

IRRETROATTIVITÀ E LIBERTÀ PERSONALE: L'ART. 25, SECONDO COMMA, COST., ROMPE GLI ARGINI DELL'ESECUZIONE PENALE (*)

Nota a [Corte cost., sent. 12 febbraio 2020, n. 32](#)

di Vittorio Manes e Francesco Mazzacuva

SOMMARIO: 1. La primavera silenziosa della Costituzione penale. – 2. L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai reati contro la P.A. e il regime del *tempus regit actum*. – 3. L'approccio sostanzialistico al problema dell'esecuzione penale e le indicazioni della giurisprudenza europea. – 4. Orientamenti giurisprudenziali contrastanti, tra letture tradizionali, interpretazione conforme e questioni di legittimità costituzionale. – 5. La svolta storica della sentenza n. 32 del 2020. – 5.1. L'accoglimento interpretativo e l'incostituzionalità del "diritto vivente". – 5.2. La "rimeditazione" dell'art. 25/2 Cost. e l'insediamento ermeneutico delle sollecitazioni europee e comparatistiche. – 5.3. Gli argomenti di diritto comparato. – 5.4. La doppia anima del principio di irretroattività, tra istanze di protezione individuale e *prééminence du droit*. – 5.5. Il ravvisato contrasto anche con l'art. 24 Cost. – 6. Dentro la *ratio decidendi*: il distinguo tra istituti esecutivi, alla luce degli effetti di "trasformazione della natura della pena, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del condannato". – 6.1. La tassonomia della Corte: affidamento in prova, liberazione condizionale, detenzione domiciliare e semilibertà. – 6.2. L'esclusione di permessi premio e lavoro all'esterno: profili problematici. – 6.3. L'irretroattività del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione (art. 656, comma 9, c.p.p.) e il destino delle "norme processuali ad effetti sostanziali". – 7. I perduranti dubbi di "ragionevolezza intrinseca" del catalogo del 4-bis. – 7.1. Presunzioni legali di pericolosità e bilanciamento con la finalità rieducativa della pena. – 7.2. L'assoluta inconsistenza del radicamento empirico della presunzione di pericolosità per i delitti contro la P.A. inclusi nel 4-bis. – 8. Profili di perdurante rilevanza, attuale, prossima e futura. – 9. L'ossessione custodiale e l'ostinata indifferenza della politica.

1. La primavera silenziosa della Costituzione penale.

1. Sono diverse le pronunce con cui la Corte costituzionale, di recente, ha impresso una evoluzione significativa alla propria giurisprudenza, e molte quelle che hanno affrontato – anche in materia penale – temi tradizionali in modo innovativo¹,

(*) Sebbene il lavoro sia frutto di una riflessione congiunta, i §§ 1-5, 7 e 9 del commento sono da attribuirsi a V. Manes (che peraltro – lo si evidenzia per dovere di trasparenza – è stato avvocato di una delle parti davanti alla Corte costituzionale); i restanti paragrafi (§§ 6 e 8) sono da attribuirsi a F. Mazzacuva.

¹ Ci limitiamo a ricordare – *inter alia* – la sentenza n. 236 del 2016, che ha aperto la strada ad un ridimensionamento del – o ad un vero e proprio congedo dal – dogma delle "rime obbligate", in tema di proporzionalità sanzionatoria, seguita, tra le altre, dalle sentenze n. 222 del 2018, in tema di pene fisse e bancarotta, e n. 40 del 2019, in materia di droghe; la sentenza n. 115 del 2018 (e già l'ordinanza n. 24 del 2017), in tema di tassatività e soggezione del giudice alla legge, nel contesto della c.d. saga *Taricco*; l'ordinanza n. 207 del 2018 e la sentenza n. 242 del 2019, in tema di fine vita (ed art. 580 c.p.); la sentenza n.

promuovendo un deciso innalzamento nella tutela di principi e valori che contrassegnano il “volto costituzionale” del sistema penale, e un maggior rigore nel controllo di legittimità, quasi a contraltare delle lacerazioni – sempre più frequenti – inferte da leggi incalzate ed approvate, ormai, “a furor di popolo”².

In questa primavera silenziosa della Costituzione penale si iscrive, senza dubbio, la sentenza in commento, che segna una svolta storica nel cammino del principio di irretroattività, doverosamente esteso all’ordinamento penitenziario ogni volta che la novazione normativa manifesti ricadute gravose sulla sfera del detenuto, e sulle quote di libertà concretamente incise in fase esecutiva.

Una svolta coraggiosa, come tutte le “rivoluzioni di sistema”, perché – a dispetto di un atteggiamento di diniego reiterato anche di recente in taluni indirizzi giurisprudenziali – ha il coraggio di penetrare nei sobborghi rimossi dell’esecuzione penale, bonificando dalle incrostazioni più formalistiche ed illiberali un settore tradizionalmente considerato quasi *ius exceptum*, come tale sottratto al dominio dell’art. 25/2 Cost.; ma, al contempo, una svolta ampiamente attesa e in certa parte anticipata non solo dai bagliori affiorati nella stessa giurisprudenza della Consulta, quanto, soprattutto da posizioni già emerse in seno alle pronunce di Strasburgo, come pure negli arresti di autorevoli tribunali costituzionali – puntualmente richiamati nell’itinerario argomentativo della decisione – anche al di fuori del perimetro europeo.

2. L’estensione dell’art. 4-bis ord. pen. ai reati contro la P.A. e il regime del *tempus regit actum*.

L’occasione per questo *turnaround* è stata, come noto, l’estensione dell’art. 4-bis ord. pen. a diversi reati contro la pubblica amministrazione, uno dei frutti dell’“ubriacatura punitiva” somministrata dalla c.d. legge spazzacorrotti (l. n. 3 del 2019). Un frutto particolarmente velenoso, questo, giacché l’inclusione nel novero dei c.d. “reati ostativi di prima fascia” innesca, come si sa, un regime penitenziario particolarmente gravoso, con un *crackdown* che incide, in modo fortemente restrittivo, sui più diversi benefici e sugli stessi presupposti di accesso alle misure alternative. In questa sede, l’inserimento nel famigerato catalogo inibisce – anche per i condannati a pena inferiore ai 4 anni – la sospensione dell’ordine di esecuzione (art. 656, comma 9, c.p.p.) e quindi impone un forzoso “assaggio di pena” prima di poter ambire ad una misura alternativa, subordinando peraltro l’accesso (non solo alla necessaria “osservazione” intramuraria, bensì) alla collaborazione con l’autorità giudiziaria.

149 del 2018, in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato); la sentenza n. 253 del 2019, in tema di reati ostativi e permessi premio.

² Un istruttivo affresco sulla recente esperienza italiana si deve agli studi di E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Milano, 2019; M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Modena, 2019; e di E. AMATI, *L’enigma penale. L’affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2020, in corso di pubblicazione, con ampie digressioni comparatistiche.

Il tutto – è stato a più voci rilevato³ – senza rispettare alcun ordine di ragione, e per di più con conseguenze immediate – per quanto qui maggiormente interessa – sul versante intertemporale, a fronte del tradizionale regime del *tempus regit actum* e della mancata previsione di una norma transitoria (pur subito lamentata in sede di dibattito politico): un regime che implica, appunto, la immediata applicabilità anche ai reati commessi precedentemente all’entrata in vigore della modifica normativa, ancorché già giudicati secondo itinerari procedimentali – patteggiamento, rito abbreviato – scelti in ragione di un quadro normativo che – come i numeri immaginari del giovane Törless – è poi improvvisamente svanito.

3. L’approccio sostanzialistico al problema dell’esecuzione penale e le indicazioni della giurisprudenza europea.

Come si sa, peraltro, il regime del *tempus regit actum*, in sede di esecuzione, può vantare ragioni – certo non implausibili – che rispecchiano le esigenze di governo dell’amministrazione carceraria, e su queste basi, del resto, si è tradizionalmente accettato – secondo le rigide dicotomie formali accolte nell’architettura del sistema e nel codice Rocco – che le norme dell’ordinamento penitenziario fossero messe al riparo dalla volubilità del legislatore, considerandole alla stessa stregua delle disposizioni processuali, e così sottraendole allo statuto di garanzia delle norme di diritto penale sostanziale: le sole norme, queste ultime, ritenute capaci di incidere sulle porzioni di libertà dei singoli.

L’asserita “neutralità” dell’ordinamento penitenziario sui diritti individuali, tuttavia, era stata da tempo – autorevolmente – revocata in dubbio, suggerendone una riconsiderazione in ragione – soprattutto – dell’impossibilità di scindere la sanzione criminale del suo effettivo contenuto esecutivo, e dunque in ragione dell’incidenza “sostanziale” sulla libertà personale⁴: pur già presagendo – sin dalla fine degli anni ’70

³ Si rinvia, al riguardo, a quanto argomentato in V. MANES, *L’estensione dell’art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2019, 105 ss.; per autorevoli condivisioni, arricchite di ulteriori argomenti, v. D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, ivi, n. 3/2019, 235 ss.; E. AMODIO, *A furor di popolo*, cit., 119.; da ultimo, sul tema, E. AMATI, *L’enigma penale*, cit., in ptc. cap. VII, §§ 3 ss.

⁴ Per tutti, F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l’art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rievocato alla fine degli anni ’70*, in *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Milano, 1997, 1273 ss. (e già in *Quest. crim.*, 1980, 179 ss.), ed in altri precedenti lavori (ID., *L’intervento del giudice nell’esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, ivi, vol. I, tomo I, 499 ss., e già in *Ind. pen.*, 1969, 265 ss.), muovendo “dall’impossibilità di distinguere la sanzione criminale dal suo effettivo contenuto esecutivo” (peraltro a corredo di una complessiva disamina volta ad estendere i corollari del *nullum crimen* superando rigide partizioni formali e “truffe delle etichette”), così concludendo: “È questo uno spiraglio nuovo di indagine che si apre sul mondo “sconosciuto” dell’esecuzione della pena detentiva. Modalità peggiorative dell’esecuzione (si pensi ad es. all’introduzione del “carcere speciale”, avvenuta, fra l’altro, in forza di atto amministrativo e in spregio alla riserva assoluta di legge: e tutto ciò tra l’indifferenza generale dei giuristi più sensibili alle “garanzie”) non sarebbero, in questa prospettiva, applicabili retroattivamente. Analogo discorso andrebbe fatto per quegli istituti (es. liberazione condizionale) che incidono sull’esecuzione della pena detentiva”.

– “nubi che si addensano su questa fase e che rischiano di far precipitare all’indietro uno sviluppo “garantistico” che era già in atto [...]”⁵.

Proprio questo approccio “sostanzialistico” – in ogni caso – ha trovato un rinnovato fulgore nella recente giurisprudenza della Corte europea, per il tramite del concetto di *matière pénale*⁶, conducendo – *inter alia* – ad estendere il raggio di azione dell’art. 7 CEDU a modifiche (di istituti e norme) processuali che avessero ricadute afflittive per il singolo (*Scoppola c. Italia*)⁷ ovvero a mutamenti – anche solo interpretativi – formalmente confinati nel segmento penitenziario ma dalla concreta valenza afflittiva (*Del Rio Prada c. Spagna*)⁸, e più in generale suggerendo una prospettiva antiformalistica volta ad analizzare problemi e casi “oltre le apparenze” (*behind the appearances*) e le nomenclature, appunto, formali.

Può dirsi, ormai, una indicazione metodologica tanto nota quanto consolidata, e “ricevuta” nei più diversi contesti.

La stessa Corte costituzionale, del resto, ha a più riprese seguito una tale, diversa prospettiva, con un crescendo di decisioni che indiziava già una condivisione assiologica di fondo: assoggettando alla garanzia dell’irretroattività tipologie speciali di confisca eccentriche rispetto alla dimensione squisitamente preventiva delle misure di sicurezza⁹, ovvero sanzioni formalmente amministrative ma concretamente “punitive”; e via via estendendo ulteriori corollari del *nullum crimen* – come altre garanzie “tipicamente penalistiche”¹⁰ – all’orizzonte apocrifo delle “pene nascoste”.

In sintonia con questa posizione, altra autorevole dottrina aveva, del resto, sostenuto – non senza peculiari distinguo – l’applicabilità dell’art. 25, 2° comma, all’esecuzione della pena, quanto meno sotto il profilo della riserva (assoluta) di legge e della determinatezza (F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, 232 ss.).

⁵ Così, a chiosa del passo citato nella nota precedente, ancora F. BRICOLA, *Legalità e crisi*, cit., 1356: “Rivisitare l’esecuzione sulla scorta di questi ammonimenti può essere assai utile: anche se le nubi che si addensano su questa fase e che rischiano di far precipitare all’indietro uno sviluppo “garantistico” che era già in atto, non sono certamente incoraggianti e foriere di speranza”.

⁶ Per una ricostruzione v. i recenti studi monografici di F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, e L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018; inoltre, i saggi raccolti in AA.VV., *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, a cura di M. Donini-L. Foffani, Torino, 2018.

⁷ Corte EDU, GC, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*.

⁸ Così, in particolare, Corte EDU, GC, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2013, con nota di F. MAZZACUVA, in cui l’applicazione retroattiva di un mutamento giurisprudenziale sfavorevole concernente il metodo di calcolo della liberazione anticipata in ipotesi di cumulo delle pene è stata ritenuta contrastante con l’art. 7 Cedu.

⁹ Come la confisca per equivalente (ordinanza n. 97 del 2009) o la confisca dell’autoveicolo (sentenza n. 196 del 2010).

¹⁰ In particolare, per restare alle più recenti evoluzioni, si estendono all’universo della “materia penale” la garanzia della *lex mitior* (sentenza n. 63 del 2019) come pure il principio di sufficiente precisione del precetto (sentenza n. 121 del 2018), ma anche il *ne bis in idem* (ad es., sentenza n. 43 del 2018) ed il principio di proporzionalità (sentenza n. 112 del 2019); mentre si attende l’esito del rinvio pregiudiziale inoltrato dalla Corte costituzionale alla Corte di giustizia UE, con l’ordinanza n. 117 del 2009, per quanto concerne l’applicabilità del *nemo tenetur se detegere* – oltre che ai procedimenti penali – alle audizioni personali disposte dalla CONSOB nell’ambito della propria attività di vigilanza, che può precludere all’instaurazione di procedimenti sanzionatori (anche) di natura punitiva.

4. Orientamenti giurisprudenziali contrastanti, tra letture tradizionali, interpretazione conforme e questioni di legittimità costituzionale.

È appunto muovendo da questo diverso approccio che un indirizzo giurisprudenziale formatosi all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019 aveva ritenuto di estendere per via di interpretazione conforme la garanzia dell'art. 25/2 Cost. alle modifiche apportate all'art. 4-*bis* ord. pen.¹¹, superando coraggiosamente un "diritto vivente" agganciato ad una pronuncia delle Sezioni Unite del 2006¹², rinnovata da più recenti prese di posizione della stessa Corte di Cassazione¹³, pur contraddette da un – autorevole – *obiter dictum* affermato dalla sezione VI¹⁴.

A quest'ultima pronuncia – in uno con la richiamata giurisprudenza della Grande Camera della Corte EDU nel caso *Del Rio Prada c. Spagna* – va dato merito di aver aperto la strada alle undici ordinanze di rimessione portate all'attenzione della Corte: un numero di atti di promovimento tanto cospicuo da segnalare un diffuso disagio nella "comunità degli interpreti", e una chiara propensione ad un "mutamento di paradigma"¹⁵.

5. La svolta storica della sentenza n. 32 del 2020.

È in questo panorama che prende corpo la decisione in epigrafe, che – intervenendo su un profilo "storico" del *nullum crimen* da sempre considerato

¹¹ Anzitutto, GUP Como, 8 marzo 2019, in *Dir. pen. cont.*, 14 marzo 2019, che ha trovato seguito in diverse ulteriori pronunce (App. Reggio Calabria, 10 aprile 2019, *Giur. pen. web*, 13 aprile 2019; Trib. Pordenone, 15 aprile 2019); al riguardo, v. L. MASERA, *Le prime decisioni di merito in ordine alla disciplina intertemporale applicabile alle norme in materia di esecuzione della pena contenute nella c.d. legge spazzacorrotti*, in *Dir. pen. cont.*, 14 marzo 2019; ed altresì L. BARON, *'Spazzacorrotti', art. 4-bis ord. pen., e regime intertemporale*, *ivi*, 16 maggio 2019.

¹² Cass., Sez. Un., 17 luglio 2006, n. 24561.

¹³ Cass., Sez. I, 6 giugno 2019, n. 25212, in *Cass. pen.*, 2019, 3480 ss. (sulla quale v. E. AMATI, *La disciplina transitoria della legge 3/2019*, *ivi*, 3486 ss.); Cass., 26 settembre 2019, n. 39609; Cass., 28 novembre 2019, n. 48499; 17 gennaio 2020, n. 1799, nonché ordinanza 18 luglio 2019, n. 31853 (che proprio in base a tale presupposto interpretativo ha sollevato le diverse questioni di legittimità discusse nell'udienza pubblica del 26 febbraio 2020: sul punto, *infra*, § 8).

¹⁴ Cass., Sez. VI, 14 marzo 2019, n. 12541, rel. Fidelbo, espressamente invocando una rimeditazione del tradizionale orientamento incline ad affermare il regime del *tempus regit actum* segnalando come "l'aver il legislatore cambiato in itinere le "carte in tavola" senza prevedere alcuna norma transitoria" presenterebbe "tratti di dubbia conformità con l'art. 7 CEDU e, quindi, con l'art. 117 Cost., là dove si traduce [...] nel passaggio – "a sorpresa" e dunque non prevedibile – da una sanzione patteggiata "senza assaggio di pena" ad una sanzione con necessaria incarcerazione".

¹⁵ Parallelamente, anche i vertici delle Procure della Repubblica – direttamente coinvolti come titolari dell'azione esecutiva – avevano avanzato posizioni interpretative più o meno in linea con il regime del *tempus regit actum*, cercando di promuovere soluzioni condivise per ridurre asimmetrie applicative chiaramente lesive del principio di eguaglianza: v. ad es. la *Direttiva orientativa della Procura Generale della repubblica presso la Corte d'Appello di Reggio Calabria*, 11 marzo 2019.

“assolutamente inderogabile”¹⁶ – ha tutto il tono di un *leading case* per forma e contenuti, lasciando presagire – dunque – possibili ulteriori progressioni.

5.1. *L'accoglimento interpretativo e l'incostituzionalità del “diritto vivente”.*

La forma, anzitutto, non è affidata agli abiti dimessi della sentenza interpretativa di rigetto, tecnica decisoria che pur risultava fruibile al cospetto di un “diritto vivente” incrinato da indirizzi interpretativi divergenti e crescenti¹⁷; bensì alla livrea, solenne, della sentenza di accoglimento (interpretativo), in linea con una precisa divisione di ruoli – alla Cassazione l’interpretazione della legge, alla Corte costituzionale la legittimità della interpretazione – e con l’esigenza di assicurare al *decisum* effetti di sistema (*erga omnes*).

5.2. *La “rimeditazione” dell’art. 25/2 Cost. e l’insediamento ermeneutico delle sollecitazioni europee e comparatistiche.*

Quanto ai contenuti, in primo luogo, risalta l’itinerario argomentativo che coltiva le sollecitazioni europee (e comparatistiche) per insediarle non già nella trama offerta dalla dottrina del (pur evocato) “parametro interposto” (art. 117/1 Cost.), ma direttamente nell’ordito dell’art. 25/2 Cost., sedime di una legalità rivisitata e rinnovata: a conferma della “porosità” – e della perenne eccedenza assiologica – che i principi manifestano, rivelando una capacità generativa che rende spesso residuale il ricorso al diaframma dell’art. 117/1 Cost.¹⁸; ed a riprova del crescente “dispiegamento ermeneutico” – nel circuito comunicativo delle Alte Corti¹⁹ – di uno *ius commune* dei diritti fondamentali, ormai attratti alla dimensione “universale” di *agrafoi nomoi*, e purtroppo declinati, volta a volta, *iuxta propria principia*.

¹⁶ Cfr., ad esempio, Corte cost., sentenze n. 393 e 394 del 2006, ma anche n. 236 del 2011, negando, in particolare, che tale garanzia possa essere esposta a bilanciamenti con eventuali interessi contrapposti, ancorché di rilievo costituzionale.

¹⁷ Sul punto, V. NAPOLEONI, *L’onere di interpretazione conforme*, in V. Manes – V. Napoleoni, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, in ptc. 68 ss.

¹⁸ Sul punto, volendo, V. MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale*, in V. Manes-V. Napoleoni, *La legge penale illegittima*, cit., 311 ss.; ma al riguardo v. già M. RUOTOLO, *L’incidenza della CEDU sull’interpretazione costituzionale. Il “caso” dell’art. 27, comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013, 7.

¹⁹ Un simile scenario è stato anticipato, luminosamente, da G. ZAGREBELSKY, *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 297 ss.

5.3. Gli argomenti di diritto comparato.

In questa prospettiva, nella pronuncia si avverte chiaramente un uso non solo conoscitivo (o “coreografico”) della comparazione, ma – appunto – un suo insediamento ermeneutico, che conduce “a una complessiva rimediazione della portata del divieto di retroattività sancito dall’art. 25, secondo comma, Cost., in relazione alla disciplina dell’esecuzione della pena”, estendendone il raggio di azione ogni volta che modifiche normative *post crimen patratum* comportino “una trasformazione della natura della pena, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del condannato”²⁰.

A tal fine, vengono evocate decisioni della Corte Suprema degli Stati Uniti in ordine al generale divieto di “*ex post facto laws*”, esteso alle modifiche delle norme in materia di esecuzione della pena – ed in specie all’istituto del *parole* – che producano l’effetto pratico di prolungare la detenzione del condannato²¹, peraltro affermando l’operatività del divieto anche solo ove sussista “*a sufficient risk of of increasing the measure of punishment attached to the covered crimes*”²².

Anche l’ordinamento francese offre, in questa prospettiva, testimonianze significative.

A questo riguardo, la sentenza in commento si limita a menzionare la scelta legislativa espressamente stabilita nel codice penale del 1992, dove l’art. 112-2 – pur ribadendo l’applicabilità del principio del *tempus regit actum* alle leggi relative al “regime di esecuzione e dell’applicazione delle pene” – eccettua “quelle che abbiano l’effetto di rendere più severe le pene inflitte con la sentenza di condanna”, espressamente dichiarate “applicabili alle condanne pronunciate per fatti commessi posteriormente alla loro entrata in vigore”²³.

Per vero, anche il *Conseil constitutionnel* – pur non menzionato dalla Corte costituzionale – aveva almeno in parte anticipato una più ampia lettura interpretativa della garanzia di irretroattività sancita dall’art. 8 della *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* del 1789²⁴; ed anche quando ha ritenuto impertinente tale principio al

²⁰ *Inter alia*, punto 4.3.3. del *Considerato in diritto*.

²¹ *Weaver and Graham*, 450 U.S. 24, 33 (1981); analogamente, *Lynce v. Mathis*, 519 U.S. 433 (1997).

²² *Garner v. Jones*, 529 U.S. 244 (2000).

²³ L’art. 112-2, comma 3, del codice penale francese prevede che «*ces lois, lorsqu’elles auraient pour résultat de rendre plus sévères les peines prononcées par la décision de condamnation, ne sont applicables qu’aux condamnations prononcées pour des faits commis postérieurement à leur entrée en vigueur*».

²⁴ In estrema sintesi: pur essendo a livello teorico recepita la distinzione tra disciplina delle sanzioni penali e disciplina delle loro modalità esecutive ai fini dell’operatività del principio di irretroattività, il *Conseil Constitutionnel* ha talvolta esteso tale canone anche alle riforme della disciplina penitenziaria. Il *leading case*, a questo riguardo, è rappresentato da una pronuncia del 1986 originata dall’inasprimento della disciplina della *periode de sûreté*, applicabile in base ad una norma transitoria nei confronti dei soggetti condannati dopo l’entrata in vigore della legge e, quindi, anche rispetto a reati commessi precedentemente. In merito, il *Conseil constitutionnel* diede un’interpretazione costituzionalmente orientata della norma, affermando 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*

singolo caso – come nella celebre decisione sulla *rétenion de sûreté* – è giunto comunque a dichiarare l’illegittimità di modifiche retroattive peggiorative sulla base del contenuto privativo della libertà e della severità della misura oggetto di novazione legislativa²⁵.

Tale ultima prospettiva di inquadramento – vale la pena di evidenziarlo – sembra quella comunque contemplata anche nel più restrittivo approccio seguito dal tribunale costituzionale tedesco, dove la (ritenuta) compatibilità costituzionale del principio del *tempus regit actum* con riferimento alle modifiche normative concernenti l’esecuzione penale non preclude certo un parallelo controllo sulle stesse al metro del principio dello stato di diritto (art. 20 *Grundgesetz*), tanto più rigoroso “quanto più intensa è l’aggressione al diritto fondamentale”²⁶.

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. Const., n° 86/215 DC, 3 settembre 1986](#)). Sulla scorta di tale decisione, nel nuovo codice penale del 1992 è stato per l’appunto introdotto il citato art. 112-2, comma 3, che estende il principio di irretroattività delle modifiche sfavorevoli al di là degli specifici presupposti indicati dal *Conseil Constitutionnel* (provenienza della decisione da una “*juridiction de jugement*” ed apprezzamento in termini di “*culpabilité*”), tanto che alcuni settori della dottrina hanno ritenuto che, in difetto di tali condizioni, la soluzione codicistica non abbia rango sovralegislativo, come in effetti riconosciuto dallo stesso *Conseil Constitutionnel* in una successiva decisione relativa all’introduzione del regime di *surveillance judiciaire*, di cui è stata ammessa l’efficacia retroattiva proprio in quanto considerata “modalità di esecuzione della pena” ([Cons. Const., n° 2005/527 DC, 8 dicembre 2005](#)); sul punto, cfr. S. SANTINI, *Diritti umani e materia penale nella giurisprudenza del Conseil constitutionnel*, in *Dir. pen. cont.*, 31 luglio 2015, 13 ss.).

²⁵ [Conseil constitutionnel, n. 2008-562, 21 febbraio 2008, § 10](#), ove si afferma che «considerando ad ogni modo che la *rétenion de sûreté*, avuto riguardo alla sua natura privativa della libertà, alla durata di tale privazione, al suo carattere rinnovabile senza limiti e al fatto che è pronunciata dopo una condanna da parte di una giurisdizione, la misura non potrebbe essere applicata ai condannati prima della pubblicazione della legge o condannati posteriormente sulla base di fatti commessi anteriormente».

²⁶ In linea generale, la posizione che appare maggioritaria in dottrina e in giurisprudenza, anche costituzionale, ritiene che il principio di irretroattività sancito dall’Art. 103 comma 2 della *Grundgesetz* non trovi applicazione rispetto alla fase esecutiva della pena [cfr. B. REMMERT, *Art. 103 Abs. 2 GG*, in T. Maunz – G. Dürig (a cura di), *GG Kommentar*, C.H. Beck, München, 2019, paragrafo 75; E. SCHMIDT – ASSMANN, *Art. 103 Abs. 2 GG*, T. Maunz – G. Dürig (a cura di), *GG Kommentar*, C.H. Beck, München, 2016, paragrafo 197; G. NOLTE, *Art. 103 Abs. 2 GG*, in H. von Mangoldt – F. Klein – C. Starck (a cura di), *GG Kommentar*, Franz Vahlen, München, 2010, paragrafo 112].

Da questa prospettiva, il principio di irretroattività trova applicazione, anche rispetto a pene alternative o sostitutive (sospensione condizionale della pena, rinuncia alla pena § 59 ss. StGB), soltanto nelle ipotesi nelle quali queste siano già irrogate nel giudizio di cognizione (cfr. B. HECKER, § 2 *StGB*, A. SCHÖNKE – H. SCHRÖDER (a cura di), *StGB*, 2019, paragrafo 4; B. REMMERT, *Art. 103 Abs. 2 GG*, cit., paragrafo 74; al riguardo, la casistica giurisprudenziale registra una serie di casi concernenti una modifica peggiorativa della disciplina della revoca della sospensione condizionale della pena: OLG Dresden, Decisione del 8 aprile 2008 – 2 Ws 183/07M, in *StV* 2008, 313 s.; OLG Saarbrücken, Decisione del 6 agosto 2007 - 1 Ws 124/07, in *NStZ-RR* 2008, 91 ss.).

Anche la giurisprudenza del tribunale costituzionale tedesco (*Bundesverfassungsgericht*) ha fatto propria questa interpretazione dell’ambito di applicazione del principio di legalità sancito dall’Art. 103 comma 2 della *Grundgesetz*, escludendo, ad esempio, da tale ambito le norme in materia di permessi premio per gli ergastolani, seppur con riferimento al diverso corollario del principio di determinatezza (BVerfG, Decisione del 28 giugno 1983 - 2 BvR 539, 612/80 in *NJW*, 1984, 33 ss.), e le norme in materia di liberazione

5.4. La doppia anima del principio di irretroattività, tra istanze di protezione individuale e *prééminence du droit*.

Proprio questo sfondo assiologico sembra del resto riecheggiare quanto la Corte – mettendo a frutto l’apporto ermeneutico offerto dall’escursione comparatistica – giunge ad evidenziare il duplice profilo della garanzia dell’art. 25/2 Cost. interpellato nel caso concreto, chiarendo che – ogni volta che “la normativa sopravvenuta non comporti mere modifiche delle modalità esecutive della pena prevista dalla legge al momento del reato, bensì una trasformazione della natura della pena, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del condannato” – viene in rilievo non solo l’urgenza di garantire la protezione del singolo da variazioni normative di segno peggiorativo, ma – prima e più in alto – “uno dei limiti che stanno al cuore stesso dello “stato di diritto”, ossia “[u]n concetto [...] che evoca immediatamente la soggezione dello stesso potere a una “legge” pensata per regolare casi futuri, e destinata a fornire a tutti un trasparente avvertimento sulle conseguenze che la sua trasgressione potrà comportare”²⁷.

Ne emerge, in sintesi, il doppio volto del principio di irretroattività: da un lato, come dispositivo di protezione del singolo, vero e proprio *Schutzrecht* posto a difesa dell’individuo di fronte ai possibili arbitri dello *ius puniendi*, e a mutamenti legislativi soggettivamente non “prevedibili”; dall’altro, come condizione epistemica dello stato di diritto, costruito appunto – come evidenziato sin dal preambolo della Convenzione EDU e della stessa Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo del 1948 – sull’idea di preminenza del diritto (*prééminece du droit/rule of law*) e sulla soggezione ad essa del potere e della *voluntas Principis*, che evocano il valore della certezza giuridica intesa in senso oggettivo²⁸.

condizionale per gli ergastolani, sempre con riferimento al diverso corollario del principio di determinatezza (BVerfG, Decisione del 3 giugno 1992 - 2 BvR 1041/88, 2 BvR 78/89, in NJW, 1992, 2947 ss.). Vero ciò, e vero anche, tuttavia, che in entrambe le decisioni appena citate il BVerfG ha ricordato che trova applicazione comunque il generale principio di legalità per qualsiasi limitazione di un diritto fondamentale, pur meno stringente che in materia penale.

In particolare, nella seconda delle decisioni citate (BVerfG 3 giugno 1992 - 2 BvR 1041/88), il BVerfG ricorda, come da costante giurisprudenza, che “Il grado di determinatezza per una legge restrittiva della libertà personale (Art. 2, comma 2 e art. 104, comma 1 GG) va ricavato dal generale obbligo di determinatezza dello stato di diritto, di cui all’art. 20, comma 3 GG. L’art. 103, comma 2 GG racchiude sì secondo la costante giurisprudenza della Sezione non solo la fattispecie incriminatrice, ma anche la comminatoria edittale; tuttavia qui non è in discussione la pena irrogata dal tribunale e il suo fondamento nel paragrafo 211 StGB. Le pretese dell’obbligo di determinatezza proprio dello stato di diritto sono in ogni caso tanto più stringenti, quanto più intensa è l’aggressione al diritto fondamentale, per cui il grado di determinatezza costituzionalmente richiesto dipende dalla particolarità di ciascun istituto e dalle circostanze, che conducono all’applicazione della disciplina normativa”.

²⁷ Punto 4.3.1. del *Considerato in diritto*.

²⁸ V., con precipuo riguardo al concetto di *prééminece du droit/rule of law* nel sistema della Convenzione EDU, P. WACHSMANN, *La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, in *Le droit des organisations internationales – Recueil d’études à la mémoire de J. Schwob*, Bruxelles, 1997, 241 ss.; più di recente, W. SHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford, 2017, 71 ss., evidenziando come tale concetto – che è condizione che gli Stati devono rispettare ai fini

Questo nucleo di significato – cui corrisponde un limite più generale e trasversale ad ogni ingerenza statale nei diritti fondamentali²⁹ – non è certo nuovo né compiuto³⁰, ma nella sentenza in commento sembra acquisire una autonoma capacità dimostrativa, affermandosi non solo come “programma” politico-costituzionale ma come “vincolo” giuridico-costituzionale; e promettendo, forse, ulteriori sviluppi nei diversi settori dell’ordinamento dove medesime istanze vengono in rilievo (sul punto, *infra*, § 6.4).

5.5. Il ravvisato contrasto anche con l’art. 24 Cost.

A riprova della natura poliedrica del problema sottoposto alla Corte e della pluralità degli aspetti di garanzia interpellati, del resto, nello scrutinio di costituzionalità l’art. 25 Cost. non è l’unico parametro sollecitato dal caso oggetto di giudizio, potendosi apprezzare anche un rilevato contrasto con l’art. 24 Cost., coltivato ed argomentato – pure in questo caso – anche alla luce di indicazioni offerte dal formante comparatistico.

Un tale profilo di censura – sia ben chiaro – non ha nulla di didascalico, e non sembra certo puntualizzato *ad abundantiam*, ma tocca un aspetto nevralgico del problema, che come tale non poteva certo ritenersi “assorbito” dalla violazione dotata di maggiore *vis* espansiva (in tesi, quella riferibile all’art. 25/2 Cost.).

Al contrario, proprio l’effettività del diritto di difesa sembra riconnettersi direttamente alla “preminenza del diritto” – ed alla certezza giuridica – come architravi dello “stato di diritto”, rappresentando la principale proiezione soggettiva della “*fairness in the application of the law*”³¹, in una prospettiva dove l’affidamento dei

dell’appartenenza al Consiglio d’Europa (COE) – sia descritto, nella giurisprudenza della Corte, come “inerente a tutti gli articoli della Convenzione”, uno delle “pietre d’angolo della Convenzione”, “protezione essenziale dell’individuo”, “una comune eredità spirituale degli Stati membri del Consiglio d’Europa”, e un concetto - in definitiva – dal quale l’intera Convenzione trae ispirazione (pur in mancanza di una definizione convenzionale, e più in generale nel sistema dei “trattati” costituzionali del COE: sul costante aggiornamento del concetto, v. anche nota 30).

²⁹ Ne è prova il fatto che nella stessa giurisprudenza della Corte EDU i noti requisiti di *accessibility* e *foreseeability* della legge sono stati inizialmente elaborati rispetto alle limitazioni/ingerenze all’esercizio dei diritti fondamentali in generale e solo successivamente trasposti sul terreno dell’art. 7 CEDU: cfr. Corte EDU, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, § 49, con una celebre argomentazione sulla prevedibilità della legge – e del diritto giurisprudenziale – che verrà richiamata in relazione all’art. 7 CEDU solo con la sentenza Corte EDU, 25 marzo 1993, *Kokinnakis c. Grecia* (al riguardo, F. MAZZACUVA, *L’estensione attuale dei principi di irretroattività e di retroattività della legge favorevole*, in *Dir. proc. pen.*, 2020, in corso di pubblicazione).

³⁰ Basti richiamare il *Report on the rule of law* della “Commissione di Venezia” (CDL-AD 2011), organo consultivo indipendente del COE, che ha stilato una serie di “*core elements*” ai fini delle riconoscibilità dello stato di diritto (sul punto, G. SERRA, *Il Consiglio d’Europa alla ricerca di una definizione di “rule of law”. Sul rapporto della Commissione di Venezia “on the rule of law”, del 4 aprile 2011*, in *Rivista AIC*, n. 3/2011).

³¹ Del resto, è affermazione comune che “[a] central aspect of the rule of law is the right to a fair hearing before a tribunal, guaranteed by article 6(1) of the Convention and a principle to be interpreted in the light of the Preamble” (W. SHABAS, *The European Convention on Human Rights*, cit., 72), come del resto reiteratamente sottolineato proprio dalla Corte EDU che nel *rule of law* coglie appunto il primo

consociati è fondamento del “giusto processo” ed al contempo limite alla libertà del legislatore di agire retroattivamente³². Essendo evidente che un ordinamento che “cambiasse le carte in tavola” a detrimento degli individui non consentirebbe libere scelte d’azione, ma neppure libera esplicazione – e dunque effettiva tutela – al diritto di difesa, come diritto a scegliere le strategie difensive ritenute più opportune e “convenienti” sulla base del quadro normativo vigente – e non modificabile – al momento della scelta stessa.

Del resto, chi opta per un rito speciale – come la Corte sottolinea, evocando gli esempi del patteggiamento e del rito abbreviato – lo fa anche e soprattutto in ragione delle conseguenze che quella scelta può avere in termini di “penalità materiale”, e dunque ogni variazione “a sorpresa” – se retroattiva – nasconderebbe una modifica *unfair* delle clausole pattuite tra lo Stato e il cittadino, che vedrebbe – appunto – annichilito il proprio diritto di difesa.

Senza contare che la retroattività del quadro normativo peggiorativo – a cognizione e commisurazione esaurite – mortificherebbe anche la proporzionalità della pena (art. 27/3 Cost.), e lo stesso potere discrezionale del giudice, che anche in ragione delle conseguenze concrete della condanna orienta la propria scelta commisurativa, *infra* o *extra*editale.

6. Dentro la *ratio decidendi*: il distinguo tra istituti esecutivi, alla luce degli effetti di “trasformazione della natura della pena, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del condannato”.

Tornando al punto focale della pronuncia, la testata d’angolo della *ratio decidendi* poggia su un regolamento di confini all’interno della stessa disciplina dell’esecuzione poiché, come si è già accennato, pur aprendo una breccia nel muro che per lungo tempo l’ha separata dal diritto sostanziale, la Consulta non rinnega integralmente il tradizionale assunto secondo cui le norme penitenziarie sarebbero in linea di principio affrancate dalla garanzia prevista dall’art. 25/2 Cost. (§ 4.3.2)³³.

Inevitabilmente, quindi, il giudice delle leggi si trova a dover “riposizionare” i paletti del principio di irretroattività scandagliando un terreno sinora inesplorato, con un’operazione effettivamente delicata e “coraggiosa”, tanto da superare il menzionato

fondamento dello stesso diritto ad un processo equo, quale fulcro delle garanzie basilari in campo penale (tra le altre, v. ad es. Corte EDU, 21 febbraio 1975, *Golder c. Regno Unito*; al riguardo, v. anche M. CHIAVARIO, voce *Diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, Annali, IX, Milano, 2016, 255 ss., 298 ss.).

³² In una analoga direzione, v. anche O. MAZZA, *La norma processuale nel tempo*, Milano, 1999, 232 ss.

³³ Questa posizione ha trovato peraltro riscontro anche in dottrina: v. ad esempio A. PAGLIARO, voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 1067, pur in un contesto dove peraltro – come si è accennato – non mancavano voci dissenzienti [come quella già ricordata di F. BRICOLA, *L’intervento del giudice nell’esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, cit., 521 ss., secondo cui modifiche retroattive incontrerebbero comunque un duplice limite teleologico (attinente alla funzione rieducativa della pena) e funzionale (consistente nel divieto di trattamenti inumani e degradanti): sul punto, *retro*, nota 4].

atteggiamento refrattario della giurisprudenza ordinaria generato, forse, anche da una sorta di *horror vacui* suscitato dall'abbandono del paradigma tralatizio³⁴.

In questo percorso, in maniera quasi intuitiva, la Consulta si fa orientare dalla stella polare rappresentata dal criterio dell'incidenza del singolo istituto penitenziario, volta a volta considerato, sull'effettiva durata della pena detentiva, e dunque sulle quote di libertà personale concretamente incise³⁵: particolarmente efficaci, in questo senso, sono i termini in cui viene sottolineata la diversa portata che le varie modifiche dell'ordinamento penitenziario possono avere sulla concreta natura, intramuraria o extramuraria, della sanzione penale («tra il “fuori” e il “dentro” la differenza è radicale: qualitativa, prima ancora che quantitativa», § 4.3.3).

6.1. La tassonomia della Corte: affidamento in prova, liberazione condizionale, detenzione domiciliare e semilibertà.

Sulla scorta di questa premessa, quindi, la Consulta procede a catalogare gli istituti subordinati al divieto di retroattività delle riforme sfavorevoli successive al momento di consumazione del reato (§ 4.4.2), a cominciare dall'*affidamento in prova al servizio sociale*. Si tratta, in effetti, di misura che, anche grazie alla “combinazione” con la sospensione dell'ordine di esecuzione prevista dall'art. 656 comma 5 c.p.p. (su cui v. *infra*, § 6.4) ha contribuito in maniera decisiva alla progressiva sfaldatura, almeno con riguardo al contenuto effettivamente detentivo, tra pena minacciata e pena eseguita³⁶. Non è un caso, in effetti, che l'ultima stagione di riforma volta alla deflazione carceraria abbia inciso proprio sui presupposti applicativi di tale misura³⁷ e che, all'opposto, con la legge n. 3/2019 la scelta di ritoccare tali presupposti sia stata dettata

³⁴ V. *supra*, § 4.

³⁵ In un'epoca di progressiva dilatazione “orizzontale” della nozione (convenzionale e, quindi, costituzionale) di *materia penale* alle sanzioni patrimoniali, originata dal superamento dell'*argumentum libertatis*, in questa *diversa* prospettiva “interna” al sistema penale – che si potrebbe definire “verticale”, in quanto attinente alla sequenza logica e cronologica diritto sostanziale-processo-esecuzione – la Consulta torna dunque a valorizzare – per ovvie ragioni connesse alla materia trattata – l'immagine tradizionale del diritto penale come strumento che determina anzitutto un sacrificio della libertà personale del reo. In questa prospettiva, in altri termini, non viene qui in rilievo il problema della natura di una sanzione (confisca, sanzione amministrativa o interdittiva, ecc.), quanto semmai quello della natura di una norma, dal che consegue, ferma la tendenziale irrilevanza delle nomenclature legislative, la diversità dei criteri discretivi cui fare riferimento (in questo senso, cfr. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 92 ss., nonché sia ancora consentito il rinvio a F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 277 ss.).

³⁶ Conviene precisare che, in questa sede, è sufficiente riconoscere tale sfaldatura sul piano descrittivo, indipendentemente da qualsiasi valutazione di tipo prescrittivo in chiave politico-criminale (considerazioni critiche su questo aspetto, invece, sono state sviluppate da G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 164 ss.).

³⁷ In particolare, l'art. 3, comma 8, lett. c), del d.l. n. 146/2013 ha introdotto all'art. 47 ord. pen., il comma 3-bis, così innalzando a quattro anni il limite di pena (residua o iniziale) che consente l'accesso all'affidamento in prova. È stata poi la Corte costituzionale, con la sentenza n. 41/2018, ad “allineare” invece tale limite a quello stabilito dall'art. 656 comma 5 c.p.p. in tema di sospensione dell'ordine dell'esecuzione.

dallo scopo dichiarato di irrigidire la risposta sanzionatoria in prospettiva general-preventiva³⁸. In definitiva, per il ruolo protagonista che oramai riveste nella concreta manifestazione della repressione penale, non sorprende che proprio l'affidamento in prova ai servizi sociali sia stato annoverato senza indugio tra le misure subordinate al principio di irretroattività.

Altrettanto opportuna, poi, appare la considerazione della *liberazione condizionale*, istituto la cui disciplina per ragioni storiche è collocata topograficamente nel capo del codice penale dedicato all'estinzione della pena ma che, come riconosciuto nella sentenza in commento (§ 4.4.3), da un punto di vista funzionale presenta evidenti analogie con le misure alternative previste nella legislazione penitenziaria³⁹ (tanto che, per l'appunto, l'art. 2 del d.l. n. 151/1991 vi estende i limiti di accesso previsti dall'art. 4-bis ord. pen.). È lampante, infatti, l'incidenza della liberazione condizionale sulla reale entità delle pene di lunga durata – aspetto cui peraltro si deve, come noto, la patente di legittimità costituzionale dell'ergastolo –, cosicché non appare casuale che alcune questioni emerse nel panorama comparatistico riguardino proprio istituti analoghi⁴⁰.

Lo stesso discorso, per inciso, dovrebbe valere per la *liberazione anticipata* (art. 54 ord. pen.), tanto che la menzionata e “storica” pronuncia della Corte europea *Del Rio Prada c. Spagna* concerneva misura del tutto simile, cosicché il silenzio serbato sul punto dalla sentenza in commento appare essenzialmente dovuto alla circostanza che essa non ricade attualmente nella “stretta” prevista dall'art. 4-bis ord. pen.

Meno scontata, invece, appare l'inclusione della *detenzione domiciliare* e della *semilibertà* tra le misure alternative sottoposte al principio di irretroattività.

Con riguardo alla prima, tale scelta è motivata dalla Consulta sulla base del rilievo secondo cui essa rappresenterebbe una “pena alternativa alla detenzione” piuttosto che una “misura alternativa alla pena”; tuttavia, si potrebbe osservare che tale alternativa presenta comunque un carattere restrittivo – tanto che sono richiamate (art. 47-ter, comma 4, ord. pen.) le modalità esecutive degli arresti domiciliari, misura cautelare che è frequentemente equiparata alla custodia in carcere⁴¹, e che

³⁸ Particolarmente eloquenti sono i termini della relazione tecnica governativa al disegno della legge n. 3/2019 laddove si osserva che l'introduzione dei reati contro la pubblica amministrazione nel catalogo dell'art. 4 bis ord. pen. sarebbe giustificata dalle esigenze di “effettività e dissuasività e persistenza” della pena (invero, per improprio accostamento con altre modifiche, si fa riferimento alle pene accessorie).

³⁹ Si tratta, infatti, di una misura concessa dalla magistratura di sorveglianza sulla base di un giudizio prognostico fondato essenzialmente sul comportamento del soggetto durante la detenzione. A ben vedere, la liberazione condizionale rappresenta negli ordinamenti continentali la prima forma di “misura alternativa”, il che ne spiega la collocazione già nel codice penale anziché nella legge sull'ordinamento penitenziario (v. T. PADOVANI, Art. 176, in M. Romano – G. Grasso – T. Padovani, *Commentario sistematico del codice penale – III – Art. 150-240*, Milano, 1994, 226 ss., in cui per l'appunto si sottolinea come l'istituto sia riconducibile al “profilo teleologico del trattamento penitenziario”).

⁴⁰ In particolare, v. le pronunce statunitensi in materia di *parole* su cui ci si è soffermati *supra*, § 5.3.

⁴¹ Tale equiparazione, in particolare, emerge in via di principio nell'art. 284 comma 5 c.p.p. e, di conseguenza, in materia di computo del presofferto (art. 657 c.p.p.), ma anche nella giurisprudenza di legittimità in tema di estensione dei termini di cui all'art. 303 c.p.p. proprio in ragione del carattere in ogni caso “custodiale” degli arresti domiciliari (Cass., Sez. VI, 21 maggio 1993, n. 1536), con conseguente

l'allontanamento dal luogo di detenzione integra il delitto di evasione (art. 47-ter, comma 8, ord. pen.) – e, quindi, determina una trasformazione della natura della pena meno eclatante (per quanto effettivamente consenta una fuoriuscita dalle mura del carcere).

Quanto alla *semilibertà*, è vero che, come sottolineato dal giudice delle leggi, tale misura garantisce maggiori “spazi di libertà” al condannato, ma si tratta di spazi circoscritti nell’arco della giornata, senza che sia prevista alcuna forma di riduzione della durata della pena eseguibile (ma soltanto la possibilità di “licenze” nel limite di quarantacinque giorni all’anno).

6.2. L'esclusione di permessi premio e lavoro all'esterno: profili problematici.

Con queste ultime considerazioni, conviene precisarlo, non si intende rilevare un'eccessiva dilatazione della sfera operativa dell'art. 25/2 Cost., bensì evidenziare il valore della pronuncia per il suo afflato garantistico. Qualche considerazione problematica, proprio in quest'ottica, suscita semmai la distinzione che la Consulta tratteggia tra le predette misure e quelli che definisce come “meri benefici penitenziari”, ossia i permessi premio ed il lavoro all'esterno, le cui modifiche potrebbero avere efficacia retroattiva ancorché sfavorevoli. Per quanto il giudice delle leggi riconosca “l'impatto di tali benefici sul grado di afflittività in concreto della pena detentiva”, infatti, questo non viene ritenuto tale da comportare una “trasformazione” della natura della stessa, la quale rimarrebbe comunque caratterizzata da una fondamentale dimensione intramuraria («egli resta in via di principio “dentro” il carcere»).

Invero, appare molto sottile – e probabilmente fragile – la partizione tra i predetti istituti e, ad esempio, quello della *semilibertà*, trattandosi di distinzione che assume una dimensione essenzialmente *quantitativa*, anziché *qualitativa*, la quale è certamente rilevante con riguardo al lavoro esterno, in cui l'esperienza extramuraria è collegata all'esecuzione di una prestazione lavorativa (per quanto essa avvenga senza scorta, salvo ricorrano ragioni di sicurezza), ma appare decisamente più sfumata se si sposta lo sguardo sui permessi premio, i quali possono consentire una fuoriuscita dal carcere per una durata fino a quindici giorni sulla base di presupposti decisamente più ampi e indeterminati (per consentire di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro, come recita l'art. 30-ter ord. pen.).

Non del tutto convincente – a nostro avviso – appare anche l'argomento della Corte secondo cui una differenziazione del regime di accesso ai permessi premio ed al lavoro esterno in ragione del *tempus commissi delicti* sarebbe di difficile governo per

applicabilità della disciplina della retrodatazione (Cass., Sez. F., 25 agosto 2009, n. 34203) e ritenuta compatibilità con l'esecuzione della pena detentiva ai fini di quanto stabilito dall'art. 297 comma 5 c.p.p. (Cass., Sez. VI, 6 aprile 2000, n. 5556, secondo cui ai fini del computo dei termini di durata massima, la misura cautelare degli arresti domiciliari è compatibile con la espiazione di una pena, poiché in entrambe le situazioni la persona risulta privata della libertà di locomozione, indipendentemente dal luogo di detenzione).

l'amministrazione penitenziaria nonché faticosamente accettata dalla generalità dei detenuti, trattandosi di controinteressi difficilmente comparabili – e forse sopravvalutati – rispetto allo spessore della garanzia posta sull'altro piatto della bilancia.

Si deve considerare, poi, che nella prassi della magistratura di sorveglianza, avallata dalla giurisprudenza di legittimità, l'esperienza fruttuosa del permesso premio è frequentemente assunta come condizione per l'ammissione alle altre misure alternative⁴², il che potrebbe determinare un notevole ridimensionamento in concreto degli effetti della pronuncia.

Insomma, se certamente si deve apprezzare la scelta "coraggiosa" della Corte costituzionale di ridisegnare i contorni del perimetro applicativo del principio di irretroattività, includendovi diversi e rilevanti istituti tipici della disciplina dell'esecuzione penale, nelle pieghe di talune distinzioni "interne" che sono state tratteggiate si possono forse individuare alcuni aspetti di problematicità della pronuncia e, quindi, taluni margini per ulteriori sviluppi futuri.

A tale proposito, in ogni caso, non si deve trascurare il fatto che nelle ultime battute della sentenza viene comunque posto un argine all'efficacia retroattiva delle riforme sfavorevoli della disciplina dei "benefici penitenziari" rispetto alle situazioni in cui il condannato abbia già raggiunto "un grado di rieducazione adeguato alla concessione del beneficio", dato che altrimenti verrebbe disconosciuta la funzione pedagogico-propulsiva del permesso premio nell'ottica rieducativa, con conseguente violazione (non dell'art. 25/2 Cost. bensì) degli artt. 3 e 27 Cost. Viene generalmente accolta, quindi, un'accezione del divieto di retroattività diversa e funzionale alle logiche che informano la disciplina dell'esecuzione, secondo un itinerario già percorso da attenta dottrina che, però, aveva individuato il *tempus* rilevante in cui "congelare" la disciplina (almeno rispetto alle modifiche deteriori) nell'*inizio dell'esecuzione*, ossia nel momento in cui viene stretto il "patto rieducativo" con il condannato⁴³. E, in effetti, sembra reclamare analoga tutela anche la situazione del condannato che abbia orientato il proprio percorso rieducativo facendo affidamento su una determinata disciplina dei permessi premio laddove, una volta prossimo al conseguimento dei requisiti previsti dagli artt. 30-ter e 30-quater ord. pen., l'accesso a tale beneficio gli venga precluso o sia subordinato a requisiti ulteriori.

⁴² Cfr. Cass., Sez. I, 14 ottobre 2008, n. 40992, secondo cui «la semilibertà, in quanto misura alternativa alla detenzione che consente al detenuto di trascorrere parte del giorno all'esterno, sia pure in attività lavorative e risocializzanti, non può essere deliberata se non all'esito di previe e positive esperienze di concessioni all'esterno meno significative (nella specie è stato ritenuto corretto l'operato del giudice di merito che aveva motivato la reiezione dell'istanza con la mancata fruizione dei permessi-premio da parte del detenuto).

⁴³ Sulla scia delle già citate considerazioni di F. BRICOLA, *L'intervento del giudice dell'esecuzione*, cit., 521 s., si vedano le riflessioni di F. DELLA CASA, *Successione di leggi penitenziarie: modifiche "peggiorative" e limiti inerenti allo ius superveniens*, in *Cass. pen.*, 1992, 402 s.; B. GUAZZALOCA – M. PAVARINI, *L'esecuzione penitenziaria*, Torino, 1995, 332; S. DEL CORSO, voce *Successione di leggi penali*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, 107.

6.3. *L'irretroattività del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione (art. 656, comma 9, c.p.p.) e il destino delle "norme processuali ad effetti sostanziali".*

Un'epitesi non scontata, infine, è rappresentata dalle specifiche considerazioni che la Corte dedica al "riflesso" rappresentato dal divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione di cui all'art. 656 comma 9, c.p.p. (§ 4.4.4), probabilmente dettate da una certa *autonomia* riconosciuta a tale istituto nella giurisprudenza. Si afferma, infatti, che il rinvio all'art. 4-bis ord. pen. dovrebbe intendersi quale riferimento alla mera elencazione dei reati "ostativi", indipendentemente dall'eventuale sussistenza delle condizioni di accesso alle misure alternative ivi menzionate⁴⁴ ed il divieto troverebbe applicazione anche per i fatti commessi anteriormente all'inclusione di un reato in tale catalogo, trattandosi di disposizione di carattere processuale soggetta al principio *tempus regit actum*⁴⁵.

Invero, vi sarebbero solidi argomenti per sostenere che, una volta stabilita l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis ord. pen. «in quanto interpretato nel senso che le modificazioni (...) si applichino anche ai condannati che abbiano commesso il fatto anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019» (nei termini del dispositivo della sentenza in commento) anche l'*effetto indiretto* rappresentato dal divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione di cui all'art. 656 comma 9 c.p.p., proprio interpretando tale disposizione come rinvio "secco" al catalogo dei reati ostativi, non avrebbe potuto dispiegarsi rispetto ai condannati per fatti anteriori all'entrata in vigore della legge n. 3/2019.

Ciononostante, sembra comunque opportuna la scelta della Corte costituzionale di pronunciarsi esplicitamente sul punto, cogliendo peraltro l'occasione per formulare una statuizione più generale in relazione al problema, per molti versi analogo a quello sinora considerato, della distinzione tra *norme sostanziali* e *norme processuali* ai fini dell'estensione dell'art. 25/2 Cost.⁴⁶. In particolare, si afferma che «la collocazione topografica di una disposizione non può essere mai considerata decisiva ai fini dell'individuazione dello statuto costituzionale di garanzia ad essa applicabile» e che «tale principio non può non valere anche rispetto alle norme collocate nel codice di procedura penale, allorché incidano direttamente sulla qualità e sulla quantità della pena in concreto applicabile al condannato» (caratteristica riconosciuta, per l'appunto, al divieto di cui all'art. 656, comma 9, c.p.p.).

Tale affermazione, in effetti, appare costituire un naturale sviluppo dell'orientamento già affermato dalla Consulta in materia di prescrizione, istituto pur

⁴⁴ Cfr. Cass., Sez. II, 15 aprile 2000, n. 1443.

⁴⁵ Da ultimo, in questo senso, cfr. Cass., Sez. I, 9 aprile 2019, n. 39984.

⁴⁶ Su tale complessa distinzione, cfr. le stimolanti osservazioni di M. CHIAVARIO, voce *Diritto processuale penale*, cit., 256, peraltro volte a ridimensionare la «rigidità con cui, tradizionalmente, alla distinzione si tende ad attribuire un effetto dirimente in relazione al problema della successione di leggi nel tempo» (anche alla luce di limiti all'efficacia retroattiva delle modifiche normative dettati da ragioni "endoprocessuali" collegate alla tutela del diritto di difesa già evidenziati dall'illustre Autore: ID., voce *Norma (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 480 ss.).

formalmente acquartierato nel settore “sostanziale” ma – specie di recente – assoggettato a (tentativi di) “letture processualizzanti”: indirizzo recentemente confermato nell’ambito della celebre vicenda *Taricco*⁴⁷, e che ora, in ragione della sua portata generale, dischiude orizzonti certamente più ampi (tanto sul piano del principio di irretroattività, quanto su quello della retroattività *in mitius*).

Sono svariati, infatti, gli istituti che si collocano in maniera trasversale tra categorie sostanziali e processuali incidendo sul *quantum*, se non addirittura sull’*an*, della risposta punitiva: dalla competenza del giudice di pace⁴⁸ a taluni istituti peculiari del diritto penale minorile come l’irrelevanza del fatto e la messa alla prova – tanto che una volta estesi (con adattamenti) agli adulti, hanno trovato collocazione nel codice penale⁴⁹ – e, più in generale, alle varie tipologie di procedimenti speciali (indipendentemente dalla finalità premiale o riparativa che caratterizza soprattutto recenti forme di *diversion*, o da una finalità più autenticamente deflattiva).

A quest’ultimo proposito, in effetti, la Consulta sembra compiere un passo avanti rispetto alla sottile distinzione stabilita dalla Corte europea (sul piano della *lex mitior*) tra le norme che regolano lo “sconto” di pena e quelle che disciplinano i presupposti di accesso al rito⁵⁰, cosicché il restringimento di questi ultimi – si pensi, ad esempio, alle condizioni “riparative” per l’accesso al patteggiamento introdotte nei settori dei delitti contro la pubblica amministrazione (art. 444, comma 1-ter, c.p.p.) e dei reati tributari (art. 13-bis, comma 2, del d.lgs. n. 74/2000) – dovrebbe avere efficacia irretroattiva anche laddove non siano previste disposizioni transitorie come quella

⁴⁷ Cfr. l’ordinanza n. 24 del 2017, con cui la Corte costituzionale ha opposto i c.d. controlimiti costituzionali alla soluzione indicata nella sentenza Corte di giustizia U.E., Grande Sezione, 8.9.2015, *Taricco e a.*, proprio sulla base del riconoscimento della natura sostanziale, anziché processuale, dell’istituto della prescrizione, pertanto ricondotto alla sfera operativa dell’art. 25/2 Cost. («si tratta infatti di un istituto che incide sulla punibilità della persona e la legge, di conseguenza, lo disciplina in ragione di una valutazione che viene compiuta con riferimento al grado di allarme sociale indotto da un certo reato»).

⁴⁸ Motivo per cui, ad esempio, è consolidata in giurisprudenza l’affermazione secondo cui il anche Tribunale può applicare soltanto le pene previste dal d.lgs. 274/2000 allorché pronunci condanna per un reato di competenza del giudice di pace (tra le tante, cfr. Cass., Sez. V, 12 ottobre 2016, n. 51726). È chiaro, allora, che modificazioni di tale competenza non possono che essere subordinate ai principi di irretroattività sfavorevole e di retroattività *in mitius*.

⁴⁹ Di recente, in effetti, il tema dell’ibridazione tra caratteri sostanziali e processuali è emerso soprattutto in relazione alla *probation* per adulti introdotta dalla legge n. 67/2014. In proposito, alla luce di quanto affermato dalla sentenza in commento, potrebbe essere superata la posizione assunta dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 240/2015, nella quale sono stati ritenuti legittimi i limiti all’efficacia retroattiva dell’istituto proprio sulla base del riconoscimento della sua natura meramente processuale, con conseguente riferimento al principio del *tempus regit actum* anziché a quello della retroattività della *lex mitior*.

⁵⁰ In particolare, nella sentenza Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, veniva affermata la natura sostanziale della norma che stabilisce l’entità dello sconto di pena (così riconducendola ai principi di cui all’art. 7 Cedu, tra cui quello della retroattività *in mitius*), mentre nella successiva decisione Corte EDU, 27 aprile 2010, *Morabito c. Italia*, si escludeva che la previsione del necessario consenso del pubblico ministero (abrogata con la legge n. 479/1999) fosse sottoposta al medesimo statuto, il che ha poi condotto alla distinzione tra “fratelli” e “cugini” di Scoppola nella giurisprudenza costituzionale (cfr. ordinanza Corte cost. n. 235/2013).

stabilita dall'art. 5 della legge n. 33/2019 nell'ambito della recente stretta sul giudizio abbreviato⁵¹.

Infine, rimane da chiedersi se l'attenzione al tema della libertà personale mostrata dalla pronuncia in commento e l'individuazione della *ratio* del principio di irretroattività non soltanto nella prevedibilità delle conseguenze della trasgressione del precetto, ma anche nella limitazione del potere legislativo che discende dal concetto di Stato di diritto, non possano in prospettiva condurre finanche ad una decisa affermazione dell'irretroattività delle riforme sfavorevoli delle *misure cautelari*, con particolare riguardo alla *custodia in carcere*, specialmente in un'epoca in cui tali modifiche sono spesso state dettate da argomenti politico-criminali tali da far riemergere l'immagine, mai realmente tramontata, della misura quale vera e propria "anticipazione della pena". Vale la pena di ricordare, in proposito, che nella stagione delle "presunzioni di adeguatezza" della misura cautelare custodiale – la quale presenta molte analogie con l'estensione del catalogo dell'art. 4-bis ord. pen. per via della torsione finalistica dell'istituto in chiave politico-criminale (aspetto sul quale ora ci si soffermerà) – già prima dell'intervento della Corte costituzionale, e pur non rinnegando in via di principio la regola del *tempus regit actum*, con un significativo *revirement* giurisprudenziale le Sezioni Unite avevano posto dei limiti alla retroattività di tale disciplina⁵², manifestando in fondo quello stesso "disagio" che la decisione in esame ha rintracciato nelle pronunce in cui è stata affermata l'irretroattività della riforma operata dalla legge n. 3/2019.

7. I perduranti dubbi di "ragionevolezza intrinseca" del catalogo del 4-bis.

La sentenza in commento, come si è visto, interviene sui soli profili intertemporali concernenti le modifiche dell'art. 4-bis ord. pen., e non affronta, dunque, i pur perspicui dubbi di legittimità sollevati in ordine alla "ragionevolezza intrinseca" della scelta di estendere un catalogo ormai privo di ogni coerenza anche a taluni reati contro la pubblica amministrazione.

Tali dubbi sono aggallati sia in sede di merito che in sede di legittimità, e sono stati lucidamente prospettati, *in primis*, da una ordinanza della Sez. I della Corte di Cassazione⁵³, lamentando la lesione degli art. 3 e 27/3 Cost., diffusamente

⁵¹ Sul punto, volendo, V. MANES, *Retroattività, diritto e processo penale (da Scoppola a Contrada)*, in C. Padula, a cura di, *Le leggi retroattive nei diversi rami dell'ordinamento*, Napoli, 2018, 135.

Si tratta, peraltro, di una questione già emersa all'attenzione della giurisprudenza di legittimità proprio con riguardo all'introduzione del comma 1-ter nell'art. 444 c.p.p. e con riguardo alla quale, tuttavia, è stata accolta la tesi opposta della retroattività fondata sulla natura "esclusivamente processuale" della norma "quale condizione per accedere al rito speciale" (Cass., Sez. VI, 25 gennaio 2017, n. 9990).

⁵² Cfr. Cass., Sez. Un., 31 marzo 2011, n. 27919, che ribaltando l'orientamento espresso nella precedente Cass., Sez. Un., 27 marzo 1992, n. 8, individuavano nel momento genetico della misura il parametro temporale rispetto al quale limitare l'efficacia delle riforme sfavorevoli.

⁵³ Cass., Sez. I, ord. 18 luglio 2019 (reg. ord. n. 141 del 2019); su quella traccia, tra le altre, App. Palermo, ord. 29 maggio 2019; App. Caltanissetta, ord. 7 ottobre 2019 (reg. ord. n. 238 del 2019).

argomentando, da un lato, l'irragionevolezza della presunzione di particolare pericolosità che dovrebbe suffragare – negli intendimenti del legislatore – l'ingresso nel girone più severo del c.d. doppio binario penitenziario, e dall'altro l'irragionevolezza del presupposto che consentirebbe di tornare al regime ordinario, ossia la collaborazione con l'autorità giudiziaria (nei termini, canonici, di cui all'art. 58-ter ord. pen. ovvero in quelli, di più recente conio, stabiliti all'art. 323 bis c.p.⁵⁴).

Va detto che la Corte costituzionale – in forza di una scelta organizzativa interna – ha ritenuto di tener distinte le questioni, calendarizzando la discussione di questa seconda tipologia di questioni posteriormente alla camera di consiglio (12 febbraio) nella quale si sono discusse le questioni intertemporali (ossia il 26 febbraio, giorno in cui è stata depositata la sentenza n. 32 del 2020, che qui si commenta): cosicché, trattandosi di vicende esecutive relative – tutte – a fatti precedenti all'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019 – è apparsa obbligata la restituzione ai giudici della seconda rosa di questioni proposte, chiamandoli i rimettenti ad una necessaria verifica in ordine alla perdurante rilevanza nei processi *a quibus* a seguito del *novum* giurisprudenziale che ha sancito, appunto, l'irretroattività della modifica normativa⁵⁵.

Al di là dei profili di possibile, perdurante rilevanza delle questioni prospettate, e di eventuale riproposizione in futuro o forse sin d'ora, con riferimento ad istituti non coperti dal “nuovo regime” di irretroattività (*infra*, § 8), le censure sollevate in ordine alla ragionevolezza dell'inclusione dei reati contro la PA nell'art. 4-bis – *i.e.* in ordine alla legittimità della “presunzione di pericolosità che concerne i condannati per i delitti compresi nel catalogo”⁵⁶ – appaiono gravi e serie; e la prospettata illegittimità sembra discendere da una semplice recensione sinottica della giurisprudenza della stessa Corte, che del resto già in più occasioni si è dovuta impegnare in una *reductio ad Constitutionem* del “doppio binario penitenziario”⁵⁷, dosando la legittimità del regime derogatorio – e “tollerando” i diversi profili di incostituzionalità – sempre in ragione di

⁵⁴ 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”.

⁵⁵ Così, in effetti, l'ordinanza n. 49 del 2020, con la quale la Corte ha appunto ordinato la restituzione degli atti ai giudici rimettenti, giacché “secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, a fronte di sopraggiungere di pronunce di illegittimità costituzionale [...] spetta al giudice rimettente valutare in concreto l'incidenza delle sopravvenute modifiche sia in ordine alla rilevanza, sia in riferimento alla non manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate [...]”.

⁵⁶ Corte cost., ordinanza n. 166 del 2010; di presunzione di pericolosità dei condannati di cui all'art. 4-bis ord. 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).

⁵⁷ Anche per una efficace sintesi del dibattito dottrinale e giurisprudenziale al riguardo, v. da ultimo E. AMATI, *L'enigma penale*, cit., 204 ss. del dattiloscritto; inoltre, F. FIORENTIN, *Sicurezza e diritti fondamentali nella realtà del carcere: una coesistenza (im)possibile*, in *Dir. pen. proc.*, n. 11/2019, 1596 ss., 1601 ss.; a sostegno di una più radicale illegittimità tout court dell'art. 4-bis, “anche nell'ipotesi in cui venisse ristretto alle sole organizzazioni criminali, per pene temporanee e precludendo l'applicazione di alcuni specifici “benefici” penitenziari”, v. R. BARTOLI, *Contro la “normalizzazione delle deroghe”: alcune proposte garantiste*, in *Dir. pen. proc.* n. 2/2020, 153 ss., 155 ss.

fattispecie che “possono ritenersi, espressione tipica di una criminalità connotata da livelli di pericolosità particolarmente elevati, in quanto la loro realizzazione presuppone, di norma, ovvero per la comune esperienza criminologica, una struttura e una organizzazione criminale tali da comportare tra gli associati o i concorrenti nel reato vincoli di omertà e di segretezza particolarmente forti”⁵⁸.

7.1. Presunzioni legali di pericolosità e bilanciamento con la finalità rieducativa della pena.

Volendo abbozzare un possibile percorso sillogistico, la premessa maggiore è offerta da una rocciosa giurisprudenza in punto di presunzioni legali limitative di diritti fondamentali, che come noto ha avuto una precipua applicazione nel campo della custodia cautelare, a partire dalla sentenza n. 265 del 2010. Tali presunzioni, secondo la Corte, “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*”⁵⁹; potendo dunque superare lo scrutinio di ragionevolezza solo se empiricamente fondate, ossia solo se suffragate da dati di esperienza generalizzati che giustificano la scelta legislativa presuntiva, e dunque la compressione del diritto fondamentale contrapposto⁶⁰.

La premessa minore concerne il valore costituzionale concretamente compresso dalla presunzione legale, nel caso concreto: dato che il complesso di istituti assoggettati a limitazioni e preclusioni nel c.d. “doppio binario penitenziario” – misure alternative e benefici vari – risulta eminentemente orientato a favorire il percorso di risocializzazione *extra moenia*, la scelta legislativa che limita in senso deteriore l’accesso

⁵⁸ Così, in particolare, anche la sentenza n. 273 del 2001, che ha ritenuto infondate doglianze prospettate con riferimento all’art. 25/2 Cost. alla luce di più ampie considerazioni in ordine alla compatibilità costituzionale del regime, sintetizzate evidenziando che “[...] in relazione all’esecuzione delle pene detentive per i delitti indicati dal comma 1, primo periodo, dell’art. 4-*bis*, la collaborazione con la giustizia – già rilevante nell’ordinamento sul terreno del diritto penale sostanziale [...] – assume, non irragionevolmente, la diversa valenza di criterio di accertamento della rottura dei collegamenti con la criminalità organizzata, che a sua volta è condizione necessaria, sia pure non sufficiente, per valutare il venir meno della pericolosità sociale ed i risultati del percorso di rieducazione e di recupero del condannato, a cui la legge subordina, ricorrendo a varie formulazioni sostanzialmente analoghe, l’ammissione alle misure alternative alla detenzione e agli altri benefici previsti dall’ordinamento penitenziario”.

⁵⁹ “In particolare, l’irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia ‘agevole’ formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa”: così, sulla traccia di precedenti pronunce, la sentenza n. 265 del 2010, che ha affermato l’illegittimità costituzionale dell’art. 275, comma terzo, c.p.p., con riferimento ai delitti di cui agli artt. 600-*bis*, primo comma, 609-*bis* e 609-*quater* cod. pen., ritenendo irragionevole la presunzione di pericolosità alla base della presunzione legale assoluta di adeguatezza della (sola) custodia cautelare, giacché non suffragata da evidenze empiriche; a tale decisioni hanno poi fatto seguito ulteriori pronunce di segno analogo, e tra queste le sentenze n. 164, n. 231, n. 331 del 2011, n. 110 del 2012, n. 213 del 2013, e n. 48 del 2015.

⁶⁰ Da ultimo, sul tema, G. DI CHIARA, *Politiche della sicurezza e libertà personale dell’imputato tra incubazioni dell’insicurezza sociale e manovre reattive*, in *Dir. pen. proc.*, n. 11/2019, 1586 ss., 1591 ss.

a tali istituti o che determina un regime peggiorativo viene a confliggere con il principio costituzionale di cui all'art. 27/3 Cost.⁶¹; sino ad una massima compressione quando dall'"ostatività di prima fascia" discende, persino, un mutamento *qualitativo* della sanzione concretamente espiata, da extramuraria (sospensione dell'ordine di esecuzione con immediata possibilità di richiesta di misura alternativa/affidamento in prova) a intramuraria (con possibilità di richiedere la misura solo "dal carcere", previa collaborazione).

Nella prospettiva del bilanciamento – dunque – con il "valore" della funzione rieducativa della pena, ancora la giurisprudenza della Corte offre, peraltro, ulteriori indicazioni, di merito e di metodo.

Anzitutto, se è pur vero – in linea generale – che ogni principio è aperto a possibili deroghe "nei limiti della ragionevolezza"⁶², è vero anche che la sentenza n. 149 del 2018 ha espressamente affermato il "principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena", così soggiogando a tale imprescindibile finalità – nella specie – anche la funzione di prevenzione generale (e/o le istanze ad essa riconducibili, e discendenti dalla "particolare gravità del reato commesso" o da "l'esigenza di lanciare un robusto segnale di deterrenza nei confronti della generalità dei consociati"); 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"⁶³.

Se è così, da questa angolatura è davvero difficile intravedere tra gli interessi perseguiti dal legislatore con la scelta di ricomprendere tra i "reati ostativi" i

⁶¹ Che, ad esempio, l'affidamento in prova al servizio sociale sia una misura "specificamente pensata per favorire la risocializzazione fuori dalle mura del carcere" è stato espressamente rimarcato da Corte cost., sentenza n. 41 del 2018.

⁶² Si vedano, ad esempio, le sentenze n. 306 del 1993; n. 183 del 2001; n. 257 del 2006; in una prospettiva di maggior rigore dello scrutinio, peraltro, v. anche 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" [sulla decisione, con acume, A. PUGIOTTO, [L'urlo di Munch della magistratura di sorveglianza](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 1/2014, 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)*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014, 8 ss.].

⁶³ Così la sentenza n. 149 del 2018, riconoscendo espressamente l'inderogabilità del finalismo rieducativo, con 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 (e di rieducazione del condannato)*, in *Dir. pen. cont.*, 18 luglio 2018, 3; 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.].

menzionati reati contro la PA altre valutazioni che non siano di schietto ordine generalpreventivo se non di cieca “deterrenza”: le uniche ragioni – del resto – apertamente confessate negli stessi lavori preparatori⁶⁴, così chiarendo candidamente che nulla ha a che fare la deroga in questione – e il forzoso periodo di “osservazione” intramuraria – con peculiarità trattamentali imposte dalle note strutturali dei reati in rilievo (e/o dalle relative tipologie di autore).

Quanto, poi, al metodo di bilanciamento, la sentenza n. 143 del 2013⁶⁵ – chiamata a scrutinare la legittimità di restrizione ai colloqui difensivi per detenuti sottoposti al regime di cui all’art. 41-*bis* ord. pen. – ha evidenziato che “nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango”; su queste basi giungendo a concludere per la declaratoria di incostituzionalità, una volta ravvisato, nell’ipotesi in esame, che “[...] alla compressione – indiscutibile – del diritto di difesa indotta dalla norma censurata non corrisponde, *prima facie*, un paragonabile incremento della tutela del contrapposto interesse alla salvaguardia dell’ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini”.

Sempre la Corte, inoltre, con specifico riferimento ai rapporti tra sospensione dell’ordine di esecuzione e finalità rieducativa, ha evidenziato che il vaglio di costituzionalità deve essere condotto con peculiare attenzione, giacché “la dimensione ancillare della sospensione rispetto alle finalità delle misure alternative [...] rende particolarmente stretto il controllo di legittimità costituzionale riservato a dette ipotesi”, sottolineando ancora 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 di coerenza sistematica, fino a poter prevalere su di essa”⁶⁶.

Ora, anche solo da queste sintetiche premesse, sembra potersi concludere che la ragionevolezza del meccanismo presuntivo che innesca – per taluni reati – la catàbasi del più rigoroso percorso penitenziario, entrando in tensione con il principio rieducativo, può essere affermata se (e solo se) si possa fondatamente affermare, appunto alla luce di “affidabili indicatori”, che all’osservazione intramuraria – o al

⁶⁴ Come accennato (*retro*, nota 38), nella relazione tecnica governativa al disegno della l. n. 3 del 2019 si precisava che l’introduzione dei reati contro la P.A. nel catalogo dell’art. 4-*bis* ord. pen. era motivata da esigenze di “effettività e dissuasività e persistenza” della pena.

⁶⁵ Sentenza n. 143 del 2013, in materia di restrizione ai colloqui difensivi di detenuti in regime di “carcere duro” *ex* art. 41-*bis* ord. pen.

⁶⁶ 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”.

forzoso “assaggio di pena in carcere” – imposto ai condannati per uno dei menzionati reati contro la PA corrisponde – pur solo *prima facie* – “un paragonabile incremento della tutela” di un qualche contrapposto interesse che possa vantare una caratura costituzionale pari a quella dell’art. 27/3 Cost. (foss’anche solo la “salvaguardia dell’ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini”, per usare le parole della appena citata sentenza n. 143 del 2013). Consapevoli, come si è visto, che a questo riguardo non potrà soddisfare il richiamo – comodo quanto inappagante – a “pure istanze di prevenzione generale a fini di deterrenza” (per usare la locuzione evocata, in chiave palesemente critica, in diverse ordinanze di rimessione), o a generiche ed indimostrate esigenze di offrire risposta ad vaghe istanze di allarme sociale.

Anche questo sforzo, tuttavia, non esaurirebbe la verifica.

Infatti, ove pur si ravvisassero giustificazioni concrete – ed empiricamente fondate – in ordine al necessario incremento di tutela per la “salvaguardia dell’ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini”, nella specifica *materia criminis* considerata – alcuni reati contro la PA – occorrerebbe motivare per quali ragioni siffatte istanze verrebbero meno – *in mente legis* – nei casi di “collaborazione” con l’autorità; dovendo dunque portare evidenze che consentano di avvalorare la “presunzione di stabilità del legame criminoso” che – qui come al cospetto del crimine organizzato – starebbe a base del meccanismo, e di affermare dunque – in questo come nell’altro contesto – la ragionevole attesa di un qualche contributo collaborativo “utile”, e valevole a sancire il distacco definitivo del condannato dal sodalizio di appartenenza, anche con riguardo ad uno dei neointrodotti reati: presupposti tutti della ragionevolezza della distinzione di trattamento, e del passaggio del potenziale collaborante per le “forche caudine” del 4 *bis*.

E sempre che – a monte – sia “costituzionalmente legittima la pretesa di collaborazione, sotto la pena di preclusione dell’accesso a benefici e misure alternative”, cioè che sia legittimo un trattamento deteriore e “sanzionatorio” che viene “prospettato come strumento di pressione”⁶⁷; e che tutto ciò sia ragionevolmente compatibile con il diritto al silenzio, riconosciuto dalla Corte stessa quale “corollario essenziale dell’inviolabilità del diritto di difesa, riconosciuto dall’art. 24 Cost.” e, come tale “appartenente al novero dei diritti inalienabili della persona umana”⁶⁸.

⁶⁷ Ne dubita, chiaramente, D. PULITANÒ, *Problemi dell’ostatività sanzionatoria. Rilevanza del tempo e diritti della persona*, in G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre? L’ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, Ferrara, 2019, 156 ss., 157.; analogamente, R. BARTOLI, *Contro la “normalizzazione delle deroghe”*, cit., 156.

⁶⁸ Nei termini espressamente chiariti, ancora, dalla stessa Corte costituzionale, nell’ordinanza n. 117 del 2019; al riguardo, la “pericolosa *deminutio* del diritto al silenzio, garantito dalla Costituzione”, è stigmatizzata anche da G.M. FLICK, *Le novelle su corruzione e dintorni: dal dire al fare o viceversa?*, in *Cass. pen.*, 2019, 3430 ss., § 5.

7.2. *L'assoluta inconsistenza del radicamento empirico della presunzione di pericolosità per i delitti contro la P.A. inclusi nel 4-bis.*

Se questo è il *thema probandum*, gli indizi reperibili in punto di vaglio di ragionevolezza della novazione legislativa in esame sembrano tutti di segno inequivocabilmente negativo; ed alcuni sono – ancora una volta – desumibili dalle stesse pronunce della Corte.

A partire proprio dalla giurisprudenza – sopra citata – sulle presunzioni di adeguatezza della custodia cautelare, che ha ritenuto legittima la presunzione legislativa – e la compressione dei valori costituzionali posti in bilanciamento – solo nell'ipotesi di associazione per delinquere di stampo mafioso, e solo limitatamente alle condotte di partecipazione “piena” al consorzio associativo, non ai casi limitrofi – e più melliflui – di concorso esterno o di reati comuni commessi al fine di agevolare l'associazione mafiosa (ossia aggravati dal famigerato art. 7, d.lgs. n. 152 del 1991, oggi inserita nell'art. 416 *bis* 1 c.p.): solo in quei casi, in altri termini, si è ritenuto necessaria la misura del carcere come strumento di sterilizzazione dei contatti con la “cosca”, in ragione del peculiare referente criminologico che fa da retroterra alla figura del (sospetto) “partecipe”.

Se è così, proprio scandagliando il sostrato criminologico che caratterizza le fattispecie recentemente incluse nel catalogo dell'art. 4-*bis*, in effetti, si avverte un evidente *deficit* di ragionevolezza della scelta legislativa: nessuno dei delitti contro la PA menzionati sembra tramandare, infatti, un quadro criminologico – per le peculiari modalità della condotta, per il retrostante “tipo d'autore”, o per il contesto ambientale di insieme – tale da giustificare su base empirica la necessità di un percorso immediatamente ed obbligatoriamente custodiale, e tantomeno un ritorno al “normale” binario penitenziario vincolato alla collaborazione⁶⁹.

La distanza da ogni ordine di ragione appare più evidente al cospetto di un reato come il peculato, contrassegnato da un referente criminologico che non evoca modalità di azione violente o minatorie, né alcuna prossimità a contesti di dimensione organizzata dell'attività criminosa⁷⁰; e che – per quanto qui maggiormente interessa – è

⁶⁹ Il discorso è generale, ed è scolpito nelle parole di D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale*, cit. 238 s.: “È prevedibile che nella grande maggioranza dei casi la richiesta collaborazione sia destinata a ritrarsi, di fronte alla mancanza di elementi idonei a mostrare la possibilità di una collaborazione utile. In tutti i casi di questo genere, la preclusione dei benefici verrebbe a cadere, e il passaggio per le forche caudine del 4-bis (incarcerazione comunque) si rivelerebbe ex post una complicazione (possiamo dire vessazione del condannato?) priva di qualsiasi utilità. Ciò potrebbe essere evidente sin da subito, alla luce degli accertamenti compiuti nel giudizio di merito. Giusto il contrario di un'evidenza empirica capace di giustificare una prognosi di pericolosità in assenza di collaborazione”; di qui la chiosa dell'autorevole penalista: “L'inserzione di corruzione, concussione e peculato nel sistema del 4-*bis* appare dunque irragionevole, per l'assenza di evidenze empiriche sulla possibilità stessa di una collaborazione utile post condanna, tale da prevalere, in caso di mancata collaborazione, sulle ragioni su cui normalmente poggia l'accesso ai benefici e misure alternative. In particolare, nel caso di condanna per peculato e concussione, non è dato capire quale collaborazione ci si possa attendere: forse un'autodenuncia per altri ipotetici delitti dei quali nulla si sa?”

⁷⁰ Con argomentazioni puntuali e convincenti, sul punto, v. ancora Cass., sez. I, ordinanza 18 giugno 2019,

reato monosoggettivo, cosicché è persino bizzarro pensare ad un meccanismo “condizionante” (o indirettamente premiale) basato sulla collaborazione, che al più sembrerebbe poter consistere in una sorta di confessione *post crimen patratum*, o ad una farraginoso procedura di validazione della collaborazione “impossibile” o “irrilevante” da parte del magistrato di sorveglianza⁷¹, che dunque renderebbe inutilmente vessatoria la sottoposizione al “giogo” del 4-bis.

Ma neppure le altre fattispecie⁷², per gravi che siano gli indici di astratto disvalore, sembrano minimamente congruenti rispetto al dispositivo insito nella meccanica dell’art. 4-bis, ed alla stessa *ratio* che lo ispira, giacché lo stesso fenotipo della corruzione sembra posto a distanza siderale rispetto all’archetipo originariamente prefigurato dal legislatore⁷³: ne è forse prova il fatto che nel contesto normativo dove si registra il più accentuato – e criticato – allineamento tra criminalità *white collar* e criminalità organizzata – le misure di prevenzione di cui al d.lgs. n. 159 del 2011 – l’inclusione dei soggetti indiziati di aver commesso uno dei reati contro la PA nelle figure di pericolosità specifica è stata limitata alla contestazione in chiave associativa (art. 416 c.p.)⁷⁴, quasi stabilendo un minimo denominatore comune che permetta – in qualche modo – di rendere non manifestamente irragionevole l’accostamento al crimine organizzato⁷⁵.

È un problema generale, dunque, come del resto autorevolmente evidenziato, giacché “una differenza tra collaboranti e non collaboranti, ai fini dell’accesso a benefici e misure alternative, ha senso con riguardo ad appartenenti a un mondo di criminalità organizzata, che si può supporre abbiano qualcosa da dire su quel mondo, al di là dei delitti per i quali siano sotto processo o già condannati”⁷⁶; e la stessa Corte

n. 31853, cit.

⁷¹ Nei termini di cui all’art. 4-bis, co. 1-bis, ord. pen.

⁷² Con riguardo all’art. 319-*quater* c.p., v. i perspicui rilievi di App. Palermo, ordinanza 29 maggio 2019.

⁷³ La ragionevolezza intrinseca della estensione dell’art. 4 bis ord. pen., con riguardo agli artt. 318 e 319 c.p., del resto, è stata messa in dubbio da diverse ordinanze di rimessione, segnatamente quelle del 15 novembre 2020, n. 7, 8, 9, 10 della Corte d’Appello di Roma.

⁷⁴ Ai sensi dell’art. 4, comma 1, lett. *i bis*), d.lgs. n. 159 del 2011, tra i soggetti destinatari delle misure di prevenzione rientrano anche – a seguito delle modifiche apportate dall’art. 1, comma 1, lett. d), della l. n. 161 del 2017 – i soggetti “indiziati del delitto di cui all’art. 640 bis o del delitto di cui all’art. 416 del codice penale, finalizzato alla commissione di taluno dei delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 316, 316 bis, 316 ter, 317, 318, 319, 319 ter, 319 quater, 320, 321, 322 e 322 bis del medesimo codice”.

⁷⁵ In prospettiva non distante, del resto – come evidenziato dalla Corte di Cassazione nella citata ordinanza della Sez. I, 18 giugno 2019, n. 31853 – la relazione illustrativa dell’elaborato della c.d. Commissione Orlando sulla riforma penitenziaria, da un lato evidenziava come solo eliminando gli “automatismi” e le “preclusioni impeditive o ritardanti l’avvio di un percorso trattamentale individualizzante in ragione del titolo di reato e delle caratteristiche personali del condannato, possono evitarsi profili di illegittimità costituzionale”, dall’altro riteneva giustificabili eventuali deroghe solo per “i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificamente individuati e comunque (per) le condanne per i delitti di mafia e terrorismo, ai quali possono essere assimilati – quali espressioni degli altri “casi di eccezionale gravità e pericolosità specificamente individuati” – anche le fattispecie già inserite nel primo comma, limitando gli spazi applicativi delle preclusioni, però, alle ipotesi associative e ai soggetti che rivestano un ruolo apicale in seno al sodalizio, fatta eccezione per alcuni delitti già annoverati nell’elencazione del comma 1, che, per loro struttura, implicano l’esistenza di profili organizzativi”.

⁷⁶ In questi termini, ancora D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale*, cit., 238; per analoghe perplessità, v. anche

costituzionale, d'altronde, sembra averne preso atto, nella importante sentenza su reati ostativi e permessi premio, evidenziando che nell'art. 4-bis ord. pen. sono stati inseriti reati "rispetto ai quali possono essere privi di giustificazione sia il requisito (ai fini dell'accesso ai benefici penitenziari) di una collaborazione con la giustizia, sia la dimostrazione dell'assenza di legami con un, inesistente, sodalizio criminale di originaria appartenenza [...]"⁷⁷; potendo in quella occasione correggere solo alcuni profili di irragionevolezza di un catalogo che – come uno specchio infranto – non riflette più alcuna immagine uniforme e coerente, né si lascia più ricomporre secondo alcun ordine di ragione⁷⁸.

G.M. FLICK, *Le novelle su corruzione e dintorni*, cit., 3430 ss., secondo il quale non distinguendo criminalità organizzata e corruzione "[n]on si coglie più l'elemento fondamentale della criminalità organizzata che ne determina la pericolosità ed il rifiuto da parte della maggioranza dei cittadini. Si applica il trattamento più severo previsto per la criminalità organizzata a ipotesi di corruzione non fisiologiche ma frequenti e "minori", come dimostra la recente applicazione a queste ultime del *trojan* e della necessità di collaborazione con la giustizia per ottenere misure alternative. Si rende così un pessimo servizio alla eguaglianza e alla ragionevolezza nella determinazione delle pene"; su questa linea anche E. AMATI, *L'enigma penale*, cit., 209 s., secondo il quale la disposizione sembra aver ormai "tradito la ratio originaria: da strumento strategico per la lotta al crimine organizzato, l'art. 4 bis appare oggi uno strumento di "governo dell'insicurezza sociale" con una accentuata valenza politico-simbolica (oltre che con effetti deleteri per il sistema dell'esecuzione penale)".

⁷⁷ Taluni profili di marchiana irragionevolezza che contaminano la scelta di inclusione dei reati contro la PA nel perimetro dell'art. 4 bis sono stati già evidenziati, senza giri di parole, nella citata sentenza n. 253 del 2019 (sulla quale v. ora A. SANTANGELO, *Nuovi profili di illegittimità del regime ostativo: la speranza di un permesso o il permesso di sperare?*, in corso di pubblicazione), ove la Corte – preso atto che "nella disposizione in esame, accanto ai reati tipicamente espressivi di forme di criminalità organizzata, compaiono ora, tra gli altri, anche reati che non hanno necessariamente a che fare con tale criminalità, ovvero che hanno natura mono-soggettiva", "e da ultimo, anche quasi tutti i reati contro la pubblica amministrazione" – ha espressamente rimarcato che, in un simile contesto, "[...], l'intervento parzialmente ablatorio realizzato sui reati di criminalità organizzata di matrice mafiosa deve riflettersi sulle condizioni predisposte dal primo comma della norma censurata, in vista dell'accesso al permesso premio dei condannati per tutti gli altri reati di cui all'elenco", poiché "[s]e così non fosse, deriverebbe dalla presente sentenza la creazione di una paradossale disparità, a tutto danno dei detenuti per reati rispetto ai quali possono essere privi di giustificazione sia il requisito (ai fini dell'accesso ai benefici penitenziari) di una collaborazione con la giustizia, sia la dimostrazione dell'assenza di legami con un, inesistente, sodalizio criminale di originaria appartenenza" (cosicché "[...] la mancata estensione a tutti i reati previsti dal primo comma dell'art. 4 bis ord. pen. dell'intervento compiuto dalla presente sentenza sui reati di associazione mafiosa finirebbe per compromettere la stessa coerenza intrinseca dell'intera disciplina di risulta").

⁷⁸ Queste considerazioni non appaiono smentite dalla recente sentenza n. 188 del 2019, che ha rigettato la questione di legittimità dell'art. 4-bis ord. pen. "nella parte in cui non esclude dal novero dei reati ostativi, ivi indicati, il reato di cui all'art. 630 cod. pen., ove per lo stesso sia stata riconosciuta l'attenuante del fatto di lieve entità, ai sensi della sentenza della Corte costituzionale n. 68 del 2012" (sentenza n. 188 del 2019).

È pur vero, infatti, che la sentenza n. 188 del 2019 - nel rigettare la questione - ha premesso che "le numerose modifiche intervenute negli anni, rispetto al nucleo della disciplina originaria, hanno variamente ampliato il catalogo dei reati ricompresi nella disposizione, in virtù di scelte di politica criminale tra loro disomogenee, accomunate da finalità di prevenzione generale e da una volontà di inasprimento del trattamento penitenziario, in risposta ai diversi fenomeni criminali di volta in volta emergenti [...]" e che, su queste basi, la Corte ha preso atto del fatto che ci si trova "[a]l cospetto di una disposizione che, ormai, ricollega un trattamento penitenziario più aspro all'allarme sociale derivante dal mero titolo di reato per cui è condanna", di modo che sarebbe "incongruo l'argomento del giudice a quo, secondo il quale se la fattispecie di reato è assistita dall'attenuante di lieve entità, essa dovrebbe essere, per ciò solo, espunta dal catalogo di cui l'art. 4-bis ordin. penit., sul presupposto che il riconoscimento di

8. Profili di perdurante rilevanza, attuale, prossima e futura.

Come si è già segnalato, con decisione del 26 febbraio 2020 la Corte costituzionale ha disposto la restituzione degli atti ai giudici remittenti per una valutazione della perdurante rilevanza della questione di legittimità costituzionale alla luce del *novum* giurisprudenziale rappresentato dalla sentenza in commento. Effettivamente, rispetto ai fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 3/2019, tale condizione appare tuttora soddisfatta soltanto con riguardo ai limiti stabiliti dall'art. 4-bis ord. pen. all'accesso ai benefici penitenziari dei permessi premio e del lavoro esterno poiché, come si è detto, rispetto a questi istituti è stata ritenuta non illegittima l'efficacia retroattiva della riforma. Ora, per quanto i profili di irragionevolezza di tali limitazioni possano apparire meno "gravi" se riferiti agli istituti in parola, attesa la *minore* incidenza dei medesimi sulla libertà personale, essi risiedono pur sempre nella pretesa di ridurre le possibilità di accesso a misure eminentemente orientate alla funzione rieducativa sulla base di una presunzione derivata dal titolo di reato per cui è stata pronunciata condanna. E, in effetti, si deve ricordare che l'importante sentenza C. cost. n. 253/2019, la cui argomentazione potrebbe essere in prospettiva decisiva con riguardo al tema della legittimità dell'ergastolo c.d. "ostativo" (ossia della preclusione dell'accesso alla liberazione condizionale), muove proprio dal problema dell'irragionevolezza dei limiti di accesso ai permessi premio⁷⁹.

quella attenuante priverebbe di ogni validità, sul piano logico e statistico, la presunzione di collegamento del condannato con organizzazioni criminali".

Nel far ciò, tuttavia, la Corte non sembra aver affatto smentito la necessità – costituzionalmente imposta – che la presunzione di pericolosità debba trovare un riscontro empirico nel referente criminologico sotteso ai singoli reati inclusi nell'art. 4-bis ord. pen., che appunto giustifichi il regime derogatorio che da tale inclusione discende. È proprio il peculiare sostrato criminologico del singolo reato che – al di là della stretta connessione con l'universo del crimine organizzato – deve giustificare, infatti, la particolare presunzione di pericolosità, legittimando la preclusione imposta a taluni "condannati" e l'impossibilità di accedere a percorso trattamentale extramurario, maggiormente congeniale a istanze rieducative.

E da questa prospettiva, si può forse comprendere la scelta della Corte, che non ha ritenuto la circostanza che il fatto concreto sia di lieve entità decisiva per emancipare le sottofattispecie "attenuate" di sequestro di persona dal referente criminologico originario (ritenendo, in particolare "[...] evidente che la concessione dell'attenuante in parola è rilevante ai soli fini della determinazione della pena proporzionata al caso concreto, mentre, nella logica dell'attuale art. 4-bis, comma 1, ordin. penit., una tale concessione non risulta idonea ad incidere, di per sé sola, sulla coerenza della scelta legislativa di considerare un determinato reato di particolare allarme sociale, ricollegandovi un trattamento più rigoroso in fase di esecuzione, quale che sia la misura della pena inflitta nella sentenza di condanna [...]").

⁷⁹ Sul punto, invero, si deve segnalare che nel dispositivo della sentenza C. cost. n. 253/2019 è stata dichiarata illegittima la condizione prevista dall'art. 4-bis ord. pen., limitatamente alla concessione dei permessi premio, per tutti i reati contemplati dalla norma e, quindi, si potrebbe concludere che già oggi i condannati per delitti contro la pubblica amministrazione possono accedere ai permessi premio alle stesse condizioni degli altri detenuti. Sennonché, nella motivazione, è stata precisata la legittimità della presunzione (una volta resa "relativa") di sussistenza di collegamenti del condannato con la criminalità organizzata e, quindi, del "regime di prova rafforzato" con riguardo alla condizione negativa dell'assenza

Al contrario, naturalmente, la sentenza n. 32/2020 non incide in alcun modo sulla rilevanza di una questione di legittimità che fosse sollevata, nei termini sopra descritti, nell'ambito di un procedimento relativo a fatti commessi posteriormente all'entrata in vigore della legge n. 3/2019.

In quest'ottica, semmai, si tratta di individuare in quale fase processuale la questione possa assumere rilevanza, con le consuete connotazioni di concretezza e necessaria strumentalità rispetto alla decisione del processo *a quo*⁸⁰.

Sul punto, ferma l'ovvia rilevanza in sede di incidente di esecuzione, è stata prospettata la possibilità per lo stesso pubblico ministero chiamato ad emanare l'ordine di esecuzione o finanche del giudice di ultima istanza di sollevare la questione in ragione del "vuoto di tutela" che, altrimenti, viene a generarsi (dimostrato proprio nelle vicende sfociate nella pronuncia in commento)⁸¹.

Traendo spunto da alcune considerazioni della Consulta, d'altra parte, può essere ipotizzata un'ulteriore anticipazione del momento processuale in cui una questione di legittimità sulla legittimità dell'inserimento dei reati contro la pubblica amministrazione nel catalogo dell'art. 4-bis ord. pen. potrebbe acquisire rilevanza. Infatti, a fronte dell'argomento, già esaminato, secondo cui la retroattività della legge n. 3/2019 lederebbe altresì il diritto di difesa (art. 24 Cost.) tradendo l'affidamento della parte nella legge al momento della scelta di una determinata strategia processuale, la Corte afferma che «tale rilievo è, in verità, di intuitiva evidenza», dato che «l'imputato, ad esempio, può determinarsi a rinunciare al proprio "diritto di difendersi provando" e concordare invece con il pubblico ministero una pena contenuta entro una misura che lo candidi sin da subito a ottenere una misura alternativa alla detenzione (...) ovvero decidere, all'opposto, di affrontare il dibattimento, confidando nella prospettiva che la pena che gli verrà inflitta, anche in caso di condanna, non comporterà verosimilmente il suo ingresso in carcere, per effetto di una misura alternativa che egli abbia una ragionevole aspettativa di ottenere».

di tali collegamenti nonché del pericolo di una loro futura ricostituzione. Si tratta, in effetti, di un regime che, laddove fosse ritenuto riferibile anche ai condannati per reati contro la pubblica amministrazione, mostrerebbe i profili di irragionevolezza sopra descritti anche con specifico riferimento alla concessione dei permessi premio.

⁸⁰ Su tali requisiti, sia consentito il rinvio a V. MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale*, cit., 202 ss.

⁸¹ Numerose ordinanze di remissione, infatti, sono state emanate nell'ambito incidenti di esecuzione avverso ordini di carcerazione eseguiti nelle settimane successive all'entrata in vigore della legge n. 3/2019 e che ora, dopo il pronunciamento della Corte costituzionale, sono evidentemente destinati all'annullamento (o, meglio, alla declaratoria di "temporanea inefficacia" in attesa che il condannato presenti istanza di affidamento in prova), tuttavia soltanto dopo che gli interessati sono stati sottoposti – a questo punto ingiustamente – ad un lungo periodo di detenzione.

Proprio per scongiurare tale esito era stata prospettata la possibilità che lo stesso Pubblico Ministero ovvero il giudice di ultima istanza potessero sollevare questione di legittimità senza contraddire il requisito della rilevanza (cfr. V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2019, 118 ss.); senza nascondersi che, in una prima occasione di confronto con tale problematica, la Suprema Corte ha manifestato una diversa opinione, circoscrivendo la rilevanza della questione alla sede esecutiva (Cass., Sez. VI, 14 marzo 2019, n. 12541, già citata *supra*, nota 14).

Orbene, come si è detto, proprio da tali osservazioni, poi rimaste di fatto in secondo piano rispetto alle questioni sotto l'angolo dell'art. 25/2 Cost., si possono trarre spunti sul piano della rilevanza di una questione di legittimità sulla legittimità *tout court* dell'inclusione dei reati contro la pubblica amministrazione nel catalogo dell'art. 4-bis ord. pen. Una volta riconosciuto che, evidentemente, tale scelta legislativa incide sull'andamento del procedimento ben prima che la condanna definitiva sia pronunciata e debba essere eseguita, infatti, il momento della rilevanza potrebbe concretarsi, ad esempio, già nella fase delle indagini preliminari, in cui l'indagato potrebbe formulare istanza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p. (eventualmente dopo aver acquisito il consenso del pubblico ministero rispetto all'applicazione di una pena inferiore ad anni quattro, la cui esecuzione sarebbe sospesa in caso di accoglimento della questione, e subordinando l'istanza alla proposizione della questione di legittimità). Indizi di rilevanza, in effetti, appaiono confermati da una sorta di ipotesi "controfattuale": laddove la questione dovesse essere ritenuta ammissibile soltanto se sollevata in sede esecutiva, l'eventuale accoglimento della medesima renderebbe probabilmente legittima anche l'istanza di riduzione di pena "postuma" da parte di chi non aveva richiesto la definizione del procedimento mediante rito speciale proprio perché scoraggiato dall'inclusione del reato contestato tra quelli "ostativi" ai sensi dell'art. 4-bis ord. pen.

Insomma, o perché sollevata con riguardo ai limiti di accesso ai benefici penitenziari del lavoro esterno e dei permessi premio, o perché ritenuta rilevante rispetto a fatti commessi dopo l'entrata in vigore della legge n. 3/2019 ben prima che i relativi procedimenti penali giungano a termine, non sembra poi così lontano il momento in cui la Corte costituzionale dovrà confrontarsi nuovamente con la stessa legittimità dell'ampliamento del catalogo dell'art. 4-bis ord. pen. ai reati contro la pubblica amministrazione.

9. L'ossessione custodiale e l'ostinata indifferenza della politica.

Se la Corte ha posto un importante freno "di sistema" ad arbitri legislativi che retroagiscano *in malam partem* sulla sfera di libertà dei detenuti, la cornice culturale in cui la sentenza si inquadra non rilascia, certo, messaggi rassicuranti, a fronte di una agenda politico-criminale incalzata da *slogan* che inseguono la "passione contemporanea" del "punire", la "certezza della pena" declinata come "certezza del carcere", il carcere inteso – sempre più – come luogo di marcescenza e non di recupero o di risocializzazione dell'individuo; un contesto complessivo, insomma, dove il catalogo dei reati ostativi – a dispetto della sua esile compatibilità costituzionale – dimostra una straordinaria resilienza e, persino, una "ostinata vitalità"⁸².

⁸² Sul punto, v. ancora i rilievi critici di F. FIORENTIN, *Sicurezza e diritti fondamentali nella realtà del carcere*, cit., 1602.

Sorprende non poco, in effetti, che mentre le Sezioni Unite della Cassazione saranno presto chiamate a decidere se nei 3 mq di “spazio minimo disponibile” da garantire ad ogni detenuto debba essere computato (o escluso) lo spazio occupato nella cella dal letto (singolo o “a castello”) e dal mobilio – giocandosi ormai la partita del rispetto dell’art. 3 CEDU sul filo dei centimetri – il legislatore continui ad attingere a piene mani alla “risorsa scarsa” della pena privativa della libertà, quasi intesa come strumento di “vendetta sociale”, con scelte irrispettose di ogni ordine di ragione e, prima e più in alto, del principio secondo il quale la privazione della libertà è legittima solo se limitata al “minimo sacrifico necessario”, e solo ove impellenti ed oggettive ragioni impongano di preferire il regime custodiale rispetto ad alternative extramurarie più congeniali all’istanza rieducativa.