

Guido Colaiacovo

**ORDINAMENTO PENITENZIARIO E
DIRITTO INTERTEMPORALE: PUNTI
FERMI E PROSPETTIVE**

Estratto



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

SENTENZA (21 luglio 2020) 31 luglio 2020 n. 193 — Pres. Morelli — Red. Viganò — S.S. — Pres. Cons. ministri.

[3052/72] Esecuzione penale - Esecuzione delle pene detentive - Sospensione dell'esecuzione di pene detentive brevi - Modifiche all'art. 4-bis, comma 1, l. n. 354 del 1975 - Inserimento del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nell'elenco dei reati ostativi alla sospensione dell'esecuzione della pena - Disciplina transitoria - Omessa previsione - Denunciata violazione del principio di legalità e del principio di affidamento con riguardo alle modalità di esecuzione della pena, alla luce della giurisprudenza della Corte EDU - Non fondatezza delle questioni, nei sensi di cui in motivazione.

(Cost., artt. 25, comma 2, e 117, comma 1; CEDU, art. 7; d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, conv., con modif., in l. 17 aprile 2015, n. 43, art. 3-bis, comma 1).

Non sono fondate, nei sensi di cui in motivazione, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 3-bis, comma 1, d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, conv., con modif., in l. 17 aprile 2015, n. 43, censurato per violazione degli artt. 25, comma 2, e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU, nella parte in cui, inserendo all'art. 4-bis l. 26 luglio 1975, n. 354 richiamato dall'art. 656 comma 9, lett. a) c.p.p. il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cui all'art. 12, commi 1 e 3, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, non prevede una norma transitoria al fine di evitare l'applicazione retroattiva del divieto di sospensione dell'esecuzione della pena. La disposizione censurata può e deve essere interpretata in modo conforme a Costituzione. Dal momento che essa nulla dispone circa la sua applicabilità alle condanne per reati commessi anteriormente all'entrata in vigore del decreto-legge stesso, il giudice a quo deve adottare, rispetto a tali reati, l'unica

interpretazione della disposizione censurata compatibile con il principio di legalità della pena di cui all'art. 25, comma 2, Cost., così come declinato nella sent. n. 32 del 2020, nella quale la Corte costituzionale ha affermato che la regola secondo cui le pene devono essere eseguite in base alla legge in vigore al momento dell'esecuzione, e non in base a quella in vigore al tempo della commissione del reato, deve soffrire un'eccezione allorché 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. La disposizione censurata dovrà dunque trovare applicazione ai soli fatti di reato commessi successivamente alla sua entrata in vigore con riferimento alla disciplina del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena prevista dall'art. 656, comma 9, lett. a), c.p.p. (sent. n. 32 del 2020) (1).

Nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 3-bis, comma 1, del decreto-legge 18 febbraio 2015, n. 7 (Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale, nonché proroga delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia, iniziative di cooperazione allo sviluppo e sostegno ai processi di ricostruzione e partecipazione alle iniziative delle Organizzazioni internazionali per il consolidamento dei processi di pace e di stabilizzazione), convertito, con modificazioni, nella legge 17 aprile 2015, n. 43, promosso dalla Corte di assise d'appello di Brescia nel procedimento penale a carico di S. S., con ordinanza del 23 luglio 2019, iscritta al n. 217 del registro ordinanze 2019 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 49, prima serie speciale, dell'anno 2019.

Visto l'atto di costituzione di S. S., nonché l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nell'udienza pubblica del 21 luglio 2020 il Giudice relatore Francesco Viganò;

uditi l'avvocato Marco Capra per S. S. e l'avvocato dello Stato Massimo Giannuzzi per il Presidente del Consiglio dei ministri;

deliberato nella camera di consiglio del 21 luglio 2020.

RITENUTO IN FATTO. — 1. Con ordinanza del 23 luglio 2019, la Corte di assise d'appello di Brescia ha sollevato, in riferimento agli artt. 25, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), questioni di legittimità costituzionale dell'art. 3-bis del decreto-legge 18 febbraio 2015, n. 7 (Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale, nonché proroga delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia, iniziative di cooperazione allo sviluppo e sostegno ai processi di ricostruzione e partecipazione alle iniziative delle Organizzazioni internazionali per il consolidamento dei processi di pace e di stabilizzazione), convertito, con modificazioni, nella legge 17 aprile 2015, n. 43, «nella parte in cui, inserendo all'art. 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354 richiamato dall'art. 656 comma 9, lett. a) c.p.p. il reato di cui all'art. 12, commi 1 e 3, D.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, non prevede una norma transitoria al fine di evitare l'applicazione retroattiva del divieto di sospensione dell'esecuzione della pena».

1.1. Il rimettente è investito dell'istanza di S. S., di sospensione — previa detrazione dalla pena da scontare del periodo trascorso in custodia cautelare —

dell'ordine di esecuzione emesso il 12 marzo 2019 dalla Procura generale presso la Corte d'appello di Brescia, in relazione alla pena detentiva di due anni e otto mesi di reclusione, inflitta dalla Corte d'assise d'appello di Brescia con sentenza del 6 aprile 2018, irrevocabile dal 21 febbraio 2019, per il reato di cui all'art. 12, comma 3, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), aggravato ai sensi del comma 3-bis, lettera c-bis), della medesima disposizione e commesso il 10 novembre 2007.

1.2. Premessa la fondatezza della domanda di detrazione dalla pena da espiare del periodo di custodia cautelare, il giudice *a quo* osserva che, pur essendo stato S. S. condannato per un reato che, all'epoca della sua commissione, consentiva la sospensione dell'ordine di esecuzione, per effetto della modifica recata all'art. 4-bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354, recante «Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà» (richiamato dall'art. 656, comma 9, lettera a, del codice di procedura penale) dall'art. 3-bis del d.l. n. 7 del 2015, come convertito, tale sospensione risulta oggi preclusa dall'inclusione, ad opera di tale ultima disposizione, nel novero dei reati "ostativi".

Sarebbe d'altra parte irrilevante la circostanza che la condotta addebitata a S. S. costituisse, all'epoca della sua commissione, un'autonoma fattispecie "qualificata" di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, laddove oggi integra una circostanza aggravante del medesimo delitto, atteso che il fatto commesso dall'interessato risulterebbe comunque riconducibile alla condotta punita dall'attuale art. 12, commi 1 e 3, t.u. immigrazione, cui fa riferimento l'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit., modificato dall'art. 3-bis del d.l. n. 7 del 2015, come convertito.

Per effetto di quest'ultima disposizione, S. S. non può dunque beneficiare della sospensione dell'ordine di esecuzione, laddove, in caso di accoglimento delle questioni prospettate, egli potrebbe invece ottenerla e presentare da libero istanza di concessione di misure alternative alla detenzione. Di qui la rilevanza delle questioni.

1.3. Quanto alla non manifesta infondatezza, il rimettente, dato atto del consolidato orientamento giurisprudenziale in ordine alla natura processuale delle norme di ordinamento penitenziario (sono citate Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 17 luglio 2006, n. 24561 e sezione prima penale, sentenza 27 aprile 2018, n. 18496), che precluderebbe un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata, volta a escluderne l'applicabilità a fatti di reato precedenti alla sua entrata in vigore, dubita della compatibilità della stessa con gli artt. 25, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU.

Il divieto di retroattività della legge penale sfavorevole, di cui all'art. 7 CEDU, abbraccerebbe infatti, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, «istituti pur inseriti nella normativa di matrice penitenziaria, laddove incidano in termini di sostanziale modificazione quantitativa o qualitativa della pena».

Le misure alternative alla detenzione, secondo quanto affermato da questa stessa Corte nella sentenza n. 349 del 1993, «partecipano alla natura della pena, proprio per il loro coefficiente di afflittività», sicché modifiche normative che restringano i presupposti di accesso alle stesse dovrebbero soggiacere alla garanzia dell'irretroattività, così come ricavabile dagli artt. 117, primo comma, Cost. e 7 CEDU.

Il censurato art. 3-bis del d.l. n. 7 del 2015, come convertito, inserendo il delitto di cui all'art. 12, commi 1 e 3, t.u. immigrazione nel catalogo dei reati di cui all'art. 4-bis ordin. penit., per i quali l'art. 656, comma 9, lettera a), cod. proc. pen. prevede il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione, avrebbe «regol[ato] in senso

restrittivo l'accesso alle misure alternative alla detenzione» rispetto a fatti di reato precedenti alla sua entrata in vigore, così violando l'art. 7 CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo.

La stessa Corte di cassazione, sezione sesta penale, nella sentenza 20 marzo 2019, n. 12541, avrebbe incidentalmente rilevato la dubbia conformità agli artt. 117, primo comma, Cost. e 7 CEDU di modifiche dell'art. 4-*bis* ordin. penit., non accompagnate da alcuna disciplina transitoria, che si riverberino sulla sospensibilità dell'ordine di esecuzione della pena inflitta per fatti di reato precedenti alla modifica stessa, evidenziando come il «passaggio — “a sorpresa” e dunque non prevedibile — da una sanzione patteggiata “senza assaggio di pena” ad una sanzione con necessaria incarcerazione» leda il principio dell'affidamento dei consociati in ordine alla prevedibilità della legge penale, tutelato dall'art. 7 CEDU.

La necessità costituzionale di limitare l'ambito applicativo delle modifiche all'art. 4-*bis* ai fatti commessi successivamente alle modifiche stesse sarebbe infine comprovata dal rilievo che lo stesso legislatore, in occasione di precedenti interventi sulla richiamata disposizione, si sarebbe premurato di prevedere una disciplina transitoria in tal senso.

2. È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che le questioni di legittimità costituzionale siano dichiarate inammissibili o infondate.

Le censure del giudice *a quo* poggerebbero su un acritico richiamo alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo Del Rio Prada contro Spagna — pur non espressamente citata dall'ordinanza di rimessione — laddove sarebbe, invece, necessario «valutare come ed in quale misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano» (è citata la sentenza n. 311 — *recte*: 317 — del 2009), tenuto conto del margine di apprezzamento di cui gode questa Corte nel valutare la giurisprudenza europea (è citata la sentenza n. 311 del 2009).

La sentenza Del Rio Prada contro Spagna non avrebbe disconosciuto che le norme penitenziarie e quelle relative all'esecuzione delle pene non costituiscono norme penali in senso proprio, ma si sarebbe limitata ad accertare che, nel caso concreto, un mutamento non prevedibile nell'interpretazione giurisprudenziale aveva prodotto effetti deteriori sul trattamento penitenziario della ricorrente. Di qui, l'inconferenza della pronuncia al caso di specie.

In ogni caso, alla luce del rango subcostituzionale delle disposizioni della CEDU, le stesse non potrebbero integrare il «rinvio mobile» di cui all'art. 117, primo comma, Cost., ove entrassero in conflitto con le norme della Costituzione. La stessa previsione dell'art. 7 CEDU lascerebbe agli Stati contraenti un margine di apprezzamento nel recepire la giurisprudenza della Corte EDU, che non potrebbe comunque essere interpretata, ex art. 53 CEDU, in senso limitativo rispetto ai diritti assicurati dalle fonti nazionali.

Questa Corte avrebbe poi ripetutamente escluso l'incidenza del divieto di retroattività della legge penale sui mutamenti della normativa penitenziaria (sono citate la sentenza n. 273 del 2001 e l'ordinanza n. 28 — *recte*: 280 — del 2001), il che comporterebbe l'inammissibilità della questione sollevata dal rimettente in riferimento all'art. 25, secondo comma, Cost.

La giurisprudenza di legittimità sarebbe infine consolidata nel ritenere che le disposizioni concernenti l'esecuzione delle pene detentive e le misure alternative alla detenzione siano soggette al principio *tempus regit actum* (sono richiamate Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 17 luglio 2006, n. 24561, sezione prima

penale, sentenze 3 dicembre 2009, n. 46649 e 12 marzo 2013, n. 11580, nonché sezione sesta penale, sentenza 20 marzo 2019, n. 535 — *recte*: 12541).

3. Si è costituita in giudizio la parte S. S., che ha insistito per l'accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte di assise d'appello di Brescia, riproponendo nella sostanza le argomentazioni offerte dall'ordinanza di rimessione.

4. All'udienza del 21 luglio 2020, l'Avvocatura generale dello Stato ha chiesto che le questioni vengano dichiarate inammissibili per sopravvenuta carenza di oggetto, essendo intervenuta la sentenza n. 32 del 2020, con cui questa Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 6, lettera b), della legge 9 gennaio 2019, n. 3 (Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici), in quanto interpretato nel senso che le modificazioni introdotte all'art. 4-*bis*, comma 1, ordin. penit. si applichino anche ai condannati che abbiano commesso il fatto anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019, in riferimento, tra l'altro, alla disciplina del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione previsto dall'art. 656, comma 9, lettera a), cod. proc. pen.

* * *

CONSIDERATO IN DIRITTO. — 1. La Corte di assise d'appello di Brescia dubita — in riferimento agli artt. 25, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) — della legittimità costituzionale dell'art. 3-*bis* del decreto-legge 18 febbraio 2015, n. 7 (Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale, nonché proroga delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia, iniziative di cooperazione allo sviluppo e sostegno ai processi di ricostruzione e partecipazione alle iniziative delle Organizzazioni internazionali per il consolidamento dei processi di pace e di stabilizzazione), convertito, con modificazioni, nella legge 17 aprile 2015, n. 43, «nella parte in cui, inserendo all'art. 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354 richiamato dall'art. 656 comma 9, lett. a) c.p.p. il reato di cui all'art. 12, commi 1 e 3, D.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, non prevede una norma transitoria al fine di evitare l'applicazione retroattiva del divieto di sospensione dell'esecuzione della pena».

Ad avviso del giudice *a quo*, l'applicazione immediata delle modifiche recate all'art. 4-*bis*, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà) — che determina l'impossibilità di sospendere l'ordine di esecuzione della pena inflitta a S. S. per fatti, relativi al delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, commessi prima dell'entrata in vigore del censurato art. 3-*bis* del d.l. n. 7 del 2015 — confliggerebbe con la garanzia di irretroattività della legge penale sfavorevole, di cui agli artt. 25, secondo comma, Cost. e 7 CEDU.

2. Preliminare all'esame dell'ammissibilità e della fondatezza delle questioni è la delimitazione del *thema decidendum*.

Benché l'ordinanza di rimessione denunci l'intero testo dell'art. 3-*bis* del d.l. n. 7 del 2015, composto dai commi 1 e 2, risulta evidente che le censure del rimettente si appuntano sul solo comma 1 della disposizione, che testualmente prevede: «all'articolo 4-*bis*, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354, dopo le parole: "630 del codice penale," sono inserite le seguenti: "all'articolo 12, commi 1 e 3, del testo unico delle

disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni,»). Il comma 2 dell'art. 3-*bis* reca infatti modifiche all'art. 380 del codice di procedura penale, che disciplina le ipotesi di arresto obbligatorio in flagranza: tema, questo, pacificamente estraneo all'oggetto delle questioni sollevate dal giudice *a quo*.

3. Le questioni sono ammissibili.

3.1. L'Avvocatura generale dello Stato ha invero eccepito l'inammissibilità della questione relativa alla sospettata lesione del divieto di retroattività della legge penale sfavorevole di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., sul rilievo che analoghe censure sarebbero già state respinte da questa Corte nella sentenza n. 273 del 2001 e nell'ordinanza n. 28 (*recte*: 280) del 2001.

L'eccezione non può evidentemente essere accolta, atteso che — «anche ad ammettere che vi sia perfetta coincidenza tra le questioni ora sollevate e altre già decise in passato — nulla vieta a questa Corte di riconsiderare i propri stessi orientamenti interpretativi» (sentenza n. 32 del 2020).

3.2. Nel corso dell'udienza pubblica, l'Avvocatura generale dello Stato ha altresì eccepito l'inammissibilità delle questioni per sopravvenuta carenza di oggetto, in ragione della sopravvenienza della sentenza n. 32 del 2020.

Neppure tale eccezione è fondata.

Nella sentenza n. 32 del 2020, questa Corte si è espressa in relazione all'applicazione del divieto di retroattività della legge penale sfavorevole, di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., alle modifiche apportate all'art. 4-*bis*, comma 1, ordin. penit. dall'art. 1, comma 6, lettera *b*), della legge 9 gennaio 2019, n. 3 (Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici), che vi ha incluso i delitti contro la pubblica amministrazione, senza prevedere alcuna disciplina transitoria; ed ha dichiarato, nei termini che saranno illustrati oltre (*infra*, punto 4.2.), l'illegittimità costituzionale dell'interpretazione dell'art. 1, comma 6, lettera *b*), della legge n. 3 del 2019 offerta dal diritto vivente.

Poiché la sentenza n. 32 del 2020 concerne l'interpretazione di una disposizione (l'art. 1, comma 6, lettera *b*, della legge n. 3 del 2019) diversa da quella censurata dall'odierno rimettente (l'art. 3-*bis*, comma 1, del d.l. n. 7 del 2015, come convertito), deve escludersi che le questioni oggi in esame possano essere dichiarate inammissibili per sopravvenuta carenza di oggetto.

4. La sopravvenienza della sentenza n. 32 del 2020 risulta tuttavia determinante ai fini dell'esame del merito delle censure del rimettente, determinandone la non fondatezza, nei sensi di seguito precisati.

4.1. Prima di tale sentenza, l'orientamento della giurisprudenza di legittimità era costante nel senso della non riconducibilità all'alveo dell'art. 25, secondo comma, Cost. delle norme sull'esecuzione della pena, e conseguentemente nel senso della pacifica applicabilità di modifiche normative di segno peggiorativo anche ai condannati che avessero commesso il reato prima dell'entrata in vigore delle modifiche stesse, secondo il principio *tempus regit actum* (Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 17 luglio 2006, n. 24561, nonché, *ex multis*, sezione prima penale, sentenza 9 settembre 2016, n. 37578).

Proprio sulla scorta di tale diritto vivente, correttamente ricostruito sulla base dello stato della giurisprudenza di legittimità al momento dell'ordinanza di remissione, il giudice *a quo* ritiene che l'inclusione — a opera dell'art. 3-bis, comma 1, del d.l. n. 7 del 2015, come convertito — del delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, di cui all'art. 12, commi 1 e 3, t.u. immigrazione, nel catalogo di reati di cui all'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. determini, ai sensi dell'art. 656, comma 9, lettera a), cod. proc. pen., l'impossibilità di sospendere l'ordine di esecuzione della pena inflitta al condannato nel procedimento *a quo*, benché egli abbia commesso il reato prima dell'entrata in vigore del citato decreto-legge.

4.2. Tuttavia, nella sentenza n. 32 del 2020 questa Corte, ritenendo necessario «procedere a una complessiva rimeditazione della portata del divieto di retroattività sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., in relazione alla disciplina dell'esecuzione della pena», ha affermato che la regola secondo cui le pene devono essere eseguite in base alla legge in vigore al momento dell'esecuzione, e non in base a quella in vigore al tempo della commissione del reato, «deve [...] soffrire un'eccezione allorché 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». In questa ipotesi, l'applicazione retroattiva di una tale legge è incompatibile con l'art. 25, secondo comma, Cost.

Questa Corte ha quindi ritenuto che soggiacciano alla garanzia di irretroattività le implicazioni dell'inclusione di un determinato titolo di reato (in quel caso, i delitti contro la pubblica amministrazione) nel catalogo di cui all'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. sull'accesso alle misure alternative alla detenzione, sulla liberazione condizionale (artt. 176 e 177 cod. pen.) e sul divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione (art. 656, comma 9, lettera a, cod. proc. pen.). Ciò in quanto detti istituti consentono, a vario titolo e in varia misura, di accedere a un regime extramurario di espiazione della pena, la cui preclusione — in forza della sopravvenuta applicabilità del regime "ostativo" di cui all'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. — comporta una radicale modifica della natura della pena inflitta.

Per quel che qui più rileva, nella citata sentenza questa Corte, nel ritenere fondate le censure di diversi giudici dell'esecuzione che lamentavano di non poter sospendere ordini di esecuzione della pena emessi nei confronti di condannati per reati contro la pubblica amministrazione, commessi prima dell'entrata in vigore dell'art. 1, comma 6, lettera b), della legge n. 3 del 2019, ha osservato che «l'art. 656, comma 9, cod. proc. pen. — nel vietare la sospensione dell'ordine di esecuzione della pena in una serie di ipotesi, tra cui quella, che qui viene in considerazione, relativa alla condanna per un reato di cui all'art. 4-bis, ordin. penit. — produce l'effetto di determinare l'inizio dell'esecuzione della pena stessa in regime detentivo, in attesa della decisione da parte del tribunale di sorveglianza sull'eventuale istanza di ammissione a una misura alternativa; e dunque comporta che una parte almeno della pena sia effettivamente scontata in carcere, anziché con le modalità extramurarie che erano consentite — per l'intera durata della pena inflitta — sulla base della legge vigente al momento della commissione del fatto. Tanto basta per riconoscere alla disposizione in questione un effetto di trasformazione della pena inflitta, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale, rispetto al quadro normativo vigente al momento del fatto; con conseguente sua inapplicabilità, ai sensi dell'art. 25, secondo comma, Cost., alle condanne per reati commessi anteriormente all'entrata in vigore della novella legislativa, che ne ha indirettamente modificato l'ambito applicativo, tramite l'inserimento di numerosi reati contro la pubblica amministrazione nell'elenco di cui all'art. 4-bis ordin. penit.».

Questa Corte ha peraltro rilevato che il censurato art. 1, comma 6, lettera b), della legge n. 3 del 2019, così come formulato dal legislatore, nulla prevedeva in relazione alla sua applicazione nel tempo; sicché «[i]n contrasto con l'art. 25, secondo comma, Cost. — sotto i profili denunciati dalle ordinanze di rimessione in questa sede esaminate — [era] la norma risultante dal diritto vivente, a tenore della quale le modifiche introdotte con la disposizione censurata sarebbero applicabili anche retroattivamente».

Al cospetto dell'univoco orientamento del diritto vivente, questa Corte ha ritenuto — allora — di non poter adottare una sentenza interpretativa di rigetto, e ha così dichiarato l'illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 25, secondo comma, Cost., dell'art. 1, comma 6, lettera b), della legge n. 3 del 2019, «in quanto interpretato» nel senso che le modificazioni introdotte all'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit., si applichino anche ai condannati che abbiano commesso il fatto anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019, in riferimento — tra l'altro — alla disciplina della sospensione dell'ordine di esecuzione della pena prevista dall'art. 656, comma 9, lettera a), cod. proc. pen.

4.3. Tale declaratoria di incostituzionalità ha modificato il principio espresso dal diritto vivente relativo al regime intertemporale delle modifiche normative che inseriscano nuovi reati nel catalogo dell'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit.

Dal momento che il censurato art. 3-bis, comma 1, del d.l. n. 7 del 2015, come convertito — che ha aggiunto il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, di cui all'art. 12, commi 1 e 3, t.u. immigrazione, al novero dei reati di cui all'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. — nulla dispone circa la sua applicabilità alle condanne per reati commessi anteriormente all'entrata in vigore del decreto-legge stesso, nessun ostacolo si oppone più a che il giudice *a quo* adotti, rispetto a tali reati, l'unica interpretazione della disposizione censurata compatibile con il principio di legalità della pena di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., così come declinato da questa Corte nella sentenza n. 32 del 2020.

L'art. 3-bis, comma 1, del d.l. n. 7 del 2015 dovrà dunque trovare applicazione ai soli fatti di reato commessi successivamente alla sua entrata in vigore con riferimento alla disciplina del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena prevista dall'art. 656, comma 9, lettera a), cod. proc. pen.

Le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte di assise d'appello di Brescia devono essere dichiarate non fondate, potendo e dovendo la disposizione censurata essere interpretata in modo conforme a Costituzione.

P.Q.M. LA CORTE COSTITUZIONALE

Dichiara non fondate, nei sensi di cui in motivazione, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 3-bis, comma 1, del decreto-legge 18 febbraio 2015, n. 7 (Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale, nonché proroga delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia, iniziative di cooperazione allo sviluppo e sostegno ai processi di ricostruzione e partecipazione alle iniziative delle Organizzazioni internazionali per il consolidamento dei processi di pace e di stabilizzazione), convertito, con modificazioni, nella legge 17 aprile 2015, n. 43, sollevate, in riferimento agli artt. 25, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), dalla Corte di assise d'appello di Brescia con l'ordinanza indicata in epigrafe.

L'ordinanza che ha sollevato la questione è pubblicata in *G.U.* n. 49 del 4 dicembre 2019, 1^a serie spec.

(1) Sul principio del legittimo affidamento, cfr. nota alla sent. n. 33 del 2020. Poi, cfr. sent. n. 85 del 2020.

Sull'applicazione dell'art. 117, comma 1, Cost. cfr. i richiami contenuti nella nota alla sent. n. 20 del 2019. Poi, cfr. sentt. nn. 24, 25, 33, 37, 45, 63, 66, 80, 86, 90, 96, 112, 117, 124, 161, 169, 174, 215, 219, 236, 242, 249 e 286 del 2019; 11, 45, 58, 96, 102, 106, 115, 117, 121, 123, 145, 152, 167 e 178 del 2020.

Spunti sul rapporto tra ragionevolezza e fonti sovranazionali in relazione alla retroattività della *lex mitior* nella nota alla sent. n. 85 del 2020.

A commento della presente sentenza pubblichiamo un'osservazione del dott. Guido Colaiacovo.

Ordinamento penitenziario e diritto intertemporale: punti fermi e prospettive.

1. Le origini della questione trattata nella pronuncia in rassegna affondano in uno dei numerosi interventi legislativi che, nel corso degli anni, hanno dilatato — e snaturato — il catalogo dei reati contenuto nell'art. 4-*bis* della l. 26 luglio 1975, n. 354 (1), architrave del controverso “doppio binario penitenziario” (2).

Le criticità di queste addizioni — che hanno condotto la disciplina dei reati “ostativi” al limite della compatibilità con il finalismo rieducativo della pena — erano spesso acuite dalla assenza di disposizioni che scandissero il passaggio da una disciplina all'altra: accadeva, così, che le innovazioni fossero immediatamente applicate anche a condanne comminate per violazioni compiute ben prima dell'entrata in vigore della novella. Tanto avveniva in ossequio al consolidato orientamento secondo il quale le norme del diritto penitenziario avrebbero natura processuale e sarebbero perciò attratte nella sfera di operatività del principio del *tempus regit actum* e non della più favorevole disciplina delineata dall'art. 2 c.p. e suggellata dall'art. 25, comma 2, Cost. (3).

Le ricadute di un simile approccio erano senz'altro significative: ad esempio, l'esecuzione della condanna, che prima della modifica avrebbe potuto condurre alla concessione, da subito, di misure alternative al carcere,

(1) Introdotta nel tessuto normativo per il contrasto di forme di criminalità particolarmente pericolose, come quelle di stampo mafioso o terroristico, la previsione, il cui campo di applicazione si è esteso a dismisura, comprendendo titoli di reato eterogenei, si è trasformata, secondo un'icastica definizione, in un “favo informe di titoli di reato aggrappati intorno al ‘tutore’ dei delitti di mafia” (G. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, in *Questione giustizia* 27 giugno 2014).

(2) Per l'analisi dell'istituto, F. SIRACUSANO, *Il «doppio binario» penitenziario*, in E. MEZZETTI — L. LUPARIA DONATI, *La legislazione antimafia*, Bologna 2020, 1043 ss.

(3) *Ex plurimis*, Sez. un., 30 maggio 2006, n. 24561, in *Cass. pen.* 2006, 3963.

si avviava con la carcerazione e la sottoposizione a un trattamento più rigoroso, imprevedibile al momento di commissione dell'illecito.

È per questa ragione che la Corte d'assise d'appello di Brescia, in veste di giudice dell'esecuzione, sospettava della conformità al dettato costituzionale dell'art. 3-bis del d.l. 18 febbraio 2015, n. 7 (conv. con modif. nella l. 17 aprile 2015, n. 43) che, senza alcun accorgimento che dominasse gli effetti retroattivi, aveva reso "ostativa" l'incriminazione contemplata dall'art. 12, commi 1 e 3 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286. Il giudice rimettente, infatti, era investito di un'istanza di sospensione di un ordine di esecuzione emesso il 12 marzo 2019 per una sentenza di condanna resa il 6 aprile 2018, divenuta irrevocabile il 21 febbraio 2019, per un fatto commesso il 10 novembre 2007. Ciò posto, sottolineava come ormai fosse preclusa la sospensione dell'esecuzione, possibile all'epoca in cui era stato commesso il delitto, e precisava che il dubbio nasceva alla luce degli artt. 25 e 117 Cost. e 7 CEDU. Quest'ultima previsione, nella parte in cui impedisce che una modifica in senso sfavorevole della legge penale agisca retroattivamente, abbraccerebbe pure gli istituti del diritto penitenziario che incidono in termini di sostanziale modificazione quantitativa o qualitativa della pena e tra i quali — secondo la Corte costituzionale (4) — figurano le misure alternative alla detenzione.

Del resto, proseguiva la Corte bresciana, un recente arresto di legittimità, seguendo l'indicazione della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Del Rio Prada* (5), ha espresso perplessità sulla compatibilità della lettura corrente con la Carta costituzionale (6).

Il giudice rimettente, quindi, non ritenendo praticabile una soluzione del problema in via interpretativa, invocava una declaratoria di illegittimità che sottoponesse la novella ai principi che governano la successione di leggi in ambito sostanziale.

2. Il Giudice delle leggi, prima di entrare nel vivo della regiudicanda, ha respinto le eccezioni di rito della difesa erariale che prospettava l'inammissibilità della questione per un duplice ordine di ragioni: prima sosteneva che censure analoghe sarebbero già state disattese (7) e poi aggiungeva che

(4) Corte cost., 28 luglio 1993, n. 349, in *Cass. pen.* 1994, 2855.

(5) Corte eur. dir. uomo, Grande camera, 21 ottobre 2013, in *Cass. pen.* 2014, 683.

(6) Sez. VI, 14 marzo 2019, n. 12541, in *Cass. pen.* 2019, 3558, con *osservazioni* di B. ROSSI. In tale occasione, pur manifestando seri dubbi, la Suprema Corte non ha sollevato la questione, non ritenendola rilevante ai fini della decisione. In tema, G. L. GATTA, *Estensione del regime ostativo ex art. 4-bis ord. penit. ai delitti contro la P.A.: la Cassazione apre una breccia nell'orientamento consolidato, favorevole all'applicazione retroattiva*, in www.penalecontemporaneo.it.

(7) Corte cost., 20 luglio 2001, n. 273, in questa *Rivista* 2001, 2282, con osservazione di E. FAZZIOLI, *La collaborazione come presupposto necessario per l'ammissione ai benefici penitenziari: un nuovo orientamento della Corte?*, *ivi*, 2290 e Corte cost., 23 luglio 2001, n. 280, *ivi*, 2343. Tali decisioni, tuttavia, non hanno preso posizione sul tema dell'applicabilità dell'art. 25, comma 2, Cost., al diritto penitenziario poiché hanno escluso il carattere di diritto sostanziale delle modifiche apportate alla disciplina della liberazione condizionale e dei permessi premio.

la declaratoria di illegittimità costituzionale di una previsione analoga — l'art. 1, comma 6, lett. b) della l. 9 gennaio 2019, n. 3, “spazzacorrotti” — avrebbe determinato una sopravvenuta carenza di oggetto (8).

La Corte ha replicato che non sussistono ostacoli che le impediscano di rimeditare i propri precedenti e che la declaratoria di incostituzionalità ha colpito una differente disposizione di legge, escludendo, pertanto, una sopravvenuta carenza di oggetto nel giudizio promosso dalla Corte bresciana.

Ma tale decisione, pur non paralizzando lo scrutinio, ha inciso sulla fondatezza della questione poiché ha determinato una radicale inversione di rotta nell'interpretazione dei profili intertemporali delle novelle in ambito penitenziario: escludendo che modifiche *in peius* — in certi casi — possano applicarsi anche alle condanne per reati commessi anteriormente alla entrata in vigore della legge, ha indicato la sola lettura rispettosa dei principi costituzionali e ha segnato il superamento del diritto vivente (9).

Una reazione energica, categorica, che non poteva essere affidata allora a una sentenza interpretativa di rigetto in quanto l'esegesi non conforme a Costituzione si era avviluppata e identificata con il dato normativo al punto tale che la sua rimozione non poteva avvenire se non attraverso una decisione demolitoria (10). Soltanto il cambio di paradigma, dunque, ha consentito di adottare una differente statuizione nel caso di specie.

Analizzando il rapporto tra le due pronunce, sarebbe riduttivo ritenere che la sentenza in rassegna, nonostante il ruolo ancillare, sia solo l'appendice di una sentenza “storica”. Si scorge, piuttosto, una sinergia: mentre la prima ha scosso le fondamenta dell'impianto preesistente, determinandone il collasso, la seconda ha assestato il colpo definitivo, completando l'opera demolitoria.

3. Il tema affrontato dalla Corte costituzionale, in una più ampia dimensione, è riconducibile al dibattito che verte sulla possibilità di equiparare, dal punto di vista del diritto intertemporale, il trattamento delle leggi processuali a quello delle norme incriminatrici, con conseguente estensione, in un'ottica di garanzia, dei principi sanciti dagli art. 2 c.p. e 25,

(8) Sulla decisione della Corte, *infra*, § 4.

(9) Corte cost., 26 febbraio 2020, n. 32, in questa *Rivista* 2020, 224, con osservazioni di A. GARGANI, *L'estensione 'selettiva' del principio di irretroattività alle modifiche in peius in materia di esecuzione della pena: profili problematici di una decisione 'storica'*. In tema, anche F. FIORENTIN, *Sentenza importante con grandi ricadute sul piano operativo*, in *Guida dir.* 2020, n. 15, 64; D. NOTARO, *Un passo deciso (e atteso) sulla via dell'affermazione delle garanzie costituzionali nella fase dell'esecuzione della pena*, in *Dir. pen. proc.* 2020, 985, e V. MANES - F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in www.sistemapenale.it; F. SIRACUSANO, *L'irretroattività irrompe nella fase dell'esecuzione penale: luci e ombre di una svolta epocale*, in questa *Rivista* 2020, 936. Sulla decisione della Corte, *amplius*, § 4.

(10) Qui la Corte richiama C. cost., 22 luglio 2005, n. 299, in questa *Rivista* 2005, 2917, con osservazioni di G. P. DOLSO, *Prognosi sul futuro delle interpretative di rigetto*. In tema, D. NOTARO, *Un passo deciso*, cit., 987 e 988, e, con toni critici, A. GARGANI, *L'estensione 'selettiva'*, cit. 270.

comma 2, Cost. anche alle prime (11). Nell'ambito del diritto penitenziario l'attenzione sul tema si è accesa con l'introduzione dell'art. 4-*bis* ed è cresciuta con lo sviluppo di tale disciplina normativa (12): l'interrogativo sull'applicabilità del principio del *tempus regit actum* o del più favorevole principio della irretroattività delle norme di sfavore, infatti, nasce con l'introduzione dei primi meccanismi presuntivi tesi a definire un assetto trattamentale tutto intramurario per l'esecuzione della pena nei confronti di determinate categorie di delinquenti (13).

È uno scenario complesso, nel quale i protagonisti — legislatore, Corte costituzionale e Corte di cassazione — si sono mossi con velocità diverse e in direzioni opposte.

Pietra miliare, lungo questo cammino, è la sentenza con la quale la Corte costituzionale, all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 4-*bis*, affermò che il quesito sull'estensione del principio di irretroattività alle norme che, pur non introducendo una incriminazione o una sanzione, rendevano più afflittiva l'esecuzione della pena, richiedeva una "seria riflessione" (14). Dunque, ancorché non avesse affrontato tale aspetto per un difetto di rilevanza, la Corte segnalò l'esigenza di un attento esame, anche per mettere a fuoco il momento procedimentale — commissione del fatto, passaggio in giudicato della sentenza, inizio dell'esecuzione o, infine, integrazione dei presupposti per l'accesso al beneficio o alla misura alternativa — nel quale dovrebbe cristallizzarsi il regime di riferimento.

L'invito, tuttavia, non fu raccolto, né dal legislatore, né, soprattutto, dalla Suprema Corte.

(11) Per tutti, M. CHIAVARIO, voce *Norma (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano 1978, 466 ss., e, più di recente, O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano 1999, 169 ss. Le problematiche di maggior rilievo riguardano le modifiche del sistema cautelare nel quale l'avvicinarsi delle norme ha immediata incidenza sulla libertà personale. Anche qui, la giurisprudenza tende a ritenere immediatamente applicabili le innovazioni (Sez. un., 31 marzo 2011, n. 27919, in *Cass. pen.* 2011, 4159, con osservazioni di P. SPAGNOLO e, in precedenza, Sez. un., 27 marzo 1992, n. 8, in *Cass. pen.* 1993, 271, con nota di T. RAFARACI, *Jus superveniens e libertà personale (note in tema di applicazione immediata ai procedimenti in corso dell'art. 1 d.l. 9 settembre 1991, n. 292)*).

(12) Come si evince anche dalla lettura di C. cost., 26 febbraio 2020, n. 32, cit., il quesito sull'immediata applicabilità delle modifiche *in malam partem* accompagna sempre le censure che denunciano, in via principale, l'intollerabilità costituzionale dell'art. 4-*bis*. In precedenza, il tema era stato affrontato da F. BRICOLA, sub *art. 25 comma 2 Cost.*, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Bologna 1981, 300.

(13) L'introduzione dell'art. 4-*bis* si è stabilizzata con la conversione del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, ad opera della l. 12 luglio 1991 n. 203. Precedenti tentativi di introdurre tale disposizione erano falliti per la mancata conversione dei decreti legge che li contenevano, come avvenuto per il d.l. 12 gennaio 1991, n. 5 (sulle problematiche di diritto intertemporale in tale frangente, Sez. I, 11 febbraio 1991, in *Cass. pen.* 1992, 397 con nota di F. DELLA CASA, *Successioni di leggi penitenziarie: modifiche «peggiorative» e limiti inerenti allo jus superveniens*, in *Cass. pen.* 1992).

(14) C. cost., 11 giugno 1993, n. 306, in *Cass. pen.* 1994, 837, con nota critica di A. ACCONCI, *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*.

Il primo, come accennato, soltanto in alcune occasioni si è preoccupato di predisporre una specifica regolamentazione del profilo intertemporale, stabilendo che le nuove disposizioni operassero solo per le condanne comminate per fatti commessi prima dell'entrata in vigore della novella (15). In chiave interpretativa, peraltro, l'introduzione di simili previsioni non consentiva di estenderne il campo di applicazione, in funzione di tutela delle aspettative rieducative del condannato, oltre l'ambito del singolo provvedimento legislativo. Anzi, l'esplicita statuizione sul punto potrebbe avere ben altro effetto, contribuendo a rafforzare la convinzione che il collegamento alla *dies commissi delicti* non costituisca un principio generale e che, perciò, ove non sia espressamente contemplato operi il principio del *tempus regit actum*.

La Suprema Corte, dal canto suo, si è immediatamente e univocamente orientata nell'affermare la natura processuale delle previsioni di diritto penitenziario e, conseguentemente, la loro immediata applicabilità anche a fatti commessi in epoca precedente (16). Caposaldo di un indirizzo consacrato dalle Sezioni unite (17) e ribadito in occasione di ogni interpolazione dell'art. 4-*bis* (18) è la convinzione che non è possibile equiparare le regole sull'esecuzione della pena e le misure alternative alla detenzione alle disposizioni che riguardano l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena.

Del resto, l'idea che il principio di irretroattività mal si attagliasse alle vicende esecutive era accolta anche da autorevole dottrina (19) e, come ha rammentato il Giudice delle leggi, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (20).

L'unico argine alle conseguenze negative che un simile approccio river-

(15) A titolo esemplificativo, si possono ricordare il citato d.l. 13 maggio 1991, n. 152, e la l. 23 dicembre 2002, n. 279. Quanto al primo, è opportuno evidenziare che la previsione di diritto intertemporale si riferiva soltanto agli inasprimenti dei requisiti di carattere temporale per l'accesso ai benefici penitenziari (art. 4, comma 1) e non all'accertamento della pericolosità, per la quale riprendeva vigore il principio del *tempus regit actum* (sul punto, F. DELLA CASA, *Successione di leggi penitenziarie*, cit., 401).

(16) Una delle prime espressioni di questo indirizzo è compendiata in Sez. I, 11 febbraio 1991, cit.

(17) Sez. un., 30 maggio 2006, n. 24561, cit.

(18) Sulla l. 9 gennaio 2019, n. 3, Sez. I, 3 maggio 2019, n. 25212, in *Cass. pen.* 2019, 3480, con nota di E. AMATI, *Legge 'spazzacorrotti' e disciplina intertemporale. Interpretazioni "formalistiche" e "sostanzialistiche" a confronto in attesa della Corte costituzionale*.

(19) Tra tutti, Giuliano Vassalli che, esprimendosi nella veste di guardasigilli, riteneva non conferente il richiamo al precetto costituzionale contenuto nell'art. 25 e affermava che l'applicazione del divieto di retroattività avrebbe significato riconoscere in capo a colui che si accinge a delinquere «una sorta di 'aspettativa' costituzionalmente garantita a fruire di benefici o provvidenze di vario genere», purché vigenti nel momento dell'avvenuta violazione della legge penale (F. DELLA CASA, *Successioni di leggi penitenziarie*, cit., 401-402). In precedenza, tuttavia, lo stesso Autore aveva sostenuto la natura sostanziale, tra le altre, delle disposizioni sulle misure alternative (G. VASSALLI, voce *Potestà punitiva*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano 1985, 807).

(20) Corte cost., 26 febbraio 2020, n. 32, cit., punto 4.2.3.

berava sul trattamento rieducativo era stato eretto dalla Corte costituzionale che, pur mantenendo un atteggiamento cauto (21) e spostando il discorso dall'art. 25 all'art. 27 della Carta costituzionale, aveva stabilito che modifiche in senso peggiorativo non possono determinare un regresso sul percorso compiuto dal condannato e compromettere i traguardi raggiunti fino a quel momento (22). Il principio di "non regressione trattamentale", dunque, ha quantomeno attutito le frizioni tra esigenze di matrice securitaria e finalità rieducativa, consentendo di mantenere l'equilibrio in un punto nel quale nessuna delle componenti della pena prevale sull'altra fino ad eliderla (23).

L'auspicio a riflettere seriamente sul tema è stato finalmente accolto, sulla spinta di una maggiore sensibilità della dottrina (24) e di una parte della giurisprudenza di merito e di legittimità (25), in occasione della controversa riforma dei reati contro la pubblica amministrazione.

Nuovamente investita di una pluralità di ordinanze di rimessione, la Corte costituzionale ha espunto dal panorama interpretativo l'esegesi compendiata nel diritto vivente. E questo fondamentale concetto è stato ribadito nella sentenza in rassegna.

4. Secondo il Giudice delle leggi le pene detentive devono essere eseguite in base alla legge in vigore al momento della loro esecuzione, fatta salva l'ipotesi in cui tale legge comporti, rispetto al quadro normativo vigente al momento del fatto, una trasformazione della natura della pena e della sua incidenza sulla libertà personale.

È una affermazione che rivoluziona i criteri interpretativi del diritto penitenziario, ma dalla quale, allo stesso tempo, sono germogliate statuizioni che hanno generato vivaci critiche.

Per un verso, infatti, essa ha condotto alla conclusione che interventi

(21) Secondo, A. GARGANI, *L'estensione 'selettiva'*, cit., 270, a consentire che si radicasse il diritto vivente è stata proprio l'estrema cautela con la quale la Corte, eludendo spesso il problema con tecnicismi ermeneutici, ha affrontato la materia.

(22) Corte cost., 22 aprile 1999, n. 137, in questa *Rivista* 1999, 1067; Corte cost., 30 dicembre 1997, n. 445, *ivi* 1997, 3934, con osservazioni di C. FIORIO, *Brevi note sull'ennesimo vaglio di costituzionalità dell'art. 4-bis ord. penit.*; Corte cost., 14 dicembre 1995, n. 504, in *Cass. pen.* 1997, 1255, con nota di M. G. COPPETTA, *Il permesso premio come strumento di rieducazione: ancora una declaratoria di illegittimità dell'art. 4-bis ord. penit.*

(23) Corte cost., 11 giugno 1993, n. 306, cit.

(24) Il giudizio negativo sulla l. 9 gennaio 2019, n. 3 è stato pressoché unanime: *ex plurimis*, M. GAMBARDILLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.* 2019, 44. Sullo specifico aspetto del diritto penitenziario e delle conseguenze *in executivis*, F. SIRACUSANO, *Lo status del condannato in via definitiva per fatti di corruzione*, in R. ORLANDI - S. SEMINARA (a cura di), *Una nuova legge contro la corruzione*, Torino 2019, 313; e O. MAZZA, *La carcerazione immediata dei corrotti: una forzatura di diritto intertemporale nel silenzio complice del legislatore*, in C. IASEVOLI, *La cd. Legge 'spazzacorrotti'. Croniche innovazioni tra diritto e processo penale*, Bari 2019, 293.

(25) Per una panoramica sulle prime pronunce di merito, F. SIRACUSANO, *Lo status del condannato*, cit., 353.

normativi che rendano più difficoltoso l'accesso alle misure alternative alla detenzione — anche nella fase iniziale, inibendo la sospensione *ex art. 656 c.p.p.* — incidono sulla quantità e qualità della pena e aggravano il grado di privazione della libertà personale imposta al detenuto e non possono, pertanto, essere trattate alla stregua di norme processuali. La Corte rifiuta l'impostazione che classifica le norme come penali e ne determina lo statuto in termini di garanzie secondo la collocazione topografica, per aderire alla tesi che a tal fine considera le conseguenze sulla libertà personale, giungendo così ad affermare che se la modifica del sistema normativo incide sulla alternativa tra “lo star ‘fuori’ o ‘dentro’ il carcere” (26) devono operare le tutele che precludono una applicazione retroattiva. È una conclusione che salvaguarda due distinti interessi: nella prospettiva del singolo, intende consentire al reo di conoscere le conseguenze della propria azione sin dal momento in cui si accinge a compierla e da ogni punto di vista, compreso quello delle strategie processuali (27); nella prospettiva pubblicistica, parallelamente, mira a impedire che il legislatore possa manipolare tale situazione successivamente e a ribadire le regole basilari dello Stato di diritto.

L'*iter* argomentativo è influenzato dagli arresti del giudice dei diritti fondamentali (28) ed è corredato dalla comparazione con ordinamenti di altri Stati (29). È oltremodo significativa, però, la circostanza che la declaratoria di illegittimità sia stata pronunciata valorizzando la previsione dell'art. 25 Cost., piuttosto che attraverso il parametro interposto ai sensi dell'art. 117 Cost. (30).

Questa impostazione, infatti, genera la convinzione che il traguardo raggiunto si trova su un percorso che muove da principi che, offuscati nel

(26) L'espressione è di G. L. GATTA, *Estensione del regime ostativo*, cit., 1.

(27) Le ordinanze di remissione affrontate da Corte cost., 26 febbraio 2020, n. 32, sostenevano che l'improvviso mutamento del quadro normativo influiva negativamente anche sulle scelte processuali compiute dall'imputato che, ad esempio, poteva determinarsi a patteggiare una pena confidando di espirla in regime extramurario. È interessante segnalare una recente sentenza che ha escluso che le innovazioni della “spazzacorrotti” consentano all'imputato di rimeditare l'accesso a riti speciali (Sez. VI, 18 novembre 2019, n. 16765, in tema di concordato in appello e consenso prestato prima della novella).

(28) Il richiamo è ai noti criteri Engel enunciati da Corte eur. dir. uomo, 8 giugno 1976 e alla citata sentenza resa nel caso Del Rio Prada.

(29) La Corte richiama il divieto di *ex post facto laws* statunitense e la giurisprudenza della Corte Suprema, insieme al codice penale francese e alla giurisprudenza del *Conseil constitutionnel* (per una esaustiva ricostruzione di questo aspetto, V. MANES - F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale*, cit., 7).

(30) Secondo V. MANES - F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale*, cit., 7, risalta l'itinerario che coltiva le sollecitazioni europee (e comparatistiche) per insediare non già nella trama offerta dalla dottrina del (pur evocato) “parametro interposto”, ma direttamente nell'ordito dell'art. 25, comma 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, comma 1, Cost.

periodo più recente (31), appartengono al patrimonio della tradizione giuridica italiana. In questo senso, non è fuor di luogo segnalare che un approccio antesignano del principio enunciato dal Giudice delle leggi si rinviene già nella più risalente dottrina (32).

Per altro verso, tuttavia, ha consentito di escludere che lo scudo offerto ai condannati offra riparo dalle modifiche che incidono in senso deteriore sulla vita detentiva o sulla disciplina di meri benefici penitenziari, istituti che, secondo la Corte, non mutano la natura della espiazione, che resta connotata da una dimensione "intramuraria". D'altro canto, suggeriscono di operare una simile distinzione anche ragioni di carattere organizzativo, poiché un rigido e generale divieto di applicazione retroattiva di qualsiasi modifica della disciplina sull'esecuzione finirebbe per creare, all'interno del medesimo istituto penitenziario, una pluralità di regimi esecutivi paralleli.

A evitare che una simile impostazione pregiudichi oltremodo il trattamento dei detenuti che già hanno raggiunto risultati significativi, la Corte precisa che, in tali situazioni, soccorre il principio di non regressione trattamentale.

Proprio questa statuizione è stata duramente criticata, soprattutto per quanto concerne i riflessi su permessi e lavoro all'esterno.

In estrema sintesi, si ritiene poco convincente la tesi secondo la quale le preclusioni in materia di benefici non influirebbero sui contenuti "qualitativi" dell'espiazione e sarebbe perciò opinabile differenziare la condizione del detenuto che mediante il proprio contegno abbia già conseguito i requisiti per l'accesso ai benefici in questione, rispetto a coloro che, fidando sul regime operante al momento della loro sottoposizione a pena, pure abbiano intrapreso il percorso rieducativo, senza averlo potuto portare a termine (33). D'altro canto, non può negarsi che le innovazioni incidenti in chiave preclusiva sull'accesso ai permessi premio e al lavoro si ripercuotano negativa-

(31) A tal proposito, è utile ricordare come l'esclusione dell'art. 2 c.p., che si riteneva fosse la norma naturalmente applicabile, fu il risultato di una precisa scelta legislativa in occasione del varo della l. 10 ottobre 1986, n. 663 (F. DELLA CASA, *Successione di leggi penitenziarie*, cit., 400).

(32) Ad esempio, secondo V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, I, Torino 1931, 164, «la regola dell'immediata applicabilità della nuova legge processuale penale» vale soltanto quando si tratti di norme processuali in senso proprio e perciò, qualora una norma giuridica, pure offrendo alcuni caratteri del diritto processuale, presenti prevalenti caratteri del diritto penale sostantivo, si debbono applicare le regole del diritto transitorio penale, che si riassumono nella formula della non-extrattività delle norme penale più restrittive della libertà. Altrettanto deve dirsi quando la nuova legge più non riconosca o restringa un diritto soggettivo ammesso dalla legge abrogata: anche in questo caso vale il principio generale della non retroattività delle leggi di diritto sostantivo. Lo stesso Autore, con riguardo alla «regola transitoria in relazione all'esecuzione» afferma che, se nel periodo esecutivo d'una sentenza penale di condanna sopravviene una nuova legge che modifichi le norme esecutive, o si tratta di legge attinente all'essenza o alla materiale esecuzione della pena, e allora non è legge processuale, o ha questo carattere, perché disciplina i rapporti processuali del periodo esecutivo (incidenti d'esecuzione, ad esempio), ed in tal caso si applicherà la regola generale.

(33) Così, D. NOTARO, *Un passo deciso*, cit., 985.

mente sul tipo di espiazione laddove finiscono per ridurre le quote di libertà fruibili dal reo e annichiscono la funzione pedagogico-propulsiva che tali benefici hanno quale premessa per la concessione di misure alternative (34). Ancora, non è condivisa neppure la giustificazione che poggia su esigenze di carattere organizzativo (35).

5. Nonostante la risoluta presa di posizione della Corte costituzionale, la sensazione è che su profili nient'affatto marginali l'assestamento non sia definitivo.

In termini generali, è ancora senza risposta l'interrogativo sulla legittimità costituzionale di un "doppio binario" basato su una presunzione di pericolosità che sacrifica la realizzazione della finalità rieducativa della pena (36). L'art. 4-bis è un ingranaggio che trasforma il meccanismo esecutivo e che può essere inserito soltanto in particolari congegni, destinati a operare in situazioni ove è accentuata l'esigenza di proteggere la società dal crimine. Non si adatta, insomma, a fungere da valvola di sfogo delle emergenze che si presentano di volta in volta, né può essere strumentalizzato per tranquillizzare l'opinione pubblica dinanzi a recrudescenze di fenomeni criminosi che, per quanto pericolosi e diffusi, non raggiungono la soglia che autorizza l'inserimento in un regime tanto rigido. Pertanto, non può escludersi, ma, anzi, è auspicabile che la norma sia finalmente rimodellata, dal legislatore — preferibilmente — o dalla Corte costituzionale, in questo frangente di intensa ristrutturazione concettuale che interessa l'ordinamento penitenziario fin dalle sue fondamenta (37).

Ritornando sul campo di indagine delineato dalle sentenze appena esaminate, l'attenzione deve rivolgersi su due aspetti.

Le decisioni con le quali i Giudici delle leggi hanno collocato al di fuori dal perimetro di liceità costituzionale il "diritto vivente" impartiscono un insegnamento inequivocabile all'interprete, ma anche al legislatore: per un verso, la preclusione alla applicazione della nuova e deteriore disciplina a fatti commessi anteriormente alla sua entrata in vigore è una istruzione alla quale il primo dovrà attenersi qualora le novelle non siano accompagnate da previsioni che regolino la successione di leggi nel tempo; per altro verso, rappresenta un'indicazione al secondo che, nel disciplinare il diritto intertemporale, non potrà far a meno di rispettare l'art. 25, comma 2, Cost.

L'unico margine di manovra per il legislatore residua laddove la Corte costituzionale ha ritenuto legittima l'applicazione del principio del *tempus regit actum*.

(34) In questo senso, F. SIRACUSANO, *L'irretroattività*, cit., 946.

(35) V. MANES - F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale*, cit., 15.

(36) Sul punto, D. NOTARO, *Un passo deciso*, cit., 992, e V. MANES - F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale*, cit., 19 ss.

(37) Ad esempio, la questione della legittimità costituzionale dell'art. 4-bis potrebbe essere nuovamente sollevata all'esito della restituzione degli atti ad opera di C. cost., 11 marzo 2020, n. 49, in *Dir. pen. proc.* 2020, 607, e C. cost., 30 luglio 2020, n. 184, *ivi* 2020, 1167. Ancorché limitata ai reati contro la pubblica amministrazione, una eventuale decisione di accoglimento aprirebbe un varco per censurare l'inserimento nel catalogo dei reati ostativi anche di altre incriminazioni.

È proprio in questo settore, quindi, che si avverte la persistente necessità di accompagnare eventuali modifiche da un apposito apparato di disposizioni destinate a regolare la transizione.

Accorgimenti di questo tipo impedirebbero l'insorgere delle problematiche prospettate dalla dottrina, poiché la disciplina delle coordinate temporali dell'innovazione e delle conseguenze che l'intervento produce in questa dimensione potrebbero essere calibrate in modo tale da evitare che il passaggio da un regime ad un altro provochi sperequazioni. La Corte costituzionale, infatti, ha fissato la soglia di tolleranza costituzionale, ma nulla impedisce al legislatore di innalzare le tutele per il condannato, bilanciando le istanze di carattere rieducativo con le esigenze organizzative dell'amministrazione penitenziaria e di modulare il trattamento in modo tale da non imporre sacrifici ingiustificati al primo e sforzi immani alla seconda.

L'auspicio, comunque, è che in futuro non si debba più discutere dei riflessi di carattere intertemporale che discendono dall'ampliamento del catalogo dei reati "ostativi", ma della speculare problematica sugli effetti retroattivi che deriverebbero dagli interventi legislativi tesi a sfoltire questo elenco per ricondurre l'art. 4-bis entro limiti coerenti con le ragioni che, in origine, giustificarono la sua introduzione nell'ordinamento penitenziario (38).

GUIDO COLAIACOVO

ABSTRACT

L'autore esamina la sentenza alla luce della precedente pronuncia della Corte cost. n. 32/2020 in materia di successione di leggi nel tempo e diritto penitenziario. Descritto il cambio di rotta che tali pronunce hanno impresso, delinea le possibili evoluzioni dei principi enunciati.

The author examines the statement in light of the previous decision of the constitutional Court ruling on the succession of laws over time and penitentiary law. After this description, he tries to outlines the possible evolution of the principles enunciated.

(38) Così, in una prospettiva *de iure condendo*, F. SIRACUSANO, *Modifiche all'art. 4-bis ord. penit.*, in G. GIOSTRA-P. BRONZO, *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, Roma 2017, 191.