

## **L'introduzione dei reati contro la pubblica amministrazione nell'art. 4 bis, co. 1, OP: questioni di diritto intertemporale.**

di *Valentina Alberta*

1. La legge n. 3 del 2019, nota – con termine infelice quanto sintomatico dell'approccio dell'attuale legislatore – come “Spazzacorrotti”, è entrata in vigore. Pubblicata in Gazzetta Ufficiale lo scorso 16 gennaio, infatti, ha visto il termine di *vacatio* concludersi alla fine dello scorso mese.

La nuova normativa in materia di reati contro la pubblica amministrazione è, per la sua gran parte, di natura sostanziale e dunque destinata ad essere applicabile soltanto per i reati commessi dopo la sua entrata in vigore, secondo la regola di irretroattività della legge penale sfavorevole di cui all'art. 2 c.p. Al di là di alcune disposizioni di carattere strettamente processuale, vi è però una delle disposizioni che, pur avendo significative ripercussioni sulla pena, che si sottrae – forse discutibilmente – alla irretroattività.

Ci si riferisce al co. 6 del complesso articolo 1, che inserisce nel testo dell'art. 4 bis OP un inciso con il quale vengono introdotti tra i reati ostativi c.d. “di prima fascia” quelli previsti dagli artt. 314 co. 1, 317, 318, 319, 319 bis, 319 ter, 319 quater co. 1, 320, 321, 322, 322 bis c.p. In modo speculare, la condotta prevista dall'art. 323 bis co. 2 c.p. è stata inserita quale alternativa alle condotte di collaborazione previste nell'art. 58 ter OP, idonee a superare l'ostatività.

Il processo di stratificazione dell'art. 4 bis, originariamente inserito dal D.L. 152 del 1991 (c.d. Scotti-Martelli) e poco dopo inasprito ad opera del D.L. n. 306 del 1992, con la richiesta di una condotta collaborativa quale requisito essenziale per l'accesso ai benefici penitenziari, prosegue, allontanando la norma sempre più dall'originaria natura di fattispecie eccezionale legata alla emergenza dei reati di mafia, con conseguenze paradossali anche sul piano procedimentale.

2. La natura processuale delle norme di ordinamento penitenziario è stata più volte ribadita, nonostante qualche dubbio in dottrina<sup>1</sup>, dalla Corte di cassazione. In

---

<sup>1</sup> Si veda ad esempio la distinzione che propone GIOSTRA, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale)*, in *Diritto penale contemporaneo* 2014, 3-4, p. 326, secondo il quale “quando una norma relativa alla fase dell'esecuzione penale incide sul trattamento punitivo in modo così qualificante che, ove potesse operare alla fine del processo di cognizione, si rifletterebbe sul dispositivo della sentenza di condanna, per negarle natura di norma penale ci vuole un non comune talento di bizantinismo classificatorio”. Spunti nella medesima direzione sono peraltro presenti nella giurisprudenza della Corte EDU sull'art. 7 della Convenzione, a proposito del concetto di norma sostanziale delle disposizioni sulla esecuzione della pena (ci si riferisce in particolare alla sentenza Corte EDU GC, *Del Rio Prada v. Spagna*, 21 ottobre 2013, ric. 42750/09).

particolare, la Suprema Corte è intervenuta a sezioni riunite<sup>2</sup> proprio su questo punto, allorché il catalogo dei reati di cui all'art. 4 bis OP fu ampliato includendovi quelli di cui agli artt. 600 bis co. 1, 600 ter co. 1 e 2, 600 quinquies, 609 bis, 609 ter, 609 quater, 609 octies c.p. (L. 6 febbraio 2006, n. 38).

In quell'occasione, richiamata la giurisprudenza anteriore<sup>3</sup>, i giudici di legittimità affermavano 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."*. Tale tesi sarebbe anche confermata da una decisione della Corte costituzionale, intervenuta con riferimento alle misure alternative in corso al momento dell'entrata in vigore del D.L. n. 152 del 1991<sup>4</sup>, la quale, pur osservando che la tesi secondo la quale il principio di irretroattività è dettato, oltre che per la pena, anche per le disposizioni che ne regolano l'esecuzione *"potrebbe meritare una seria riflessione"*, finisce per abbandonare la tesi stessa laddove aggiunge che *"anche in materie non soggette al principio di irretroattività della legge, (...) la vanificazione con legge successiva di un diritto positivamente riconosciuto da una legge precedente non può sottrarsi al necessario scrutinio di ragionevolezza"*. Con ciò assumendo che la norma valutata – proprio l'inserimento della ostatività – non sia soggetta al principio di irretroattività.

Anche la mancata previsione di una norma transitoria – allora come ora – è stato un argomento utilizzato dalla Corte di cassazione nella citata sentenza a sezioni unite a supporto della propria prospettazione.

In precedenza, il legislatore aveva infatti opportunamente adottato disposizioni transitorie finalizzate a temperare il principio di immediata applicazione delle modifiche all'art. 4 bis OP. Il D.L. 152 del 1991, se nulla disponeva con riferimento all'ostatività in sé, conteneva tuttavia una specifica norma transitoria rispetto alle soglie di pena diversificate (e più ampie) per l'accesso ai diversi benefici del lavoro all'esterno, dei permessi premio e della semilibertà, prevedendone l'applicazione soltanto ai reati commessi dopo l'entrata in vigore del decreto. Ugualmente, la L. 23 dicembre 2002, n. 279 (che inseriva i reati di cui agli artt. 600, 601 e 602 c.p.), limitava la propria applicazione, prevedendola rispetto ai soli reati commessi successivamente ad essa<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> V. Cass. Sez. Unite 30 maggio 2006, n. 24561.

<sup>3</sup> Cass. Sez. I, 20 settembre 1995, n. 4421 e Cass. Sez. I, 17 novembre 1996, n. 6297.

<sup>4</sup> Corte Cost. 306/93; anche Corte Cost. 376/97 ha affermato il medesimo principio rispetto alla applicazione del regime di cui all'art. 41 bis OP ai reati commessi prima della sua entrata in vigore.

<sup>5</sup> Disciplina ritenuta costituzionalmente legittima da Corte Cost. 108/04, rispetto alla ipotizzata violazione del principio di uguaglianza rispetto agli ordinari casi di immediata applicazione delle modifiche in materia di ordinamento penitenziario.

Le ulteriori modifiche dell'art. 4 bis OP intervenute nel corso del 2009<sup>6</sup> hanno dato occasione alla Corte di Cassazione di ritornare sulla questione, ribadendo il medesimo principio<sup>7</sup>.

**3.** Va dunque valutato in che termini operi in concreto il principio – valido per tutte le norme processuali – del *tempus regit actum*, rispetto ad una modifica normativa ad effetti potenzialmente dirompenti. Si pensi al numero di casi, sicuramente più significativo rispetto ai ben più gravi reati previsti dall'art. 4 bis, nei quali la pena per i reati contro la pubblica amministrazione è contenuta al di sotto della soglia dei 4 anni (decisiva ai fini della emissione di un ordine di esecuzione con decreto di sospensione *ex art.* 656 co. 5 c.p.p., precluso in caso di reati ostativi dal co. 9 lett. a) della medesima disposizione); e soprattutto si pensi alla frequenza di casi di applicazione della pena su richiesta delle parti in tale ambito, con un accordo formulato (e spesso anche di corposi risarcimenti del danno versati) proprio in vista ed in ragione della possibilità di fruire sia della sospensione dell'esecuzione, che di successive misure alternative al carcere.

La valutazione va fatta prestando attenzione alla fase procedimentale in corso nel momento di entrata in vigore della novella, alla luce dei principi generali dell'ordinamento e di quelli riferiti specificamente alla fase di esecuzione della pena e strettamente legati alla finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27 co. 3 Cost.

**4.** Non possono esservi dubbi sul fatto che i procedimenti attualmente in fase di cognizione saranno assoggettati alle modifiche peggiorative. Il passaggio in giudicato e la conseguente applicazione delle norme di cui al libro X del codice di procedura penale sono a partire dal 31 gennaio regolati dalle nuove disposizioni. Per tutti i reati di nuova inclusione nell'art. 4 bis OP, richiamato nell'art. 656 co. 9 lett. a) c.p.p.<sup>8</sup>, non sarà più dunque consentito usufruire del meccanismo della sospensione dell'esecuzione, con possibilità di accesso alle misure alternative alla detenzione dalla libertà. L'inserimento dei reati contro la pubblica amministrazione nel primo comma dell'art. 4 bis OP comporterà inoltre che tutti i benefici penitenziari, fatta eccezione per la liberazione anticipata, potranno essere richiesti soltanto previo accertamento della collaborazione effettiva o “impossibile” con la giustizia, all'esito di dell'articolato procedimento previsto dagli artt. 4 bis co. 1 bis, 2, 2 bis, 3 e 3 bis e 58 ter co. 2 OP<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Ad opera del D.L. 23 febbraio 2009, n. 11, della L. 15 luglio 2009 n. 94 e della L. 23 luglio 2009, n. 99.

<sup>7</sup> Tra le tante, Cass. Sez. I, 12 novembre 2009, n. 46924; Cass. Sez. I, 5 febbraio 2013, n. 11580; Cass. Sez. I, 3 febbraio 2016, n. 37578.

<sup>8</sup> Sulla natura di rinvio “mobile” o “dinamico” della disposizione in esame all'art. 4 bis OP non vi sono dubbi, come chiarito da Cass. Sez. Unite, 30 maggio 2006, n. 24561, cit., e ribadito successivamente, tra l'altro, da Cass. Sez. I, 22 ottobre 2009, n. 41958 e da Corte Cost. 29/13.

<sup>9</sup> I quali prevedono, oltre al parere del pubblico ministero presso il giudice competente in relazione ai reati per i quali è stata prestata la collaborazione, il parere del Comitato per

Le problematiche maggiori si pongono rispetto a tutti i casi in cui – al momento dell’entrata in vigore della L. n. 3 del 2019 – la fase di esecuzione sia già avviata.

Per quanto riguarda gli ordini di esecuzione con decreto di sospensione già emessi ai sensi dell’art. 656 co. 5 c.p.p., non vi è alcun dubbio che essi conservino la loro efficacia. È stato in passato affermato che per gli ordini non eseguiti (*rectius* notificati) permarrrebbe in capo al pubblico ministero dell’esecuzione la possibilità di revocarli<sup>10</sup>, ma tale affermazione aveva ad oggetto la ben diversa situazione in cui la L. n. 165 del 1998 aveva introdotto la possibilità della sospensione dell’esecuzione; si trattava quindi di un effetto favorevole per il condannato nel momento in cui l’atto non aveva ancora avuto effetti.

Dunque, *nulla quaestio* per i decreti di sospensione legittimamente emessi. Si pone però il problema, tutt’altro che infrequente, delle tempistiche lunghe che separano il momento del formale avvio della fase di esecuzione rispetto a quello della effettiva “lavorazione” del fascicolo. Molte Procure accumulano infatti significativi ritardi nell’emissione dell’ordine di esecuzione rispetto alla definitività della sentenza. Va detto però che l’unico atto certo – perché non dipendente da fattori occasionali o da ritardi addebitabili agli uffici giudiziari – perché la fase di esecuzione possa dirsi avviata (e dunque perché a tale momento si debba far riferimento per l’individuazione della norma applicabile) è quello della irrevocabilità della sentenza, che diviene per tale ragione eseguibile. Il fatto che in concreto essa sia o meno in concreto “eseguita” (attraverso la formale emissione dell’ordine di esecuzione e la sua notificazione) non può essere decisivo, in quanto – come detto – legato a variabili del tutto casuali. Dunque, anche gli ordini non materialmente emessi ma “emettibili” dovranno essere disciplinati dalla disposizione precedente, posto che la fase di esecuzione deve ritenersi avviata e quindi vincolata alla disciplina vigente al momento del suo avvio.

In ogni caso, una volta che l’ordine sia legittimamente emesso, il pubblico ministero, si spoglia della propria potestà di azione e l’atto acquisisce una propria stabilità, salvo eventuali incidenti di esecuzione<sup>11</sup> ovvero l’inutile decorso del termine per proporre istanze al Tribunale di Sorveglianza.

Ciò vale, a maggior ragione nel caso in cui sia effettivamente proposta, nei trenta giorni dalla notificazione, una istanza di misura alternativa; la trasmissione del fascicolo al Tribunale di Sorveglianza è certamente atto di avvio di una fase differente, nella quale è escluso qualsiasi sindacato sul provvedimento esecutivo.

Una serie di questioni si pone rispetto alla valutazione, da parte della magistratura di sorveglianza, della sussistenza dei presupposti delle misure alternative (e quindi dell’eventuale ostacolo derivante dall’art. 4 bis OP) richieste a seguito di ordini di

---

l’ordine e la sicurezza pubblica del luogo di detenzione, nonché l’interlocuzione con il Questore e il Procuratore nazionale o distrettuale antimafia.

<sup>10</sup> Cass. Sez. I, 11 febbraio 2000, n. 999.

<sup>11</sup> Peraltro, neppure il giudice dell’esecuzione può revocare un ordine di esecuzione, potendone soltanto dichiarare la temporanea inefficacia (Cass. Sez. I, 13 ottobre 2009, n. 41592).

esecuzione sospesi. E analogamente – e dunque rispetto al medesimo principio della salvaguardia della progressione del trattamento, riconducibile alla funzione rieducativa della pena – andranno trattate le istanze di benefici presentate da chi si trovi già in esecuzione di pena.

La dottrina si è decisamente espressa a favore del principio di immutabilità del quadro normativo vigente nel momento in cui la pena inizia ad essere espiata, rispetto al patto tra lo stato (che garantisce la flessibilità del trattamento sanzionatorio) e il condannato (che si impegna nel percorso rieducativo)<sup>12</sup>.

In giurisprudenza, in termini simili, si è consolidato il principio di non regressione (o di tutela della progressione) trattamentale. Vi è infatti una serie di pronunce della Corte Costituzionale a tutela del principio rieducativo nella fase di esecuzione della pena, generate da una serie di incidenti di costituzionalità sull'art. 4 bis OP dopo la sua introduzione. Si è dunque inizialmente stabilito che non fossero revocabili le misure alternative in atto al momento dell'entrata in vigore dell'art. 4 bis OP, in nome del canone della ragionevolezza, in assenza di comportamenti che avessero denotato mancanza di meritevolezza<sup>13</sup>. Di fatto, dunque, la Corte ha imposto una normativa transitoria rispetto alle esecuzioni in corso, orientata nel senso di non vanificare o comunque interrompere quei percorsi trattamentali che già avessero dato segnali di riuscita. Successivamente la Consulta ha esteso il proprio ragionamento, dichiarando la incostituzionalità della norma, nella parte in cui rendeva impossibile l'ulteriore concessione di permessi premio a chi già ne avesse fruito con esito positivo e in assenza di collegamenti con la criminalità organizzata<sup>14</sup>. Il principio è stato ampliato successivamente a tutti i casi in cui il detenuto avesse raggiunto, prima dell'entrata in vigore delle norme restrittive, un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto<sup>15</sup>.

Dalle decisioni richiamate emerge dunque la necessità che la valutazione di ammissibilità della istanza di misura alternativa (in ogni caso da effettuarsi con riguardo al momento della sua proposizione, e dunque senza tenere conto di modifiche successive) avvenga tenendo conto del principio della progressione del trattamento. In sostanza, se il percorso di reinserimento è già in corso (anche per i condannati liberi, l'art. 47 co. 4 OP impone di valutare il comportamento in libertà per l'anno precedente proprio in questa ottica), non può applicarsi di fatto retroattivamente una normativa quale quella della esclusione dai benefici penitenziari, che presuppone una presunzione assoluta di pericolosità non compatibile con il fatto che il reinserimento, in libertà o in carcere, sia già in corso.

---

<sup>12</sup> COPPETTA, *Il permesso premio come strumento di rieducazione: ancora una declaratoria di illegittimità dell'art. 4 bis ord. penit.*, in *Cass. Pen.* 1997, II, p. 1265; DELLA CASA, *Successione di leggi penitenziarie: modifiche "peggiorative" e limiti inerenti allo jus superveniens*, in *Cass. Pen.* 1992, p. 402-403; FIORIO, *Le disposizioni esecutive e penitenziarie*, in *Dir. Pen. Proc.* 2006, 3, p. 320.

<sup>13</sup> Corte Cost. 306/93

<sup>14</sup> Corte Cost. 504/95

<sup>15</sup> Corte Cost. 445/97 (in materia di semilibertà), 137/99 (in materia di permessi premio), 257/06 e 79/07 (in materia di divieto di concessione di benefici ai recidivi).

Solo una interpretazione di questo tipo può essere ritenuta conforme ai principi costituzionali, così come articolati nelle decisioni della Consulta richiamate. Altrimenti, i profili di incostituzionalità della disciplina sarebbero – per le stesse ragioni – palesi.

In conclusione, la nuova formulazione dell'art. 4 bis OP non può che applicarsi soltanto ai procedimenti nei quali la fase di esecuzione della pena non sia ancora iniziata, pena la violazione del principio rieducativo di cui all'art. 27 co. 3 Cost.

5. Infine – e al di là delle problematiche evidenziate che dovrebbero mitigare la brutale immediata applicazione della modifica legislativa - non si può non evidenziare come lo stesso inserimento dei reati contro la pubblica amministrazione tra quelli c.d. ostativi sia in sé di dubbia costituzionalità. A prescindere dalla peculiarità dei metodi di definizione dei procedimenti aventi ad oggetto tali fattispecie (come si è accennato, è palese la distorsione rispetto alla volontà di formulare istanza di applicazione della pena che si crea modificando l'oggetto precipuo dell'accordo, il trattamento sanzionatorio), si deve menzionare la recente ordinanza con la quale la prima sezione della Corte di Cassazione ha sollevato questione di costituzionalità dell'art. 4 bis OP<sup>16</sup>, che offre spunti interessanti rispetto all'inserimento nella norma di specifiche figure di reato.

L'ordinanza di rimessione, infatti, accanto ad una serie di profili inerenti la stessa natura dell'art. 4 bis OP e le peculiarità del permesso premio (beneficio richiesto nel caso specifico) spende argomenti interessanti con riguardo alle peculiarità del reato oggetto del procedimento, rientrando tra quelli commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416 bis c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste.

In particolare, i giudici remittenti citano una parte della giurisprudenza costituzionale che ha falciato le presunzioni assolute di cui all'art. 275 co. 3 c.p.p.<sup>17</sup>, con particolare riferimento ai reati di concorso esterno e finalisticamente mafiosi. Tali decisioni, insieme a quelle di segno analogo per altre tipologia di reato<sup>18</sup>, hanno portato alla riformulazione della norma ad opera della L. n. 47 del 2015. Gli interventi citati hanno un filo conduttore comune: l'affermazione secondo cui le presunzioni assolute devono essere giustificate – per essere conformi al principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. – da peculiari profili di pericolosità (*“le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell’id quod plerumque accidit”*<sup>19</sup>).

La medesima *ratio* aveva ispirato il legislatore delegato della riforma dell'ordinamento penitenziario, proprio nella riformulazione (in senso riduttivo e dunque diametralmente opposto all'attuale tendenza) dell'art. 4 bis. La relazione

<sup>16</sup> Cass. Sez. I, 20 novembre 2018, n. 57913.

<sup>17</sup> Corte Cost. 57/13, 48/15.

<sup>18</sup> Corte Cost. 265/10, 164/11, 231/11, 110/12, 213/13, 232/13.

<sup>19</sup> Citazione ripresa da alcune delle decisioni citate e tratta da Corte Cost. 139/10.

illustrativa dell'elaborato della Commissione Orlando, infatti, affermava *“il recupero dello spirito originario dell'articolo 4-bis sembra poter porre al riparo la disposizione novellata da censure di irragionevolezza: la copiosa giurisprudenza costituzionale elaborata in sede cautelare impone al legislatore di non creare doppi binari fondati sul mero allarme sociale, bensì su ragioni giustificanti chiaramente riconoscibili”*<sup>20</sup>. Del resto, che gli automatismi in materia cautelare ed esecutiva abbiano il medesimo presupposto concettuale, quantomeno originario, è difficilmente revocabile in dubbio: *“il sistema derogatorio in essi previsto si basa sull'assunto che la commissione dei reati di criminalità organizzata, essenzialmente quelli di stampo mafioso, porti con sé la presunzione di persistenza dei legami con l'organizzazione criminale, dalla quale deriva l'ulteriore presunzione di pericolosità specifica dei suoi autori”*<sup>21</sup>.

Le osservazioni contenute nelle sentenze costituzionali citate, pacificamente riproponibili con riguardo ai reati di cui alla L. n. 3 del 2019, potrebbero giustificare la proposizione di un incidente di costituzionalità, che – a meno che non sia proposto da parte di qualche coraggioso ufficio di Procura – non impedirebbe tuttavia il passaggio in carcere dell'ennesima categoria di autori di reato, in un meccanismo perverso che sta gradualmente trasformando ciò che era eccezione in regola. La speranza, fatta propria dallo schema di disegno di legge elaborato dalla commissione Orlando<sup>22</sup>, che fosse finita l'era degli automatismi e delle preclusioni sembra definitivamente tramontata.

<sup>20</sup> Relazione Commissione Orlando, p. 24, in <http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2018/01/relazione-op.pdf>

<sup>21</sup> PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in [http://www.costituzionalismo.it/download/Costituzionalismo\\_201502\\_518.pdf](http://www.costituzionalismo.it/download/Costituzionalismo_201502_518.pdf)

<sup>22</sup> *“Il “divieto di concessione dei benefici” – evocato nella rubrica della disposizione in esame, e secondo quanto previsto dalla direttiva e) – può operare secondo più ridotte dimensioni; quale valvola di compressione per l'accesso alle tradizionali regole trattamentali limitatamente agli autori dei delitti di mafia e terrorismo interno o internazionale. Di qui, pertanto, la necessità di procedere a una cernita tipologica: realizzata sulla falsariga di quanto effettuato in materia cautelare dalla l. 47/2015, ispirata da ragionevoli presunzioni “relative” di pericolosità e corredata dall'accertata sussistenza di attuali collegamenti con le organizzazioni criminali di appartenenza”* (Relazione della Commissione per la riforma dell'ordinamento penitenziario nel suo complesso, p. 52, in <http://www.giurisprudenzapenale.com/2018/02/05/pubblicati-lavori-conclusivi-della-commissione-ministeriale-la-riforma-dellordinamento-penitenziario-la-relazione-conclusiva/>)