



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE
CONTEMPORANEO

Fascicolo
2/2019

DIRETTORE RESPONSABILE Gian Luigi Gatta
VICE DIRETTORI Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2039-1676

COMITATO DI DIREZIONE Alexander Bell, Antonio Gullo, Luca Masera, Melissa Miedico, Alfio Valsecchi

REDAZIONE Anna Liscidini (coordinatore), Francesco Lazzeri (segretario), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trincherà, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

COMITATO SCIENTIFICO Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè

Diritto Penale Contemporaneo è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Gian Luigi Gatta. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

Peer review.

Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati nella sezione *papers* di questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione.

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Diritto penale contemporaneo*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.



2/2019

L'ESTENSIONE DELL'ART. 4-BIS ORD. PEN. AI DELITTI CONTRO LA P.A.: PROFILI DI ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

di Vittorio Manes

SOMMARIO: 1. La legge “spazzacorrotti” e il modello di “diritto penale *no-limits*”. – 2. I delitti contro la P.A. come “reati ostativi”. – 3. Profili di illegittimità costituzionale. – 3.1. L’irragionevolezza della presunzione di pericolosità sottesa al regime di ostatività con riferimento ai delitti contro la P.A. – 3.2. L’irragionevolezza delle deroghe imposte al principio rieducativo. – 3.3. L’“irragionevolezza intrinseca” dell’onere collaborativo di cui all’art. 323-bis c.p. – 3.4. L’illegittimità del regime intertemporale. – 3.4.1. *Tempus regit actum* delle disposizioni concernenti l’esecuzione penale e contrasto con il principio di irretroattività. – 3.4.2. Il contrasto con la garanzia del giusto processo, ed a monte con i principi di certezza del diritto e di affidamento, così come con il diritto di difesa. – 3.4.3. Ulteriori frizioni con il principio di eguaglianza. – 3.4.4. Irretroattività e principio di progressività trattamentale. – 4. Il nodo della rilevanza della questione. – 4.1. Sulla possibilità di sollevare la questione di costituzionalità da parte del pubblico ministero. – 4.2. (*segue*) Sulla rilevanza della questione in sede di ultima istanza, e sulla possibilità di sollevare la questione da parte della Corte di Cassazione. – 5. Possibili soluzioni interpretative (del contrasto con la garanzia dell’irretroattività).

1. La legge “spazzacorrotti” e il modello di “diritto penale *no-limits*”.

Scandita da un lessico marziale e da presagi rassicuranti di pronta e definitiva redenzione dal morbo della corruttela, con grande frastuono di zuffoli e tamburi è stata approvata la legge 9 gennaio 2019, n. 3, recante “*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*” (pubblicata in GU, 16 gennaio 2019, n. 13, in vigore dal 31 gennaio 2019), meglio nota come legge “spazzacorrotti”.

Con essa vengono introdotte novità a profusione, tutte capaci di alterare profondamente un settore già vessato da riforme compulsive, incalzate dal ritmo incessante di una perdurante emergenza, e univocamente ispirate all’irrigidimento dello strumentario repressivo, secondo un *trend* certo non limitato alla progressiva *escalation* delle cornici edittali¹.

¹ Per una prima analisi, tanto autorevole quanto impietosa, v. T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen. web*, 2018, 1 ss.; sulle novità proposte nella riforma, v. altresì A. MANNA, *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell’Accademia e dell’Avvocatura)*, in *Archivio penale*, n. 2/2018, 1 ss.; A. CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, *ivi*, n. 3/2018, 1 ss.; R. CANTONE, *Ddl Bonafede: rischi e opportunità per la lotta alla corruzione*, in *Giurisprudenza penale*, 2018, 10; N. PISANI, *Il disegno di legge “spazzacorrotti”: solo ombre*, in *Cass. pen.*, 2018, 3589 ss.; M.

L'idea di fondo che attraversa la nuova legge è congeniale ad un modello di "diritto penale *no-limits*" – liberato da ogni criterio di ragionevolezza e proporzione, così come da ogni attenzione per il finalismo rieducativo costituzionalmente imposto alla pena –, e propugna un intervento punitivo brandito come "strumento di lotta", asservito, anzitutto, a schiette finalità mediatico-elettorali: e non stupisce che a corredo delle modifiche di settore vi sia l'eliminazione *fast and frugal* dell'istituto della prescrizione, esibita in modo truculento – nonostante l'autorevole critica di larghissima parte della comunità dei penalisti forensi e accademici – come primo trofeo della "*fight against impunity*".

Ad uno sguardo d'insieme, colpisce la distanza siderale dai lasciti di BECCARIA, CARRARA, e V. LISZT, e dal monito che – attraversando i secoli – ha elevato il diritto penale a "Magna Charta del reo"; ma colpisce soprattutto lo stridente contrasto con diversi principi costituzionali, che segnano il perimetro invalicabile della politica criminale, e che qui vengono esautorati in una sorta di *autodafé* del diritto penale liberale.

Molte novità potrebbero essere considerate, in questa prospettiva: prima fra tutte il c.d. "Daspo per i corrotti", presentato come l'ottava meraviglia dei savi alchimisti di Macedonia – un po' come la calamita che Melquíades mostra agli attoniti abitanti di Macondo – e tradotto in norma nonostante l'evidente inconciliabilità con l'"individualizzazione proporzionata" da cui la pena non può prescindere²: inconciliabilità tipica di ogni cieco automatismo ed ancor più eclatante al cospetto di pene accessorie perpetue³.

GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2019, n. 1.5.

² Come evidenziato a più riprese nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale: basti qui ricordare le sentenze n. 236 del 2016 e n. 222 del 2018, entrambe con notevole impatto in termini di rafforzamento della "capacità dimostrativa" del principio di proporzionalità in materia penale, liberato da rigide geometrie: sulla sentenza n. 236 del 2016, v. F. VIGANÒ, [Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2017, p. 61 ss.; D. PULITANÒ, [La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2017, p. 48 ss.; V. MANES, *Proporzioe senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 2105 ss.; E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzioe, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1956 ss.; P. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Ind. pen.*, 2016, p. 174 ss.; E. COTTU, *Giudizio di ragionevolezza al vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 473 ss.; sulla sentenza n. 222 del 2018, ora, A. GALLUCCIO, [La sentenza della Consulta su pene fisse e 'rime obbligate': costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta](#), in questa *Rivista*, 10 dicembre 2018; per una sintesi sull'evoluzione del principio, ora, v. anche R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio: tra obbligatorietà e discrezionalità? Prospettabile una terza via!*, *ivi*, in corso di pubblicazione.

³ Il riferimento è all'interdizione perpetua dai pubblici uffici e alla perpetua incapacità di contrattare con la PA, pene accessorie che potranno essere escluse dalla sospensione condizionale e viceversa incluse – *ob torto collo* – nel patteggiamento *ex art. 444, co. 2, c.p.p.*, e che peraltro rappresenteranno la *regola* per le ipotesi di corruzione e concussione "salvo ipotesi minori che, con i limiti edittali attuali, copriranno un ambito davvero marginale": così ancora T. PADOVANI, *La spazzacorrotti*, *cit.*, 9; sull'eclatante contrasto tra le pene accessorie perpetue e i principi costituzionali, v. anche A. MANNA, *Il fumo della pipa*, *cit.*, 5 ss. e N. PISANI, *Il disegno di legge "spazzacorrotti"*, *cit.*, 3589 ss.

Tra le tante asimmetrie con il quadro dei principi ci limitiamo in questa sede ad esaminarne una, apparentemente confinata nei sobborghi rimossi dell'esecuzione penale, ed in realtà carica di significato simbolico e di ricadute pratiche, specie in termini di "criminalizzazione secondaria" o di "penalità materiale": l'inclusione di molti delitti contro la PA tra i "reati ostativi" previsti dall'art. 4-*bis* ord.pen.

Con essa si consuma il definitivo allineamento normativo della criminalità "*white collar*" alla criminalità "nera", ossia della *criminalità politico-economica* al *crimine organizzato*, trascurando le profonde diversità che connotano le due fenomenologie criminose, e la distanza tra "paradigmi" per molti aspetti eterogenei e irriducibili *ad unum*⁴.

L'allineamento è ormai a tutto tondo: intrapreso con l'estensione a taluni reati dei pubblici agenti delle misure di contrasto all'accumulo dei patrimoni illeciti – prima fra tutte la "confisca di sproporzione" di cui all'art. 12-*sexies* d.l. 306 del 1992 (conv. in l. n. 356 del 1992) – ha poi attraversato ogni segmento dello strumentario processuale e sostanziale, dai mezzi di ricerca della prova (le intercettazioni mediante *troyan*), alle misure di prevenzione (personali e patrimoniali), includendo ora gli agenti sotto copertura e la non punibilità per la collaborazione processuale e/o il ravvedimento operoso (nuovo art. 323-*ter* c.p.), ivi compreso, appunto, il brusco regime di ostatività di cui all'art. 4 *bis* ord. pen.

Ci concentriamo dunque su quest'ultimo istituto, e sui possibili profili di illegittimità costituzionale.

2. I delitti contro la P.A. come "reati ostativi".

L'art. 1, comma 6, della legge 9 gennaio 2019, n. 3, ha modificato l'4-*bis*, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354, ricomprendendo tra i reati "ostativi" alla sospensione dell'esecuzione di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p., taluni reati contro la pubblica amministrazione, e segnatamente quelli previsti "agli artt. 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, primo comma, 320, 321, 322, 322-*bis* [...]".

La condanna per una delle fattispecie elencate, dunque, non potrà più essere "sospesa", e conseguentemente potrà consentire l'accesso a misure alternative – ove ricompresa nei termini stabiliti dalla legge – solo a fronte dell'accoglimento, da parte del magistrato di sorveglianza, dell'istanza proposta dal condannato *durante l'esecuzione* della pena detentiva, accoglimento subordinato alla collaborazione del condannato "a norma dell'art. 323-*bis*, secondo comma, del codice penale".

Prosegue così la "resisitibile ascesa" dell'art. 4 *bis*, il cui aspro regime derogatorio – più volte censurato dalla Corte costituzionale⁵ – include ormai costellazioni di reati le

⁴ Per un confronto tra i due paradigmi, esteso a possibili punti di interferenza, C. E. PALIERO, *Criminalità economica e criminalità organizzata: due paradigmi a confronto*, in AA.VV., *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, a cura di M. Barillaro, Milano, 2004, 141 ss.

⁵ Anche di recente: v. ad es. la sentenza n. 239 del 2014 (sulla quale v. F. FIORENTIN, [La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4-bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione](#)

più disparate - secondo uno sviluppo incalzato da istanze emotive di allarme sociale e ormai privo di ogni coerenza criminologica⁶ – e minaccia di trasformarsi da eccezione in regola, a dispetto dei moniti autorevoli – trasfusi in un lungimirante progetto di riforma inopinatamente abbandonato – che ne hanno evidenziato i limiti, suggerendone una riduzione dell’“orbita applicativa”⁷.

3. Profili di illegittimità costituzionale.

L’inclusione nella lista dei reati contro la P.A. – non diversamente da quanto potrebbe dirsi, ben inteso, anche per altre fattispecie – presenta profili di contrasto con diversi principi costituzionali, sia in ordine al principio di ragionevolezza/eguaglianza, sia in ordine alla compatibilità con la finalità rieducativa, sia in ordine al regime intertemporale che – alla luce di un diffuso orientamento giurisprudenziale – risulterebbe assoggettato al principio del *tempus regit actum*, e non già alla garanzia dell’irretroattività.

3.1. L’irragionevolezza della presunzione di pericolosità sottesa al regime di ostatività con riferimento ai delitti contro la P.A.

Quanto ai profili di contrasto con il principio di ragionevolezza/eguaglianza (art. 3 Cost.), la scelta legislativa di inserire i menzionati reati contro la pubblica amministrazione nel regime di cui all’art. 4-bis ord. pen. implica l’estensione agli stessi di una peculiare “presunzione di pericolosità che concerne i condannati per i delitti compresi nel catalogo”⁸, che nel caso di specie si assume prevalere sull’istanza

[domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri](#), 27 ottobre 2014; A. M. CAPITTA, *Detenzione domiciliare per le madri a tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall’art. 4-bis, co. 1, ord. penit., ma impone la regola di giudizio*, in Archivio penale web), ma anche la n. 76 del 2017 (sulla quale v. G. LEO, [Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell’ordinamento penitenziario](#), in questa *Rivista*, fasc. 5/2017, p. 321 ss.).

⁶ Al riguardo, tra gli altri, L. PACE, *L’art. 4-bis dell’ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell’insicurezza sociale»*, in www.costituzionalismo.it, n. 2/2015.

⁷ Il riferimento è alla revisione contenuta nella c.d. riforma Orlando, e segnatamente all’art. 7 dello “Schema di decreto legislativo recante riforma dell’ordinamento penitenziario” in attuazione della delega conferita con la l. 23 giugno 2017, n. 103, dalla c.d. Commissione Giostra, che proponeva di ridefinire la gamma dei reati ostativi, orientandola in modo più netto alle sole ipotesi associative (e ai soggetti che rivestano un ruolo apicale in seno al sodalizio), accanto alle quali rimanevano taluni reati formalmente monosoggettivi, ma che normalmente, “per la loro struttura, implicano l’esistenza di profili organizzativi” (ossia i delitti di riduzione in schiavitù *ex art. 600 c.p.*, tratta di persone *ex art. 601 c.p.*, prostituzione minorile *ex art. 600-bis co. 1 c.p.*, violenza sessuale di gruppo *ex art. 609-octies c.p.*, “[...] tutti connotati, al di là dell’aspetto formale di tipo monosoggettivo, di una sostanziale conformazione plurisoggettiva, ora per il riferimento a modalità organizzative che evocano la compartecipazione di più soggetti, ora per l’apprezzamento casistico della corrispondente fenomenologia criminale”).

⁸ Corte cost., ordinanza n. 166 del 2010; di presunzione di pericolosità dei condannati di cui all’art. 4-bis ord.

rieducativa (art. 27/3 Cost.) che l'accesso a misura extramuraria senza osservazione in carcere – come si dirà – si impegna appunto a preservare.

Scontato che vi sia, in questo contesto, ampio margine rimesso alla discrezionalità legislativa, nell'identificare peculiari situazioni che suggeriscano di imporre un periodo di carcerazione in attesa che l'organo competente decida sulla misura alternativa, in ragione – appunto – della particolare pericolosità sottesa a taluni reati e posta a fondamento della ragione ostativa alla sospensione dell'ordine di esecuzione.

Tuttavia, ed in ogni caso, tale presunzione di pericolosità deve essere ragionevolmente fondata: posto che un roccioso orientamento del giudice delle leggi ha evidenziato, già da tempo, che le presunzioni legali, “specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie o irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*”⁹.

Se è così, nel caso di specie – anche a prescindere dal reperimento (e dalla pertinenza) di eventuali *tertia comparationis* che potrebbero evidenziare irragionevoli disparità trattamentali e incongruenze sistematiche, secondo cadenze già scandagliate dalla Corte costituzionale anche con riferimento all'art. 4 *bis* ord. pen.¹⁰ – non sembra che vi sia alcuna evidenza empirica capace di giustificare la presunzione di pericolosità posta a base del regime derogatorio imposto per reati che – al di là della variabile gravità della cornice edittale, di per sé non univocamente sintomatica¹¹ – non presentano alcuna indicazione specifica che avvalorino la necessità di un forzoso “assaggio di pena” e di una previa osservazione in carcere¹².

È appena il caso di evidenziare, peraltro, che il limite imposto allo “spazio di gioco” riservato al legislatore, nel prisma della ragionevolezza, in questo contesto deve essere sottoposto a sorvegliata attenzione, giacché “la dimensione ancillare della sospensione

pen., superabile solo all'esito del periodo di osservazione della personalità, parla anche la giurisprudenza della Cassazione (ad es., Cass., sez. I, n. 2761 del 2000; sez. I, n. 31286 del 2002; sez. I, n. 27762 del 2003; ed ancora sez. I, n. 20373 del 2014, sez. I, n. 2283 del 2013).

⁹ Così, emblematicamente, la sentenza n. 265 del 2010 e lo sciame di sentenze di accoglimento che vi ha fatto seguito, falcidiando le presunzioni di adeguatezza della (sola) custodia cautelare per taluni reati.

¹⁰ V. in particolare Corte cost., n. 125 del 2016.

¹¹ Così come la mera “gravità astratta del reato” o il particolare rango del bene giuridico – così come ragioni di particolare allarme sociale ovvero intenti general-preventivi – non possono essere di per sé indici di pericolosità vevoli a fondare la presunzione di adeguatezza della custodia cautelare, come a più riprese evidenziato dalla Corte costituzionale: in questo senso, con chiarezza, già la sentenza n. 265 del 2010, § 11 del considerato in diritto; analogamente, le sentenze n. 164 del 2011, § 6; n. 231 del 2011, § 4.3; n. 331 del 2011, § 4; n. 110 del 2012, § 6; n. 232 del 2013, § 6 (sul punto volendo, V. MANES, *Lo sciame di precedenti della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 457 ss., 464 ss.).

¹² Su cadenze in parte analoghe si basa anche la recente ordinanza della Sez. I, 20 novembre 2018, n. 57913, con la quale la Cassazione ha giudicato “rilevante e non manifestamente infondata, con riferimento agli artt. 3 e 27 Cost., la questione di legittimità costituzionale della l. n. 354 del 1975, art. 4-*bis*, comma 1, nella parte in cui esclude che il condannato all'ergastolo, per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* cod. pen, ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia, possa essere ammesso alla fruizione di un permesso premio” (pur evidenziando la diversità funzionale tra tale beneficio e le misure alternative).

rispetto alle finalità delle misure alternative [...] rende particolarmente stretto il controllo di legittimità costituzionale riservato a dette ipotesi”¹³.

Proprio queste argomentazioni, e il rigore di un simile *strict scrutiny*, hanno trovato riscontro nella più recente giurisprudenza costituzionale, ove si è rimarcato che “l’esito dello scrutinio di legittimità” sulle ipotesi di disallineamenti tra la sospensione dell’ordine di esecuzione e la possibilità di fruire dell’affidamento in prova “dipende [...] dall’adeguatezza degli indicatori che nella visione del legislatore dovrebbero opporsi all’esigenza della coerenza sistematica, fino a poter prevalere su di essa”¹⁴.

Ed è proprio tale adeguatezza – a nostro avviso – a far difetto nel caso dei delitti contro la PA attratti ora nell’orbita dell’art. 4 *bis* ord. pen.: nessun particolare indicatore segnala la necessità – in simili ipotesi – di abbandonare “l’obiettivo di risparmiare il carcere al condannato”, segnalato come prioritario dalla stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 569 del 1989 e perseguito “al massimo grado” dal legislatore sin dalla legge n. 165 del 1998, consentendo a chi si trovava in stato di libertà la possibilità di accedere all’affidamento in prova, ossia una misura “specificamente pensata per favorire la risocializzazione fuori dalle mura del carcere”¹⁵.

Di qui la possibile violazione dell’art. 3 Cost., anche nella precipua prospettiva di una indebita compressione del principio rieducativo (art. 27/3 Cost.), e del principio del “minimo sacrificio necessario” che limita il ricorso alla massima sanzione custodiale¹⁶.

3.2. L’irragionevolezza delle deroghe imposte al principio rieducativo.

Proprio in relazione alla finalità rieducativa della pena (art. 27/3 Cost.), può apprezzarsi un ulteriore e più marcato profilo di contrasto¹⁷, nel prisma del

¹³ Così Corte cost., sentenza n. 41 del 2018, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 656, comma 5, c.p.p., riscontrando non “un mero difetto di coordinamento” bensì un difetto di ragionevolezza – e dunque una violazione dell’art. 3 Cost. – nel mancato adeguamento legislativo – del termine previsto per sospendere l’ordine di esecuzione della pena detentiva, in modo da renderlo corrispondente al termine di concessione dell’affidamento in prova allargato (quattro anni); mancato adeguamento operato “senza alcuna ragione giustificatrice, dando luogo a un trattamento normativo differenziato di situazioni da reputarsi uguali, quanto alla finalità intrinseca alla sospensione dell’ordine di esecuzione della pena detentiva e alle garanzie apprestate in ordine alle modalità di incisione della libertà personale del condannato”.

¹⁴ Così ancora la citata sentenza n. 41 del 2018, sottolineando ancora – appunto con riferimento all’affidamento in prova al servizio sociale – che “[l]a natura servente dell’istituto [...] lo espone a profili di incoerenza normativa ogni qual volta venga spezzato il filo che lega la sospensione dell’ordine di esecuzione alla possibilità riconosciuta al condannato di sottoporsi ad un percorso risocializzante che non includa il trattamento carcerario”.

¹⁵ Con le parole, ancora, della sentenza n. 41 del 2018.

¹⁶ È appena il caso di ribadire che tali rilievi potrebbero ovviamente essere estesi – ben oltre che a reati assimilabili ai tradizionali *Kavaliersdelikte* – anche ad altre costellazioni di fattispecie che via via sono state (o che in futuro potranno essere) incluse nell’art. 4 *bis*, sulla scorta di una preta valutazione di “allarme sociale” avulsa da ogni referente empirico.

¹⁷ Profilo rimasto “assorbito” nella citata sentenza n. 41 del 2018, ma certo non estraneo alle doglianze prospettate né al *thema decidendum*.

bilanciamento di ragionevolezza che ne scandisce la “portata dimostrativa”, e le possibili deroghe.

L’accesso alle misure alternative senza osservazione, come noto, trova la sua *ratio* in una spiccata valorizzazione dell’istanza rieducativa, “coessenziale” alle misure stesse, e tende ad evitare – specie mediante una “integrale” alternativa alla detenzione – un “previo passaggio in carcere” che minaccia di produrre inutili ed improvvidi effetti stigmatizzanti e desocializzanti, come il dibattito sul ruolo criminogeno delle “pene detentive brevi” ha via via evidenziato¹⁸.

La deroga ad una simile scelta, dunque, è deroga al principio rieducativo, e come tale – per essere ammissibile – deve trovare fondamento in una valutazione capace di giustificare l’eccezione alla luce della necessaria tutela di valori di pari rilievo costituzionale, appunto “nei limiti della ragionevolezza”¹⁹.

Ora, nella scelta di ricomprendere tra i reati “ostativi” i menzionati reati contro la PA, sembra difficile rintracciare – tra gli interessi perseguiti dal legislatore e contrapposti all’istanza rieducativa – altre valutazioni che non siano di schietto ordine general-preventivo, se non di pura “deterrenza”, nulla avendo a che fare la misura – e il periodo di “osservazione” intramuraria – con peculiarità trattamentali imposte dalle connotazioni strutturali dei reati in rilievo (e/o delle relative tipologie di autore).

Senonché, la Corte costituzionale, in una recente pronuncia in tema di ergastolo, ha espressamente affermato il “principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull’altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena”, prima fra tutte la funzione general-preventiva, posto che tale “pur legittima” finalità non può “nella fase di esecuzione della pena, operare in chiave distonica rispetto all’imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena medesima, da intendersi come fondamentale orientamento di essa all’obiettivo ultimo del reinserimento del condannato nella società”²⁰.

¹⁸ Basti il richiamo a F. BRICOLA, *L’affidamento in prova al servizio sociale: «fiore all’occhiello» della riforma penitenziaria*, in *Quest. crim.*, 1976, 373 ss., ed anche in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Bologna, 1997, 1103 ss.

¹⁹ Si vedano, ad esempio, le sentenze n. 306 del 1993; n. 183 del 2001; n. 257 del 2006; e ciò, anche se la sentenza n. 279 del 2013, sottolineando il contesto “unitario, non dissociabile”, nel quale vanno collocati tanto il principio rieducativo quanto il principio per il quale “le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità”, sembra aprire uno scenario di maggior rigore: al riguardo, A. PUGIOTTO, [L’urlo di Munch della magistratura di sorveglianza](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2014, p. 129 ss. ([ed altresì in Giur. cost.](#), 2013, 4549 ss.); [ma](#) sul tema, più diffusamente, cfr. anche ID., *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, cit., 8 ss.

²⁰ Così la sentenza n. 149 del 2018, punto 7, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 58-*quater*, comma 4, della l. n. 354 del 1975, nella parte in cui esclude dai benefici indicati dall’art. 4-*bis*, comma 1, l. cit., i condannati all’ergastolo per il delitto di cui all’art. 630 c.p. – e per il delitto di cui all’art. 289-*bis* c.p. – che abbiano cagionato la morte del sequestrato, ove non abbiano raggiunto la soglia dei ventisei anni di pena concretamente espiata; decisione che dunque – riconoscendo l’inderogabilità del finalismo rieducativo – si profonde in una affermazione “assai impegnativa, che colloca questa sentenza agli antipodi di quel filone giurisprudenziale e dottrinale che, in nome di una teoria polifunzionale eclettica della pena, riteneva che il fondamento giustificativo della pena potesse essere offerto, indifferentemente, da questa o quella funzione della pena, senza riconoscere alcuna preminenza all’unica finalità della pena enunciata nella costituzione” [in questi termini, E. DOLCINI, [Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo](#)

Ed in questa prospettiva è dunque apprezzabile il contrasto con l'art. 27/3 Cost., nel prisma della valutazione di ragionevolezza che, appunto, fonda e limita la legittimità delle relative deroghe.

3.3. L'“irragionevolezza intrinseca” dell'onere collaborativo di cui all'art. 323-bis c.p.

Un ulteriore difetto di ragionevolezza “intrinseca” sembra emergere, poi, dalla condizione richiesta per poter accedere alla misura alternativa, ossia l'aver collaborato con la giustizia “a norma dell'art. 323-bis c.p.”: disposizione ai sensi della quale – come noto – si prevede una attenuazione di pena “Per i delitti previsti dagli articoli 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322 e 322-bis, per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati, e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite”²¹.

Da un lato, infatti, tale norma evoca una serie di attività, molte delle quali sono difficilmente attuabili (ed esigibili) in capo al condannato in stato di detenzione (così, ad esempio, la richiesta di “adoperarsi per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori”), e più in generale condotte persino difficili da concepire – sul piano logico prima che cronologico – al di fuori del processo di cognizione e della fase del giudizio²².

Dall'altro, e soprattutto le condotte “collaborative” evocate – originariamente pensate per il fenotipo del crimine organizzato – appaiono persino difficilmente compatibili, sul piano strutturale, con alcuni reati ora qualificati come ostativi: basti pensare al peculato (art. 314 c.p.), normalmente declinato in chiave monosoggettiva, o alla concussione (art. 317 c.p.), costruita su uno schema di plurisoggettività necessaria *impropria* (dove l'*intraneus* è autore e l'*extraneus* è “vittima”).

(e di rieducazione del condannato), in questa *Rivista*, fasc. 7-8/2018, p. p. 145; al riguardo, v. anche M. PELISSERO, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1359 ss., e F. SIRACUSANO, *Dalla Corte costituzionale un colpo “ben assestato” agli automatismi incompatibili con il finalismo rieducativo della pena*, ivi, 1787 ss.; ed ancora A. PUGIOTTO, *Il “blocco di costituzionalità” nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149 /2018)*, in www.osservatorioaic.it, 19 novembre 2018, 405 ss.].

²¹ Peraltro, ove prendesse piede l'orientamento formatosi sull'art. 656, comma 9, c.p.p., in relazione ai collaboratori di giustizia, lo “sbarramento” alla sospensione dell'esecuzione imposto dall'attuale art. 4 bis ord. pen. opererebbe anche nei confronti del condannato a cui sia stata riconosciuta in sentenza la circostanza attenuante di cui all'art. 323 bis, comma 2, c.p., posto che la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che lo status di collaboratore evoca una condizione che non “può considerarsi di per sé sintomatica di scemata pericolosità e di intrapresa revisione del passato criminale, ben potendo la scelta collaborativa dipendere da altri motivi, e in primo luogo dal desiderio di fruire della normativa premiale” (così Cass., Sez. I, 29 gennaio 2001, Nistri, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 4; analogamente, Cass., Sez. II, 30 maggio 2001, Mammoliti, ivi, 2001, 8).

²² Per osservazioni critiche al riguardo anche v. anche V. ALBERTA, *L'introduzione dei reati contro la pubblica amministrazione nell'art. 4 bis, co. 1, PP: questioni di diritto intertemporale*, in *Giurisprudenza penale web*, 2019, 1 ss.

La “collaborazione”, in sostanza, sarebbe dunque “strutturalmente” difficile, se non impercorribile, con un evidente profilo di incongruenza normativa (ben oltre il difetto di coordinamento sistematico); a meno di non ipotizzare che la stessa debba prender forma di un mero *edere contra se* o in un monologo simile a quello di Krapp davanti al suo “ultimo nastro”: una “inquisizione” non particolarmente “soave” né utile, dunque, ovvero appunto in una collaborazione “impossibile” o “irrilevante”, che però dovrà essere giudicata tale – ai sensi dell’art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, ord. pen. – solo all’esito della valutazione del magistrato di sorveglianza, mentre il condannato è ristretto *in vinculis*.

3.4. L’illegittimità del regime intertemporale.

I più stridenti profili di frizione costituzionale della menzionata novazione legislativa si registrano, tuttavia, sul piano della disciplina intertemporale, che implicherebbe – alla luce del “diritto vivente” – la implicita retroattività della novazione peggiorativa, a fronte dell’assenza di una norma transitoria che ne imponga la vigenza solo *pro futuro*.

3.4.1. *Tempus regit actum* delle disposizioni concernenti l’esecuzione penale e contrasto con il principio di irretroattività.

Infatti, ed in particolare, l’orientamento giurisprudenziale prevalente, seguendo un approccio esasperatamente formalistico²³, ritiene la disciplina dell’esecuzione penale – e segnatamente quelle riferibili all’ordinamento penitenziario – estranea all’ambito di garanzia dell’art. 25/2 Cost., assoggettandola al principio del *tempus regit actum*, con conseguente applicabilità immediata – e dunque retroattiva – della nuova disciplina peggiorativa anche a fatti/reati commessi prima dell’entrata in vigore della l. n. 3 del 2019²⁴.

Senonché, un tale inquadramento contrasta con l’approccio *sostanziale* seguito dalla giurisprudenza della Corte EDU, e su questa traccia accolto anche dalla Corte

²³ Di “bizantinismo classificatorio” ha parlato G. GIOSTRA, *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.*, 2014, 326.; un superamento del “dogma” delle norme in materia di esecuzione penale è auspicato anche da M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova “legge spazzacorrotti”*, cit., § 4.2.

²⁴ Posizione affermata dalle stesse SS.UU., 30 maggio 2006, n. 24561, affermando espressamente che “le disposizioni concernenti le misure alternative alla detenzione, in quanto non riguardano l’accertamento del reato e l’irrogazione della pena, ma attengono soltanto alle modalità esecutive della pena irrogata, non hanno carattere di norme penali sostanziali, e quindi – in assenza di specifiche norme transitorie – soggiacciono al principio *tempus regit actum* e non alla disciplina dell’art. 2 c.p. e dell’art. 25 Cost.”; inoltre, *ex plurimis*, Cass., Sez. I, 3 febbraio 2016, n. 37578; Sez. I, 5 febbraio 2013, n. 11580; Cass., Sez. I, 9 dicembre 2009, n. 46924, in *Mass. Uff.*, n. 245689; Sez. I, 5 luglio 2006, n. 24767, in *Mass. Uff.*, n. 234294; Sez. I, 22 luglio 2006, n. 31430, in *Mass. Uff.*, n. 234715; Sez. I, 6 giugno 2006, n. 30792, in *Mass. Uff.*, n. 234713; ed ancora Cass., sez. I, n. 52578 del 2014.

costituzionale, che ha conseguentemente esteso lo spettro garantistico dell'art. 25/2 Cost.²⁵.

Quanto alla giurisprudenza europea, l'ormai consolidata "impostazione sostanzialistica" – come noto – ha trovato affermazione in diversi ambiti ed in un numero crescente di decisioni, talune delle quali concernenti istituti implicanti variazioni delle modalità esecutive che presentano marcati tratti di analogia con il peculiare regime esecutivo imposto per i reati di cui all'art. 4-*bis* ord. pen. (tra i quali appunto rientrano ora i menzionati reati contro la PA), regime valevole a determinare una modifica non solo delle *modalità di esecuzione* della pena, ma della stessa *natura* della sanzione, di fatto tramutata da *alternativa* a *detentiva* (con possibilità di accesso alla misura extramuraria solo postergata e "condizionata").

Tra queste, si evidenzia la importante decisione della Grande Camera, 21 dicembre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, che – superando un precedente orientamento più restrittivo – ha dichiarato la violazione dell'art. 7 CEDU al cospetto (persino) di un mutamento giurisprudenziale con effetti peggiorativi sul regime di una misura assimilabile – in sostanza – alla "liberazione anticipata", così assoggettando al principio di irretroattività i trattamenti esecutivi sfavorevoli²⁶; ma un approccio "antiformalistico" non distante si registra nella decisione della Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, concernente modifiche della disciplina processuale – segnatamente, lo sconto di pena connesso al rito abbreviato – "ad effetti sostanziali", avendo incidenza diretta sulla determinazione della pena infitta²⁷.

Vero che la giurisprudenza di Strasburgo non pare essersi specificamente occupata di casi "identici" e che la stessa dimostra, in taluni casi, profili di ambiguità²⁸; ma vero anche che il principio affermato a più riprese conduce a ritenere "sostanzialmente punitive" – e ad inquadrare nel perimetro della "*matière pénale*" – disposizioni processuali o esecutive che abbiano una incidenza afflittiva sul trattamento giuridico-penale del singolo: specie quando le modifiche intertemporali – incidendo come nel caso dell'art. 4-*bis* ord. pen. sulla stessa possibilità di accedere alla misura alternativa – siano

²⁵ Si veda, in particolare, la sentenza n. 196 del 2010.

²⁶ Nella sentenza della Grande Camera, 21 ottobre 2010, *Del Rio Prada c. Spagna*, la Corte – superando la propria precedente posizione – ha esteso il principio di irretroattività (art. 7 CEDU) ad una modifica delle regole di esecuzione della pena alla luce della significativa incidenza sulla concreta durata della stessa, censurando il mutamento giurisprudenziale che aveva riguardato la determinazione della base per calcolare il momento della liberazione anticipata delle ipotesi di cumulo delle pene, comportando di fatto un prolungamento retroattivo della pena per la ricorrente dettato essenzialmente dall'allarme sociale destato dal reingresso in società di *ex* terroristi indipendentisti.

²⁷ Corte EDU, Grande camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*; ma v. anche Cass. Sez. U., sentenza n. 2977 del 06/03/1992. Sez. U., Sentenza n. 34233 del 19/04/2012 Cc. (dep. 07/09/2012) Rv. 252932 – 01; Sez. U., Sentenza n. 18821 del 24/10/2013 Cc. (dep. 07/05/2014) Rv. 258649.

²⁸ In effetti, mentre la sentenza della Grande Camera della Corte EDU, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, ha affermato la natura *sostanziale* della disposizione dell'art. 442, comma 2, c.p.p., assoggettandola non solo al principio di irretroattività ma anche al principio della *lex mitior*, la successiva decisione della Corte EDU, 27 aprile 2010, *Morabito c. Italia*, ha viceversa escluso che la disposizione sul consenso del PM (abrogata con la legge n. 479/1999) fosse sottoposta al medesimo statuto garantistico, sottolineando come la stessa non avesse incidenza punitiva giacché incidente sui soli "presupposti di accesso al rito".

tali da determinare un mutamento qualitativo della sanzione concretamente inflitta, da “alternativa” a “detentiva”; ed *a fortiori* quando tali modifiche non abbiano alcuna connessione con valutazioni inerenti il percorso trattamentale ma riflettano una schietta opzione di politica-criminale dettata da riconsiderazioni di stampo puramente general-preventivo²⁹.

Il regime di retroattività che appare imposto alla luce del “diritto vivente”, dunque, integrerebbe una violazione dell’art. 117, primo comma, Cost., integrato dal parametro interposto offerto dall’art. 7 CEDU, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU; ovvero – più correttamente – una violazione dell’art. 25/2 Cost., interpretato secondo una accezione “convenzionalmente orientata” che estende il raggio di operatività della garanzia a tutte le disposizioni a contenuto afflittivo e/o “intrinsecamente punitivo” (come appunto pare emergere – *mutatis mutandis* – nella citata sentenza della Corte cost. n. 196 del 2010, e su quella traccia nella più recente sentenza n. 223 del 2018³⁰).

²⁹ In questo senso, a commento dell’evoluzione della giurisprudenza europea, v. ad esempio F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, Torino, 2017, 277 ss., 280: “Chiaramente, poi, il più ampio significato garantistico della legalità non può che riemergere laddove tali discipline siano utilizzate strumentalmente in modo da irrigidire la risposta punitiva a fronte dell’allarme sociale destato da determinati fenomeni criminali. Si tratta, in effetti, di una tendenza che si registra in entrambi i settori, se solo si pensa al ricorso alla custodia cautelare come pena anticipata, talvolta ad opera dello stesso legislatore, oppure all’utilizzo del regime penitenziario differenziato non tanto per neutralizzare una certa pericolosità che i vertici delle associazioni mafiose mantengono anche nel periodo intramurario, quanto per rendere il c.d. “carcere duro” una pena “qualificata” prospettata in chiave general-preventiva agli associati in libertà. A parte il problema della legittimità *tout court* di tali torsioni finalistiche, è evidente che esse rendono imperativa l’estensione del divieto di retroattività nella sua dimensione più ampia. In questo senso, allora, si deve apprezzare la scelta della Corte europea di superare la tradizionale esclusione della disciplina dell’esecuzione dal perimetro della *matière pénale* a fronte di un’ipotesi di mutamento sfavorevole dei termini della liberazione anticipata che muoveva da ragioni politico-criminali del tutto estranee rispetto al problema della risocializzazione del condannato” (il richiamo è appunto alla citata sentenza della Grande Camera, 21 ottobre 2010, *Del Rio Prada c. Spagna*; sull’“evoluzione importante” operata da tale decisione rispetto ai precedenti v. anche L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, 92 ss., 97 s.).

³⁰ Come la sentenza n. 196 del 2010, rel. Quaranta, la sentenza n. 223 del 2018, rel. Viganò, seguendo un approccio chiaramente ispirato ad una “integrazione ermeneutica”, riconoscendo espressamente come i divieti discendenti dall’art. 25, secondo comma, Cost. – sia il divieto di applicazione retroattiva di una legge che incrimini un fatto in precedenza penalmente irrilevante, sia il divieto di applicazione retroattiva di una legge che punisca più severamente un fatto già precedentemente incriminato – “trovano applicazione anche al diritto sanzionatorio amministrativo, al quale pure si estende, come pure questa Corte ha già in più occasioni riconosciuto (sentenze n. 276 del 2016 e n. 104 del 2014), la fondamentale garanzia di irretroattività sancita dall’art. 25, secondo comma, Cost., interpretata anche alla luce delle indicazioni derivanti dal diritto internazionale dei diritti umani, e in particolare della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo relativa all’art. 7 CEDU”, precisando ancora che “[a]nche rispetto alle sanzioni amministrative a carattere punitivo si impone infatti la medesima esigenza, di cui tradizionalmente si fa carico il sistema penale in senso stretto, di non sorprendere la persona con una sanzione non prevedibile al momento della commissione del fatto”.

3.4.2. Il contrasto con la garanzia del giusto processo, ed a monte con i principi di certezza del diritto e di affidamento, così come con il diritto di difesa.

Quand'anche si ritenesse eccentrica al *volet* penalistico delle garanzie convenzionali (specie con riferimento all'art. 7 CEDU), la retroattività della disciplina sembra mortificare, peraltro, le più intime e basilari istanze del giusto processo (art. 111 Cost., art. 6 CEDU³¹) e, a monte, lo stesso principio di certezza del diritto, di cui è proiezione il principio di affidamento, quale limite apposto – in un sistema basato sulla “preminenza del diritto” – alla libertà del legislatore di agire retroattivamente³².

Infatti, la modifica peggiorativa retroattiva implicherebbe conseguenze peggiorative imprevedibili e “a sorpresa”, travolgendo l'affidamento dell'imputato che – magari – ha optato per un rito alternativo confidando in una sanzione ricompresa entro il margine di applicazione dell'affidamento in prova senza “assaggio di pena” (come tipicamente nel caso di “applicazione della pena su richiesta delle parti”: art. 444 c.p.p. ss.), e che oggi vedrebbe inevitabilmente frustrate le sue legittime aspettative non potendo inoltrare richiesta di misura extramuraria se non in corso di esecuzione della pena detentiva, all'esito dell'osservazione e a fronte della collaborazione³³. Ma una analoga violazione del principio di affidamento si registra nei casi dove l'imputato ha optato per il rito ordinario, e non per un rito alternativo, nel ragionevole convincimento che la pena concretamente irrogata sarebbe rimasta entro i limiti di operatività delle misure alternative “senza assaggio di pena” (si pensi ad un soggetto condannato, con rito ordinario, ad una pena che, optando il patteggiamento, sarebbe restata al di sotto dei due anni, e che *post iudicium* si vede negare la sospensione dell'ordine di esecuzione ex art. 4-bis).

A questi profili potrebbe riconnettersi, del resto, anche una violazione del diritto di difesa (art. 24 Cost.), se lo stesso implica la possibilità di ponderare scelte anche in ordine all'*iter* processuale da seguire che non siano alterate – in violazione della *fairness* processuale – da una successiva modifica delle “regole del gioco”, alle spalle (e a detrimento) degli individui.

³¹ Una simile istanza sembra affiorare in diverse decisioni: si veda ad esempio, *mutatis mutandis*, la decisione della Grande Camera della Corte EDU, 29 marzo 2006, *Scordino c. Italia*, § 126, che ha riconosciuto la violazione dell'art. 6/1 CEDU in relazione ad una legge retroattiva in materia pensionistica, approvata in corso di causa, evidenziando che “sebbene, in teoria, al legislatore non sia precluso adottare nuove disposizioni retroattive per regolare diritti riconosciuti dalla legge vigente, il principio dello stato di diritto e la nozione di giusto processo contenuti nell'art.6 della Convenzione preclude ogni interferenza del legislatore – diversa da quella dovuta a pressanti ragioni di pubblico interesse – con l'amministrazione della giustizia tesa a influenzare la risoluzione giudiziale di una disputa”.

³² Cfr., al riguardo, O. MAZZA, *La norma processuale nel tempo*, Milano, 1999, 232 ss., che parla di affidamento come “limite alla libertà del legislatore di agire retroattivamente” piuttosto che come “limite all'efficacia di singole norme retroattive”, evocando un limite che la giurisprudenza tedesca da tempo riconnette non a specifiche disposizioni della Costituzione bensì con richiamo al più ampio principio dello Stato di diritto.

³³ Pacifico, infatti, che il divieto di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva operi anche in caso di “condanna per uno dei suddetti reati anche nell'ipotesi in cui sia intervenuta sentenza di patteggiamento, atteso che, a norma dell'art. 445, tale sentenza è da equiparare, salvo diversa previsione, ad una condanna” (Cass., sez. II, n. 3731 del 2000).

3.4.3. Ulteriori frizioni con il principio di eguaglianza.

Ancora, la immediata applicatività dell'istituto comporterebbe vistose disparità di regime, aprendo ad una evidente aleatorietà del trattamento concretamente riservato alle singole ipotesi determinata da circostanze del tutto casuali e, come tali, incompatibile con l'art. 3 Cost.

Nella prospettiva del *tempus regit actum* si pone infatti il problema di individuare il "tempo" che incardina la disciplina applicabile: e se tale individuazione – come sembra – deve coincidere con l'avvio dell'esecuzione (piuttosto che con l'irrevocabilità della sentenza), a tal fine rilevarebbe l'emissione dell'ordine di esecuzione con il quale il pubblico ministero «dispone la carcerazione» del condannato non detenuto³⁴, con possibili disparità ancor più "odiose" e intollerabili (si è detto, con voluta ironia, "cancelliere *regit actum*"): basti pensare al caso – tutt'altro che infrequente – di due ordini a cavaliere dei quali si collochi l'entrata in vigore della legge, con le relative – opposte – conseguenze applicative legate al richiamo da parte dell'art. 656 comma 9 lett. a c.p.p. dei reati di cui all'art. 4-bis ord. pen.

Trattamento diverso ed "odioso", come ogni disparità affidata al caso: e purtuttavia insuscettibile di essere equalizzato alla luce della posizione della giurisprudenza della Corte di Cassazione³⁵.

3.4.4. Irretroattività e principio di progressività trattamentale.

Solo per inciso, si evidenzia che i profili di marcata incostituzionalità che – sotto il profilo della disciplina intertemporale – contaminano le questioni ancora *in itinere iudicii* sono ancor più gravi rispetto a quelle attualmente in fase di esecuzione: per queste ultime, infatti, potrebbe essere evocato il principio della progressività trattamentale – come rifrazione della finalità rieducativa della pena (art. 27 Cost.) –, che dovrebbe valere

³⁴ Così ad esempio Cass., sez. II, n. 4605 del 1999.

³⁵ Neppure – è ovviamente un paradosso – per il tramite di una equiparazione *in malam partem*, giacché "In virtù del principio "*tempus regit actum*", secondo cui la validità degli atti è regolata dalla legge in vigore al tempo della loro formazione, il provvedimento di sospensione dell'esecuzione della pena legittimamente emesso ai sensi dell'art. 656 cod. proc. pen. non può essere revocato per effetto del sopravvenire della legge 6 febbraio 2006, n. 38, che ha incluso i delitti di cui agli artt. 609-bis, 609-ter e 609-quater nel catalogo dei reati di cui all'art. 4-bis legge 26 luglio 1975, n. 354, per i quali la sospensione non può più essere disposta" (Cass., Sez. I. 15 giugno 2010, n. 24831, Castaldi).

ad inibire la retroattività *in pejus* della nuova disciplina³⁶, a pena di una incostituzionalità ancor più palese³⁷.

4. Il nodo della rilevanza della questione.

Ciò premesso in punto di non manifesta infondatezza della eventuale questione di legittimità, si pone il problema della *rilevanza* della stessa, e dunque della sede ove questa possa essere utilmente coltivata.

Sembra scontato che si dia rilevanza al cospetto del giudice dell'esecuzione, impegnato da un apposito "incidente" contro l'ordine di carcerazione non sospeso, o al cospetto del magistrato di sorveglianza, che debba valutare il regime alla cui luce concedere o meno la misura alternativa.

Il problema si articola, piuttosto, in due sotto-questioni: se possa il pubblico ministero, prima di emettere il doveroso ordine di carcerazione, impegnare la Corte con una questione incidentale; ovvero se – negata questa via – possa farlo il giudice di ultima istanza, la cui decisione determina il passaggio in giudicato della sentenza, alla luce del principio per cui tra gli effetti giuridici della sentenza "sono compresi anche quelli connessi all'esecuzione della sentenza" (Corte cost., ordinanza n. 318 del 2000).

Per chiarire meglio i termini della questione va considerato, al riguardo, che in caso di condanna non accompagnata da sospensione condizionale, il pubblico ministero dovrebbe emettere ordine di esecuzione (notificato al difensore "a pena di nullità" entro 30 giorni: art. 655, quinto comma, c.p.p.), non sospeso ai sensi dell'art. 656, comma 9, c.p.p. (ai sensi del quale, appunto, "La sospensione dell'esecuzione di cui al comma 5 non può essere disposta: a) nei confronti dei condannati di cui all'art. 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354 [...]").

In sostanza, come accennato, verrebbe inibita la possibilità di richiedere la concessione di misura extramuraria senza periodo di osservazione in carcere posto che l'inclusione dei menzionati reati contro la PA tra i reati ostativi c.d. "di prima fascia" implica – lo si è già visto – che le misure alternative alla detenzione possano essere concesse solo ai condannati detenuti o internati che "collaborino con la giustizia a norma dell'art. 58-ter" ovvero – alla luce della novazione effettuata – "a norma dell'articolo 323-bis, secondo comma, del codice penale" (oppure versino in una delle ipotesi di c.d. collaborazione "impossibile" o "irrilevante" di cui all'art. 4-bis comma 1-bis ord. pen.).

In tali ipotesi – e *rebus sic stantibus* – risulterebbe dunque possibile solo attivare – prima di una interlocuzione con il tribunale di sorveglianza – l'incidente di esecuzione

³⁶ Principio dal quale discende l'incostituzionalità di norme sopravvenute che, prescrivendo la sospensione o l'interruzione del trattamento, impedirebbero al reo di ottenere il beneficio richiesto, benché, prima della entrata in vigore delle norme "impeditive", avesse già raggiunto un grado di "rieducazione" adeguato alla sua concessione: inaugurato con la sentenza n. 306 del 1993, tale principio trova conferma – ad esempio – nelle sentenze n. 504 del 1995, n. 445 del 1997, n. 450 del 1998, n. 137 del 1999, n. 79 del 2004, n. 257 del 2006, n. 79 del 2007.

³⁷ In questo senso v. anche V. ALBERTA, *L'introduzione dei reati contro la pubblica amministrazione nell'art. 4 bis, co. 1, PP*, cit., 6; analogamente, M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti"*, cit., § 4.2.

davanti al relativo giudice, ma l'ordine di esecuzione avrebbe *medio tempore* operatività, con le conseguenze del caso (e con i relativi tempi di decisione e di protrazione dello stato di detenzione); e ciò, posto che il pubblico ministero – versandosi in una delle ipotesi evocate dall'art. 656, comma 9, lett. a), c.p.p., è obbligato a emanare l'ordine di esecuzione anche laddove ritenga di formulare una prognosi favorevole in ordine alla concedibilità delle misure alternative alla detenzione³⁸.

4.1. Sulla possibilità di sollevare la questione di costituzionalità da parte del pubblico ministero.

Come noto, la posizione della giurisprudenza costituzionale tende a negare recisamente al pubblico ministero la facoltà di introdurre la questione incidentale di legittimità costituzionale³⁹.

Ma una simile posizione – proprio al cospetto di ipotesi come quelle qui considerate – non appare condivisibile, perché nel caso concreto determinerebbe una “zona franca” nel controllo di costituzionalità ed una tutela tardiva rispetto alla norma (che si ritiene) illegittima – con conseguente *vulnus* ai sottesi principi e, soprattutto, ai corrispondenti diritti individuali – posto che la contrarietà a Costituzione della norma impugnata potrebbe essere dichiarata solo quando, in sostanza, ha già prodotto i propri effetti negativi sulla sfera dei diritti individuali.

Andrebbe dunque ammessa la rilevanza della questione, e riconosciuta al pubblico ministero – “ai soli fini della prospettazione della questione in rilievo...” – natura di autorità giurisdizionale legittimata a sollevare questione di legittimità costituzionale, ad evitare una vistosa lacuna di tutela dei diritti in gioco.

Del resto, proprio quando è stata posta al cospetto di un “vuoto di tutela” dei diritti in gioco, e di una compromissione irrimediabile degli stessi la Corte costituzionale ha aperto ad evoluzioni della propria giurisprudenza: come quando ha riconosciuto – superando la tesi della natura meramente amministrativistica del contenzioso in sede di “reclamo” – la legittimazione a proporre l'incidente di costituzionalità al magistrato di sorveglianza, evidenziando come in discussione vi fosse “la concreta tutela di un diritto del detenuto, che solo in quella sede può essere fatto valere [...]”⁴⁰.

³⁸ Cfr. F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, 2° ed., Torino, 2011, 163, con richiamo a Cass., 18 novembre 2004, Maffei, e a Cass., 26 marzo 2004, Moncada, secondo la quale, più in generale, il rinvio ai delitti previsti dall'art. 4 bis ord. penit. “individua semplicemente i reati per i quali la sospensione non può essere disposta, senza recepire i presupposti di applicabilità della norma richiamata”, ossia la verifica – nel caso di specie – circa l'esistenza di collegamenti con la criminalità organizzata.

³⁹ Giurisprudenza consolidata, in un orientamento che non sembra presentare incrinature, a partire dalle sentenze nn. 40, 41 e 42 del 1963, sull'assunto della mancanza di poteri decisori in capo al P.M.; vi è forse un unico precedente – a quanto ci consta – in cui la Corte ha lasciato profilare una legittimazione del pubblico ministero, pur non avendola espressamente affermata, ossia la sentenza n. 108 del 1987, in materia di conversione di pena pecuniaria in libertà vigilata.

⁴⁰ Così la sentenza n. 212 del 1997; su quella traccia, poi, le sentenze n. 266 del 2009 e n. 143 del 2013.

4.2. (segue) *Sulla rilevanza della questione in sede di ultima istanza, e sulla possibilità di sollevare la questione da parte della Corte di Cassazione.*

Se la posizione della Corte non si aprisse ad una simile evoluzione, d'altro canto, l'unica forma di tutela tempestiva dovrebbe implicare la rilevanza della questione al cospetto dell'autorità giurisdizionale la cui decisione determina l'irrevocabilità della condanna, e segnatamente in sede di giudizio di Cassazione.

In questa precipua sede, la rilevanza sarebbe determinata dall'attualità ed improcrastinabilità della questione di legittimità costituzionale prospettata, che ha come punto di riferimento il solo ordine di esecuzione e gli effetti derivanti dal divieto di sospenderlo (e non successive evoluzioni processuali allo stato solo eventuali, come quelle relative all'eventuale interlocuzione sulla misura alternativa).

Del resto, non potrebbe ragionevolmente sostenersi che la rilevanza della questione sia, in tale fase, meramente ipotetica, o che tale necessario requisito – come ogni questione afferente il titolo esecutivo – possa sussistere e configurarsi solo al cospetto del magistrato di sorveglianza, ovvero, al più presto, al cospetto del giudice dell'esecuzione cui sarebbe indirizzato l'apposito "incidente": proprio ad evitare – lo si è accennato – la protrazione di una "zona franca" nel controllo di costituzionalità, ed una tutela irrimediabilmente tardiva dei diritti in gioco⁴¹.

In questa prospettiva, dunque, la rilevanza della questione già in sede di giudizio di ultima istanza dovrebbe essere affermata alla luce della considerazione che tra gli "effetti giuridici sono compresi anche quelli connessi all'esecuzione della sentenza"⁴², e che tra tali effetti – indefettibilmente connessi al passaggio in giudicato della sentenza di condanna – rientra l'emissione "obbligatoria" dell'ordine di esecuzione non sospeso, nel caso di reati ostativi *ex art. 4-bis* ord. pen.; e considerando soprattutto che una negazione della rilevanza in tale fase – frustrando la basilare acquisizione per la quale è il contatto necessario "tra le esigenze della legge e le esigenze dei diritti" che fonda "la *ratio* fondamentale dell'instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi"⁴³ – implicherebbe una compromissione irrimediabile dei diritti in gioco⁴⁴, sino ad un sacrificio "non necessario" della libertà personale.

⁴¹ Senza contare gli effetti perversi che la prospettazione della questione in sede di esecuzione determinerebbe (giacché la sospensione del processo in corso, con trasmissione degli atti alla Corte, non sospenderebbe l'esecuzione della pena detentiva); e senza considerare il paradosso per cui la questione prospettata – in ipotesi – dal giudice dell'esecuzione potrebbe essere giudicata non più rilevante se – nelle more – il magistrato di sorveglianza abbia concesso la misura alternativa (ad es., l'affidamento in prova), giacché l'esecuzione della pena detentiva risulterebbe cessata (così, infatti, Corte cost., sentenza n. 119 del 2017, giudicando la questione "ormai priva di rilevanza").

⁴² Cfr. l'ordinanza n. 318 del 2000, che ha dichiarato inammissibile la questione solo per omesso esperimento del doveroso percorso di interpretazione conforme, già in capo al pubblico ministero, titolare del potere di attivare il meccanismo previsto dall'art. 656 c.p.p.

⁴³ Così, autorevolmente, G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 272.

⁴⁴ Proprio quando è stata posta al cospetto di un "vuoto di tutela" dei diritti in gioco, e di una compromissione irrimediabile degli stessi, del resto, la Corte costituzionale ha aperto ad evoluzioni della propria giurisprudenza: come quando ha riconosciuto – superando la tesi della natura meramente amministrativistica del contenzioso in sede di reclamo – la legittimazione a proporre l'incidente di

5. Possibili soluzioni interpretative (del contrasto con la garanzia dell'irretroattività).

Almeno sul versante dei profili intertemporali, peraltro, il giudice impegnato nell'applicazione del nuovo art. 4 *bis* ad uno dei delitti contro la PA commessi *precedentemente* all'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019 potrebbe risolvere il contrasto senza necessariamente impegnare la Corte.

A tal fine, il rimedio è – come sempre – offerto da una interpretazione costituzionalmente orientata che – mutando l'indirizzo giurisprudenziale citato, prevalente ma non indiscusso né univoco – consideri la novazione legislativa in oggetto come disciplina processuale “ad effetti sostanziali”, evidenziandone le note di “intrinsecamente afflittività” – giacché incidenti sullo stesso *accesso alle misure alternative* e non solo sulle relative *modalità esecutive* – e conseguentemente assoggettandola al principio di irretroattività (in linea con le indicazioni desumibili dalla citata giurisprudenza della Corte EDU, e con una lettura “convenzionalmente orientata” dell'art. 25/2 Cost.).

L'organo giudicante che condivide i sospetti di illegittimità insiti nella immediata applicabilità della nuova disciplina, in sostanza, dovrebbe rivedere un “diritto vivente” che si dimostra riottoso a riconoscere l'irretroattività, ma che al contempo appare, oggi, in evidente contrasto con l'ordito dei principi costituzionali, aggiornato e “fertilizzato” dal contributo della giurisprudenza convenzionale.

Ed a questo riguardo è appena il caso di evidenziare che non osta, in questo caso, alcuna resistenza da parte della *littera legis*⁴⁵, discutendosi della natura giuridica di un istituto sul quale la legge non prende alcuna espressa posizione: non diversamente da quanto accaduto con l'istituto della “confisca per equivalente”, alla quale è stata riconosciuta in via interpretativa una “connotazione prevalentemente afflittiva” e una “natura eminentemente sanzionatoria”, secondo una linea interpretativa affermata nella giurisprudenza di legittimità⁴⁶ e successivamente convalidata dalla Corte costituzionale⁴⁷. E può altresì ricordarsi, come accennato, che all'orientamento favorevole al *tempus regit actum* si contrappongono decisioni che – con un opportuno “*distinguishing*” – ne hanno negato conformità costituzionale proprio nei casi in cui la

costituzionalità al magistrato di sorveglianza, evidenziando come in discussione vi fosse “la concreta tutela di un diritto del detenuto, che solo in quella sede può essere fatto valere [...]”: così la sentenza n. 212 del 1997 (su quella traccia, poi, le sentenze n. 266 del 2009 e n. 143 del 2013).

⁴⁵ Come noto, l'interpretazione adeguatrice è impercorribile solo ove contrasti con il “chiaro ed univoco tenore letterale” della disposizione, dovendo in tali casi lasciare spazio all'intervento della Corte costituzionale (per un esempio, v. appunto la citata sentenza n. 196 del 2010, che – convalidando l'impostazione del giudice *a quo* che aveva ritenuto impossibile procedere ad una correzione ermeneutica per via dell'interpretazione conforme – ha dichiarato la illegittimità del regime di retroattività legislativamente imposto alla neointrodotta ipotesi speciale di confisca dell'autoveicolo per il reato di guida in stato di ebbrezza).

⁴⁶ *Ex multis*, Cass. pen., sentenze n. 39173, n. 39172 e n. 21566 del 2008.

⁴⁷ Ordinanza n. 97 del 2009.

modifica legislativa peggiorativa attenesse all'accesso alle misure alternative, e non alle sole "modalità di esecuzione"⁴⁸.

Certo la strada maestra dell'interpretazione conforme – percorribile ove il giudice scelga di accomiatarsi da un "diritto vivente" ormai scalfito da critiche sempre più graffianti – sembrerebbe poter risolvere solo uno dei versanti problematici, come si è visto: e lascerebbe in vita i residui, penetranti dubbi di ragionevolezza e di compatibilità con la funzione rieducativa della pena, dubbi che potrebbero essere comunque riproposti alla Corte in relazione all'applicazione del nuovo art. 4 *bis* a reati commessi successivamente all'entrata in vigore della l. n. 3 del 2019.

Difficile, del resto, negarne la consistenza: a meno di non voler credere ad una riesumazione postmoderna dell'illusione penologica dello "*short sharp shock*"⁴⁹, come ulteriore, accidentale lascito del populismo penale.

⁴⁸ Così, ad esempio, Sez. 1, 5-18 luglio 2006, n. 24767, Rv. 234295: "Il principio di irretroattività delle legge, qualora non sia riferito a norme di diritto sostanziale, non è di rango costituzionale, purché le norme retroattive trovino adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non violino altri valori e interessi costituzionalmente protetti. Ne consegue che, in relazione alla modifica apportata all'art. 50-*bis* ordinamento penitenziario dall'art. 7, comma quinto, L. 5 dicembre 2005 n. 251, concernente l'aumento dei limiti di pena per la concessione della semilibertà a persone condannate alle quali sia stata applicata la recidiva di cui all'art. 99, comma quarto, cod. pen., poiché non si tratta di disposizioni che impediscono l'accesso alla misura alternativa, bensì di disposizioni che richiedono l'espiazione di un terzo di pena in più, non vi è lesione dei principi costituzionali previsti dagli artt. 3, 25 e 27 Cost." (corsivo nostro).

⁴⁹ Sui presunti "effetti positivi che si potrebbero attendere dallo «*short sharp shock*»", e sulla portata criminogena dalle pene detentive brevi, specie in contesti di "sovraffollamento carcerario", basti il richiamo alla autorevole – ed ancora attualissima – critica di G. MARINUCCI, *Problemi della riforma del diritto penale in Italia*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci – E. Dolcini, Milano, 1985, 349 ss., 356 ss.