

CONVEGNI

FILIPPO BELLAGAMBA

Riflessioni a margine del nuovo assetto riservato ai delitti contro la Pubblica Amministrazione dalla Legge “negaprincipi” e “spazzagaranzie”*

Nelle note che seguono si affronta il tema della compatibilità tra alcune delle più rilevanti novità contenute nella L. n. 3/2019 ed i principi costituzionali, con particolare riferimento al nuovo regime delle pene accessorie ed all'inclusione dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A. nel “tragico elenco” di quelli c.d. assolutamente ostativi per l'accesso alle misure alternative alla detenzione contenuto all'art. 4-bis ord.penit. e su cui, quanto alla dimensione intertemporale, è già intervenuta la Corte cost. con la sentenza n. 32/2020. Ci si sofferma, poi, sulla dimensione, per così dire, statica della novella, opponendo taluni rilievi critici in ordine alla ragionevolezza, da un lato, ed alla coerenza con la finalità rieducativa della pena, dall'altro, della presunzione di pericolosità sociale sottesa all'implementazione del catalogo in parola.

Reflections on the sidelines of the new structure reserved for crimes against the Public Administration by law “negaprincipi” e “spazzagaranzie”

The following notes deal with the issue of compatibility between some of the most important changes contained in Law no. 3/2019 and the constitutional principles, with particular reference to the new regime of accessory penalties and the inclusion of crimes of public officials against the P.A. in the “tragic list” of those so-called absolutely impediments for access to alternative measures to detention contained in art. 4 bis o.p. and on which, as regards the intertemporal dimension, the Constitutional Court has already intervened with sentence no. 32/2020. We then dwell on the static dimension, so to speak, of the novel, opposing certain critical remarks regarding the reasonableness, on the one hand, and the consistency with the re-educational purpose of the penalty, on the other, the presumption of underlying social danger to the implementation of the catalog in question.

SOMMARIO 1. L'inasprimento delle pene accessorie tra miopia sistematica e tensioni con principi costituzionali. - 2. L'implementazione del novero dei delitti assolutamente ostativi nella dimensione 'dinamica'. - 2.1. Ed in quella 'statica'.

1. *L'inasprimento delle pene accessorie tra miopia sistematica e tensioni con principi costituzionali.* Chi, come me, si è fatto precedere da un titolo così evocativo e, per dirla senza giudizi di valore, privo di fronzoli è - se non giuridicamente - almeno moralmente obbligato ad assumersene la responsabilità, riempiendo di contenuti ciò che altrimenti potrebbe apparire come un mero “slogan di rimbalzo”, antitetico ma pur sempre complementare a quella simbologia comunicativa di cui si cibano i fautori della legge n. 3/2019 e di altre che hanno sin qui occupato lo spazio riservato alla politica penale (o,

come dice il Prof. Dolcini, all'uso politico del penale)¹ del governo in carica fino a pochi mesi orsono.

Se è vero che le definizioni non hanno in sé mai nulla di ingenuo, poiché riflettono una relazione interna con il potere², allora non può che considerarsi già tracciato il binario sul quale illustrare le ragioni per cui la c.d. legge “spazzacorrotti” sia in realtà la “negaprincipi” e la “spazzagaranzie” e per cui il diritto penale, il sistema penale *liberale* o, se si preferisce, il *garantismo* penale³ stia segnando il passo in favore di un vero e proprio mutamento di paradigma punitivo, che si manifesta in un accanimento repressivo, i cui tratti connotativi andremo a declinare nel finale di queste note.

Muoverei i primi passi da uno dei due comunicati del 23 novembre 2018 dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, avente ad oggetto le «recenti politiche criminali»⁴, in cui si censurano, con fermezza e senza mezzi termini; a) l'uso propagandistico del diritto punitivo, ben rappresentato dal ricorso al linguaggio proprio della pubblicità commerciale; b) l'esibizione – ma non sarebbe improprio neppure parlare di ostentazione – di sempre maggiore severità a fini elettorali, come se la minaccia di pena più estesa o più intensa equivalga a rafforzamento della tutela⁵; c) la inequivoca inclinazione verso un diritto penale perpetuo, verso una giustizia infinita, ad impatto carcerario massimo, dalla quale discenderebbe, attraverso l'artificiosa migrazione dell'emergenzialità dal delitto al diritto, una trasfigurazione della stessa forma di Stato in una «paternalistica democrazia penale o giudiziaria, con contestuale abdicazione di ogni altra forma di controllo sociale e di responsabilità»⁶.

* Si tratta del testo, rivisto, aggiornato e corredato da note, della relazione tenuta al convegno “Diritto penale e paradigma liberale. Tensioni e involuzioni nella contemporaneità”, svoltosi presso la Certosa di Pontignano (SI), il 24 e 25 maggio 2019.

¹ DOLCINI, *La pena ai tempi del diritto penale illiberale*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 maggio 2019, p.3. Sui rapporti tra politica criminale e ordinamento penale rimane a tutt'oggi imprescindibile ROXIN, *Politica criminale e sistema penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di Moccia, Napoli, 1991.

² Così, incisivamente, MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Quest. giust.*, 2019, n. 1, 87.

³ Distingue tra liberalismo e garantismo DONINI, *Perché il garantismo non rende liberali la pena e il “diritto” penale, ma solo legittimi. Riflessioni a margine del Manifesto del diritto penale liberale dell'Unione delle Camere Penali Italiane*, in www.disCrimen.it, 24 maggio 2019, 3 s.

⁴ Si possono leggere in www.penalecontemporaneo.it.

⁵ In linea con quanto sostenuto nella suggestiva indagine condotta da FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, Milano, 2018, da cui attinge anche PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti ed altro*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, n. 3, 235 s.

⁶ PALAZZO-VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018, 56.

L'obiettivo delle rapsodiche riflessioni che seguiranno è quello di porre a confronto le linee portanti su cui si regge l'assetto normativo predisposto dalla L. n. 3/2019 con il contesto sin qui sommariamente tratteggiato, avendo particolare riguardo alla duplice novità rappresentata dalla: 1) *rimodulazione* del grado di afflittività delle *pene accessorie*, cui si riconnettono i correlati irrigidimenti della disciplina in tema di sospensione condizionale della pena e di riabilitazione; 2) *interpolazione* dell'elenco dei *delitti ostativi* di cui all'art. 4 *bis* o.p..

1) Quanto alla prima direttrice di indagine, sono note le modifiche apportate all'art. 317 *bis* c.p., riformulato sia quanto al *novero* dei delitti alla cui condanna segue l'applicazione della pena accessoria della interdizione dai pubblici uffici, alla quale viene aggiunta quella dell'incapacità a contrattare con la Pubblica Amministrazione; sia quanto alla loro *durata*, ricalibrata non solo in via diretta ma anche indirettamente attraverso la rivisitazione degli istituti della sospensione condizionale e della riabilitazione⁷.

In estrema sintesi, l'ampliamento della latitudine applicativa delle pene accessorie sopra richiamate deriva dall'inserzione - accanto ai preesistenti delitti di peculato (per il quale non vi è distinzione tra comune e d'uso), concussione, corruzione propria e corruzione in atti giudiziari - delle altre ipotesi di reati contro la P.A., quali la corruzione per l'esercizio della funzione; la corruzione aggravata dall'aver ad oggetto il conferimento di pubblici impieghi o stipendi o pensioni o la stipulazione di contratti nei quali sia interessata l'amministrazione cui appartiene il pubblico ufficiale nonché il pagamento o il rimborso di tributi (che, essendo pacificamente un'aggravante, a stretto rigore doveva ritenersi già ricompresa anche prima del suo richiamo espresso); l'induzione indebita dell'*intransus*; l'istigazione alla corruzione, anche in presenza delle condizioni di cui all'art. 322-*bis* c.p.⁸, nonché il traffico di influenze illecite, a

⁷ Sul punto, *amplius*: CIRILLO, *Le pene accessorie (perpetuità e riabilitazione)*, in DELLA RAGIONE (a cura di), *La legge anticorruzione 2019, Il Penalista*, Varese, 2019, 35 s.; FLORA, *La nuova riforma dei delitti di corruzione. Verso la corruzione del sistema penale?*, in FLORA-MARANDOLA (a cura di), *La nuova disciplina dei delitti di corruzione. Profili sostanziali e processuali (L. 9 gennaio 2019, n. 3 c.d. "spazzacorrotti")*, Pisa, 2019, 19 s.; CATALDO, *Il nuovo regime delle pene accessorie introdotto dalla Legge 9.01.2019, n. 3*, in *www.disCrimen.it*, 8 aprile 2019. Parla di «*ergastolo ostativo*» delle sanzioni interdittive MANNA, *Il fumo della pipa (il cd. populismo politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura)*, in *questa Rivista*, 2018, n. 3, 5.

⁸ Anch'esso ritoccato dalla L. n. 3/2019 in ossequio all'*Addenda* al *Second Compliance Report* pubblicata dal GRECO (*Groupe d'Etats contre la Corruption*) il 29 giugno 2018 nell'ambito del *Third Evaluation Round*, ovvero di quel ciclo di valutazione al quale tutti i paesi firmatari della Convenzione penale sulla corruzione di Strasburgo (datata 27 gennaio 1999) si sottopongono per consentire il monitoraggio dello stato del processo di adeguamento alla normativa del Consiglio di Europa e che aveva ad oggetto i

sua volta riformulato mediante l' "assorbimento" del delitto di millantato credito, contestualmente abrogato.

La protrazione nel tempo della loro efficacia è, poi, agevolmente desumibile dall'adozione della *perpetuità* come regola, con le eccezioni costituite dalla inflizione, in concreto, di una pena della reclusione non superiore a due anni (rispetto ai tre precedenti) o dall'applicazione della circostanza attenuante del fatto di lieve entità di cui all'art. 323 bis, comma 1, c.p., che, alternativamente sussistenti, ne consentono la degradazione in *temporaneità*, con una forbice compresa tra un minimo di cinque ed un massimo di sette anni; con ulteriore decremento della cornice edittale da un minimo di un anno ad un massimo di cinque ove ricorra l'attenuante della collaborazione di cui all'art. 323 bis, co. 2, c.p.

Si è, infine, intervenuti sull'art. 32-*quater* c.p., rubricato "Casi nei quali alla condanna consegue l'incapacità a contrattare con la P.A.", ridefinendone, in senso ancora una volta estensivo, l'ambito di operatività, con l'inclusione dei delitti di peculato (ma non anche di quello d'uso); corruzione in atti giudiziari (incredibilmente dimenticata sino ad oggi); traffico di influenze illecite ed attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti.

La primaria esigenza di contenere il mio intervento entro i limiti di tempo assegnati mi suggerisce di indugiare soltanto su un paio di rilievi critici, già in grado, tuttavia, di offrire un quadro allarmante delle fibrillazioni a cui il nuovo regime risulta esposto rispetto a principi costituzionali negletti o ancor peggio calpestati.

a) Il primo attiene ai rapporti tra l'art. 317-*bis* e l'art. 32-*quater* c.p. Se volessimo ricostruirli avvalendoci degli strumenti logici con i quali si affronta il tema del concorso di norme, potremmo dire che è la norma di parte generale ad essere *speciale* rispetto alla norma di parte speciale e che, dunque, nel caso in cui la fattispecie di reato comune ad entrambe (ovvero quella che, mutuando lo stesso linguaggio, potrebbe essere definita sottofattispecie) sia stata commessa in danno o a vantaggio di un'attività imprenditoriale o in relazione ad essa, alla sentenza di condanna seguirà, in ragione di quanto previsto dagli artt. 32-*quater* e 32-*ter* c.p., la pena accessoria *temporanea* (tra uno e cinque anni) dell'incapacità di contrattare con la P.A., che, viceversa, potrà essere temporanea ad effetto *prolungato* (da cinque a sette anni) o addirittura perpetua, ove l'elemento specializzante manchi.

due temi fondamentali delle incriminazioni (*Incriminations*) e della trasparenza del finanziamento dei partiti (*Transparency of party funding*).

Con la duplice incongruenza: a) di correlare ad una norma speciale – già di per sé eccentrica, perché collocata impropriamente nella parte generale – che contiene un elemento specializzante senz'altro espressivo di maggior disvalore una pena accessoria di minor impatto⁹, con il risultato, autoevidente, di una previsione paradigmaticamente *irragionevole* e, come tale, antinomica rispetto all'art. 3 Cost; b) di far rientrare nell'art. 32-*quater* c.p. il solo *peculato comune* e nell'art. 317-*bis* c.p. anche quello d'uso, con la conseguenza che ove la pena – ed è ipotesi tutt'altro che inverosimile – non superi i 2 anni di reclusione e non ricorra l'attenuante della collaborazione (ed essendo declinato in forma monosoggettiva è tutt'altro che implausibile che ciò accada) o non si tratti di un fatto di lieve entità, il condannato per *peculato d'uso* si troverà a subire la pena accessoria dell'incapacità di contrattare con la P.A. da cinque a sette anni mentre il condannato per *peculato comune*, che abbia, ad esempio, commesso il reato in relazione ad un'attività imprenditoriale, sarà soggetto alla stessa pena accessoria, ma per un tempo compreso tra uno e cinque anni, benché il titolo di reato sia più grave ed il fatto concreto risulti carente di quel *quid pluris* di offesa, derivante dall'aver comunque coinvolto un'impresa.

Non mi pare di essere ingeneroso o poco indulgente se arrivo a qualificare questa parte del nuovo prodotto legislativo come un concentrato di *miopia sistematica*, da cui originano *disparità di trattamento* palesemente disarmoniche rispetto ai dettami dell'art. 3 Cost..

b) Il secondo si ricollega all'antico problema delle *pene fisse* e della loro compatibilità con gli artt. 3 e 27 Cost. E ciò sia perché la *perpetuità* si rivolge a plurime fattispecie dalla *gravità intrinseca fortemente disomogenea*, sebbene indebitamente uniformata dal legislatore (con l'aggiunta, *ad adiuvandum*, dell'art.179 c.p.), in chiaro dispregio dell'ontologia della dimensione retributiva della pena, che è la proporzione¹⁰.

⁹ In senso analogo anche DI VITA, *La nuova legge anticorruzione e la suggestione salvifica del Grande Inquisitore. Profili sostanziali della l. 9 gennaio 2019, n. 3*, in *Proc. pen e giust.*, 2019, n. 4, 959.

¹⁰ La Corte cost. n. 236 del 2016, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 567, co. 2, c.p. nella parte in cui prevede la pena edittale della reclusione da un minimo di cinque ad un massimo di quindici anni anziché da un minimo di tre ad un massimo di dieci anni, ha rilevato come, per quanto non le appartengano valutazioni discrezionali di dosimetria sanzionatoria penale poiché tipicamente spettanti alla rappresentanza politica, cionondimeno non le è precluso un controllo sulla *sproporzione manifestamente irragionevole* tra qualità e quantità della sanzione, da un lato, e gravità dell'offesa, dall'altro, che qui viene esperito attraverso un sindacato 'relazionale' delle scelte adottate dal legislatore all'interno della fattispecie stessa e, segnatamente, avuto riguardo alla forbice edittale con cui si sanziona la condotta di cui al comma 1 della medesima disposizione. Per un commento alla sentenza si legga: COTTU, *Giudizio di ragionevolezza e vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?* in *Dir. pen. proc.*, 2017, 473 s.; DOLCINI, *Pene edittali, principio proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir.*

Sia perché un effetto *neutralizzativo-incapacitativo sine die* - incrementato dalla irrilevanza dell'esito positivo dell'affidamento in prova¹¹ e dal necessario decorso di ulteriori sette anni dalla riabilitazione, unitamente all'aver dato prove effettive e costanti di buona condotta, ai fini dell'estinzione¹² - annichilisce ogni velleità rieducativa, con buona pace dell'art. 27, comma 3, Cost., deviandolo verso quella funzione di *profilassi sociale*, candidamente disvelata dall'etichetta con la quale la legge è stata propagandata¹³.

Nella sentenza della Corte cost. intervenuta sugli artt. 216, ultimo comma e 223, ultimo comma, L. Fall¹⁴ - particolarmente significativa anche per aver sdoganato il sindacato di proporzionalità intrinseca sulla pena senza necessariamente vincolarlo ad una rigida esigenza di «rime obbligate» nell'individuazione della sanzione applicabile in luogo di quella dichiarata illegittima e dunque di un *tertium comparationis*¹⁵ - si legge che al legislatore non è inibita l'articolazione di strategie di prevenzione di gravi reati attraverso la previsione di sanzioni interdittive marcatamente orientate alla *prevenzione speciale negativa*, purché questa sia frutto di un'attività commisurativa calibrata sul disvalore, sia in astratto del reato di riferimento, sia in concreto, che tenga conto del livello di gravità *interno* alla fattispecie astratta.

Il legislatore del 2019, invece, propugna la perpetuità per ogni condanna superiore a 2 anni, quale che sia il delitto che la origina - che si tratti di concussione o di istigazione alla corruzione - e quali che siano le modalità concrete di realizzazione di quello specifico delitto, da cui possono derivare pene prin-

proc. pen., 2016, 1956 s.; P. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Ind. pen.*, 2017, 176 s.; MANES, *Proporzionalità senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 2105; VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla costituzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 2, 63. Parimenti, in materia di traffico di stupefacenti, ove la Corte cost. (23 gennaio 2019, n. 40) ha provveduto a ricalibrare il minimo edittale (reclusione di otto anni) previsto per il delitto di cui all'art. 73, comma 1, T.U. n. 309/1990, rideterminandolo in sei anni, per lo iato sanzionatorio - contrastante con i principi di eguaglianza, proporzionalità e ragionevolezza (art. 3 Cost.) e con la finalità rieducativa della pena (art. 27 Cost.) - che lo separa(va) dal massimo edittale (quattro anni) stabilito per la fattispecie autonoma di lieve entità di cui al comma 5 della medesima disposizione. Sul punto cfr. BRAY, *Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi ad oggetto le droghe pesanti*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 marzo 2019.

¹¹ Per effetto della modifica dell'art. 47, co. 12, o.p.

¹² In ragione del settimo comma dell'art. 179 c.p.

¹³ Dello stesso avviso PISANI, *Il disegno di legge spazza corrotti: solo ombre*, in *Cass. pen.*, 2018, 3590.

¹⁴ Corte cost., 25 settembre 2018, n. 222, in www.penalecontemporaneo.it, 10 dicembre 2018, con nota di GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta su pene lisce e rime obbligate: costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*.

¹⁵ Sul tema, v., per tutti, di recente, MANES-NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodi, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 344 s.

cipali tra loro significativamente distanti, per quanto superiori a quel limite, che è di per sé meramente indicativo stante le indefinibili varianti tramite le quali è possibile valicarlo.

Se a quanto sin qui osservato - che già sembra sufficiente - si aggiungono le considerazioni formulate dalle Sezioni unite¹⁶ sulla questione relativa ai criteri di determinazione del *quantum* delle pene accessorie per le quali la legge indica un termine di durata non fissa, v'è seriamente da domandarsi se il legislatore attuale conosca i termini di questo virtuoso dialogo tra le Corti, teso a costruire un sistema sanzionatorio integralmente fondato sul principio di individualizzazione della pena e si ponga con esso in rotta di collisione, essendo animato da 'dolo intenzionale'; o se, al contrario, lo ignori e si senta perciò libero, nella disinvoltura che accompagna l'inconsapevolezza, di delineare un apparato punitivo dal volto non costituzionale, confidando nel rassicurante consenso del popolo, baluardo contro ogni ostacolo di ordine giuridico-costituzionale che costituisca un freno alla forza propagandistica della *repressione purificatrice*¹⁷.

¹⁶ Cass., Sez. un., 28 febbraio 2019, n. 28910, in www.penalecontemporaneo.it, 15 luglio 2018, che escludono si debba procedere, in applicazione dell'art. 37 c.p., ad una commisurazione *automatica* delle pene accessorie nella *medesima entità della pena principale*, essendo invece dovere del giudice individuarne in concreto la durata ai sensi dell'art. 133 c.p. Sul punto si legga FINOCCHIARO, *Le Sezioni unite sulla determinazione delle pene accessorie a seguito dell'intervento della Corte costituzionale in materia di bancarotta fraudolenta*, *ivi*, 15 luglio 2019, che pone l'accento sulla perfetta sovrapponibilità delle soluzioni adottate dalla Corte cost. e dalle Sezioni unite, che hanno preso le distanze dal precedente del 2014 (Cass., Sez. un., 27 novembre 2014, n. 6240, *ivi*, 8 marzo 2015, con nota di MANCA, *Le Sezioni unite ammettono l'intervento in executivis sulla pena accessoria extra e contra legem, purché determinata per legge nella specie e nella durata*) e da quelle pronunce (Cass., Sez. V, 7 dicembre 2018, n. 1963; Cass., Sez. V, 7 dicembre 2018, n. 1968, in www.diritto bancario.it) che, sia pure successive alla decisione della Consulta, avevano ritenuto di aderirvi soltanto con riferimento al limite massimo di durata, non più fisso, delle pene accessorie dell'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale o dell'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa, ma, nel contempo, di discostarsene quanto all'applicazione della regola generale di cui all'art. 37 c.p. Infatti, ad avviso di questo indirizzo, le pene accessorie di cui agli artt. 216 e 223, ultimo comma, L. Fall. rientrerebbero comunque tra quelle di durata «non espressamente determinata dalla legge penale», poiché in tale categoria dovrebbero essere ricomprese tutte quelle nelle quali è previsto un minimo ed un massimo edittale o anche soltanto uno dei due e dovendo, al contrario, ritenersi escluse - ed essere come tali indifferenti al disposto dell'art. 37 c.p. - le pene accessorie perpetue e le pene temporanee fissate in maniera puntuale dal legislatore. Sull'ordinanza di rimessione (Cass., Sez. V, 14 dicembre 2018, n. 56458) cfr. GALLUCCIO, *Pene accessorie della bancarotta fraudolenta e applicazione dell'art.133 c.p.: la palla passa alle Sezioni unite, dopo l'intervento della Consulta*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 gennaio 2019.

¹⁷ Anche nei tempi immediatamente successivi alla pubblicazione della legge n. 3/2019 la Corte cost. n. 88 del 2019 ha proseguito nel virtuoso *percorso censorio* della rigidità applicativa della sanzione *fissa*, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 222, comma 2, quarto periodo, D.lgs. n. 285/1992 (Nuovo codice della strada), nella parte in cui non prevede che, in caso di condanna o di sentenza di patteggiamento per i delitti di cui agli artt. 589 *bis* e 590 *bis* c.p., il giudice possa disporre, in alternativa

2. *L'implementazione del novero dei delitti assolutamente ostativi nella dimensione 'dinamica'*. Passando alla seconda linea di indagine, il legislatore, come si accennava, ha ampliato «il tragico elenco»¹⁸ dei delitti di c.d. di *prima fascia*¹⁹ che, ai sensi dell'art. 4-*bis*, co. 1, o.p., precludono l'accesso alle misure alternative alla detenzione – con la sola eccezione rappresentata dalla liberazione anticipata ed al netto di un'attività di collaborazione con la giustizia da parte del condannato, ai sensi dell'art. 58 *ter* o.p.²⁰ o dell'art. 323 *bis*, comma 2, c.p. – integrandolo con il riferimento ai delitti di cui agli artt. 314, comma 1, 317, 318, 319, 319 *ter*, 319 *quater*, comma 1, 321, 321, 322 e 322 *bis* c.p.. Due sono i profili tematici che emergono prepotentemente dall'aver la novella esteso il regime penitenziario differenziato ai delitti contro la P.A..

alla revoca, la sanzione amministrativa accessoria della *sospensione* della patente di guida, ove non ricorrano le circostanze aggravanti di cui ai commi 2 e 3 delle fattispecie incriminatrici sopra richiamate. Per un primo commento cfr. LEO, *Novità dalla Consulta in materia di omicidio e lesioni stradali*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 aprile 2019.

¹⁸ Così PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *questa Rivista*, 2018, n. 3, 9.

¹⁹ A comporre la c.d. *seconda fascia* – di cui si occupa l'art. 4-*bis*, comma 1 *ter* – concorrono ipotesi delittuose non necessariamente ricollegabili ad un sodalizio criminoso (si pensi, ad esempio, all'omicidio o alla rapina), per le quali l'accesso alle misure extramurarie è subordinato alla prova della insussistenza di legami con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva. V'è, poi, una disciplina specifica per gli autori di certi delitti di natura sessuale (art. 4 *bis*, co. 1-*quater*), che possono fruire dei benefici penitenziari in parola soltanto in forza dei risultati (positivi) dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno anche con la partecipazione degli esperti di cui all'art. 80, co. 4, o.p..

Allude ad un «sistema trattamentale multilivello» FIORENTIN, *Disciplina restrittiva e collaborazione con la giustizia*, in FIORENTIN (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, Torino, 2012, 554. In tema v. anche, di recente, MARANDOLA, *Art. 4-bis*, in FIORENTIN-SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, 2019, 48 s.; FIORELLI, *Il "doppio binario" in executivis, tra nuove tendenze e residue incertezze*, in *Ind. pen.*, 2019, 491 s..

²⁰ Sia pure con gli 'aggiustamenti' operati nel tempo dalla Corte cost. (11 giugno 1993, n. 306, in *Giur. cost.*, 1993, 2466 s., con nota di FIORIO, *Sempre nuove questioni di diritto penitenziario: "la collaborazione" come presupposto per i benefici*, 19 luglio 1994, n. 357, *ivi*, 1994, 2920 s., con nota di MARGARITELLI, *Limitata partecipazione al fatto criminoso" e accesso ai benefici penitenziari*, 22 febbraio 1995, n. 68, *ivi*, 1995, 625, con nota di MARGARITELLI, *La "politica penitenziaria" della Corte costituzionale: una progressione lenta ma inesorabile*, 3209 s.; 11 dicembre 1995, n. 504, in www.giurcost.org., che parla, icasticamente, di «*progressiva opera di sgretolamento*») per le ipotesi, disciplinate dal comma 1 *bis*, di collaborazione *impossibile o inesigibile*, sempre che siano stati acquisiti elementi tali da escludere con certezza l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva; o di collaborazione *oggettivamente irrilevante*, perché offerta da soggetti nei confronti dei quali sia stata applicata una delle circostanze attenuanti di cui all'art. 62, n. 6 c.p., anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, dall'art. 114 c.p. o dall'art. 116, comma 2, c.p.. Per un'analisi puntuale delle diverse declinazioni che possono assumere le condotte collaborative cfr. RICCI, *"Collaborazione impossibile" e sistema penitenziario. L'ammissibilità di misure premiali ed alternative per i non collaboranti condannati per delitto "ostativo"*, Padova, 2013.

a) Il primo, sin da subito abbondantemente esplorato, attiene alla dimensione *intertemporale* della modifica ed alla conseguente operatività o meno del principio di *irretroattività* in difetto di una norma transitoria che regoli i procedimenti in corso, in fase di cognizione o di esecuzione, al momento dell'entrata in vigore della più recente disciplina.

Mi pare di aver registrato ben quattordici provvedimenti, emessi sia da giudici dell'esecuzione²¹ che da Tribunali di sorveglianza²², che prendono, a vario titolo, posizione sulla natura *processuale* o *sostanziale* delle disposizioni concernenti l'esecuzione delle pene detentive e le misure alternative alla detenzione.

La prima opzione ermeneutica, da tempo patrocinata dalla giurisprudenza di legittimità²³, si fonda sull'idea che, trattandosi di disposizioni che non riguardano l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena ma soltanto le *modalità esecutive* della stessa, non potrebbero essere assoggettate alle regole dettate in materia di successione di leggi penali nel tempo dall'art. 2 c.p. e dall'art. 25 Cost., ma al diverso principio del *tempus regit actum*, con le inevitabili ricadute sul divieto di sospensione dell'esecuzione, stante il rinvio mobile²⁴ che l'art. 656, comma 9, lett. a), c.p.p. fa all'art. 4 *bis* o.p.²⁵

²¹ Trib. Napoli, Sez. VII, 28 febbraio 2019; G.i.p. Como, 8 marzo 2019; App. Catania, 22 marzo 2019; G.i.p. Napoli, 2 aprile 2019; App. Lecce, 4 aprile 2019; App. Reggio Calabria, 10 aprile 2019; Trib. Pordenone, 15 aprile 2019; Trib. Brindisi, 30 aprile 2019; G.i.p. Cagliari, 10 giugno 2019; G.i.p. Caltanissetta, 16 luglio 2019.

²² Trib. sorv. Venezia, 8 aprile 2019, su cui cfr. MANCA, *Dubbi di costituzionalità sulla qualificazione "sostanziale" delle norme penitenziarie (a proposito di art. 4 bis ord.penit. e legge "spazzacorrotti")*, in *questa Rivista*, 2019, n. 2. Nonché Trib. sorv. Taranto, 7 giugno 2019; Trib. sorv. Salerno, 12 giugno 2019; Trib. sorv. Potenza, 31 luglio 2019.

²³ Il *leading precedent* è rappresentato dalle Cass., Sez. un., 30 maggio 2006, n. 24561, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3963, poi corroborate negli anni da Cass., Sez. I, 11 novembre 2009, n. 46649, in *C.E.D. Cass.*, n. 245511; Cass., Sez. I, 12 novembre 2009, n. 46924, *ivi*, n. 245689; Cass., Sez. I, 9 dicembre 2009, n. 46924, *ivi*, n. 245689; Cass., Sez. I, 5 febbraio 2013, n. 11580, *ivi*, n. 255310; Cass., Sez. V, 1 luglio 2014, n. 30558, *ivi*, n. 262489; Cass., Sez. I, 3 febbraio 2016, n. 37578, in *D&G*, 2016, n. 42, 5. E, più di recente ribadito da Cass., Sez. I, 9 maggio 2018, n. 24844 e da Cass., Sez. I, 18 dicembre 2017, n. 4420.

²⁴ Sulla funzione «*servente ed ancillare*» svolta dall'art. 656, comma 9, c.p.p. nei confronti dell'art. 4 *bis* o.p., che agisce in senso inverso rispetto a come è stato ricostruito (Corte cost., 6 febbraio 2018, n. 41) il legame che avvince l'art. 656, comma 5, c.p.p. alla concreta conformazione legislativa degli istituti dell'ordinamento penitenziario che regolamentano le condizioni di accesso alle misure alternative alla detenzione, poiché è la *peculiare* presunzione di pericolosità di cui all'art. 4 *bis*, connessa a quel titolo di reato, a «*sbarrare la strada alla sospensione...ed a determinare l'immediato ingresso in carcere del condannato, quale che sia l'entità della pena residua*» cfr., di recente, Cass., Sez. I, ord. 18 giugno 2019, n. 31853, in *www.giurisprudenzapenale.com*. Già Cass., Sez. un. 30 maggio 2006, n. 24561, cit., parlavano di rinvio *formale* o *dinamico* e non *recettizio* o *statico*.

²⁵ Con la sola esclusione degli ordini di esecuzione emessi e legittimamente sospesi prima del 31 gennaio 2019, perché conformi alla disciplina vigente al momento della loro emissione, rispetto ai quali non sembra percorribile la strada della *revoca* proprio in ragione degli stessi canoni su cui si fonda

Il secondo indirizzo, che si segnala per un approccio *antiformalistico* alla disciplina dell'ordinamento penitenziario a chiara matrice convenzionale, fa leva su una nozione di *materia penale* che, facendo giustizia dei nominalismi e delle ingannevoli etichette²⁶, ricomprenda al suo interno tutte quelle norme che, escludendo una dinamica sostitutiva, finiscono per incidere sulla *specie* della pena, facendola riespandere nella sua pienezza di istituto deprivativo della libertà.

Le decisioni sopra richiamate se, per un verso, riflettono l'alternanza tra due impostazioni tra loro confliggenti e la vischiosità dell'orientamento formalistico, che non accenna ancora a segnare il passo, per l'altro si mostrano compatte nel farsi carico dell'esigenza di pervenire, sia pure per il tramite del giudice

il *tempus regit actum*. In questo senso Trib. Napoli, Sez. VII, 28 febbraio 2019, cit.; Cass., Sez. I, ord. 18 giugno 2019, cit.; Cass., Sez. I, 3 maggio 2019, n. 25212, in *C.E.D. Cass.*, n. 276144, che fa riferimento al caso in cui sia già stata disposta la sospensione dell'ordine di esecuzione e depositata l'istanza di applicazione della misura alternativa prima dell'entrata in vigore della L. n. 3/2019, insuscettibili di essere invalidati, poiché elementi essenziali di una più ampia fattispecie a carattere *complesso*, che si compone, in sequenza, della sospensione dell'esecuzione, della proposizione dell'istanza e della decisione del Tribunale di sorveglianza); Cass., Sez. I, 20 settembre 2019, n. 48499, in www.processopenaleegustizia.it, che ribadisce come ordine di esecuzione, decreto di sospensione e domanda di misura alternativa siano «attività processuali funzionalmente collegate, in una sequenza processuale necessaria ed inscindibile», le quali, attribuendo all'esecutando poteri e facoltà, non si prestano ad essere unilateralmente modificate attraverso interventi postumi, sia pure assunti in forza di quadri normativi sopravvenuti, ma privi di regole transitorie. La normativa in vigore al momento dell'esercizio dell'*actio* esecutiva opera, cioè, in una sorta di 'forza espansiva ultrattiva' sino alla chiusura del procedimento. Dello stesso avviso POLETTI, *I nuovi reati ostativi di cui all'art. 4 bis, comma 1, o.p.*, in www.disCrimen.it, 20 marzo 2019, 2; ALBERTA, *L'introduzione dei reati contro la pubblica amministrazione nell'art. 4 bis, comma 1, o.p.: questioni di diritto intertemporale*, in www.giurisprudenzapenale.com, 2019, n. 2, 4; CHELO, *Le modifiche in materia di esecuzione penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 633, che esclude anche la revoca del provvedimento di concessione della misura alternativa ante 31 gennaio 2019 stante il divieto di regressione trattamentale.

²⁶ Si leggano, sul tema, i recenti studi di F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 281 s.; MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, 98 s; DONINI, Septies in idem. *Dalla «materia penale» alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, in *Cass. pen.*, 2018, 2284 s.; PALAZZO, *Il limite della political question fra Corte costituzionale e Corti europee. Che cosa è «sostanzialmente penale?»*, in DONINI-FOFFANI (a cura di), *La materia penale tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, 7 s.. Con più specifico riferimento all'art. 4 bis cfr. FIORE, *Norme dell'ordinamento penitenziario e principio di irretroattività. Lipocrisia (smascherata) dei formalismi definitivi e le «cose che accadono al di sopra delle parole»*, in *questa Rivista*, 2019, 22. Quanto ai c.d. *Engel criteria*, elaborati nella risalente sentenza della Corte Edu, 8 giugno 1976, *Engel ed altri c. Paesi Bassi* e poi affinati da pronunzie successive, alla stregua dei quali procedere all'individuazione della «matière pénale», cfr. M. ROMANO, *Ripensare il diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 11; F. MAZZACUVA, *La materia penale ed il «doppio binario» della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, *ivi*, 2013, 1904 s..

delle leggi²⁷, ad un suo definitivo superamento²⁸, perché ritenuto oramai del tutto inconciliabile con quanto stabilito dall'art. 7, § 1, Cedu, così come a più riprese interpretato dalla Corte europea²⁹ e, per l'effetto, con gli art. 117 e 25, comma 2, Cost.. Ove, infatti, il *novum* fosse applicabile anche a fatti commessi in epoca antecedente alla sua entrata in vigore, si consumerebbe non soltanto la violazione del principio di *irretroattività* ma anche di quello di *legittimo affidamento* del consociato circa la *prevedibilità* della sanzione penale, che costituisce lo zoccolo duro della *legalità penale convenzionale*³⁰.

Nelle more della pubblicazione delle presenti note è stata depositata la sentenza di accoglimento (e non già interpretativa di rigetto) della Corte costituzionale³¹, che ha ritenuto fondate le censure mosse all'art. 1, comma 6, lett. b),

²⁷ Hanno, infatti, sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 6, lett. b), L. n. 3/2019, citandole in ordine cronologico: il G.i.p. presso il Tribunale di Napoli; la Corte di Appello di Lecce (su cui v. GATTA, *Estensione del regime ostativo ex art. 4 bis ord. penit. ai delitti contro la P.A.: sollevate due prime questioni di legittimità costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it, 8 aprile 2019); il Tribunale di sorveglianza di Venezia; il Tribunale di Brindisi; il Tribunale di sorveglianza di Taranto; il G.i.p. presso il Tribunale di Cagliari, il Tribunale di sorveglianza di Salerno; il G.i.p. presso il Tribunale di Caltanissetta e il Tribunale di sorveglianza di Potenza. Hanno, viceversa, optato per la declaratoria di *temporanea inefficacia* dell'ordine di esecuzione emesso e non sospeso in relazione a fatti commessi prima del 31 gennaio 2019 in forza di un'interpretazione *costituzionalmente e convenzionalmente* orientata il G.i.p. presso il Tribunale di Como; le Corti di Appello di Catania e di Reggio Calabria ed il Tribunale di Pordenone.

²⁸ Parla di «vero e proprio moto interpretativo di rivisitazione critica del tradizionale orientamento formalista» BARON, *Spazzacorrotti*, art. 4 bis ord. pen. e regime intertemporale, in *Dir. pen. cont.*, 2019, n. 5, 156.

²⁹ *Ex plurimis* Corte Edu, 10 luglio 2012, *Del Rio c. Spagna*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 ottobre 2013, con nota di F. MAZZACUVA, *La Grande Camera della Corte Edu sul principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali successivi* in *Cass. pen.*, 2014, 683 s., con nota di PROFITI, *La sentenza "Del Rio Prada" ed il principio di legalità convenzionale: la rilevanza dell'overruling giurisprudenziale sfavorevole in tema di benefici penitenziari*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1375 s., con nota di GARUTI, *Applicazione retroattiva di una giurisprudenza sfavorevole in Spagna*, Corte Edu, 17 dicembre 2009, *M. c. Germania*, Corte Edu, 15 dicembre 2009, *Gurguchiani c. Spagna*.

³⁰ In questi stessi termini Cass., Sez. VI, 14 marzo 2019, n. 12541, in www.penalecontemporaneo.it, 26 marzo 2019 (con nota di 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*) che pure ha rigettato la questione di costituzionalità relativa ai profili intertemporali della modifica dell'art. 4 bis per difetto di rilevanza. Ma, in senso contrario, Cass., Sez. I, ord. 18 giugno 2019, cit., secondo cui «la predeterminazione legale delle opportunità concrete di flessibilità della pena detentiva attraverso l'accesso a misure alternative» non costituisce «fattore necessario di orientamento della condotta», essendo condizione minima di validità soltanto la previsione anteriore alla commissione del fatto delle fasce edittali della sanzione e non anche la variazione *in peius* delle condizioni di accesso alle misure alternative, che segue, ai fini applicativi - al pari di ogni altra disposizione avente natura *processuale* - le scansioni dettate dal principio del *tempus regit actum*.

³¹ Corte cost., 12 febbraio 2020, n. 32, in *Sist. pen.*, 26 febbraio 2020 (su cui v. MANES-F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost. rompe gli argini dell'esecuzione penale*, *ivi*, 23 marzo 2020) che motiva la scelta adottata per l'impossibilità di fare diver-

L. n. 3/2019, trattandosi di norma sopravvenuta che, comportando una *trasformazione* della *natura* della pena rispetto a quella stabilita al momento del fatto, non può trovare applicazione per il pregresso se non violando il principio di irretroattività sancito dall'art. 25, comma 2, Cost.. Più precisamente, la Corte rileva come, nell'ipotesi in cui la pena, per quanto formalmente identica nel *nomen iuris*, divenga ad esecuzione intramuraria quando, al tempo della realizzazione del reato, avrebbe potuto essere scontata al di fuori del carcere, tra i due regimi insista una differenza di tipo *qualitativo* prima ancora che quantitativo, che si oppone alla retrodatazione della disciplina più rigorosa a fatti commessi prima dell'entrata in vigore della disposizione qui censurata. Pertanto, dinanzi a quelle misure di natura sostanziale, che incidono sulla qualità e quantità della pena e che impattano sul grado di privazione della libertà personale imposto al condannato, quali l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare nelle sue varie forme, la semilibertà e, stante il rinvio mobile di cui all'art. 2 D.L. n. 152/1991, anche la liberazione condizionale, il principio di irretroattività, nella duplice *ratio* di garanzia per il destinatario della norma della prevedibilità delle conseguenze a cui sarà esposto trasgredendo il precetto e di limite al legittimo esercizio del potere legislativo, erige un argine invalicabile, che ne autorizza, in linea di principio, la concessione nonostante il *novum* deteriore nel frattempo intervenuto. E tale conclusione, che non può non estendersi anche al divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione di cui all'art. 656, comma 9, c.p.p. nonostante la sua collocazione topografica, non è inficiata dalla mancanza di certezze circa il riconoscimento del beneficio, dovendo la valutazione - così sottolinea ancora la Corte - essere condotta seguendo criteri di *rilevante probabilità* di accesso alle misure alternative alla detenzione, che la normativa sopravvenuta, per un verso, vieta in assoluto, come nel caso della detenzione domiciliare per gli ultrasettantenni; e, per l'altro, condiziona all'assolvimento dell'obbligo collaborativo, con tutte le difficoltà che ne derivano, quanto meno con riferimento alla non agevole delimitazione del suo perimetro applicativo.

La perentorietà, unita alla estrema chiarezza, di tali affermazioni rassicura sul fatto che quel *bizantinismo classificatorio*³², fondato sulla dicotomia tra norme dell'ordinamento penitenziario, meramente incidenti sulle varianti applicative

samente dinanzi ad un 'diritto vivente', mostratosi sin lì compatto (cfr. *supra*, nota 23), salvo rare eccezioni, nel ritenere che le modifiche deteriori di disposizioni non aventi natura sostanziale, quali quelle concernenti l'esecuzione delle pene detentive e le misure alternative alla detenzione, si sottraggano in radice al principio di legalità della pena di cui all'art. 25, comma 2, Cost..

³² 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, 326.

della pena, e norme incriminatrici, invece afferenti alla *quantità* della pena, sia stato finalmente deposto in favore di un'*omogeneizzazione* dello statuto delle garanzie ogni qual volta ci si confronti con previsioni dal contenuto *afflittivo e/o intrinsecamente punitivo*, ovunque esse trovino collocazione e qualsivoglia sia la loro denominazione³³.

Senza, peraltro, dimenticare come già si fossero palesati confortanti segnali nel senso di una preferenza accordata dal giudice delle leggi ad un approccio di tipo sostanziale nelle note pronunzie della Corte cost. n. 196/2010³⁴ e n. 223/2018³⁵, che hanno riconosciuto natura 'penale' rispettivamente alla *confisca del veicolo ex art. 186, comma 2, lett c.) cod. strada* ed alle *sanzioni amministrative punitive* introdotte a seguito di interventi di *depenalizzazione* che si rivelino in concreto *più sfavorevoli* rispetto alle sanzioni penali alle quali si sostituiscono (segnatamente, la confisca per equivalente prevista dall'art. 187 *sexies* T.U.F. per il c.d. *insider trading* secondario, di cui al depenalizzato art. 187 *bis*), ribadendo l'operatività, in entrambi i casi, del principio di irretroattività³⁶.

2.1. *Ed in quella "statica"*

b) Il secondo, sinora rimasto per lo più ai margini dell'elaborazione dottrinale³⁷ e giurisprudenziale, riguarda la fase, per così dire, *statica* della novella, che

³³ Né il detenuto avrebbe potuto, nel frattempo, invocare la *provvisoria sospensione* dell'ordine di carcerazione emesso, perché, una volta che il giudice ha investito la Corte cost. del relativo incidente di costituzionalità, costui deve ritenersi *spogliato di ogni potestà decisoria*, senza che possano soccorrere, alla luce di un'interpretazione di tipo analogico, l'art. 670 c.p.p. o, tanto meno, l'art. 666, comma 7, c.p.p., che attiene alla diversa ed *eccezionale* ipotesi della avvenuta proposizione del ricorso in Cassazione, come tale priva di efficacia sospensiva e dunque non ostativa alla declaratoria di sospensione dell'esecuzione del proprio provvedimento da parte del giudice precedente. In questi termini, da ultimo, Cass., Sez. fer., 7 novembre 2019, n. 45319, in www.giurisprudenzapenale.com.

³⁴ Corte cost., 4 giugno 2010, n. 196, in www.penalecontemporaneo.it, 8 dicembre 2010, con nota di ABBADESSA, *Guida in stato di ebbrezza e divieto di applicazione retroattiva della confisca del veicolo (Corte cost. n. 196/2010)*.

³⁵ Corte cost., 25 novembre 2018, n. 223, in www.penalecontemporaneo.it, 13 dicembre 2018, con nota di GATTA, *Non sempre 'depenalizzazione' equivale a 'mitigazione'. La Corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative 'punitive' più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente per l'insider trading secondario)*.

³⁶ Dello stesso avviso FRAGASSO, *Legge "spazzacorrotti" e regime ostativo all'accesso alle misure alternative alla detenzione per i delitti contro la P.A. (art. 4 bis o.p.): le questioni di legittimità costituzionale relative al regime intertemporale*, in *Sist. pen.*, 6 febbraio 2020.

³⁷ Se ne occupa diffusamente 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, 108 s..

si palesa quando siano superati o non si pongano più problemi di successione della norma nel tempo.

A me pare che la questione debba essere affrontata sotto un duplice angolo prospettico, interrogandosi, da un lato, sulla *ragionevolezza* della *presunzione di pericolosità* sottesa all'implementazione del catalogo dei reati c.d. *assolutamente ostativi*, con le inevitabili ricadute sul fattivo perseguimento di obiettivi di prevenzione speciale; e riflettendo, dall'altro, su quale sia il contegno dell'attuale legislatore nei confronti della *finalità rieducativa* della pena, in sé e per sé considerata e nella sua difficile armonizzazione con le eterogenee istanze di prevenzione generale e di difesa sociale, anche alla luce del diritto penale-costituzionale che negli anni è venuto formandosi grazie al decisivo apporto della Consulta.

Dal primo punto di vista, ribadito come l'art. 4 *bis* sia stato strutturato, sin dalla sua nascita, su *presunzioni legali* di pericolosità sociale basate sul titolo di reato, sovvertibili soltanto attraverso condotte collaborative tipizzate ed espressive di un'attenuazione della medesima⁸⁸, è agevole rilevare come la le-

⁸⁸ Già argomentava sulla opportunità di presunzioni ragionevoli ma anche *cedevoli* - e dunque *relative* - quando «*il magistrato ravvisi elementi che giustificano una deroga ai limiti legali di accesso alle misure alternative*», perché più in linea con l'esigenza di individualizzazione della pena, PELISSERO, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1371.

Grandi passi avanti sono stati fatti, in questa direzione, con la fondamentale sentenza della Corte Edu, 13 giugno 2019, Viola c. Italia, in www.giurispudenzapenale.com, che ha ritenuto il c.d. *ergastolo ostativo* contrario all'art. 3 della Convenzione, in ragione della rigida equivalenza che l'art. 4 *bis* instaura tra assenza di collaborazione e pericolosità sociale, come tale preclusiva di ogni rivalutazione del percorso di risocializzazione eventualmente intrapreso in carcere dal momento della condanna. Ed ha, dunque, censurato ogni *automatismo impeditivo* di un possibile riesame della pena, perpetua o temporanea che sia, perché comunque distonico rispetto al primario obiettivo della risocializzazione del condannato. E, immediatamente dopo, con la decisione della Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 253, in www.cortecostituzionale.it, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 *bis* nella parte in cui non prevede che ai detenuti per i delitti di cui all'art. 416 *bis* c.p. e per quelli c.d. di contesto mafioso e, per l'effetto derivativo di cui all'art. 27 L. n. 87/1953, anche per tutti gli altri delitti in esso richiamati, possano essere concessi *permessi premio* anche in assenza di collaborazione con la giustizia, ai sensi dell'art. 58 *ter* o.p., allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere tanto l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata quanto il pericolo che questi vengano ripristinati. Ciò che viene censurata è la *irragionevolezza* della *presunzione assoluta* di pericolosità che, a prescindere da qualsiasi valutazione in concreto, postuli l'immutabilità sia della personalità del condannato che del contesto esterno di riferimento, in chiara violazione degli artt. 3 e 27, comma 3, Cost.. Dunque *presunzione relativa* anche per chi *non* ha collaborato con la giustizia, superabile non con la sola regolare condotta carceraria o con la mera partecipazione al percorso rieducativo, ma in forza dell'acquisizione - oggetto di un onere di allegazione da parte del detenuto - di altri specifici elementi che escludano la persistenza di collegamenti con le organizzazioni criminali o anche il solo pericolo che questi possano essere riattivati. Per un primo commento v. BALLINI, *La Consulta e la rieducazione negata. L'incostituzionalità del sistema "ostativo" previsto dall'art. 4bis ord. pen. (sent. 253/2019)*, in www.disCrimen.it, 9 dicembre 2019;

gittimità di una scelta di politica criminale che limita, fino ad escluderla, la discrezionalità del giudice sulla meritevolezza del singolo ad accedere a misure extramurarie debba essere valutata tenendo conto delle peculiari caratteristiche della condotta tipica della fattispecie ostativa, in quanto manifestazione di un *humus* relazionale destinato a perpetuarsi anche dopo che il singolo fatto di reato sia giunto a consumazione.

L'assenza di un chiaro e ben individuato fondamento logico e criminologico³⁹ sotteso alla progressiva dilatazione della platea dei reati che si assume siano contrassegnati da livelli di pericolosità talmente elevata da poter essere contenuta soltanto con il ricorso ad una pena carceraria inocula, nella presunzione su cui si radica, tratti di *arbitrarietà* ed *irragionevolezza*, da renderla incompatibile sia con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., poiché non più rispondente al *sensu comune obiettivizzato* da dati di esperienza generalizzati⁴⁰; sia con la dimensione *rieducativa* della pena e con la correlata esigenza di

RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sist. pen.*, 12 dicembre 2019.

³⁹ Come fa opportunamente notare DI VITA, *La nuova legge anticorruzione*, cit., 961, nella Relazione ministeriale al d.d.l. governativo non v'è altro che un vago richiamo alla generale esigenza di «*aggravamento ed effettività delle sanzioni accessorie*», che dovrebbe essere alla base anche dell'inasprimento del regime derogatorio all'accesso alle misure alternative previsto all'art. 4 *bis*; a differenza di quanto richiedeva la Commissione Giostra sulla riforma dell'ordinamento penitenziario, rimasta inattuata (il testo della proposta è consultabile in www.giustizia.it), che invocava «*parametri di selezione oggettivi*» tratti da «*scelte di politica criminale già compiute dal legislatore*» e «*da ragioni di ordine logico-sistematico, che puntano a riportare il meccanismo ostativo alla sua ispirazione originaria*». Nello stesso parere redatto dal C.S.M. in data 19 dicembre 2018 (in www.csm.it) si esprimono forti perplessità sull'assimilazione tra i delitti contro la P.A. e le altre fattispecie, perché il regime penitenziario differenziato dovrebbe rivolgersi soltanto a «*chi si è reso autore di reati che destano un particolare allarme sociale e tendenzialmente riferibili a contesti di criminalità organizzata*», mentre la portata offensiva alla sicurezza collettiva di quelli di nuova introduzione «*è oggettivamente minore*». Critico nei confronti dell'avvicinamento della corruzione alla mafia – pur riferendosi alla L. n. 161/2017, che estende, all'art. 4, comma 1, lett. *i-bis*, D.lgs. n. 159/2011 le misure di prevenzione personali e patrimoniali previste per i delitti di criminalità organizzata ai delitti contro la P.A. – anche COCCO, *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell'alveo dei principi liberali*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 398 s., il quale, peraltro, suggerisce un'alternativa sanzionatoria di estremo interesse, proponendo l'introduzione di una fattispecie incriminatrice degli *illeciti arricchimenti*, il cui precetto non sia costituito dal mero possesso di un patrimonio ingiustificato (per i noti dubbi di legittimità che si addensano sui reati di sospetto) bensì da una condotta omissiva, derivante dalla violazione di specifici obblighi di informazione circa l'entità di quest'ultimo, riconducibili al principio di trasparenza.

⁴⁰ Così Corte cost., 7 luglio 2010, n. 265, in www.giuricost.org, sulla illegittimità costituzionale della *presunzione assoluta* di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere a fronteggiare le esigenze cautelari, con conseguente esclusione di ogni soluzione “intermedia” tra questo e lo stato di piena libertà dell'imputato che ha, poi, spianato la strada a quel nugolo di sentenze di accoglimento che si sono succedute nel tempo e su cui si rinvia a MANES, *Lo sciame di precedenti della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 457 s. e 464 s.

un trattamento esecutivo *individualizzato*, disattese in favore di finalità di prevenzione generale a fini di deterrenza non giustificate⁴¹.

Quanto, poi, alla coerenza tra l'opzione di politica criminale positivizzata dal legislatore e le più recenti acquisizioni in tema di funzione rieducativa della pena, è sconcertante constatare come siano state trascurate o, ancor peggio, deliberatamente avversate alcune prese di posizione contenute in decisioni della Consulta, che costituiscono un monito, rivolto anzitutto al potere legislativo, affinché si dia corretta attuazione ai principi su cui si fonda la nostra Carta costituzionale⁴². Quando, infatti, si legge che «*l'esigenza di lanciare un robusto segnale di deterrenza nei confronti della generalità dei consociati*» non può operare «*in chiave distonica rispetto all'imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena, da intendersi come fondamentale orienta-*

⁴¹ Di questo avviso anche Cass., Sez. I, ord. 18 giugno 2019, cit., che ha ritenuto di adire la Corte cost. affinché questa si esprima sulla compatibilità dell'art. 1, comma 6, lett. b), L. n. 3/2019 - nella parte in cui inserisce, all'art. 4 *bis*, comma 1, il delitto di peculato comune - con gli artt. 3 e 27 Cost. In dottrina v. EUSEBI, *Ostativo del fine pena. Ostativo della prevenzione. Aporie dell'ergastolo senza speranza per il non collaborante*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1516, che, in proposito, afferma: «*il precetto costituzionale secondo cui le pene devono tendere alla rieducazione del condannato riflette una precisa consapevolezza, e su tale base una presa di posizione, circa il fatto che una prevenzione generale (e speciale) stabile non può che essere di tipo reintegrativo*».

⁴² Ci si riferisce, in particolare, a Corte cost., 21 giugno 2018, n. 149 (in *Giur. cost.*, 2018, 1638 s., con nota di PUGIOTTO, «*Il blocco di costituzionalità*» nel sindacato della pena in fase esecutiva e di FIORENTIN, *La Consulta svela le contraddizioni del "doppio binario penitenziario" e delle preclusioni incompatibili con il principio di rieducazione del condannato*, nonché in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1359 s., con nota di PELISSERO, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato*, cit.) sulla illegittimità costituzionale dell'art. 58 *quater*, comma 4, o.p. nella parte in cui impedisce, prima della scadenza dei ventisei anni di reclusione senza sospensione, la concessione delle misure extramurarie ai condannati all'ergastolo per i delitti di cui agli artt. 630 e 289 *bis* c.p. che abbiano cagionato la morte del sequestrato, perché l'appiattimento ad un'unica ed indifferenziata soglia temporale per l'accesso a tutti i benefici penitenziari di cui all'art. 4 *bis*, comma 1, o.p. contrasta con il principio del *graduale reinserimento* dell'ergastolano nel contesto sociale durante l'intero arco di esecuzione della pena. In chiusura di motivazione, poi, pur escludendo che la sentenza possa avere effetti estensivi *ex art. 27 L. n. 87/1953* sulla preclusione rigida dei *due terzi* della pena applicabile in caso di condanna a *pene temporanee* per i delitti di cui agli artt. 630 e 289 *bis* c.p. con conseguente morte del sequestrato, la Corte segnala, tuttavia, che potrebbero aversi ricadute in termini di *disparità di trattamento* anche ove non si tratti di ergastolani. Ed infatti, con un successivo intervento (Corte cost., 9 ottobre 2019, n. 229, in www.giurisprudenzapenale.com), si è ovviato anche a questo inconveniente, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 58 *quater*, comma 4, o.p., nella parte in cui si applica ai condannati a *pena detentiva temporanea* per gli stessi delitti sopra evocati. E ciò per evitare che quest'ultimi potessero sottostare ad un trattamento *deteriore*, quanto all'accesso ai permessi premio, rispetto a quello riservato ai condannati all'ergastolo, in quanto costretti a scontare un periodo di detenzione che, nella generalità dei casi - viste le elevatissime cornici edittali previste per quei reati - supera di gran lunga il limite dei dieci anni, riducibili ad otto grazie alla liberazione anticipata, oggi applicabile agli ergastolani in chiara violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3, comma 1, Cost.. Sul punto, v. anche Corte cost., 11 giugno 1993, n. 306, cit..

mento di essa all'obiettivo ultimo del reinserimento del condannato nella società»⁴³, e che la funzione rieducativa della pena - appannaggio anche di coloro che si siano resi responsabili di delitti gravissimi - non è sacrificabile «sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione», in primis quella generalprevenitiva, ci si avvede della distanza incolmabile che separa il legislatore del 2019 dal diritto penale-costituzionale⁴⁴.

Siccome, un tempo⁴⁵, la rieducazione veniva intesa come auspicabile *emenda* - ovvero come «rigenerazione morale avulsa da ogni rapporto con la società»⁴⁶ e per lo più soltanto sperata - e, dunque, alla stregua di un orpello giustiziabile in nome della prevenzione generale mediante *intimidazione* o della prevenzione speciale mediante *neutralizzazione*, una previsione legislativa integralmente proiettata ad assicurare la difesa sociale non sarebbe apparsa così dissonante come, viceversa, si rivela quella odierna, la quale pretende di calarsi in un contesto che, governato da una diversa valorizzazione di taluni principi e da altra sensibilità culturale, non sembra affatto conformato per riceverla.

La finalità rieducativa è, oggi, ascesa a ragione *primaria* del punire liberale; la certezza della pena - per quanto così la si voglia contrabbandare - non equivale affatto a pena indefettibilmente, esclusivamente e permanentemente carceraria e, anche qualora vi fossero le condizioni per includere altri reati all'interno di quell'«enclave»⁴⁷ che ospita i delitti della c.d. criminalità organizzata e in cui l'art. 27, comma 3, Cost. «ha una valenza estremamente sincopata»⁴⁸,

⁴³ Corte cost., 21 giugno 2018, n. 149, cit.

⁴⁴ Anche SIRACUSANO, *Dalla Corte costituzionale un colpo "ben assestato" agli automatismi incompatibili con il finalismo rieducativo della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1796 parla di «sostanziale scollamento fra le petizioni di principio affermate dalla Corte costituzionale e gli intendimenti delle attuali forze politiche di maggioranza». E FIORENTIN, *La Consulta svela le contraddizioni del "doppio binario penitenziario"*, cit., osserva come, nella sentenza n. 149/2018, venga decisamente posto l'accento sul finalismo rieducativo della pena ripreso «ad ogni passaggio argomentativo come un *refrain* che assume una valenza particolarmente significativa nell'attuale fase del dibattito politico».

⁴⁵ Corte cost., 21 novembre 1974, n. 264, in www.giurcost.org.

⁴⁶ Così DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 7, 148. Si vedano sul punto anche: PELISSERO, *Ergastolo e preclusioni*, cit., 1360 s.; SIRACUSANO, *Dalla Corte costituzionale un colpo "ben assestato"*, cit., 1787 s..

⁴⁷ PALIERO, *Criminalità economica e criminalità organizzata: due paradigmi a confronto*, in BARILLARO (a cura di), *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, Milano, 2004, 146.

⁴⁸ Ancora PALIERO, *Criminalità economica e criminalità organizzata*, cit., 147. Ma, anche con riferimento a questi, la Corte Edu, 13 giugno 2019, Viola c. Italia, cit., ha riaffermato - e pare proprio che ve ne sia bisogno - la *centralità* della risocializzazione, che deve accompagnare la pena dalla sua

ciò non potrebbe comunque avvenire con un tratto di penna ad inchiostro propagandistico-elettorale, se non sorretto, come in questo caso, da un criterio selettivo criminologicamente apprezzabile.

Per non dire, poi, delle perplessità che suscita l'equazione tra contegno collaborativo e rieducazione, stante la non sovrapponibilità tra i due concetti, riferendosi il primo ad una valutazione di convenienza processuale derivante dalla premialità ad essa correlata che niente ha a che vedere con un percorso di revisione critica delle scelte criminali in precedenza adottate e con la formulazione di una prognosi di sicuro reinserimento del condannato nel tessuto sociale, nei quali, viceversa, si identifica la seconda⁴⁹.

Concludiamo: Fausto Giunta, traendo spunto dal Manifesto dell'Unione delle Camere Penali Italiani, ha, di recente, ribadito che: «la giustizia penale della libertà incarna una precisa assiologia, imperniata sul primato del garantismo»⁵⁰, nel senso che l'azione repressiva viene riguardata principalmente dall'angolo visuale di chi la subisce piuttosto che da quello di chi è competente ad esercitarla. E che le garanzie valgono, con i dovuti distinguo, per i presunti innocenti ma anche per i sicuri colpevoli.

Non so se siamo già al tempo in cui non vi sono più innocenti ma soltanto colpevoli ancora non scoperti⁵¹; certo è che il diritto penale si sta sempre più trasfigurando in uno strumento di *moralizzazione* del tessuto sociale⁵² e sta sempre più smarrendo la propria «indole conservatrice», la propria natura non propulsiva, «che non serve a migliorare comunità e umanità»⁵³.

formulazione astratta alla sua concreta esecuzione e che non ammette eccezioni a seconda della tipologia di reato per cui si procede o del tipo di autore che lo ha commesso.

⁴⁹ In questi termini FIORELLI, *Il "doppio binario"* in *executivis*, cit., 501, che segnala, altresì, il rischio correlato alla conseguente ingerenza del giudice di sorveglianza nell'accertamento del fatto-collaborazione, già oggetto di verifica in sede di cognizione, perché, oltre a comportare una parziale metamorfosi dell'oggetto del sindacato rimesso a quest'ultimo, non più circoscritto al vaglio circa la rispondenza del trattamento sanzionatorio al principio di individualizzazione della pena, potrebbe anche determinare una duplicazione di giudizi sulla medesima *quaestio facti*. Rilievi critici sulla correlazione che annoda la rieducazione alla collaborazione e sulla trasformazione delle funzioni attribuite alla magistratura di sorveglianza anche in BERNASCONI, *La collaborazione processuale. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense*, Milano, 1994, 117 s. e 127 s.; RONCO, *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 143, ad avviso del quale la collaborazione persegue finalità esclusivamente general-preventive di lotta contro la devianza, non inserendosi in alcun disegno rieducativo coerente e razionale.

⁵⁰ GIUNTA, *La «giustizia penale liberale». Traendo spunto dal Manifesto dell'Unione delle Camere penali italiane*, in *www.disCrimen.it*, 13 maggio 2019, 1.

⁵¹ Secondo l'inquietante *slogan* riportato da MANES, *Diritto penale no-limits*, cit., 92.

⁵² PALAZZO, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 8.

⁵³ Ancora GIUNTA, *La giustizia penale liberale*, cit., 2.

Se è vero che punire ha assunto la diversa connotazione di “fargliela pagare”⁵⁴ e se questa ostentazione punitiva è funzionale alla legittimazione dei nuovi protagonisti politici⁵⁵, è nostro compito riaffermare a gran voce l'*umanità* e la *razionalità* della pena, continuando ad offrire protezione ad oltranza ai diritti insopprimibili e non negoziabili della persona, onde evitare, se non altro, una rivisitazione, anche da un punto di vista terminologico, della nostra occupazione principale; se, infatti, dovessimo constatare di essere stati sopraffatti dal nuovo paradigma illiberale, ci vedremmo costretti ad insegnare soltanto il 'penale' e non più anche 'il diritto'.

⁵⁴ SOTIS, *Il diritto penale tra scienza della sofferenza e sofferenza della scienza*, in questa *Rivista*, 2019, n. 1, 9; AMATI, *Insorgenze populiste e produzione del penale*, in *www.disCrimen.it*, 3 giugno 2019, 17.

⁵⁵ MANES, *Diritto penale no-limits*, cit., 98.