, co. 2, 117, co. 1, Cost. e 7 Cedu), lasciando in coda il dubbio di compatibilità maturato in relazione a parametri puramente “interni” (artt. 3 e 27, co. 3, Cost.).

⁹¹ Così PULITANÒ, *Tempesta sul penale*, cit., p. 241.

⁹² Condivisibili le considerazioni di MASERA, *Le prime decisioni di merito*, cit., ove esclude che la garanzia della prevedibilità possa estendersi sino a coprire anche le «specifiche modalità di esecuzione della pena detentiva», osservando che «il consociato ha diritto di sapere il genere e la quantità di pena che potrà venirgli inflitta, ma non ha diritto a conoscere anticipatamente le condizioni in cui si troverà a vivere in carcere».

⁹³ Cfr. *supra*, par. 4.1.

di prevedere quali soluzioni adotterà la Corte costituzionale, possono tuttavia formularsi quantomeno una considerazione e un auspicio.

La considerazione trae spunto dalla circostanza che il Giudice delle leggi ha ormai riconosciuto come il principio dell'irretroattività *in malam partem* – corollario essenziale per assicurare l'esigenza di prevedibilità delle conseguenze "punitive" – operi anche in relazione alle sanzioni *formalmente* amministrative, ma *sostanzialmente* penali⁹⁴. Ebbene, se l'estensione della garanzia costituzionale e convenzionale può essere accordata a una misura come la confisca "amministrativa" per equivalente, istituto senza dubbio alcuno fortemente afflittivo, ma incidente sul piano *patrimoniale*, con l'esito di pervenire a una declaratoria di incostituzionalità della disposizione (l'art. 9, co. 6, legge n. 62/2005) che ne stabiliva l'applicazione retroattiva; a maggior ragione la soluzione dell'incompatibilità costituzionale s'impone riguardo a una disposizione (l'art. 1, co. 6, lett. b), l. 3/2019) che limita, *in pejus*, l'ambito applicativo di un istituto (quello delle misure alternative alla prevenzione) dalla chiara *sostanza* punitiva, nella misura in cui incide concretamente sulla qualità della pena *detentiva*⁹⁵ e che, proprio in ragione di tale *status*, appare certamente meritevole di essere coperto dall'egida garantistica dell'art. 25, co. 2, Cost. e 7 Cedu⁹⁶.

L'auspicio è che la Corte costituzionale, proseguendo nel fondamentale percorso di "rimeditazione" del ruolo da essa giocato nello scenario contemporaneo, non più limitato a quello di sola «custodia passiva della Costituzione, ma anche di sua divulgazione, diffusione e vivificazione nella coscienza profonda della collettività»⁹⁷, riaffermi, tramite un intervento sulla portata temporale della legge c.d. 'spazzacorrotti', il ruolo fondante dei principi costituzionali in una materia – quella penale – pericolosamente in balia di un turbinio mediatico-populistico che, con scossoni sempre più forti, rischia di far perdere ogni profilo di razionalità (e *costituzionalità*) al sistema dello *ius terribile*.

⁹⁴ V. Corte cost., n. 104/2014 e n. 276/2016. Più di recente, Corte cost. n. 223/2018, in *questa Rivista*, 13 dicembre 2018, con nota di GATTA G.L., [Non sempre 'depenalizzazione' equivale a 'mitigazione': la Corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative 'punitive' più sfavorevoli di quelle penali \(a proposito della confisca per equivalente per l'insider trading secondario\)](#); nonché, volendo, in *Ind. pen. online*, 2019, 1, con nota di BARON L., p. 33 ss.

⁹⁵ Tale considerazione sembra condivisa anche dal Tribunale di Sorveglianza di Venezia: cfr. p. 18.

⁹⁶ La Corte, in questa prospettiva, potrebbe anche contare su una sorta di *tertium comparationis*: come evidenziato da Cass., 12541/2018, cit., per supportare la tesi della non manifesta infondatezza di un dubbio di costituzionalità, «il legislatore aveva adottato disposizioni transitorie finalizzate a temperare il principio di immediata applicazione delle modifiche all'art. 4-bis ord. penit., quali quelle contenute nell'art. 4 d.l. n. 13 maggio 1991, n. 152, e nell'art. 4, comma 1, l. 23 dicembre 2002, n. 279 (che inseriva i reati di cui agli artt. 600, 601 e 602 cod. pen. nell'art. 4-bis cit.), limitandone l'applicabilità ai soli reati commessi successivamente all'entrata in vigore della legge». Non sembra secondario, del resto, evidenziare che già in un risalente arresto la Consulta aveva espresso delle perplessità in ordine all'operatività del principio *tempus regit actum* con riguardo alle innovazioni in materia di esecuzione: cfr. Corte cost. n. 306/1993, ove il Giudice delle leggi ha ritenuto che l'opportunità di estendere la garanzia dell'art. 25, co. 2, Cost. anche alle disposizioni in materia di esecuzione «potrebbe meritare una seria riflessione».

⁹⁷ PALAZZO F., *La Corte costituzionale va oltre se stessa pur di sottrarre il diritto penale al caos*, in *Il Dubbio*, 2 aprile 2019.

Il secondo interrogativo attiene – in una prospettiva più ampia – al grado di ‘futura stabilità’ dell’art. 4-*bis* ord. pen. S’allude cioè alla possibilità per cui il moto interpretativo “riformista” riguardante l’art. 1, co. 6, lett. *b*), l. 3/2019 rappresenti la “testa di ponte” per la formulazione di nuovi e diversi indirizzi ermeneutici e quesiti di costituzionalità, in relazione ad *altre* discipline normative che, senza contemplare un regime transitorio, abbiano ricondotto determinati reati nel novero di quelli c.d. assolutamente ostativi, contemplati dall’art. 4-*bis*, co. 1, ord. pen.

Trattasi di uno scenario tutt’altro che improbabile, come dimostra la circostanza che – seguendo le *medesime cadenze argomentative* che connotano le ordinanze *supra* citate – è già stata sollevata una questione di legittimità costituzionale dell’art. 4-*bis*, co. 1, così come interpretato nel “diritto vivente”, con riferimento agli artt. 25, co. 2, 117, co. 1 Cost. e 7 CEDU, nella parte in cui esclude che il condannato per il delitto di cui agli artt. 12, co. 1 e co. 3, d. lgs. 286/1998, commesso e giudicato prima dell’entrata in vigore della legge n. 43/2015, non possa fruire del beneficio dei permessi premio in assenza della prova di collaborazione con la giustizia⁹⁸.

Mediante l’art. 3-*bis*, co. 1, d.l. 18 febbraio 2015, n. 7 (convertito, con modificazioni, dalla l. 17 aprile 2015, n. 43) il legislatore aveva infatti disposto l’estensione del regime di ostatività di cui all’art. 4-*bis*, co. 1, ord. pen., anche ai delitti di cui agli artt. 12, co. 1 e co. 3 del Testo unico in materia di immigrazione, senza tuttavia contemplare una disciplina che ne circoscrivesse l’operatività *pro futuro*. Ebbene, se l’operatività retroattiva dell’art. 3-*bis*, co. 1, già presenta dei profili di (presunta) incompatibilità costituzionale rispetto al principio di cui all’art. 25, co. 2, Cost., nella misura in cui preclude l’accesso ai *permessi premio* nei confronti del condannato per uno dei delitti ostativi, attraverso un mutamento normativo “imprevedibile” all’epoca del *tempus commissi delicti*, tali dubbi di compatibilità non possono che essere ancor più seri allorché l’intervento modificativo *in pejus* abbia riguardato l’accesso alle misure alternative alla detenzione: misure che, senza dubbio, incidono in modo assai più concreto sulla “qualità” della pena rispetto a quanto possano influire i permessi premio.

Insomma, l’impressione è che vi siano tutte le premesse perché il “moto riformista” inaugurato dalla giurisprudenza di merito e “spiritualmente” sostenuto dalla Sesta sezione della Corte di legittimità (oltre che, eventualmente, certificato in futuro dalla stessa Corte costituzionale), possa effettivamente aprire la via per una rivisitazione giurisprudenziale dello statuto di quelle disposizioni, pur attinenti alla materia penitenziaria e all’esecuzione penale, influiscono sull’essenza stessa della pena irrogata.

⁹⁸ L’ordinanza è stata formulata da Magistrato di Sorveglianza di Lecce, 5 aprile 2019, pubblicata in *Giur. pen. Web.*, 10 aprile 2019.