

La Sentenza 12 febbraio 2020 n. 32: la Consulta sancisce la prevalenza dello Stato di diritto e della tutela del cittadino.

di **Francesco Martin**

Sommario. 1. Norma sostanziale o processuale: le problematiche sottese alla decisione. – 2. Le questioni di legittimità costituzionale – 3. La decisione della Corte: la tutela del cittadino dal Leviatano.

"È il potere, non la verità, che crea le leggi"

T. Hobbes - Leviatano

1. Norma sostanziale o processuale: le problematiche sottese alla decisione.

La Corte Costituzionale con la sentenza 12.2.20 n. 32 (Pres. Cartabia – Rel. Viganò) si è pronunciata in merito alle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, VI comma, lett. b), della L. 9 gennaio 2019 n. 3 (c.d. spazzacorotti) sollevata da numerosi Tribunali investiti della questione¹.

I giudici di prima istanza, fossero il Tribunale di Sorveglianza nel caso di richiesta di una misura alternativa alla detenzione ovvero il giudice dell'esecuzione, ravvisavano – su sollecitazione dei difensori dei condannati – un contrasto con le norme di rango costituzionale e con l'orientamento della CEDU.

L'inserimento di alcuni reati contro la Pubblica amministrazione all'interno dell'art. 4-*bis* O.P. difatti ha creato non poche problematiche per l'interprete e per il condannato.

Come noto tale norma prevede che la condanna per uno dei reati ivi indicati sia ostativa, in difetto di reale e concreta collaborazione con l'autorità

¹ Ordinanze di rimessione alla Corte Cost. dell'art. 1, VI comma, lett. B) legge 3/2019, sollevate dal Tribunale di Sorveglianza di Venezia (ord. 114/2019, 8 aprile 2019), dalla Corte di Appello di Lecce (ord. 115/2019, 4 aprile 2019), dal Tribunale di Cagliari (ord. 118/2019, 10 giugno 2019), dal Tribunale di Napoli (ord. 119/2019, 2 aprile 2019) dal Tribunale di Sorveglianza di Taranto (ord. 157/2019, 7 giugno 2019), dal Tribunale di Brindisi (ord. 160/2019 e ord. 161/2019, entrambe del 30 aprile 2019), dal GIP di Caltanissetta (ord. 193/2019 e ord. 194/2019, entrambe del 16 luglio 2019), dal Tribunale di Sorveglianza di Potenza (ord. 210/2019, 31 luglio 2019), dal Tribunale di Sorveglianza di Salerno (ord. 220/2019, 12 giugno 2019).; Trib. Napoli, Ufficio GIP, ord. 2 aprile 2019, in DPC, 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 questioni di legittimità costituzionale.*

giudiziaria, alla concessione delle misure alternative alla detenzione ovvero ai permessi premio.

La ragione che aveva spinto il legislatore ha prevedere un elenco di reati c.d. ostativi si deve rinvenire nel fatto che tali illeciti generano un elevato allarme sociale, nonché arrecano nocumento a particolari beni giuridici meritevoli di adeguata protezione.

Tale elenco nel corso degli anni, secondo una logica di politica criminale, è stato notevolmente ampliato da ultimo ricomprendendo anche i reati contro la P.A.

Il vero fulcro del problema creatosi con l'emanazione della L. n. 3/19 è che tale disposizione normativa non contiene una clausola temporale che stabilisca il *tempus* in cui la stessa entrerà in vigore.

La mancanza di tale clausola quindi comporta, per usare una similitudine, un cambio delle carte sul tavolo della giustizia.

La vera problematica riguarda quelle c.d. "zone grigie" concernenti il condannato in via definitiva per un reato contro la pubblica amministrazione commesso prima dell'entrata in vigore della spazzacorrotti – cui abbiano eventualmente fatto seguito tanto l'emissione di un ordine di esecuzione già sospeso da parte della Procura della Repubblica competente, quanto la presentazione dell'istanza di misura alternativa –, ma la relativa fase dell'esecuzione si svolga sotto la vigenza della L. 3/19.

Ed in tal senso verrebbe a crearsi anche una problematica per quanto concerne le esigenze difensive.

Si pensi infatti ad un soggetto abbia deciso di accedere ad un rito alternativo sia per mitigare il trattamento sanzionatorio sia per concluder in fretta il procedimento penale, quando ancora la nuova disposizione non era nemmeno in fase di lavori preparatori.

In tale caso l'imputato aveva – all'epoca – ben chiaro il proprio destino processuale, potendo ragionevolmente prevedere che, al ricorrere di tutti i requisiti normativi, avrebbe potuto accedere ad un rito alternativo alla detenzione e quindi evitare di scontare la pena in regime carcerario.

La modifica intercorsa nelle more e soprattutto la mancanza di una disposizione transitoria comporterebbe quindi una lesione del diritto di difesa in quanto si rifletterebbe, senza possibilità di rimedio, sulle scelte processuali effettuate magari molti anni addietro creando un mutamento dello scenario esecutivo.

Il legislatore infatti non può e non deve sorprendere il cittadino con cambi di regole improvvise e a seconda dello schieramento politico governante².

Si creerebbe in tal caso un ingiusto nocumento ai soggetti che ancora devono vedere definita la loro posizione dopo una sentenza di condanna e

² MANES, V., *L'estensione dell'art. 4-bis ord. penit. ai reati contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2019.

inoltre si verificherebbero delle situazioni tra loro paradossali e profondamente diseguali, riducendo il cittadino ad un mero suddito alla mercé del Leviatano.

La problematica è dunque decisamente complessa, nella sua apparente semplicità: dovranno applicarsi le disposizioni previste e vigenti *prima* della riforma oppure, aprendosi una nuova fase processuale, troverà applicazione la disciplina della L. n. 3/19 *medio tempore* entrata in vigore?

Tale quesito, di non facile risoluzione, impone di indagare quale sia la natura e la qualificazione giuridica da attribuire alle norme che regolano la fase dell'esecuzione.

Come prevedibile, soprattutto per la mancata previsione nella L. n. 3/2019 di una disciplina transitoria che ne regolasse l'operatività temporale, in particolare limitandola *pro futuro*, non solo la prassi applicativa ha segnalato l'emersione di indirizzi difformi in punto di estensione o meno della nuova disciplina legislativa anche in via retroattiva, ma si sono altresì moltiplicate, su sollecitazione difensiva, le questioni di legittimità costituzionale³.

Laddove infatti si intendesse aderire all'orientamento – invero consolidato nella giurisprudenza di legittimità⁴ – secondo cui tali disposizioni avrebbero natura processuale, ciò comporterebbe l'applicazione del principio *tempus regit actum*; qualora invece si propendesse per la diversa tesi della natura sostanziale degli istituti, come quello delle misure alternative alla detenzione, che incidono concretamente sulla qualità della pena irrogata, logica conseguenza sarebbe quella del divieto di irretroattività *in malam partem*, a mente degli artt. 25, II comma, Cost. e 2 c.p..

Come si illustrerà in seguito, la Corte Costituzionale ha avuto modo di dettare un nuovo orientamento eliminando quei vecchi automatismi e richiamando in particolare degli orientamenti di altre Corti europee e internazionali.

I vari Tribunali che hanno sottoposto, su sollecitazione difensiva, la questione di legittimità costituzionale hanno poi ravvisato differenti motivi di contrasto con le norme imperative e con i principi espressi più volte della CEDU.

2. Le questioni di legittimità costituzionale

Come evidenziato in precedenza le corti territoriali hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale con riferimento a diversi punti.

Il Tribunale di Sorveglianza di Venezia⁵ ha sollevato – in riferimento agli artt. 3, 25, II comma, 27, III comma, e 117, I comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) – questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, VI comma lett. b), della L. n. 3/19, «*nella parte in cui, modificando l'art. 4-*

³ FIORENTIN F., *La legge Spazzacorrotti è incostituzionale: ecco perché*, in *IlSole24ore*, 16.02.20.

⁴ Cass. Pen., Sez. Un., 28.09.06, n. 12541.

⁵ Ord. 08.04.19, n. 114.

bis, I comma, della L. n. 354/75 si applica anche in relazione ai delitti di cui agli artt. 318, 319, 319-quater e 321 c.p., commessi anteriormente all'entrata in vigore della medesima legge».

Il Tribunale lagunare osservava che, per effetto dell'entrata in vigore della norma censurata, i reati ascritti al condannato sono stati inclusi nel catalogo di cui all'art. 4-*bis*, I comma, L. 354/75 con la conseguenza che, in relazione agli stessi, la concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative alla detenzione è ora subordinata alla collaborazione del condannato con la giustizia, ai sensi dell'art. 58 *ter* O.P. e dell'art. 323 *bis* c.p., oppure alla impossibilità o irrilevanza della collaborazione medesima⁶.

La già intervenuta sospensione dell'ordine di esecuzione della pena, ai sensi dell'art. 656, V comma, c.p.p., non varrebbe a sottrarre la fattispecie all'ambito applicativo di azione della novella recata dall'art. 1, VI comma, lett. b), della L. n. 3/19, atteso che l'istanza di concessione delle misure alternative alla detenzione avrebbe introdotto una distinta fase del procedimento esecutivo, in cui il tribunale di sorveglianza sarebbe chiamato ad applicare anche le modifiche normative sopravvenute rispetto al momento della sospensione dell'esecuzione⁷.

In definitiva, quindi, la concessione al condannato della misura dell'affidamento in prova al servizio sociale risulterebbe preclusa, in conseguenza dell'attuale formulazione dell'art. 4-*bis*, comma 1, O.P., come modificato dalla L. n. 3/19.

Per quanto attiene al requisito della non manifesta infondatezza, il rimettente premette che, secondo il costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, le disposizioni concernenti l'esecuzione delle pene detentive e le misure alternative alla detenzione, non riguardando l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena, ma soltanto le modalità esecutive della stessa, non avrebbero carattere di norme penali sostanziali e soggiacerebbero pertanto, in assenza di specifica disciplina transitoria, al principio *tempus regit actum* e non alle regole dettate dagli artt. 25 Cost. e 2 c.p. in tema di successione di norme penali del tempo, con conseguente immediata applicabilità a tutti i rapporti esecutivi non ancora esauriti di eventuali modifiche normative di segno peggiorativo.

Il giudice *a quo* osserva poi che la Corte di Cassazione⁸ avrebbe ritenuto non manifestamente infondato il dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 1, VI comma, lett. b), della legge spazzacorrotti in riferimento agli artt. 117, I

⁶ BARON L., 'Spazzacorrotti', art. 4-*bis* ord. pen. e regime intertemporale, in *Dir. pen. cont.*, 5/2019, p. 156.

⁷ GATTA G.L., Art. 4 *bis* o.p. e legge "spazzacorrotti": possibile, dopo la decisione della Consulta e prima del relativo deposito la sospensione degli ordini di carcerazione per fatti pregressi?, in *Sistema Penale*, 17.02.20.

⁸ Cass. pen., VI sez., 20.03.19, n. 12541.

comma, Cost. e 7 CEDU, così come interpretato nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁹.

Aderendo alle argomentazioni della citata pronuncia, il Tribunale di Sorveglianza di Venezia prospetta anzitutto l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata, per contrasto con gli artt. 25, Il comma, e 117, I comma, Cost. (in relazione all'art. 7 CEDU), sotto il profilo della violazione del divieto di retroattività della legge penale sfavorevole.

Il rimettente ritiene quindi che, al metro della giurisprudenza della Corte EDU, le misure alternative alla detenzione non possano essere considerate mere modalità di esecuzione della pena, incidendo su quest'ultima in termini di sostanziale modificazione quantitativa ovvero qualitativa, sicché eventuali sopravvenienze normative o giurisprudenziali che operino in senso restrittivo sulla disciplina dei presupposti e delle condizioni di accesso alle misure stesse dovrebbero essere assistite dalla garanzia di irretroattività di cui all'art. 7 CEDU.

In definitiva, quindi, la norma censurata introdurrebbe un'irragionevole disparità di trattamento tra condannati per i medesimi delitti, la cui istanza di concessione di una misura alternativa alla detenzione sia stata esaminata – per mera casualità o per il difforme carico di lavoro dei tribunali di sorveglianza – anteriormente o successivamente all'entrata in vigore della L. n. 3/2019, determinando in modo irrazionale gli esiti processuali indipendentemente dal coefficiente di meritevolezza dei singoli condannati. Tale risultato sarebbe altresì contrario ai principi di proporzionalità e di individualizzazione della pena, intesi quali corollari della funzione rieducativa di cui all'art. 27, III comma, Cost.

L'applicazione immediata delle nuove preclusioni all'accesso alle misure alternative alla detenzione inciderebbe infatti in modo irragionevole sul percorso rieducativo, senza consentire al giudice una valutazione individualizzata dei presupposti per l'applicazione delle misure a più alta valenza risocializzante.

Anche il Tribunale di Sorveglianza di Potenza¹⁰ ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 6, lettera b), della L. n. 3 del 2019, «*nella parte in cui, modificando l'art. 4-bis, comma 1 della L. 26.7.1975 n. 354, si applica anche in relazione ai delitti di cui agli artt. 317 c.p. e 319 c.p. commessi anteriormente alla entrata in vigore della medesima legge*»,

⁹ La Grande Camera della Corte di Strasburgo ha ritenuto che debbano soggiacere al divieto di irretroattività (ex art. 7 Cedu) anche eventuali modifiche peggiorative delle modalità di esecuzione della pena, allorché tali modifiche incidano in maniera significativa sulla pena da scontare, così da rendere alquanto sfumati i confini tra disciplina della pena e regolamentazione della sua esecuzione, Corte Edu, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, con nota di MAZZACUVA F. *La Grande Camera della Corte Edu su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, in DPC, 30.10.13.

¹⁰ Ord. 31.07.19, n. 210.

denunciando il contrasto della disposizione con gli artt. 3, 25, II comma, 27, II e III comma, e 117, I comma, Cost. (quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU). Il giudice *a quo* evidenzia che l'istanza di concessione del permesso premio è stata presentata prima dell'entrata in vigore della "spazzacorrotti", ma deliberata dal magistrato di sorveglianza solo successivamente, con conseguente applicabilità delle preclusioni alla concessione del permesso premio, in difetto di collaborazione con la giustizia, previste dall'art. 4-bis O.P., come novellato dall'art. 1, VI comma, lett. b), della L. n. 3/19

Quanto alla non manifesta infondatezza, il rimettente richiama, da un lato, il consolidato orientamento giurisprudenziale circa la natura processuale delle norme penitenziarie, con conseguente immediata applicabilità di modifiche normative anche peggiorative ai fatti pregressi, in difetto di apposita disciplina transitoria; e, dall'altro lato, la recente pronuncia della Corte di cassazione, che ha ritenuto non manifestamente infondato – ancorché, in specie, non rilevante – il dubbio di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 117, I comma, Cost. e 7 CEDU, determinato dalla mancata previsione di una disposizione transitoria volta a limitare l'applicabilità delle modifiche introdotte all'art. 4-bis O.P. ai soli fatti di reato commessi successivamente all'entrata in vigore della spazzacorrotti.

Da ultimo, con ordinanza del 12 giugno 2019, il Tribunale di Sorveglianza di Salerno¹¹ ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, VI comma, lettera b), della L. n. 3/19, «*nella parte in cui, modificando l'art. 4-bis, I comma O.P., si applica anche in relazione ai delitti di cui all'art. 319-quater comma 1 c.p. commessi anteriormente alla entrata in vigore della medesima legge*», denunciando il contrasto della disposizione con gli artt. 3, 25, II comma, 27, III comma, 117 Cost. e 7 CEDU.

Di più ampia portata è stato invece il provvedimento del Tribunale di Sorveglianza di Taranto¹² che con ordinanza del 7 giugno 2019 ha sollevato, in riferimento all'art. 3 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, VI comma, lett. b), della L. n. 3/19, «*nella parte in cui, modificando l'art. 4-bis, comma 1 della Legge n. 354/1975, ha inserito i reati contro la p.a. e in particolare quello di cui all'art. 314 comma 1 tra quelli ostativi alla concessione di alcuni benefici penitenziari, senza prevedere un regime transitorio che dichiari applicabile la norma ai soli fatti commessi successivamente alla sua entrata in vigore*».

In punto di rilevanza, espone il giudice *a quo* che, da un lato, non risulta concedibile la detenzione domiciliare per gravi motivi di salute, ex artt. 47-ter, comma 1-ter, O.P. e 147, I comma, n. 2), c.p., non versando l'interessato in condizioni di infermità fisica o psichica tali da rendere impossibili le cure in ambiente carcerario; e, dall'altro lato, risulta inammissibile l'istanza di

¹¹ Ord.12.06.19, n. 220.

¹² Ord. 07.06.19, n. 157.

concessione della detenzione per motivi di età, ex art. 47-ter, I comma, O.P., atteso che, per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 1, comma 6, lettera b), della legge n. 3 del 2019, il delitto di peculato è stato inserito nel catalogo dei reati di cui all'art. 4-bis, I comma, O.P., ostanti alla concessione della detenzione domiciliare in favore di soggetti ultrasessantenni.

Quanto alla non manifesta infondatezza, il giudice *a quo* rileva come l'art. 1, VI comma, lett. b), della spazzacorrotti abbia ampliato il novero dei reati ostanti contemplati dall'art. 4-bis O.P. senza prevedere alcuna disciplina transitoria, diversamente da quanto avvenuto in occasione dell'introduzione dell'art. 4-bis, realizzata dal decreto-legge n. 152 del 1991, e delle modifiche allo stesso apportate dall'art. 1 della L. n. 279/02, ove il legislatore aveva previsto l'applicabilità delle nuove e più restrittive disposizioni ai soli fatti di reato commessi successivamente all'entrata in vigore delle stesse.

Il rimettente ritiene che l'assenza di una disciplina transitoria nella L. n. 3/19 sia foriera di disparità di trattamento e di pregiudizi al diritto di difesa, che si tradurrebbero in una lesione dell'art. 3 Cost.

Coloro che abbiano commesso reati inclusi nel novellato catalogo di cui all'art. 4-bis O.P. prima dell'entrata in vigore della spazzacorrotti, infatti, si troverebbero ad essere o meno soggetti all'ordine di esecuzione e alla preclusione nella richiesta di accesso alle misure alternative alla detenzione, a seconda che siano stati ammessi all'esecuzione penale esterna prima o dopo la novella.

Ad avviso del rimettente, invece, la natura processuale delle norme penitenziarie non consentirebbe di ritenere applicabile la garanzia di irretroattività della legge penale sfavorevole, di cui all'art. 7 CEDU.

Né le norme relative alle modalità di accesso alle misure alternative potrebbero formare oggetto di un affidamento del condannato, alla luce dell'imprescindibilità della valutazione discrezionale del tribunale di sorveglianza in ordine alla concessione di ciascuna misura.

Di altro avviso è stata la Corte d'appello di Lecce che, con ordinanza del 4 aprile 2019, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, VI comma, lett. b), della L. n. 3/19, «*nella parte in cui ha inserito i reati contro la pubblica amministrazione, ed in particolare il reato di cui all'art. 314, comma 1, c.p., tra quelli ostanti alla concessione di alcuni benefici penitenziari ai sensi dell'art. 4-bis O.P. [...] senza prevedere un regime transitorio che dichiari applicabile la norma ai soli fatti commessi successivamente alla sua entrata in vigore*», per asserito contrasto con gli artt. 3, 25, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU.

In punto di rilevanza delle questioni sollevate, il giudice *a quo* evidenzia come l'ordine di esecuzione della pena sia stato emesso – pur a fronte di una condanna per fatti di reato commessi prima dell'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019 – in applicazione della norma censurata, che ha modificato, con operatività immediata, l'art. 4-bis O.P. includendo il delitto di peculato nel

novero di quelli ostativi alla sospensione dell'ordine stesso, ai sensi dell'art. 656 cod. proc. pen. Dall'accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale prospettate deriverebbe la possibilità per il condannato di ottenere l'immediata sospensione dell'ordine di esecuzione e di presentare da libero l'istanza di concessione di misure alternative alla detenzione.

Quanto alla non manifesta infondatezza, il rimettente rammenta che dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 1, VI comma della "spazzacorrotti" sono già stati adombrati dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 535 del 2019, ed evidenzia come la norma censurata sia anzitutto foriera di una ingiustificata disparità di trattamento, lesiva dell'art. 3 Cost., tra coloro che hanno posto in essere delle condotte delittuose anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019, facendo affidamento sulla possibilità di non scontare in carcere una pena (anche residua) inferiore ai quattro anni, e coloro che, invece, hanno commesso i medesimi reati nella vigenza della citata legge.

La modifica peggiorativa del regime di esecuzione della pena, non accompagnata da alcuna norma transitoria, contrasterebbe infine con l'art. 117, I comma, Cost., in relazione all'art. 7 CEDU, traducendosi in un «passaggio a sorpresa e non prevedibile al momento della commissione del reato alla sanzione con necessaria incarcerazione».

Invece con ordinanza del 10 giugno 2019 il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale Ordinario di Cagliari¹³ ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 6, I comma, lettera b), della legge n. 3 del 2019, «*nella parte in cui ha inserito i reati contro la pubblica amministrazione, tra quelli ostativi alla concessione di alcuni benefici penitenziari ai sensi dell'art. 4-bis O.P. senza prevedere un regime transitorio*», per contrasto con gli artt. 3, 24, 25, 27, 111 e 117, I comma, Cost..

Per quanto attiene alle questioni sollevate, il giudice *a quo* richiama la giurisprudenza di legittimità sull'applicabilità del principio *tempus regit actum* alle disposizioni concernenti l'esecuzione delle pene detentive e le misure alternative alla detenzione e afferma che, alla data di passaggio in giudicato della sentenza di condanna, si incardinerebbe il rapporto esecutivo e si cristallizzerebbe il contesto normativo che definisce le modalità di esecuzione della pena, sicché le modifiche all'art. 4-bis O.P. apportate dalla legge n. 3 del 2019, in assenza di una disciplina transitoria, sarebbero applicabili anche ai fatti commessi dal condannato prima dell'entrata in vigore della legge stessa.

Quanto alla non manifesta infondatezza, il rimettente ritiene che l'applicabilità immediata della disposizione censurata a coloro che abbiano commesso il reato anteriormente alla sua entrata in vigore confligga con la garanzia di irretroattività della legge penale, di cui all'art. 7 CEDU.

¹³ Ord. 10.06.19, n. 118.

Con ordinanza del 30 aprile 2019, il Tribunale ordinario di Brindisi¹⁴ ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, VI comma, lett. b), della L n. 3/19, «*nella parte in cui, modificando l'art. 4-bis, I comma O.P. si applica anche al delitto di cui all'art. 314 c.p. commesso anteriormente all'entrata in vigore della medesima legge*», denunciandone il contrasto con gli artt. 24, 25, II comma, e 117, I comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU.

In punto di rilevanza delle questioni sollevate, il giudice *a quo* espone che, a seguito dell'entrata in vigore del censurato art. 1, VI comma, lett. b), della "spazzacorrotti", il condannato non potrebbe più beneficiare della sospensione dell'ordine di esecuzione, essendo stato il delitto di cui all'art. 314 c.p. incluso nell'elenco dei reati ostativi di cui all'art. 4-bis O.P. laddove, prima dell'intervenuta modifica normativa, egli avrebbe potuto chiedere la concessione di una misura alternativa alla detenzione senza previo periodo di osservazione in carcere.

Quanto alla non manifesta infondatezza, il rimettente premette che, in assenza di una disciplina transitoria, la disposizione censurata risulta immediatamente applicabile, in base al consolidato orientamento che attribuisce carattere processuale alle norme penitenziarie.

L'incidente di esecuzione riguardante l'ordine di esecuzione rientrerebbe a pieno titolo nell'ambito applicativo dell'art. 6 CEDU sul diritto al processo equo, atteso lo stretto legame tra la nozione di "pena" risultante dall'art. 7 CEDU e quella di "accusa in materia penale", utilizzata dall'art. 6.

Ne deriverebbe la possibilità di estendere le garanzie dell'art. 6 CEDU anche a «istituti rientranti nel "procedimento di esecuzione" che concorrono a determinare l'effettiva durata della privazione della libertà da scontare», quali il procedimento ex art. 671 c.p.p. per l'applicazione della continuazione in sede esecutiva, nonché i procedimenti relativi alla validità o efficacia del titolo esecutivo o dell'ordine di esecuzione.

La riconducibilità del procedimento di esecuzione disciplinato dall'art. 666 c.p.p. all'ambito applicativo dell'art. 6 CEDU comporterebbe la qualificabilità come disposizione di natura penale, ai sensi dell'art. 7 CEDU, dell'art. 656, IX comma, lettera a), c.p.p. sulla sospensione dell'ordine di esecuzione, «così come integrato» dall'art. 1, VI comma, lett. b), della spazzacorrotti, che ha modificato l'art. 4-bis O.P.

E invero, gli effetti derivanti dalla disciplina in scrutinio «si traducono in un'anticipazione della pena detentiva che comporta la privazione della libertà personale attraverso la carcerazione, anche se il condannato risulterà meritevole di una misura alternativa».

¹⁴ Ord. 30.04.19, n. 160.

L'applicazione retroattiva della disciplina sfavorevole introdotta dalla L. n. 3/19 comporterebbe altresì una lesione del diritto di difesa garantito dall'art. 24 Cost., vanificando le strategie processuali dell'imputato.

Un diverso inquadramento è stato fornito, con ordinanza del 2 aprile 2019, dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale Ordinario di Napoli¹⁵ ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 1, lettera b), della legge n. 3 del 2019, denunciandone il contrasto con gli artt. 3, 24, 25, 27, 111 e 117, I comma, Cost. (quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU), *«nella parte in cui, ampliando il novero dei reati "ostativi" ai sensi dell'art. 4-bis l. 354/75, includendovi i reati contro la pubblica amministrazione, ha mancato di prevedere un regime intertemporale»*.

Di uguale visione è stato il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Caltanissetta¹⁶ che ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, VI comma, lett. b), della legge n. 3 del 2019, denunciandone il contrasto con gli artt. 3, 24, 25, 27, 111 e 117 Cost. (quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU), *«nella parte in cui, ampliando il novero dei reati "ostativi" ai sensi dell'art. 4-bis O.P., includendovi i reati contro la pubblica amministrazione, ha mancato di prevedere un regime intertemporale»*.

3. La decisione della Corte: la tutela del cittadino dal Leviatano.

Esaminate in tal modo, in maniera sintetica per ovvie ragioni, le questioni di cui è stata investita la Corte, è ora opportuno esaminare il percorso logico giuridico che ha determinato la pronuncia di incostituzionalità.

Tutti i provvedimenti sopra richiamati, seppur risultino differenti sotto diversi aspetti, sollevano la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, VI comma, L. n. 3/19.

In particolare, i motivi di incostituzionalità riguardano il contrasto con l'art. 3 Cost. inteso come disparità di trattamento, con l'art. 24, I comma, Cost. in quanto la modifica apportata dalla nuova disposizione vanificherebbe le strategie difensive precedentemente scelte – e non più "modificabili" – dall'imputato, con gli artt. 3 e 27, III comma, Cost. con riferimento ai principi di ragionevolezza e della funzione rieducativa della pena.

Inoltre, alcuni provvedimenti di rimessione concernono la legittimità dell'inserimento, all'interno dell'art. 4-bis O.P., dei reati contro la Pubblica Amministrazione.

La Consulta ha ravvisato la fondatezza di incostituzionalità con riferimento alla violazione dell'art. 25, co. 2, Cost.

Il diritto vivente, stante le pronunce di legittimità susseguitesi nel corso degli anni, è orientato a ritenere, invero, che le norme disciplinanti l'esecuzione

¹⁵ Ord. 02.04.19, n. 119.

¹⁶ Ord. 16.07.19, n. 193.

della pena siano in radice sottratte al divieto di applicazione retroattiva che discende dal principio di legalità della pena di cui all'art. 25, II comma, Cost. Tuttavia, come tutte le scienze, anche il diritto muta, si trasforma e si evolve. Le pene detentive quindi, proprio in ragione della loro particolare compressione della libertà personale e della loro incisività sulla vita del condannato, devono essere eseguite in base alla legge in vigore al momento della loro esecuzione, salvo però che tale legge comporti, rispetto al quadro normativo vigente al momento del fatto, una trasformazione della natura della pena e della sua incidenza sulla libertà personale.

Da ciò quindi deriva che l'applicazione retroattiva di una tale legge è incompatibile con l'art. 25, II comma, Cost.

La Consulta, nel suo ragionamento euristico, richiama alcune precedenti decisioni specificamente concernenti il problema delle modifiche normative relative alla fase dell'esecuzione della pena.

In particolare, la Corte¹⁷ già nella seconda metà degli anni novanta aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4-*bis*, I comma, O.P. nella parte in cui precludeva la concessione di ulteriori permessi premio ai condannati per delitti "ostativi" che non avessero collaborato con la giustizia, anche quando essi ne avessero già fruito in precedenza e non fosse stata accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata per contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost.

La Corte ravvisava una iniqua frustrazione della funzione rieducativa della pena ed una regressione della positiva evoluzione della personalità del condannato e della sua risocializzazione.

Tale orientamento è continuato negli anni con altre due pronunce¹⁸ del Giudice delle leggi, le quali hanno sempre dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* O.P. nella parte in cui non prevedeva che la semilibertà e i permessi premio potessero essere concessi nei confronti dei condannati che avessero raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto, e per i quali non fosse stata accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata.

Già quindi nei primi anni novanta la Corte Costituzionale riteneva di dover salvaguardare da arbitrarie ed inique modifiche che avrebbero comportato una lesione a finalismo rieducativo che connota l'espiazione della pena e avrebbe di fatto reso inutili gli sforzi del condannato ad una modifica migliorativa della propria personalità al fine di potersi reinserire con successo all'interno della società.

Se questo si può affermare con riferimento all'orientamento della Consulta, lo stesso non può dirsi con riguardo a quello di legittimità.

¹⁷ Corte Cost., 14.12.95, n. 504.

¹⁸ Corte Cost., 01.10.97, n. 445; Corte Cost., 14.06.99, n. 137.

La Corte di Cassazione, *in primis* con la già citata sentenza delle Sezioni Unite, ha sempre ritenuto che le norme inerenti la fase dell'esecuzione della pena siano sottratte alle garanzie dell'art. 25, II comma, Cost. qualificandosi quindi non come norme sostanziali, ma processuali e quindi sorrette da principio del *tempus regit actum*.

Tuttavia tale orientamento, ormai risalente nel corso degli anni, non sembra possa più ritenersi compatibile con i dettami costituzionali.

Un primo elemento di discontinuità proviene proprio dallo stesso legislatore che, in diverse occasioni, ha limitato l'applicabilità delle norme che incidono sull'esecuzione della pena solamente a condanne pronunciate per fatti posteriori all'entrata in vigore della disposizione normativa.

Tale clausola temporale tuttavia è assente nella L. n. 3/19.

Anche la giurisprudenza europea in un primo momento propendeva per una tesi in qualche misura simile a quella della Corte di Cassazione ritenendo non applicabile l'art. 7 della CEDU alle modifiche normative inerenti all'esecuzione della pena.

Tale orientamento è tuttavia mutato già nel 2008 con una pronuncia della Corte EDU¹⁹ che ha ritenuto sussistente una violazione dell'art. 7 CEDU in quanto non risultavano chiare le conseguenze sanzionatorie connesse alla violazione del precetto penale.

Tale concetto è stato poi ripreso, chiarito e ampliato con una successiva pronuncia della Gran Camera nel 2013²⁰ che ha ribadito come le modifiche alle norme che regolano la fase dell'esecuzione della pena non sono soggette al divieto di applicazione retroattiva ex art. 7 CEDU.

In difetto di ciò i singoli Stati potrebbero porre in essere delle modifiche che modificano, con effetto retroattivo negativo, una pena già irrogata al condannato creando una totale incertezza del diritto e una iniqua lesione dei diritti fondamentali dell'individuo.

Inoltre la Corte nella sua motivazione richiama anche degli orientamenti di altri Stati.

In particolare, la *Supreme Court of the United States*²¹ ha più volte affermato che il divieto di "*ex post fact laws*" si applica anche alle norme che concernano

¹⁹ Corte EDU, gran Camera, 12.02.08, *Kafkaris vs Cipro*, n. 21906/04.

²⁰ Cfr. nota n. 9.

²¹ "*The Ex Post Facto prohibition forbids the Congress and the States to enact any law which imposes a punishment for an act which was not punishable at the time it was committed; or imposes additional punishment to that then prescribed. Through this prohibition, the Framers sought to assure that legislative Acts give fair warning of their effect and permit individuals to rely on their meaning until explicitly changed. The ban also restricts governmental power by restraining arbitrary and potentially vindictive legislation. In accord with these purposes, our decisions prescribe that two critical elements must be present for a criminal or penal law to be Ex Post Facto: it must be retrospective, that is, it must apply to events occurring before its enactment, and it must disadvantage the offender affected by it. Contrary to the reasoning of the Supreme Court of Florida, a law need not impair a "vested right" to violate the Ex Post Facto*

la pena e che prolungano lo *status* detentivo dei condannati andando ad incidere negativamente sul *quantum* di pena.

Rimanendo in ambito europeo, anche il *Conseil Constitutionnel*²² si è espresso nello stesso modo con particolare riferimento all'art. 112 del *code pénale*; tale norma infatti rende immediatamente efficaci le leggi che pongono in essere delle modifiche del diritto processuale penale, con l'eccezione delle norme che abbiano il fine di rendere più severe ed onerose le pene inflitte.

La *Supreme Court of Canada*²³ ha poi affermato che una modifica peggiorativa della norma che regola la fase dell'esecuzione della pena crea

prohibition. [...] Critical to relief under the Ex Post Facto Clause is not an individual's right to less punishment, but the lack of fair notice and governmental restraint when the legislature increases punishment beyond what was prescribed when the crime was consummated. Thus, even if a statute merely alters penal provisions accorded by the grace of the legislature, it violates the Clause if it is both retrospective and more onerous than the law in effect on the date of the offense" (Weaver - Graham 450 U.S. 24, 33, 1981);

In una più recente pronuncia la Corte Suprema afferma che: *"The Court of Appeals' analysis failed to reveal whether retroactive application of the amendment to Rule 475-3-.05(2) violated the Ex Post Facto Clause. The controlling inquiry is whether such application creates a sufficient risk of increasing the measure of punishment attached to the covered crimes. Morales, supra, at 509. Here, the question is whether amended Rule 475-3-.05(2) creates a significant risk of prolonging respondent's incarceration. That risk is not inherent in the amended Rule's framework, and it has not otherwise been demonstrated on the record. While Morales identified several factors convincing this Court that California's law created an insignificant risk of increased punishment for covered inmates, the Court was careful not to adopt a single formula for identifying which parole adjustments would survive an ex post facto challenge. States must have due flexibility in formulating parole procedure and addressing problems associated with confinement and release. This case turns on the amended Rule's operation within the whole context of Georgia's parole system. Georgia law gives the Board broad discretion in determining whether an inmate should receive early release. Such discretion does not displace the Ex Post Facto Clause's protections, but the idea of discretion is that it has the capacity, and the obligation, to change and adapt based on experience" (Garner - Jones, 529 U.S., 244, 2000).*

²² Il Conseil ritenne che: *"Le principe de non-rétroactivité ne concerne pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étend à la période de sûreté qui, bien que relative à l'exécution de la peine, n'en relève pas moins de la décision de la juridiction de jugement qui, dans les conditions déterminées par la loi, peut en faire varier la durée en même temps qu'elle se prononce sur la culpabilité du prévenu ou de l'accusé" posto che «l'appréciation de cette culpabilité ne peut, conformément au principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, être effectuée qu'au regard de la législation en vigueur à la date des faits" (Cons. cost., décision du 3 sept. 1986, n. 86-215).*

²³ *"According to the ideal of the rule of law, the law must be such that those subject to it can reliably be guided by it, either to avoid violating it or to build the legal consequences of having violated it into their thinking about what future actions may be open to them. People must be able to find out what the law is and to factor it into their practical deliberations. The law must avoid taking people by surprise, ambushing them, putting them into conflict with its requirements in such a way as to defeat their expectations and frustrate their plans (J. Gardner, "Introduction", in H. L. A. Hart, Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law (2nd ed. 2008), xiii, at p. xxxvi). Retrospective laws threaten the rule of law in another way, by*

un documento alle scelte difensive esponendo l'imputato a scelte non previste né prevedibili al momento dell'esercizio della scelta processuale.

La Corte Costituzionale, anche sulla scorta delle pronunce internazionali ha ritenuto di dover rimodulare la portata ed il fine del principio di irretroattività sancito dall'art. 25, II comma, Cost. In tal senso il principio ha lo scopo di rendere ragionevolmente edotto il destinatario della norma circa le conseguenze che deriveranno dalla trasgressione della norma penale.

E non solo.

La norma costituzionale impedisce che il cittadino sia degradato al rango di mero suddito e sia lasciato in balia della decisione unilaterale e inappellabile del Leviatano che a seconda del momento storico, del credo politico o addirittura personale possa dall'oggi al domani, mutare in maniera irragionevole e completa una norma penale.

L'irretroattività delle pene, non previste al momento della commissione del fatto, ha quindi lo scopo di impedire quel mutamento delle carte in tavola e di porre un freno al potere del legislatore tutelando *in primis* lo stato di diritto.

Certo, è pur vero che la tesi secondo la quale le pene devono essere assoggettate al principio del *tempus regit actum* risulta, *prime facie*, molto convincente, sia in ragione del fatto che l'esecuzione della pena si svolge di regola a distanza di molto tempo dalla commissione del reato e quindi non si potrebbe pretendere di cristallizzare la fase esecutiva al momento della realizzazione dell'illecito, sia in quanto - nella fase esecutiva - vi sono

undercutting the integrity of laws currently in effect, "since it puts them under the threat of retrospective change" (L. L. Fuller, The Morality of Law (rev. ed. 1969), at p. 39). Relatedly, retrospective laws implicate fairness. "It is unfair to establish rules, invite people to rely on them, then change them in mid-stream, especially if the change results in negative consequences" (R. Sullivan, Sullivan on the Construction of Statutes (6th ed. 2014), at p. 754). For example, an accused who declines to consider a plea and is prepared to take the risk of going to trial should not be subsequently ambushed by an increase in the minimum or maximum penalty for the offence. A retrospective law such as this could not only cause unfairness in specific cases, but could also undermine public confidence in the criminal justice system. Instead, fairness in criminal punishment requires rules that are clear and certain. As McLachlin J. wrote in R. v. Kelly, [1992] 2 S.C.R. 170. It is a fundamental proposition of the criminal law that the law be certain and definitive. This is essential, given the fact that what is at stake is the potential deprivation of a person of his or her liberty and his or her subjection to the sanction and opprobrium of criminal conviction. This principle has been enshrined in the common law for centuries, encapsulated in the maxim nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege — there must be no crime or punishment except in accordance with law which is fixed and certain. Clearly, the concerns with retrospective laws are particularly potent in proceedings that are criminal, quasi-criminal, or in which a "true penal consequence" is at stake — the context to which s. 11 applies (Wigglesworth, at p. 559). In sum, s. 11 (i) is rooted in values fundamental to our legal system, including respect for the rule of law and ensuring fairness in criminal proceedings" (Supreme Court of Canada, R. v. K.R.J., 1 SCR 906, 926, 2016).

complessi interessi in gioco che non è opportuno ricondurre alla soluzione più favorevole o meno.

Ed infine il divieto di applicazione retroattiva di qualsiasi norma creerebbe delle profonde e marcate differenze sulle modalità di esecuzione all'interno del medesimo istituto penitenziario.

Tuttavia, tale "regola" deve essere derogata, ed ecco il vero fulcro della motivazione della Corte, qualora la nuova norma comporti un mutamento della natura della pena e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del singolo soggetto: in tal caso infatti sussisterebbe l'applicazione di una pena che è sostanzialmente un *aliud* rispetto a quella stabilita al momento del fatto.

La *ratio* della disposizione si coglie meglio qualora al momento del fatto fosse prevista una pena suscettibile di essere eseguita "fuori" dal carcere, la quale – per effetto di una modifica normativa sopravvenuta al fatto – divenga una pena che, pur non mutando formalmente il proprio *nomen iuris*, va eseguita di norma "dentro" il carcere.

Tra il regime intramurario e quello delle misure alternative la differenza è radicale: qualitativa, prima ancora che quantitativa.

La pena da scontare diventa qui un *aliud* rispetto a quella prevista al momento del fatto; con conseguente inammissibilità di un'applicazione retroattiva di una tale modifica normativa, al metro dell'art. 25, Il comma, Cost.

La Consulta invece ritiene che l'art. 25, Il comma, Cost. non si opponga a un'applicazione retroattiva delle modifiche derivanti dalla disposizione censurata alla disciplina dei meri benefici penitenziari, e in particolare dei permessi premio e del lavoro all'esterno.

Per quanto, infatti, non possa disconoscersi il significativo impatto di questi benefici sul grado di concreta afflittività della pena per il singolo condannato, le modifiche normative che si limitino a rendere più gravose le condizioni di accesso ai benefici medesimi non determinano una trasformazione della natura della pena da eseguire, rispetto a quella comminata al momento del fatto e inflitta, sì da chiamare in causa la garanzia costituzionale in parola.

Tale interpretazione invece non può trovare applicazione in relazione agli effetti prodotti dalla disposizione censurata sul regime di accesso alle misure alternative alla detenzione disciplinate dal Titolo I, Capo VI, della legge n. 354 del 1975, e in particolare all'affidamento in prova al servizio sociale, alla detenzione domiciliare nelle sue varie forme e alla semilibertà.

Per quanto poi attiene al divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione la Corte ritiene che l'art. 656, IX comma, c.p.p.– nel vietare la sospensione dell'ordine di esecuzione della pena in una serie di ipotesi, tra cui quella, che qui viene in considerazione, relativa alla condanna per un reato di cui all'art. 4-bis, O.P. – produce l'effetto di determinare l'inizio dell'esecuzione della pena stessa in regime detentivo, in attesa della decisione da parte del

tribunale di sorveglianza sull'eventuale istanza di ammissione a una misura alternativa; e dunque comporta che una parte almeno della pena sia effettivamente scontata in carcere, anziché con le modalità extramurarie che erano consentite – per l'intera durata della pena inflitta – sulla base della legge vigente al momento della commissione del fatto.

Tanto basta per riconoscere alla disposizione in questione un effetto di trasformazione della pena inflitta, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale, rispetto al quadro normativo vigente al momento del fatto; con conseguente sua inapplicabilità, ai sensi dell'art. 25, Il comma, Cost. alle condanne per reati commessi anteriormente all'entrata in vigore della novella legislativa, che ne ha indirettamente modificato l'ambito applicativo, tramite l'inserimento di numerosi reati contro la pubblica amministrazione nell'elenco di cui all'art. 4-*bis* O.P.

La Consulta dopo aver esaminato le questioni sollevate dalle corti territoriali nonché aver richiamato la propria evoluzione normativa e gli orientamenti delle principali Corti europee e internazionali ha effettuato un doveroso cambio di rotta per quanto concerne l'interpretazione delle norme che riguardano la fase esecutiva e il loro rapporto con l'art. 25, Il comma, Cost. privilegiando la tutela dello stato di diritto²⁴.

Per tali ragioni la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, VI comma, lett. b), della L. n. 3/19, in quanto interpretato nel senso che le modificazioni introdotte all'art. 4-*bis*, I comma, O.P. si applichino anche ai condannati che abbiano commesso il fatto anteriormente all'entrata in vigore della L. n. 3/19, in riferimento alla disciplina delle misure alternative alla detenzione previste dal Titolo I, Capo VI, della L. n. 354/75, della liberazione condizionale prevista dagli artt. 176 e 177 del codice penale e del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione previsto dall'art. 656, IX comma, lett. a), c.p.p., nonché ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, VI comma, lett. b), della L. n. 3/19, nella parte in cui non prevede che il beneficio del permesso premio possa essere concesso ai condannati che, prima dell'entrata in vigore della medesima legge, abbiano già raggiunto, in concreto, un grado di rieducazione adeguato alla concessione del beneficio stesso.

Il singolo può quindi ora assumere consapevolmente il ruolo di cittadino e confidare nella tutela data dallo Stato di diritto contro le modifiche normative arbitrarie e improvvise ad opera del Leviatano.

"È il potere, non la verità, che crea le leggi".

²⁴ FIORENTIN F., *Corte costituzionale - Sentenza 12-26 febbraio 2020 n. 32*, in Guida al Diritto, Marzo, 2020.