

RIFLESSIONI A MARGINE DELLA LEGGE “SPAZZACORROTTI”

TRA PRESUNZIONI IRRAGIONEVOLI E NUOVE PRECISAZIONI SUL PRINCIPIO DI IRRETROATTIVITÀ DELLA LEGGE PENALE



Laura Spinelli

SOMMARIO 1. La legge “spazzacorrotti” e i primi dubbi di legittimità costituzionale. — 2. Un punto fermo: l’irragionevolezza della presunzione assoluta di pericolosità di cui all’art. 4-*bis* comma 1 ord. pen. — 3. Le insolite perplessità in merito all’estensione del regime ostativo ai reati contro la pubblica amministrazione. — 4. Il futuro dell’art. 4-*bis* ord. pen.: la chimera di un intervento legislativo. — 5. La giurisprudenza europea stilla acqua che scava la roccia, e la Corte costituzionale consacra una nuova lettura del principio di irretroattività della legge penale. — 6. Uno sguardo oltre i confini dell’art. 4-*bis* comma 1 ord. pen.: la Cassazione applica i principi della sentenza n. 32 del 2020 a un reato “di terza fascia”. — 7. Riflessioni conclusive.

1. La legge “spazzacorrotti” e i primi dubbi di legittimità costituzionale

Negli ultimi mesi, la legge 9 gennaio 2019 n. 3 ha fatto molto parlare di sé.

L’epiteto con cui è stata ribattezzata (“spazzacorrotti”) si deve al fatto che il legislatore ha inserito i delitti contro la pubblica amministrazione – ivi inclusa, appunto, la corruzione – nell’elenco dei reati ostativi “di prima fascia” di cui all’art. 4-*bis* comma 1 ord. pen.

Ciò implica l’impossibilità, per il relativo autore – al netto delle eccezioni previste dal successivo comma 1-*bis* –, di accedere alle misure alternative alla detenzione (nello specifico, la liberazione condizionale¹, l’affidamento in prova ai servizi so-

¹ Le preclusioni di cui all’art. 4-*bis* ord. pen. si estendono anche alla liberazione condizionale (art. 176 c.p.), come prevede l’art. 2, comma 1 D.L. n. 152 del 1991. Sulla trasformazione della liberazione condizionale «da *misura premiale-clemenziale* in *misura alternativa*, a più accentuata finalità specialprevenitivo-risocializzatrice, avvicinandosi di più al sistema anglosassone del *parole*» a seguito delle modifiche apportate alla disciplina della libertà vigilata (cui è sottoposto il detenuto ammesso alla liberazione condizionale), che diventa “assistita” dal servizio sociale, v. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, X edizione, Wolters-Kluwer-CEDAM, 2017, p. 818. Quanto invece alla detenzione domiciliare *ex art. 47 ord. pen.*, giova richiamare l’orientamento maggioritario secondo cui l’accesso a tale misura è in radice precluso ai condannati per un reato contemplato nell’elenco dell’art. 4-*bis* ord. pen. anche in presen-

ciali e la semilibertà) e ad alcuni benefici carcerari (come le licenze², il lavoro all'esterno e i permessi premio), in assenza di collaborazione con la giustizia ai sensi degli artt. 58-*ter* ord. pen. o 323-*bis* comma 2 c.p.³.

Inoltre, in ragione del rinvio mobile all'art. 4-*bis* ord. pen. contenuto nell'art. 656 comma 9 lett. *a*, al pubblico ministero è fatto divieto di sospendere l'ordine di esecuzione. Colui che sia stato condannato per uno di tali reati non ha quindi modo di chiedere di essere ammesso ad una misura alternativa mentre si trova in stato di libertà; è dal carcere che deve attendere di conoscere la sorte della propria istanza.

L'approvazione del testo definitivo della legge n. 3 del 2019 ha rinfocolato il dibattito circa la compatibilità costituzionale del regime ostativo penitenziario. Sono essenzialmente due i rilevati profili di attrito con la Carta fondamentale. Sotto il profilo della ragionevolezza, oltre ad essere dubbia la presunzione assoluta di pericolosità di cui all'art. 4-*bis* comma 1 ord. pen., si è biasimata la scelta di includere nella tassonomia di tale disposizione i reati contro la pubblica amministrazione, censurando – non per la prima volta – l'incoerenza criminologica che la caratterizza. Sotto il profilo del divieto di retroattività della legge penale sfavorevole, si è lamentata l'assenza di una disciplina transitoria che limitasse l'applicabilità della legge n. 3 del 2019 ai fatti commessi dopo la sua entrata in vigore.

2. Un punto fermo: l'irragionevolezza della presunzione assoluta di pericolosità di cui all'art. 4-*bis* comma 1 ord. pen.

Per ricostruire, seppur in sintesi, il senso della presenza di una norma come l'art. 4-*bis* ord. pen. all'interno dell'ordinamento, è necessario un approccio di carattere storico.

za dei requisiti che legittimano l'applicazione di altri benefici, compresa la collaborazione con la giustizia: così Cass. pen., sez. I, 20 maggio 2011, n. 20145, e anche Corte cost., 9 gennaio 2020 n. 50, con commento di LEO, *Detenzione domiciliare ordinaria: non illegittima la preclusione per i reati di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, in www.sistemapenale.it, 16 marzo 2020.

² Secondo autorevole dottrina, infatti, anche le licenze sono interessate dalla norma in esame perché aventi caratteristiche comuni alle altre misure di cui al capo VI ord. pen. Cfr. GREVI, GIOSTRA, DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Tomo I, IV edizione, Wolters Kluwer-CEDAM, 2011, p. 62.

³ Sul significato da attribuire al richiamo che l'art. 4-*bis* ord. pen. compie all'art. 323-*bis* comma 2 c.p. v. Corte cost. 12 febbraio 2020, n. 32, par. 2.1.

L’elaborazione politico-criminale del “doppio binario penitenziario” risale ai primi anni Novanta⁴ e si deve agli «intollerabili livelli di pericolosità sociale raggiunti dal triste fenomeno della criminalità organizzata»⁵, di cui le stragi di Capaci e via D’Amelio sono divenute il referente più noto.

Le peculiarità dei fenomeni associativi mafiosi, in termini di tendenziale inscindibilità del vincolo di appartenenza, pervicace presenza sul territorio, capacità di intimidazione, cultura dell’omertà e impenetrabilità del consorzio, hanno imposto l’adozione di strumenti reattivi eccezionali e pervasivi, non solo nelle fasi di criminalizzazione e accertamento dei fatti di reato, ma anche in sede esecutiva.

In quest’ottica, si è scelto di precludere agli autori dei delitti c.d. “di contesto mafioso”, ovvero di matrice terroristica o eversiva, l’accesso alle misure alternative alla detenzione e ai benefici penitenziari in mancanza di collaborazione con la giustizia, e ciò per almeno due ragioni. La prima risiede nel considerare l’assenza di un fattivo dialogo con l’autorità giudiziaria – volto ad evitare che l’attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, a raccogliere elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l’individuazione o cattura dei soggetti coinvolti, ovvero ad assicurare il sequestro delle somme o altre utilità trasferite – sintomo inequivoco di una perdurante appartenenza alla consorceria criminale e dunque della pericolosità sociale del condannato, che ne giustifica la detenzione intramuraria⁶. La seconda, prevalente ragione è di natura repressiva, e si appunta sulla constatazione che la collaborazione è uno strumento di efficacia ineguagliabile nella lotta alla criminalità organizzata, spesso l’unico in grado di restituire agli inquirenti le coordinate di fondo dell’azione del gruppo.

La stretta relazione che l’art. 4-*bis* ord. pen. intesse tra la collaborazione con la giustizia e la possibilità di accedere ai benefici penitenziari, realizzando un percorso esecutivo differenziato in ragione del titolo di reato, è stata oggetto di obiezioni in punto di legittimità costituzionale.

In un primo momento, le censure sono state respinte – non senza perplessità⁷.

⁴ L’art. 4-*bis* legge 26 luglio 1975 n. 354 è stato introdotto con D.L. 13 maggio 1991 n. 152, (convertito con modificazioni dalla legge n. 203 del 1991). Per una panoramica sulla progressiva stratificazione normativa che ha interessato l’art. 4-*bis* ord-pen., v. FIORIO, *Il “doppio binario” penitenziario*, in *www.archiviopenale.it*, 2018, n. 1, e ROMICE, *La collaborazione impossibile. Note sui margini di superamento dei divieti di cui all’art. 4-bis o.p.*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, n. 6.

⁵ Corte cost., 22 febbraio 1995, n. 68.

⁶ Cfr. Corte cost., 5 luglio 2001, n. 273.

⁷ In Corte cost., 11 giugno 1993, n. 306, dopo aver riconosciuto come «la soluzione adottata, di inibire l’accesso alle misure alternative alla detenzione ai condannati per determinati gravi reati, abbia comportato una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena», i giudici affermano che

A tal fine, i giudici della Consulta hanno valorizzato la teoria polifunzionale della pena, e affermato che gli obiettivi cui tende la sanzione penale – di prevenzione generale e difesa sociale da un lato, di prevenzione speciale e rieducazione dall’altro – non sono collocati in una gerarchia stabile e assoluta, ma spetta al legislatore decidere quale far prevalere di volta in volta, nei limiti della ragionevolezza e purché nessuno di essi risulti del tutto sacrificato⁸.

Se l’esigenza è contrastare un fenomeno delinquenziale grave, ramificato e impenetrabile come la criminalità organizzata, è ragionevole la preferenza accordata dal legislatore alla finalità di deterrenza della pena, con conseguente compressione di quella rieducativa, ritenuta peraltro non interamente obliterata.

Si è osservato infatti che, in realtà, la norma in questione non contiene una preclusione assoluta di accesso ai benefici penitenziari, poiché la possibilità di fruire comunque della liberazione anticipata smentisce la tesi secondo cui vi sarebbe equiparazione tra il condannato non collaborante e il soggetto attualmente pericoloso. In aggiunta, e a ben guardare, l’inaccessibilità ai predetti benefici non dipende in via automatica dall’art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen. «ma deriva dalla scelta del condannato di non collaborare, pur essendo nelle condizioni di farlo»⁹.

Queste conclusioni sono state fortemente messe in discussione dagli ultimi sviluppi della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale.

Da un canto, è innegabile lo sviluppo di una maggiore attenzione, interna ed europea¹⁰, al tema del finalismo rieducativo della pena. Ne ha riconosciuto di recente l’assoluta pregnanza il Giudice delle leggi, affermando il principio di «non sacrificabilità della funzione rieducativa sull’altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pe-

«la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzionalità e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di “tipi di autore”, per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita».

⁸ Cfr. Corte cost., 11 giugno 1993, n. 306. Inequivocabile sul punto la più risalente Corte cost., 21 novembre 1974, n. 264.

⁹ Corte cost., 9 aprile 2003, n. 135. Nello stesso senso Cass. pen., sez. I, 17 settembre 2013, n. 15982.

¹⁰ Il riferimento è *in primis* alla recente sentenza Corte EDU, *Viola c. Italia*, 13 giugno 2019, ric. n. 77633/16, in tema di ergastolo ostativo, con commento di SANTINI, *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta “via di scampo”: dalla corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana*, in www.penacontemporaneo.it, 1 luglio 2019; ma v. anche Corte EDU, G.C., *Vinter e altri c. Regno Unito*, 9 luglio 2013, ric. nn. 66069/09, 130/10, 3896/10; Corte EDU, G.C., *Murray c. Paesi Bassi*, 26 aprile 2016, ric. n. 10511/10.

na»¹¹. In particolare, i criteri imperniati sulla gravità del reato e sull'esigenza di «lanciare un robusto segnale di deterrenza nei confronti della generalità dei consociati»¹² non possono «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»¹³.

Per altro verso, non solo si è ammesso il carattere effettivamente assoluto della preclusione che associa la mancata collaborazione la giustizia alla perdurante pericolosità del condannato, ma pure che essa è in contrasto con le condizioni poste dalla giurisprudenza costituzionale per l'uso delle presunzioni assolute nella legislazione penale. Esse sono incompatibili con il canone di uguaglianza-ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*, quando non trovano corrispondenza «in dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*, evenienza che si verifica allorché sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa»¹⁴.

Ebbene, l'osservazione empirico-fattuale dimostra che, così come la scelta di collaborare può essere dovuta a motivi utilitaristici, lontani dal ravvedimento e dall'effettivo distacco dal mondo criminale di origine, la decisione di non farlo può essere ricondotta a ragioni diverse dall'odierna appartenenza al vincolo, *in primis* il timore di possibili ritorsioni¹⁵.

La presenza di una presunzione assoluta di tal fatta finisce allora per rendere prevalente l'obiettivo di prevenzione generale a scapito della funzione rieducativa, che presuppone una pena proporzionata al fatto (e non alle condotte successive), e postula un trattamento penitenziario ispirato a criteri di progressività, individualizzazione e flessibilità¹⁶, conseguibile solo attraverso l'osservazione costante, attuale e *concreta* del comportamento del detenuto. In questo senso, la decisione di non col-

¹¹ Corte cost., 21 giugno 2018, n. 149, par. 7. Per un commento, v. DOLCINI, *Dalla corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 7-8 p. 154 ss.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Corte cost., 14 aprile 2010, n. 139, in materia di presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere. Per ciò che concerne l'incriminazione della condotta di coltivazione di sostanze stupefacenti, v. *ex multis* Corte cost., 13 luglio 1995, n. 360 e, più di recente, Corte cost., 9 marzo 2016, n. 109. V. anche Corte cost., 10 luglio 1991, n. 333, richiamata, tra le altre, da Corte cost., 11 giugno 2008, n. 35.

¹⁵ In questi termini, in tema di ergastolo ostativo, anche la recente sentenza della Corte EDU, *Viola c. Italia (n. 2)*, 13 giugno 2019, ric. n. 77633/16, par. 118 e 119.

¹⁶ Cfr. Corte cost., 9 ottobre 2019, n. 229, par. 4.1.

laborare si atteggia a sbarramento invalicabile che impedisce al giudice di esaminare i reali motivi ad essa sottesi, il grado di partecipazione del condannato al percorso rieducativo ai fini dell'accesso a misure alternative nonché il contesto esterno al carcere in cui dovrebbe avvenire il reinserimento, che potrebbe essere mutato rispetto al *tempus commissi delicti*.

Queste considerazioni sospingevano verso un *overruling* che non si è fatto attendere¹⁷. Con sentenza n. 253 del 2019 la Corte costituzionale, riguardo alla fruizione dei permessi premio, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 4-*bis* comma 1 ord. pen., trasformando la presunzione da assoluta a relativa¹⁸. Ora l'accesso a tale beneficio è consentito anche a chi non collabora con la giustizia, purché siano acquisiti «elementi tali da escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti»¹⁹.

Estendendo l'esame all'intero comma 1 dell'art. 4-*bis* ord. pen., è evidente che se la presunzione assoluta contenuta nella norma in parola non ha diritto di cittadinanza nell'ordinamento neppure rispetto ai reati “di contesto mafioso”, i più gravi tra quelli elencati, sulla cui fisionomia l'istituto della collaborazione è stato concepito, *a fortiori* essa è irragionevole quando applicata agli autori degli altri delitti “di prima fascia”, compresi quelli contro la pubblica amministrazione.

È infatti ancora più agevole, per gli altri reati citati dall'art. 4-*bis* comma 1 ord. pen., immaginare scenari che smentiscono la generalizzazione per cui la mancata collaborazione con la giustizia implica la permanenza del legame con l'associazione e la conseguente pericolosità sociale del condannato, perché si tratta di fattispecie che possono essere (per non dire *sono*: si pensi al peculato) integrate anche in assenza di qualunque connessione con il crimine organizzato. Gli stessi giudici della Consulta,

¹⁷ Sulla tecnica argomentativa quasi “maieutica” usata dalla Corte per superare la posizione rinchiusa nella sentenza n. 306 del 1993, estraendone «valutazioni oggettivamente severe sulla normativa impugnata [...] le quali oggettivamente giovano più al nuovo esito che al vecchio», v. CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi-premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, in *Osservatorio costituzionale*, 2020, n. 1, 4 febbraio 2020, p. 214.

¹⁸ La pronuncia si colloca nel solco di una recente tendenza dei giudici di Palazzo della Consulta che abdica al tradizionale atteggiamento di *self-restraint* rispetto alle scelte legislative in materia penale e si discosta dalla teoria delle “rime obbligate”. A tal proposito, v. Corte cost., 7 novembre 2018, n. 233; Corte cost., 21 settembre 2016, n. 236; Corte cost., 25 settembre 2019, n. 242 (sul noto caso Cappato). In dottrina, tra le molte voci occupatesi delle citate sentenze e del tema in generale, v. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *www.giurcost.org*, 3 febbraio 2020; CATALANO, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza “rime obbligate”*, in *Osservatorio costituzionale*, 2020, n. 2, p. 288 ss.

¹⁹ Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 253.

del resto, si riferiscono ai tali delitti come a fattispecie rispetto alle 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»²⁰.

Pertanto la Corte costituzionale, inizialmente chiamata ad esprimersi rispetto alla presunzione di pericolosità associata ai condannati per delitti afferenti alla criminalità organizzata, per non «compromettere la stessa coerenza intrinseca della disciplina di risulta»²¹ si è vista costretta a dichiarare l'illegittimità in via consequenziale dell'art. 4-*bis* comma 1 ord. pen., nel senso anzidetto, anche per reati «diversi da quelli di cui all'art. 416-*bis* c.p. e da quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste»²².

Tentando una sintesi, il quadro normativo relativo alla fruizione dei permessi premio per i colpevoli di un reato "di prima fascia" può essere ricostruito, in prospettiva diacronica, nei termini che seguono. Anteriormente alla sentenza n. 253 del 2019, il condannato per tali delitti poteva accedere al permesso premio collaborando con la giustizia oppure dimostrando dapprima l'impossibilità o l'irrilevanza della propria collaborazione e poi l'assenza di collegamenti attuali con la criminalità mafiosa, terroristica o eversiva. La declaratoria di illegittimità costituzionale non ha estromesso dal sistema il meccanismo di equipollenza di cui all'art. 4-*bis* comma 1-*bis* ord. pen.²³, ma ha introdotto un *tertium genus* tra la collaborazione utile e quella inesigibile/irrilevante: la collaborazione non prestata che, se associata alla dimostrazione dell'assenza di rapporti attuali o potenziali con la criminalità organizzata, non determina più un ostacolo processuale in grado di impedire aprioristicamente l'esame nel merito dell'istanza presentata dal condannato.

²⁰ *Ibidem.*

²¹ *Ibidem.*

²² *Ibidem.*

²³ La Corte di Cassazione si è espressa, con una serie di pronunce a catena, nel senso dell'abrogazione (rispetto ai permessi premio) dell'art. 4-*bis* comma 1-*bis* ord. pen. per incompatibilità con la normativa di risulta, perché istitutivo di un requisito volto a superare un'ostatività ora inesistente: cfr. Cass. pen., sez. I, 14 gennaio 2020, nn. 3307, 3308, 3309, 3310, 3311, 3313, 3314. Di segno contrario la successiva sentenza Cass. pen., sez. I, 28 gennaio 2020, n. 5553. Sulla persistente utilità, per il detenuto, dell'accertamento di una collaborazione impossibile, v. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentenze nn. 253 e 263 del 2019*, in *Rivista AIC*, 2020, n. 1, p. 515 ss., e RICCI, *Riflessioni sull'interesse del condannato per delitto ostativo e non collaborante all'accertamento di impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione con la giustizia ex art. 4-bis, comma 1-bis, o.p. a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 253 del 2019*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, n. 1.

È chiaro che la scelta di collaborare continua ad essere un indice forte dell'avvenuta rescissione del legame con l'organizzazione criminale, la quale comunque, "tradita" e oggettivamente danneggiata dalla confessione, non tollererebbe alcun riavvicinamento del "pentito". Non è più, però, l'unico fattore a poter essere valorizzato ai fini del reinserimento sociale del condannato, e in ciò sta la differenza rispetto al passato²⁴.

Differenza che, dal punto di vista sistematico, risulta decisiva.

L'impressione è che la Corte costituzionale abbia lasciato gli ormeggi e si sia spinta in mare aperto. Se è vero, infatti, che la sentenza n. 253 del 2019 non è la prima ad occuparsi della legittimità della disciplina che ruota attorno all'art. 4-*bis* ord. pen., va detto che con le pronunce precedenti la Corte è rimasta alle periferie della materia, agendo su alcune propaggini applicative connotate da patenti asperità²⁵. Con la declaratoria in esame, al contrario, i giudici della Consulta si sono spinti fino al cuore della disciplina dell'ostatività, mettendo in discussione il ricorso all'istituto della collaborazione quale chiave di accesso ai benefici penitenziari.

Le argomentazioni usate dal Giudice delle leggi hanno all'evidenza una portata generale e non limitata all'istituto del permesso premio. Invero il fulcro della declaratoria di illegittimità sta nell'enfasi posta sull'irriducibilità della funzione rieducati-

²⁴ Nondimeno, in dottrina si è affermato che l'accesso al permesso premio per i colpevoli di un reato di stampo mafioso è rimasto, anche dopo l'intervento correttivo della Corte costituzionale, «ben difficile», e che la presunzione contenuta nella normativa di risulta può dirsi, più che relativa, «semi-assoluta»: v. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio*, cit. Di un "ritorno alle origini", a «prima dell'inasprimento dell'art. 4-*bis* intervenuto - tra la strage di Capaci e quella di Via D'Amelio - con il decreto legge n. 306 dell'8 giugno 1992, convertito in legge n. 356 del 7 agosto 1992» parla PUGIOTTO, *Due decisioni radicali*, cit., p. 7, nel sottolineare come l'allarmismo alimentato dai media sul presunto smantellamento del sistema voluto da Giovanni Falcone – con l'insinuante sottinteso dell'inutilità dei sacrifici del giudice palermitano e di chi, come lui, ha creduto nella lotta alla "piovra", mischiato non sempre velatamente alla retorica degli alti vertici collusi – sia in realtà un «falso storico e giuridico». Tra le molte levate di scudi giornalistiche, anche le voci di TRAVAGLIO, *Fine pena vediamo*, in *Il Fatto Quotidiano*, 11 ottobre 2019, e ABBATE, *Perché togliere l'ergastolo ai boss mafiosi è un gravissimo errore*, in *L'Espresso*, 7 ottobre 2019. Con toni più miti CALCATERRA, *Ai magistrati il compito di decidere se trasformare il fine pena mai in una pena temporanea*, in *Il Sole 24 Ore*, 21 ottobre 2019; BIANCONI, *Ergastolo ostativo, ecco i mafiosi che potrebbero chiedere i permessi (e le tre condizioni per averli)*, in *Corriere della Sera*, 23 ottobre 2019.

²⁵ Cfr. Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 239 (sul divieto di accesso alla detenzione domiciliare speciale di cui all'art. 47-*quinquies* ord. pen. e alla detenzione domiciliare ordinaria ex 47-*ter*, comma 1, lett. a e b ord. pen.) e Corte Cost., 21 giugno 2018, n. 149, in *tandem* con Corte cost., 9 ottobre 2019, n. 229 (sul divieto di accesso ai benefici penitenziari di cui all'art. 4-*bis* ord. pen. per i condannati all'ergastolo e a pena detentiva temporanea per i delitti ex artt. 630 c.p. e 289-*bis* c.p. che abbiano cagionato la morte del sequestrato, prima dell'espiazione, rispettivamente, di 26 anni e di due terzi della pena inflitta).

va della pena, vero e proprio dovere costituzionale al quale devono tendere, pur con geometrie variabili, tutte le misure previste dal capo VI ord. pen. e il cui raggiungimento è pregiudicato dall’esistenza di presunzioni assolute che imbrigliano la valutazione concreta dell’organo di sorveglianza.

Inoltre, *rebus sic stantibus*, la circoscritta operatività del nuovo meccanismo presuntivo potrebbe generare indesiderati contraccolpi sull’obiettivo rieducativo. I dati statistici dimostrano come la prospettiva della progressiva acquisizione di maggiori spazi di libertà riduca il tasso di recidiva e aumenti il livello di *compliance* del detenuto al trattamento penitenziario. Limitare al permesso premio le occasioni di risocializzazione di un detenuto “ostativo” (non collaborante) implica il rischio di incentivare il condannato in permesso a non fare rientro in carcere, rischio che aumenta esponenzialmente nel caso di ergastolani, non avendo essi «null’altro da perdere se non le proprie catene»²⁶.

Non è peregrino immaginare, insomma, che l’art. 4-*bis* comma 1 ord. pen., inerte il legislatore, verrà interessato in futuro da altre questioni di legittimità costituzionale riguardanti l’accesso ai restanti benefici penitenziari²⁷.

3. Le insolute perplessità in merito all’estensione del regime ostativo ai reati contro la pubblica amministrazione

L’art. 4-*bis* ord. pen. sembra presentare dei margini di irrazionalità che non si arrestano all’esistenza di una presunzione assoluta – la quale, è bene ribadirlo, al netto di ciò che concerne i permessi premio è ancora operativa –, ma si allargano alla scelta legislativa di includere nell’elenco già «complesso, eterogeneo e stratificato»²⁸ dei reati ostativi anche i delitti contro la pubblica amministrazione.

Ci si interroga, in particolare, sulla ragionevolezza della presunzione di pericolosità associata agli autori di tali delitti, posto che a livello strutturale essi non presentano punti di contatto con l’universo della criminalità organizzata, terroristica o eversiva, né a livello fenomenologico hanno necessariamente a che fare con le più gravi forme di delinquenza associativa.

²⁶ PUGIOTTO, *Due decisioni radicali*, cit., p. 517.

²⁷ Parla di «conto alla rovescia per il superamento dell’ergastolo ostativo» PUGIOTTO, *Due decisioni radicali*, cit., p. 516. L’atteggiamento di attesa è condiviso da CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi-premio*, cit., p. 224 ss.

²⁸ Corte cost., 5 giugno 2019, n. 188.

Si potrebbe obiettare, tra l'altro con l'autorevole avallo della Corte costituzionale, che la *ratio* originaria dell'art. 4-*bis* ord. pen., – di istituire un trattamento esecutivo diversificato, di maggior rigore, per i colpevoli di reati “di contesto mafioso” –, «si è andata progressivamente perdendo»²⁹, e che attualmente tale norma, speciale e restrittiva, risponde all'esigenza di garantire un accesso contingentato ai benefici penitenziari a soggetti «che si presumono socialmente pericolosi *unicamente* in ragione del titolo di reato per il quale la detenzione o l'internamento sono stati disposti»³⁰.

In altre parole, facendo leva sul progressivo e tentacolare ampliamento del raggio applicativo della norma, ora esteso a delitti estremamente diversi tra loro, si potrebbe essere tentati di sostenere la tesi dell'eterogenesi dei fini, per cui allo stato attuale il trattamento esecutivo dei delitti ostativi deriverebbe *sic et simpliciter* dalla gravità astratta del reato.

L'obiezione non coglie nel segno. Diversi indizi dimostrano che la *ratio* dell'art. 4-*bis* comma 1 ord. pen. è *ancora* quella di indurre il trattamento penitenziario riservato a soggetti ritenuti pericolosi per via di un potenziale collegamento con il crimine organizzato.

Dal punto di vista testuale, deve essere opportunamente valorizzato il comma 1-*bis* dello stesso art. 4-*bis* ord. pen., che individua la collaborazione irrilevante o impossibile come succedaneo della collaborazione prestata a patto che si dimostri l'assenza di legami attuali con la criminalità organizzata. Questo meccanismo di equivalenza non fa che esplicitare la presunzione su cui si regge il comma precedente: la supposta attualità di un legame con la criminalità organizzata per gli autori dei reati ivi elencati induce a considerarli socialmente pericolosi e suscettivi di detenzione intramuraria, a meno che non collaborino.

A ciò si aggiunge la recente presa di posizione della Corte costituzionale, che avrebbe potuto proseguire sulla strada già tracciata³¹ identificando la *ratio* dell'art 4-*bis* ord. pen. nella necessità di contenere il generico allarme sociale generato dai gravi reati ivi elencati, discrezionalmente enucleati dal legislatore; avrebbe potuto non entrare nel merito della disciplina ostativa, e sfruttare l'*assist* delle ordinanze di remissione, che chiedevano la declaratoria di incostituzionalità appuntandosi sulla peculiarità dell'istituto del permesso premio³².

²⁹ *Ibidem.*

³⁰ *Ibidem.*

³¹ *Ibidem.*

³² I giudici di legittimità hanno sostenuto che i permessi premio abbiano «una connotazione di contingenza che non ne consente l'assimilazione integrale alle misure alternative alla detenzione,

Invece ha optato per una pronuncia di ampio respiro che, nel correggere il tiro della disposizione censurata, svela nitidamente la trama in filigrana del regime ostativo. Il senso della norma sta nella convinzione del legislatore che «la commissione di determinati delitti dimostri l'appartenenza dell'autore alla criminalità organizzata, o il suo collegamento con la stessa, e costituisca, quindi, un indice di pericolosità sociale incompatibile con l'ammissione del condannato ai benefici penitenziari extramurari»³³. Stante questa premessa, nel rimodellare la presunzione nel senso della relatività, la Corte, seguendo le indicazioni ricavabili dal comma 1-*bis*, individua nella dimostrazione dell'assenza di legami attuali e potenziali con il crimine organizzato l'*ubi consistam* della prova contraria che il detenuto può fornire per ridimensionare il valore legale attribuito alla mancata collaborazione.

Se, quindi, il senso dell'art. 4-*bis* comma 1 ord. pen. è evitare che il gruppo criminale di appartenenza, dedito alla commissione di gravi reati contro l'ordine pubblico, riassorba il condannato uscito (anche solo temporaneamente) dal carcere, non si può non dubitare della ragionevolezza dell'applicazione di una simile disposizione agli autori di reati contro la pubblica amministrazione, strutturalmente privi di quel sostrato operativo pluripersonale che nel suo agire in senso parallelo alle legalità, con obiettivi su larga scala e tramite un sistema coordinato di uomini e mezzi, mina alle fondamenta l'ordinamento.

Con ciò non si vuole negare che i reati contro la pubblica amministrazione possano, nel loro concreto manifestarsi, piegarsi ai disegni del crimine organizzato. A tal riguardo, tuttavia, si impongono alcune precisazioni.

Intanto l'indagine empirica mette in luce come il problema riguardi in modo pressoché esclusivo la corruzione, e questo induce a interrogarsi, in prima battuta, sulla scelta legislativa che ha inteso fare, come si suol dire, "di tutta l'erba un fascio". La legge n. 3 del 2019 ha invero esteso il regime di cui all'art. 4-*bis* comma 1 ord. pen. anche a peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, i quali peraltro hanno struttura monosoggettiva³⁴, sono tendenzialmente volti al profitto personale e di rado assurgono ad una dimensione sistematica, esprimendosi al

perché essi non modificano le condizioni restrittive del condannato»: cfr. Cass. pen., sez. I, ord. 20 dicembre 2018, n. 57913 (par. 4.1), con commento di UBIALI, *Ergastolo ostativo e preclusione all'accesso ai permessi premio: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3 e 27 Cost.*, in www.penalecontemporaneo.it. 28 gennaio 2019.

³³ Corte cost., 21 giugno 2018, n. 149 (par. 7.1).

³⁴ Sono *tranchant* le parole di PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, n. 3, p. 239: «In particolare nel caso di condanna per peculato o concussione, non è dato capire quale collaborazione ci si possa attendere: forse un'autodenuncia per altri ipotetici delitti dei quali nulla si sa?»

contrario in condotte perlopiù episodiche.

In secondo luogo, se è incontrovertibile l'intensità preoccupante raggiunta dai rapporti tra corruzione e crimine organizzato, da più parti denunciata³⁵, non va dimenticato che «là dove entrino in campo le associazioni criminali di tipo mafioso e il fenomeno corruttivo sia ad esse strettamente legato – in altre parole, nei casi in cui vi sia una collusione sistematica e pervasiva tra settori della criminalità mafiosa, della Pubblica Amministrazione e della impresa – ci troviamo [...] di fronte ad una realtà che non è quella corruttiva comune e che richiama l'uso degli strumenti utili a combattere la criminalità organizzata di tipo mafioso, non gli strumenti destinabili a fronteggiare la corruzione in sé e per sé»³⁶.

In quest'ottica, traendo insegnamento da una delle vicende più note della storia repubblicana italiana, “Mani Pulite”³⁷, quale utile testimonianza del fatto che possono esistere fenomeni corruttivi, anche ad alti livelli, senza rapporti con il crimine organizzato, giova richiamare il monito di autorevole dottrina che, in modo quasi profetico, solo pochi mesi prima dell'approvazione del testo della legge n. 3 del 2019, invitava a «stare ben attenti a non collegare sistematicamente sia sul piano degli accertamenti giudiziari sia sul piano della disciplina penale alla criminalità organizzata la corruzione, che merita una autonoma elaborazione»³⁸.

Del resto anche chi, in dottrina, ha segnalato come tra corruzione e crimine organizzato intercorra un «legame criminologico elettivo»³⁹ non ha trascurato di premettere le opportune distinzioni tra corruzione “episodica o pulviscolare”, corruzione “strutturale-sistemica” (ma non necessariamente mafiosa) e vera e propria corruzione *mafiosa*⁴⁰.

³⁵ Il pubblico ministero Di Matteo ha affermato in un'intervista che «mafia e corruzione sono due facce della stessa medaglia», cfr. PALAZZOLO, *Di Matteo: “La politica è incapace di colpire i corrotti, troppi attacchi ai pm”*, in *La Repubblica*, 24 aprile 2016. V. anche le parole di De Raho riportate nell'articolo di STELLA, *Italiani, un popolo di sfiduciati: «Mafia e corruzione? Normali»*, in *Corriere della Sera*, 18 ottobre 2018.

³⁶ La citazione è tratta da COCCO, *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell'alveo dei principi liberali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2018, n. 2, p. 377.

³⁷ La bibliografia sull'argomento è sterminata. Tra i volumi più celebri quello di DI PIETRO, *Intervista su Tangentopoli*, a cura di G. Valentini, Laterza editore, 2001.

³⁸ Così COCCO, *Le recenti riforme*, cit., p. 377.

³⁹ MONGILLO, *Crimine organizzato e corruzione: dall'attrazione elettiva alle convergenze repressive*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2019, n. 1, p. 165.

⁴⁰ Le tre categorie sono riportate da MONGILLO, *Crimine organizzato e corruzione*, cit., p. 164, che richiama il lavoro di CANTONE, CARLONI, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Feltrinelli, 2018, pp. 59-65.

L'impressione, insomma, è che la parificazione trattamentale dei due gruppi di fattispecie prevista dalla legge n. 3 del 2019 affondi le proprie radici in una almeno parziale mistificazione della realtà, perché pretende di rinvenire il medesimo grado di pericolosità sociale in capo ad autori di reati che *sono* di stampo mafioso, terrorista o eversivo e autori di reati che *potrebbero* esserlo, imponendo a entrambi lo stesso grado di privazione della libertà personale. Considerato che il principio di uguaglianza prescrive, secondo il noto adagio, di trattare in modo uguale situazioni uguali e in modo diverso situazioni diverse, è difficile negare che la disciplina in parola si traduca in una violazione dell'art. 3 Cost.

Il fatto che la presunzione contenuta nell'art. 4-*bis* comma 1 ord. pen. sia costruita in forma assoluta senz'altro drammatizza il divario ontologico presente tra le due categorie di reati; ma anche il correttivo apportato per l'ipotesi specifica dei permessi premio dalla Corte costituzionale – la quale, costretta entro i limiti del *petitum*, non avrebbe potuto fare diversamente senza sostituirsi al legislatore – non sposta i termini del problema. Resta infatti l'illogicità di fondo per cui si addossa *anche* all'autore di un reato contro la pubblica amministrazione interessato ad accedere ai benefici penitenziari l'onere di smentire ogni rapporto con la criminalità organizzata⁴¹, benché resosi colpevole di un fatto che, dal punto di vista tipico e criminologico, non per forza (per non dire, in alcuni casi, *difficilmente*) è inquadrabile in contesti di matrice mafiosa⁴².

Soprattutto, è tenuto a farlo dal carcere: non va dimenticato, infatti, che uno dei profili più rilevanti della disciplina ostativa sta nel divieto per il pubblico ministero di sospendere l'ordine di esecuzione *ex art.* 656 comma 9 c.p.p. Il risultato è un «forzoso assaggio di pena»⁴³ per gli autori dei reati contro la pubblica amministrazio-

⁴¹ Sulla difficoltà di definire con precisione il contenuto dell'onere dimostrativo addossato al detenuto, chiamato a fornire una prova negativa, v. GREVI, GIOSTRA, DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit. p. 83 ss. Quanto all'individuazione dell'organo competente all'esame dell'istanza di ammissione al beneficio penitenziario e della procedura – tema toccato solo *per incidenza*, dalla Corte costituzionale –, si rimanda alle suggestioni di PUGIOTTO, *Due decisioni radicali*, cit., p. 513 ss. Sul punto, v. anche RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *www.sistemapenale.it.*, 12 dicembre 2019, e RICCI, *Riflessioni sull'interesse del condannato*, cit., p. 14.

⁴² Cristallino al riguardo CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi-premio*, cit., p. 223, che si domanda che senso possa avere «l'imporre l'acquisizione, in positivo, di elementi tali da escludere un'attualità o un pericolo di collegamenti con consociazioni criminali, che comunque nulla avrebbero a che fare con il delitto per cui si è stati condannati».

⁴³ MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, n. 2, p. 109. Sul punto, v. anche PULITANÒ, *Tempeste sul penale*, cit., p. 235 ss.

ne, pur non trattandosi di fattispecie attinte da evidenze empiriche tali da indicare «la possibilità stessa di una collaborazione utile *post* condanna»⁴⁴ e «la necessità di abbandonare l'obiettivo di risparmiare il carcere al condannato»⁴⁵, con ciò contravvenendo al principio rieducativo *ex art. 27* comma 3 Cost. che suggerisce il ricorso alla detenzione intramuraria come *extrema ratio*.

4. Il futuro dell'art. 4-*bis* ord. pen.: la chimera di un intervento legislativo

Come si è accennato, l'approvazione della legge "spazzacorrotti" ha portato nuovamente alla ribalta le discussioni in merito alla razionalità del regime ostativo.

La critica di fondo mossa al legislatore è quella di aver trasformato, negli anni, una norma eccezionale, destinata a comprimere la finalità rieducativa della pena a fronte della pericolosità sociale di soggetti gravitanti nell'orbita del crimine organizzato, in un «totem securitario»⁴⁶ nel quale riversare reati affatto eterogenei che, a seconda del momento, vengono ritenuti di significativo allarme sociale.

La dottrina ha segnalato a più riprese come l'art. 4-*bis* ord. pen., a causa di stratificazioni normative scollegate fra loro e prive di una visione sistematica, abbia finito per perdere di coerenza criminologica, fino a divenire «un "favo" informe di titoli di reato aggrappati intorno al "tutore" dei delitti di mafia»⁴⁷. La progressiva sofisticazione del significato della norma si deve anche ad una inveterata «passione del punire»⁴⁸ cui si associa il perenne stato ipertrofico del diritto penale sostanziale, che riduce gli spazi di manovra per una politica efficace di prevenzione generale con il conseguente scivolamento in sede esecutiva degli obiettivi di deterrenza.

Nell'ultimo periodo, il mirino della frenesia repressiva si è posato sui reati contro la pubblica amministrazione, assimilati per disvalore ai reati di criminalità organizzata ed equiparati agli stessi nel regime giuridico. Basti pensare, in ordine cronologico, all'estensione a tali delitti della confisca allargata⁴⁹ (art. 240-*bis* c.p., già art. 12-*sexies* D.L. 8 giugno 1992, n. 306), delle misure di prevenzione previste dal codice

⁴⁴ PULITANÒ, *Tempeste sul penale*, cit., p. 239.

⁴⁵ MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen.*, cit., p. 109.

⁴⁶ L'icastica espressione è di GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, in *Questione Giustizia*, 27 giugno 2014.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ PULITANÒ, *Tempeste sul penale*, cit., p. 235.

⁴⁹ Avvenuta con la legge finanziaria 27 dicembre 2006, n. 296.

antimafia⁵⁰ (solo per i soggetti indiziati di associazione a delinquere finalizzata alla commissione di un reato contro la pubblica amministrazione) nonché di «varie ipotesi di commissariamento, amministrazione e controllo giudiziario»⁵¹.

La legge n. 3 del 2019 è il coronamento del percorso teso a fondere in un unico apparato gli strumenti di accertamento e contrasto spendibili per la repressione dei reati di “contesto mafioso” e di quelli contro la pubblica amministrazione.

Sul versante processuale, è prevista la possibilità di impiegare anche nella lotta ai reati contro la pubblica amministrazione due strumenti investigativi speciali e particolarmente invasivi, ossia le operazioni sotto copertura e il captatore informatico. Quanto al diritto sostanziale, è stata introdotta la causa di non punibilità di cui all’art. 323-ter c.p. che, nell’incentivare l’autodenuncia e la collaborazione alle indagini con la promessa dell’esenzione da pena, mira alla rottura del *pactum sceleris* che lega il corrotto e il corruttore, all’evidenza ricalcando la logica sottesa al pentitismo di mafia.

All’apice di questo *climax* ascendente la già descritta modifica all’art 4-*bis* comma 1 ord. pen., norma sulla quale il legislatore è intervenuto, aggravandone sensibilmente i problemi di ragionevolezza, nonostante gli ultimi studi per un progetto di riforma del sistema penitenziario suggerissero un ricorso più meditato ed essenziale al regime ostativo⁵².

Posto che l’art. 4-*bis* ord. pen. richiederebbe una revisione *funditus*, già ampiamente sollecitata dalla dottrina maggioritaria, ciò che preme osservare, con specifico riguardo ai reati contro la pubblica amministrazione, è che sembra poco realistico pensare che possa essere il legislatore a mobilitarsi *sua sponte* per estrometterli dall’elenco di cui al comma 1. L’utilizzo simbolico e populista del sistema penale segna l’imbocco di una strada dalla quale è difficile fare ritorno: una volta veicolato a suon di fanfare il messaggio per cui i “corrotti” meritano lo stesso trattamento dei

⁵⁰ Cfr. art. 4 comma 1 lett. *i-bis* (introdotta dalla legge 17 ottobre 2017, n. 161) e art. 16 d.lgs. n. 159 del 2011.

⁵¹ MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell’anticorruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, n. 5, p. 249.

⁵² Il riferimento è: *i)* alla relazione della Commissione ministeriale nominata nel 2013 per elaborare “proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale”, presieduta da Francesco Palazzo, consultabile in www.penalecontemporaneo.it; *ii)* alla parte V, par. 3.3., del Documento finale elaborato dagli Stati generali per la riforma dell’esecuzione penale in Italia (2015), consultabile sul sito del Ministero della Giustizia, con commento di FIORENTIN, *La conclusione degli “Stati generali” per la riforma dell’esecuzione penale in Italia*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 giugno 2016; *iii)* all’art. 1 comma 85 lett. *e* legge 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. “riforma Orlando”), con commento di DELLA BELLA, *Riforma Orlando: la delega in materia di ordinamento penitenziario*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 giugno 2017.

“mafiosi”, ogni ripensamento che attenui il rigore di una simile scelta – per quanto razionale e *giusto* rispetto ai principi fondamentali – finisce per essere interpretato come segno di indebita e sospetta concessione a dei pericolosi criminali, con quanto ne deriva in termini di riscontro elettorale⁵³.

Il destino dell’art. 4-*bis* ord. pen. sembra dunque essere il passaggio sotto le forche caudine della Corte costituzionale. A dire il vero, la questione dell’irrazionalità dell’art. 4-*bis* comma 1 ord. pen. – e delle relative ripercussioni in punto di finalità rieducativa – è già stata portata all’attenzione del Giudice delle leggi, una prima volta in termini generali⁵⁴ e in due occasioni con precipuo riferimento ai reati contro la pubblica amministrazione, segnatamente peculato e induzione indebita⁵⁵. La Corte non si è pronunciata nel merito per ragioni di carattere processuale⁵⁶, ma le osservazioni sin qui svolte suggeriscono come sia solo questione di tempo prima che le vengano sottoposte nuovamente censure di analogo tenore. Sempre che, s’intende, un legislatore illuminato non la preceda.

5. La giurisprudenza europea stilla acqua che scava la roccia, e la Corte costituzionale consacra una nuova lettura del principio di irretroattività della legge penale

Un altro aspetto legato all’entrata in vigore della legge “spazzacorrotti” che ha destato preoccupazione nei commentatori è stata l’assenza di disposizioni transitorie. Essendo le modifiche all’art. 4-*bis* comma 1 ord. pen. destinate ad impattare su una norma relativa alla fase esecutiva, la disciplina applicabile alle questioni di diritto intertemporale è stata individuata nel principio del *tempus regit actum*. Se, infatti, le norme penali sostanziali soggiacciono al divieto di retroattività sancito dall’art. 25 comma 2 Cost.⁵⁷, per individuare le disposizioni applicabili al procedimento e all’esecuzione penale, non concorrendo esse all’individuazione del comportamento incriminato né alla comminatoria della sanzione, deve guardarsi alla normativa vi-

⁵³ Cfr. GIOSTRA, *Questione carceraria*, cit.

⁵⁴ Cfr. Cass. pen., sez. I, ord. 20 dicembre 2018, n. 57913.

⁵⁵ Cfr. rispettivamente Cass. pen., sez. I., ord. 18 luglio 2019, n. 141 e Corte d’Appello di Caltanissetta, ord. 8 ottobre 2019, n. 238.

⁵⁶ Cfr. Corte cost., ordinanza 26 febbraio 2020, n. 49, con commento di LAZZERI, *4-bis, “spazzacorrotti” e censure di incostituzionalità per irragionevolezza: depositata l’ordinanza di restituzione degli atti*, in www.sistemapenale.it, 13 marzo 2020.

⁵⁷ Nonché dall’art. 7 CEDU, dall’art. 15 Patto internazionale sui diritti civili e politici, dall’art. 49 Carta di Nizza.

gente al momento del compimento dell'atto, anche se deteriore rispetto a quella esistente all'epoca della commissione del fatto di reato.

Il ricorso al principio *tempus regit actum*, che consentiva l'applicazione retroattiva delle modifiche apportate all'art. 4-*bis* ord. pen. ai reati contro la pubblica amministrazione commessi prima dell'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019, è stato sin da subito percepito come un tradimento al sistema, ancorché sorretto dall'*auctoritas* incarnata dalle Sezioni Unite che, nel 2006, hanno espressamente aderito alla tesi secondo cui il dogma dell'irretroattività è di esclusivo appannaggio del diritto penale sostanziale⁵⁸.

La dottrina maggioritaria non ha mancato di evidenziare come, in realtà, i concreti effetti delle modifiche legislative in parola avrebbero comportato un significativo mutamento *in peius* della *qualità* della pena da espiare. È evidente, infatti, che tra una pena detentiva da scontarsi entro le mura del carcere e una pena *extra moenia* la differenza, in termini di impatto sulla libertà personale e sul percorso rieducativo del reo, è decisiva⁵⁹. In questo senso, includere nel raggio operativo dell'art. 4-*bis* ord. pen. anche i fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019 si traduce, nonostante la natura *lato sensu* processuale della norma in esame, in una violazione frontale del principio di irretroattività della legge penale, perché elude la duplice *ratio* garantista ad esso sottesa, che consiste da un lato nella prevedibilità e calcolabilità del rischio penale, ossia delle conseguenze afflittive derivanti una determinata condotta trasgressiva, dall'altro nella necessità di porre al riparo il cittadino di uno Stato di diritto da possibili abusi del potere legislativo⁶⁰.

L'idea di fondo è che occorra prendere le distanze dal «bizantinismo classificatorio»⁶¹ che ha dominato a lungo la materia, in favore di una concezione *ad rerum substantiam*. Nella consapevolezza che il corretto inquadramento dogmatico, lungi dall'essere mero esercizio di speculazione teorica, ha ripercussioni tangibili nella prassi, serve, insomma, un approccio ermeneutico che si proponga di valicare il *no-*

⁵⁸ Cfr. Cass., sez. un., 30 maggio 2006, n. 24561.

⁵⁹ Sotto questo profilo, le misure alternative alla detenzione e la correlata possibilità di sospensione dell'ordine di esecuzione sono «istituti relativi alle modalità del punire, non del procedere», cfr. PULITANÒ, *Tempeste sul penale*, cit., p. 235.

⁶⁰ Cfr. Corte Cost., 12 febbraio 2020, n. 32, che richiama la sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, *Calder v. Bull*, 3 U.S. 386/389, 1978 nella parte in cui icasticamente definisce le leggi penali retroattive come «sentenze in forma di legge», rese da un Parlamento spinto dalla volontà di atterrare i propri avversari politici.

⁶¹ L'espressione è di GIOSTRA, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale)*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, n. 3-4, p. 326.

men iuris per misurare concretamente gli effetti della legge.

È chiaramente leggibile, in un simile approccio, l'impronta della giurisprudenza della Corte EDU, che ha fatto del paradigma "effettuale"⁶² il proprio vessillo a partire dagli anni Settanta, con l'elaborazione dei c.d. *Engel criteria*⁶³ volti ad indagare la reale natura di sanzioni interne qualificate formalmente come amministrative, per evitare che gli Stati contraenti potessero operare indebite compressioni delle garanzie convenzionali – *in primis* l'irretroattività di cui all'art. 7 CEDU e il *ne bis in idem* ex art. 4 prot. 7 CEDU – celandole tramite il *nomen iuris*.

In questa sede interessa sottolineare come, di recente, i giudici di Strasburgo abbiano spinto oltre la loro attenzione, non più limitando la prospettiva interpretativa di stampo effettuale all'opera di perimetrazione della *matière pénale* rispetto al diritto amministrativo, ma esportandola anche nel campo delle disposizioni formalmente processuali ovvero attinenti all'esecuzione della pena.

Si pensi alla nota vicenda *Scoppola*, in cui non solo per la prima volta la Corte EDU, superando il proprio orientamento di segno contrario, ha ricondotto alla garanzia di cui all'art. 7 CEDU il principio di retroattività della *lex mitior*, ma lo ha fatto rispetto ad una norma italiana avente veste processuale – nello specifico, lo sconto di pena connesso alla scelta del rito abbreviato –, riconoscendone la natura sostanziale⁶⁴. Si colloca in questo solco anche la nota sentenza *Del Rio Prada*⁶⁵, nella quale i giudici di Strasburgo hanno riconosciuto la violazione del principio di irretroattività ex art. 7 CEDU in relazione ad una modifica peggiorativa (neppure legislativa, solo giurisprudenziale) delle regole di esecuzione della pena – si trattava di un istituto paragonabile, quanto agli effetti, alla liberazione condizionale, la cui modifica *in peius* avrebbe comportato conseguenze negative sulla concreta durata della pena.

Le critiche mosse dalla dottrina alla legge n. 3 del 2019 in punto di retroattività sono state accompagnate da pronunce giurisprudenziali di segno concorde. Diversi giudici di merito, infatti, individuando il *punctum dolens* della nuova disciplina nel silenzio serbato dal legislatore sulla natura, sostanziale o processuale, delle norme re-

⁶² L'aggettivo è di DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia*, 2014, 91 ss.

⁶³ Tali criteri prendono il nome dalla sentenza *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, n. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72. In pronunce successive, il disegno di massima tracciato nella sentenza *Engel* è stato corretto e affinato: cfr. Corte EDU, *Oztürk c. Repubblica federale tedesca*, 21 febbraio 1984, ric. n. 8544/79; Corte EDU, *Welch c. Regno Unito*, 26 febbraio 1996, ric. n. 17440/90.

⁶⁴ Cfr. Corte EDU, G.C., *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009, ric. n. 10249/03.

⁶⁵ Corte EDU, G.C., *Del Rio Prada c. Spagna*, 21 ottobre 2010, ric. n. 42750/09.

lative all'esecuzione penale (nella specie, l'art. 4-*bis* ord. pen.), hanno ritenuto imprescindibile il superamento della visione tradizionale che, inquadrando come processuali, paralizza l'operatività del divieto di applicazione retroattiva.

Questa corrente giurisprudenziale “riformista” ha peraltro manifestato al proprio interno una differenza di metodo, con riguardo allo strumento ritenuto idoneo ad implementare le conclusioni raggiunte. Un primo filone⁶⁶, superando il già citato arresto delle Sezioni Unite⁶⁷, ha optato per una immediata interpretazione correttiva, costituzionalmente e convenzionalmente orientata, che ha permesso di bloccare l'efficacia degli ordini di esecuzione non sospesi per i fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge “spazzacorrotti”. Un secondo filone, invece, ha ritenuto che la presenza di un vero e proprio diritto vivente, consacrato dalla Corte di Cassazione a sezioni unite, assestato sulla tesi tralatizia della natura processuale delle norme relative alla fase esecutiva, rendesse il giudizio incidentale di costituzionalità l'unica via concretamente praticabile⁶⁸.

La Corte costituzionale si è pronunciata sul tema con la nota sentenza 12 febbraio 2020, n. 32, dimostrando piena adesione agli argomenti suesposti.

In prima battuta, i giudici della Consulta hanno ribadito, in generale, la validità del *tempus regit actum* come principio regolatore della successione tra norme inerenti la fase esecutiva. Si è osservato infatti che una rigida applicazione del canone di irretroattività della disposizione successiva in concreto deteriore per il condannato comporterebbe la creazione, all'interno del medesimo istituto di pena, di una moltitudine di «regimi esecutivi paralleli, ciascuno legato alla data del commesso reato»⁶⁹, da cui deriverebbero gravi difficoltà di gestione per l'amministrazione penitenziaria nonché disparità di trattamento tra i detenuti. Condizioni, queste, che favorirebbero l'insorgenza di un clima teso e disordinato capace di influenzare negativamente il percorso rieducativo.

⁶⁶ V., ad esempio, la decisione del G.i.p. Como dell'8 marzo 2019, pubblicata in www.penalecontemporaneo.it, 14 marzo 2019.

⁶⁷ Sulla possibilità, per il giudice, di discostarsi dall'interpretazione fornita dal diritto vivente, pur con l'onere di adeguata motivazione, v. *ex multis* Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230.

⁶⁸ Rientrano in quest'ultimo gruppo le ordinanze di rimessione Trib. Napoli, Ufficio GIP, ord. 2 aprile 2019 e Corte d'Appello di Lecce, ord. 4 aprile 2019, entrambe pubblicate in www.penalecontemporaneo.it, 8 aprile 2019, con nota di GATTA, *Estensione del regime ex art. 4-bis o.p. ai delitti contro la P.A.: sollevate due prime questione di legittimità costituzionale*. Sui due diversi approcci e i possibili esiti, v. BARON, “Spazzacorrotti”, art. 4-bis ord. pen. e regime intertemporale. *Il confronto tra interpretazione formalistica e interpretazione sostanzialistica al crocevia tra incidente di costituzionalità e interpretazione conforme*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, n. 5.

⁶⁹ Corte cost., 12 febbraio 2020, n. 32 (par. 4.3.2.)

È peraltro immediatamente successiva la precisazione, che racchiude in sé l'importanza e la storicità della sentenza in esame, per cui la regola del *tempus regit actum* subisce un'eccezione quando la normativa sopravvenuta non si limiti a modificare le modalità esecutive della pena previste dalla legge vigente al momento del fatto, ma determini «una trasformazione della natura della pena, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del condannato»⁷⁰. Ed è esattamente ciò che accade nel caso delle modifiche apportate dalla legge n. 3 del 2019 all'art. 4-*bis* comma 1 ord. pen.: impedire retrospettivamente l'accesso alle misure alternative alla detenzione e alla liberazione condizionale significa di fatto immutare la pena, che diventa un *aliud* rispetto a quella comminata al momento della commissione del fatto, perché si assiste al passaggio da una sanzione destinata ad essere scontata fuori dal carcere ad una che verrà scontata in regime intramurario e dunque peggiore, in violazione del divieto di retroattività della legge penale sfavorevole di cui all'art. 25 comma 2 Cost.

Sulla base di questi rilievi, è stata quindi dichiarata l'incostituzionalità dell'art. dell'art. 1, comma 6, lett. *b* legge n. 3 del 2019, in quanto interpretato dal diritto vivente nel senso che le modificazioni introdotte all'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen. si applichino anche ai condannati che abbiano commesso il fatto anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019, in riferimento alla disciplina delle misure alternative alla detenzione, alla liberazione condizionale *ex art.* 176 c.p. e al divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione previsto dall'art. 656 comma 9 c.p.p.

Non contrasta invece con il divieto sancito dall'art. 25 comma 2 Cost. la retroattività sfavorevole delle norme relative ai benefici penitenziari, come permessi premio e lavoro all'esterno, che certo cambiano il grado di afflittività della pena, la quale nondimeno resta connotata da una dimensione intramuraria. In questi casi, tuttavia, la portata retroattiva della novella legislativa è mitigata dal principio di progressività trattamentale, pacificamente riconosciuto come proiezione dell'art. 27 comma 3 Cost.⁷¹, che impone di non «disconoscere il percorso rieducativo effettivamente compiuto dal condannato che abbia già raggiunto, in concreto, un grado di rieducazione adeguato alla concessione del beneficio»⁷².

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ V. *ex multis* Corte Cost., 5 marzo 2007, n. 79.

⁷² Corte Cost., 12 febbraio 2020, n. 32, par. 5.

6. Uno sguardo oltre i confini dell'art. 4-*bis* comma 1 ord. pen.: la Cassazione applica i principi della sentenza n. 32 del 2020 a un reato "di terza fascia"

Era prevedibile che le conclusioni cui è pervenuta la Corte costituzionale non si limitassero a produrre effetti circoscritti alla norma censurata, stante il significativo cambio di rotta che ne è derivato nell'ambito della ricostruzione sistematica del diritto penale. Con la sentenza 23 aprile 2020, n. 12845 la Corte di Cassazione si è subito adeguata alla nuova lettura del divieto sancito dall'art. 25 comma 2 Cost.

Nel caso giunto all'attenzione del Giudice della nomofilachia l'imputato, condannato per violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.) alla pena di tre anni e sette mesi, chiedeva al Tribunale di sorveglianza di essere ammesso all'affidamento in prova a servizi sociali. Il Tribunale rigettava l'istanza osservando che il reato in parola rientra nell'elenco di cui all'art. 4-*bis* comma 1-*quater* ord. pen. (c.d. "terza fascia")⁷³, che subordina l'accesso alle misure alternative alla detenzione ad un periodo di osservazione scientifica della personalità, condotta per almeno un anno all'interno dell'istituto penitenziario. Tale requisito difettava nel caso di specie, essendo stato l'imputato detenuto per un periodo inferiore al momento della formulazione dell'istanza.

L'imputato ricorreva in Cassazione lamentando l'erronea applicazione dell'art. 4-*bis* comma 1-*quater* ord. pen., atteso che tale norma veniva introdotta nel 2009⁷⁴, laddove al momento della commissione del fatto (2008) il reato di cui all'art. 609-*bis* c.p. rientrava nei reati c.d. di "seconda fascia". Per questi ultimi, l'accesso all'affidamento in prova ai servizi sociali era consentito alla condizione che non sussistessero elementi tali da far ritenere l'esistenza di collegamenti tra il condannato e la criminalità organizzata, terroristica ed eversiva.

La Suprema Corte ha accolto il ricorso, richiamando espressamente la tecnica interpretativa a matrice "effettuale" adottata dalla Corte costituzionale. Anche nel caso di specie, in modo non dissimile alle situazioni che hanno originato la declaratoria di illegittimità costituzionale, la normativa sopravvenuta determina un trattamento peggiore del condannato, imponendo un periodo di detenzione di almeno un anno prima del possibile accesso alla misura alternativa. La disposizione precedente, invece, lo ammetteva a condizioni certamente più favorevoli, in quanto indipendenti da un periodo di permanenza minimo nel circuito carcerario e legate allo svolgimento di sup-

⁷³ Salvo che sia stata applicata l'attenuante della minore gravità di cui all'art. 609-*bis* comma 3 c.p. (cfr. art. 4-*bis* comma 1-*quater*, secondo periodo, ord. pen.), che nel caso di specie non ricorrevva.

⁷⁴ In particolare dall'art. 3, comma 1, lett. a D.L. 23 febbraio 2009 n. 11, convertito con modificazioni dalla legge 23 aprile 2009, n. 38.

plementari adempimenti istruttori aventi ad oggetto una prova negativa (l'assenza di relazioni con gli ambienti delinquenziali già citati) in riferimento ad un reato, quello di violenza sessuale, già di per sé estraneo, nella sua struttura e nelle normali manifestazioni empiriche, ai contesti criminali legati alla mafia o al terrorismo.

Incidendo sulla prospettiva del condannato «di essere ammesso già all'atto del passaggio in giudicato della sentenza di condanna e senza alcun periodo minimo di permanenza necessaria in carcere [...] ad espiare al pena fuori dal circuito carcerario»⁷⁵, la novella legislativa del 2009 ha prodotto un effetto di trasformazione dell'essenza stessa della pena. Vi è infatti una differenza sostanziale di afflittività, in termini di compressione della libertà personale e di reinserimento sociale in ottica rieducativa, tra la detenzione carceraria e la misura alternativa extramuraria costituita dall'affidamento in prova ai servizi sociali.

La Corte ha concluso, quindi, per l'irretroattività dell'art. 4-*bis* comma 1-*quater* ord. pen. e annulla l'ordinanza impugnata dall'imputato, con rinvio al Tribunale di sorveglianza per il riesame della questione, da condursi alla luce del criterio ermeneutico così individuato.

7. Riflessioni conclusive

La pronuncia della Corte costituzionale, anticipata dalla più attenta dottrina e da una lungimirante giurisprudenza di merito, nonché prontamente recepita dai giudici di legittimità, rappresenta per il panorama giuridico interno una conferma e al tempo stesso una novità.

È una conferma per ciò che concerne la strada della c.d. «europeizzazione del diritto criminale»⁷⁶ e la forza espansiva del *modus interpretandi* adottato Corte EDU, caratterizzato da una prospettiva pragmatica che è ormai un *acquis*, in materia di sanzioni amministrative c.d. "punitive", tanto per la giurisprudenza eurounitaria⁷⁷ che per le corti nazionali⁷⁸.

⁷⁵ Cass. pen., sez. I, 23 aprile 2020, n. 12845.

⁷⁶ BARON, "Spazzacorrotti", cit., p. 178.

⁷⁷ V., da ultimo, CGUE, GS, 20 marzo 2018, *Menci*, (C-524/15).

⁷⁸ V. Cass. pen., sez. V, sent. 10 ottobre 2018, n. 45829, con commento di MUCCIARELLI, *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17 ottobre 2018. Significativa sul punto anche Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63, con commento di SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni*

Il profilo di novità risiede nel fatto che l’approccio più volte descritto, «teso a squarciare il velo delle apparenze nominalistiche e a disvelare la vera natura di un istituto, al fine di estendervi o meno le garanzie e principi della Convenzione»⁷⁹, viene usato per la prima volta da un giudice interno al fine di superare la tradizionale partizione tra diritto sostanziale e processuale.

L’attenzione si sposta sugli *effetti* degli strumenti che operano in campo penale per misurarne il concreto grado di afflittività, a prescindere dalla relativa veste giuridica. Del resto, come è stato scritto in dottrina, «la verifica empirica sugli “effetti” è (sempre stato) il solo modo corretto di misurare la tenuta dei principi, non essendo possibile prescindere dalla considerazione di quel che accade alle persone reali sulle quali ricadono le scelte legislative quando infine approdano alla dimensione esecutiva. Di nuovo, proprio come all’origine di certe riflessioni, è il “corpo del condannato” ad offrire il metro per misurare la violenza del sistema e la capacità dei principii di limitarla»⁸⁰.

Il concetto di “diritto punitivo”, finora associato alle sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali, sembra allora arricchirsi di una nuova sfumatura, che impone di ricorrere, in ogni opera qualificatoria che abbia pretese veridiche, ad un’indagine sull’entità delle conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla norma, assumendo come parametro i diritti fondamentali della persona coinvolti nella legislazione penale⁸¹.

È utile notare come questa posizione giurisprudenziale finisca per agire da contropinta alla già ricordata tendenza legislativa degli ultimi decenni, che sospinge gli obiettivi di prevenzione generale propri della prima fase della politica criminale (quella delle scelte di incriminazione) fino al momento esecutivo – declinandoli, tra l’altro, in chiave carcerocentrica, pur a fronte di continui interventi che mirano alla deflazione degli istituti penitenziari –, dove invece dovrebbe prevalere l’esigenza rieducativa individualizzata, e ciò «per elevare il tasso di severità complessità del sistema penale»⁸² o comunque restituire l’immagine di un ordinamento particolarmente intransigente.

amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale, in www.penalecontemporaneo.it, 2 aprile 2019.

⁷⁹ Così BARON, “Spazzacorrotti”, cit., p. 178.

⁸⁰ Cfr. FIORE, *Norme dell’ordinamento penitenziario e principio di irretroattività. L’ipocrisia (smascherata) dei formalismi definitivi e le «cose che accadono al di sopra delle parole»*, in www.archiviopenale.it, 2019, n. 3, p. 9.

⁸¹ In questo senso MANES, *L’estensione dell’art. 4-bis ord. pen.*, cit., p. 114 ss.

⁸² Cfr. FIORE, *Norme dell’ordinamento penitenziario*, cit., p. 6.

Da questo punto di vista, è stata salutata con favore l'adozione di una lettura interpretativa tesa ad impedire che il ricorso a strumenti solo nominalmente processuali o esecutivi sfoci nell'elusione dei principi cardine del diritto penale.

Non è infrequente imbattersi in scritti che definiscono l'approccio proprio della giurisprudenza europea come "antiformalista" o "sostanzialista", nel senso che esso prescinde dalla formale natura giuridica dell'istituto per esaminarne la sostanza, gli effetti concreti. A tal proposito ci si limita a sottolineare, probabilmente in un eccesso ingiustificato di prudenza, che nella contrapposizione tra forma e sostanza sottesa a tali categorie possono annidarsi alcune ambiguità, non ultima la tentazione di considerare la forma alla stregua di un impedimento fastidioso nella ricerca dell'essenza della norma. Se è vero che il ricorso esasperato ad argomenti formali rischia di allontanare la percezione del contenuto, va ricordato che nel diritto penale alla forma si associa una imprescindibile funzione di garanzia individuale, come si ricava *in primis* dal principio di legalità (*formale*, appunto) sancito dall'art. 25 comma 2 Cost.⁸³

Anche la "veste" giuridica con la quale si presenta una norma, che deriva *in primis* dalla sua collocazione topografica, ha un ruolo significativo nella dinamica dell'interpretazione. I settori del diritto sostanziale, processuale e penitenziario, ancorché interconnessi fra loro, sono dei *sottosistemi* retti da un insieme di regole peculiari e da un proprio linguaggio, di grande ausilio all'operatore giuridico che deve potersi muovere entro alcuni punti fermi per orientare il proprio lavoro applicativo. La «frode delle etichette» cui talora si assiste nel contesto di una produzione legislativa sovente superficiale rappresenta un uso deviato della forma, che in sé resta uno strumento tanto utile quanto prezioso.

⁸³ Sul tema, v. *amplius* PAONESSA, *Parola e linguaggio nel diritto penale: la garanzia della forma oltre il formalismo*, in *disCrimen*, 23 luglio 2018. Sull'antiformalismo interpretativo v. DI GIOVINE *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 12 giugno 2015; ID., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 novembre 2012.