

ANTICIPAZIONI

OLIVIERO MAZZA

La carcerazione immediata dei corrotti: una forzatura di diritto intertemporale nel silenzio complice del legislatore*

Nel silenzio del legislatore, il nuovo regime penitenziario per i delitti di corruzione finirebbe per applicarsi anche ai fatti pregressi se non si accedesse a una regola intertemporale costituzionalmente orientata.

Immediate imprisonment of corrupt: a misconstruction of intertemporal law in legislator's complicit silence

Due to legislator's silence, new penitentiary regime for corruption crimes would be applied to previous facts if a constitutionally oriented intertemporal rule was not accepted

SOMMARIO: 1. La questione. - 2. Le fonti giurisprudenziali. - 3. *Tempus regit actum* e affidamento processuale. - 4. Le prime applicazioni in attesa della Corte costituzionale.

1. *La questione.* - L'art. 1, co. 6, Legge n. 3 del 2019 ha notevolmente ampliato il novero dei reati ostativi previsti dall'art. 4-*bis* ord. penit., includendovi le rinnovate previsioni incriminatrici in materia di delitti contro la pubblica amministrazione.

La scelta di proseguire nella proliferazione delle fattispecie impeditive l'accesso alle misure alternative alla detenzione si espone a serie critiche "di merito", fondate sulla considerazione della palese disomogeneità dei beni giuridici protetti dal catalogo di reati che oggi compone il sempre più eterogeneo tessuto normativo dell'art. 4-*bis* ord. penit. Si potrebbe addirittura, in modo ben più radicale, contestare la stessa ragion d'essere dei reati ostativi, compreso l'archetipo della criminalità organizzata che ora, topograficamente, è stata postergata rispetto ai reati contro la pubblica amministrazione, quasi a lasciare intendere che questi ultimi rappresentino ormai, nella visione distorta del legislatore, le forme più estreme e più pericolose di criminalità.

La critica alla politica penitenziaria seguita negli ultimi anni non può, tuttavia, essere approfondita in un contributo riguardante le sole questioni poste dalla successione nel tempo delle previsioni di legge. È però evidente che i due piani inevitabilmente si intersecano e che una questione di legittimità diretta alle norme "sostanziali" finirebbe per investire e risolvere in radice anche i problemi intertemporali¹.

*Il presente scritto è destinato al volume collettaneo dal titolo "*La cd. legge anticorruzione. Croniche innovazioni tra diritto e processo penale*", a cura di Iasevoli, Bari, in corso di pubblicazione.

¹ MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. penit. ai reati contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*.

La modifica dell'art. 4-*bis* ord. penit. non è stata accompagnata da un'apposita norma transitoria o da una norma intertemporale singolare², previsioni che sarebbero risultate quanto mai opportune, anche solo per chiarire quali fossero le reali intenzioni del legislatore, con conseguente assunzione di responsabilità politica. È nondimeno incontestabile che, in assenza di un'espressa disciplina transitoria, trovino applicazione i principi generali di diritto intertemporale.

Il nodo interpretativo riguarda la scelta di questi principi, diversi a seconda che incidano su norme di diritto penale sostanziale ovvero su norme di natura processuale o comunque non penale. Nel primo caso, la regola sarebbe quella della retroattività favorevole e della irretroattività sfavorevole, avendo come riferimento temporale il *dies delicti*; nel secondo, varrebbe il *tempus regit actum* riferito al singolo atto processuale, nella specie l'ordine di esecuzione previsto dall'art. 656 c.p.p.

2. *Le fonti giurisprudenziali.* - La giurisprudenza di legittimità è prevalentemente orientata a ritenere di carattere processuale le norme di ordinamento penitenziario, con la conseguenza che la loro successione nel tempo sarebbe regolata dal principio *tempus regit actum* riferito al singolo atto esecutivo.

Va infatti precisato che, nella individuazione dell'*actus*, occorre tener presente il grado di atomizzazione del fenomeno processuale considerato dalla norma coinvolta nella successione nel tempo. Nel caso specifico, la modifica apportata all'art. 4-*bis* ord. penit. riguarda, direttamente, l'ampliamento del catalogo dei reati ostativi; indirettamente, l'impossibilità di sospendere gli ordini di esecuzione ai sensi dell'art. 656, co. 9, c.p.p.

Dunque, il singolo atto da prendere in considerazione è proprio l'ordine di carcerazione che non potrà più essere sospeso per le condanne riguardanti reati contro la pubblica amministrazione inclusi nel novero delle fattispecie ostative contemplate dall'art. 4-*bis* ord. penit.

Alla luce di questo chiarimento è da escludere che la novella possa essere riferita ad atti complessi, quali la fase esecutiva o il procedimento d'esecuzione. La norma in esame è puntuale e il combinato disposto degli art. 4-*bis* ord. penit. e dell'art. 656, co. 9, c.p.p. ricade solo sull'ordine di carcerazione.

La scelta di attribuire natura processuale alla disciplina esecutiva, con conseguente applicazione del principio intertemporale dell'efficacia immediata, ri-

le, in *Dir. pen. contemp.*, 2, 2019, 105 ss.

² Sulla distinzione fra norme transitorie e intertemporali, v. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, 1999, 91 ss.

sale a una sentenza delle sezioni unite della Cassazione che, in un certo senso, ha rappresentato il precedente vincolante nell'interpretazione e nell'applicazione di tutte le novelle in materia. Secondo il supremo Collegio, infatti, «le disposizioni concernenti l'esecuzione delle pene detentive e le misure alternative alla detenzione, non riguardando l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena, ma soltanto le modalità esecutive della stessa, non hanno carattere di norme penali sostanziali e pertanto (in assenza di una specifica disciplina transitoria), soggiacciono al principio “*tempus regit actum*”, e non alle regole dettate in materia di successione di norme penali nel tempo dall'art. 2 c.p., e dall'art. 25 della Costituzione»³.

Meno netta è la posizione assunta dalla Corte costituzionale. Pur avendo affermato, in un'ormai risalente pronuncia, che «potrebbe meritare una seria riflessione» l'assunto secondo cui il principio costituzionale di irretroattività sfavorevole sia dettato, oltre che per la pena, anche per le disposizioni che ne regolano l'esecuzione⁴, il giudice delle leggi non ha poi portato a compimento tale riflessione e, soprattutto, non si è mai spinto a dichiarare l'illegittimità dell'applicazione immediata di norme esecutive *in peius*. A fianco di questa apertura, rimasta sostanzialmente tale, la Corte ha sempre ribadito il limite generale in base al quale, anche in materie non soggette alla regola costituzionale della irretroattività sfavorevole, la vanificazione, con legge successiva, di un diritto positivamente riconosciuto da una disposizione precedente non può sottrarsi al necessario scrutinio di ragionevolezza⁵.

Peraltro, un peso quasi decisivo nel *non liquet* della giurisprudenza costitu-

³ Cass., Sez. un., 17 luglio 2006, P.M. in proc. A, in *Mass. Uff.*, n. 23397601. La massima riguarda una vicenda esattamente in termini rispetto a quella oggi in discussione. Va, infatti, ricordato che, «in applicazione di tale principio, le S.U. hanno ritenuto che, in un caso in cui vi era stata condanna per il delitto di violenza sessuale, la sopravvenuta inclusione di tale delitto, per effetto dell'art. 15 della legge 6 febbraio 2006, n. 38, tra quelli previsti dall'art. 4-bis ord. penit. in quanto tali, e non più soltanto come reati-fine di un'associazione per delinquere, comportasse l'operatività, altrimenti esclusa, del divieto della sospensione dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 656, co. nono lett. a), c.p.p., non essendo ancora esaurito il relativo procedimento esecutivo al momento dell'entrata in vigore della novella legislativa». Cfr., più di recente, Cass., Sez. I, 18 dicembre 2014, Nika, *Mass. Uff.*, n. 262199, secondo cui «l'espulsione dello straniero come misura alternativa alla detenzione, prevista dall'art.16, co. quinto, del D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, nel testo modificato dall'art. 6, co. primo, lettera a) del D.L. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito nella legge 21 febbraio 2014, n. 10, può essere disposta anche per reati commessi ed accertati prima della entrata in vigore della novella, e per i quali la misura non era precedentemente contemplata, atteso che le previsioni concernenti l'esecuzione delle pene detentive e le misure alternative alla detenzione non hanno natura di norme penali sostanziali e sono soggette, in caso di successione di leggi, al principio del "tempus regit actum". (Fattispecie in cui le nuove disposizioni sono state applicate direttamente dalla Corte di cassazione)».

⁴ Corte cost., n. 306 del 1993.

⁵ Corte cost., n. 306 del 1993; cfr., altresì, Id., n. 822 del 1988.

zionale ha avuto la difficoltà di individuare un preciso riferimento temporale a cui agganciare la successione delle norme in ambito esecutivo, essendo prospettabile una pluralità di momenti rilevanti che vanno dalla commissione del reato al passaggio in giudicato della sentenza di condanna, dall'inizio dell'esecuzione alla maturazione dei presupposti del benefico fino a quello della presentazione dell'istanza o della concessione della misura alternativa. Il giudice delle leggi sembra così incorrere nell'errore di impostazione di non calibrare il *tempus regit actum* sul singolo *actus* disciplinato dalle norme coinvolte nella successione nel tempo, cercando piuttosto un riferimento generale a cui agganciare l'intero fenomeno esecutivo unitariamente inteso.

Un significativo punto di contatto fra gli indirizzi espressi dalla Cassazione e quelli della Corte costituzionale⁶ si registra, invece, nell'affermazione del principio di continuità trattamentale o di non regressione del percorso penitenziario già avviato. In realtà, l'efficacia differita delle nuove norme, predicata dal principio di continuità trattamentale, sembra comunque condizionata al raggiungimento di un grado di rieducazione adeguato al benefico concesso e, quindi, tale da giustificare il mantenimento anche nella vigenza del diverso quadro normativo⁷.

Sarebbe, infatti, contrario tanto alla funzione rieducativa della pena quanto al più generale canone di ragionevolezza sottrarre il condannato all'espiazione della pena in forma alternativa già avviata. Peraltro, a ben vedere, l'eventuale applicazione della normativa sopravvenuta, nello specifico quella più restrittiva rappresentata dal novellato art. 4-*bis* ord. penit., alle forme di esecuzione penitenziaria in corso finirebbe per assumere i caratteri della retroattività, postulandosi la rivalutazione, alla luce dei nuovi criteri, dell'atto del passato rappresentato dalla concessione del benefico o dalla sospensione dell'ordine di carcerazione compiuti sulla base della *lex temporis*⁸.

Nel definire la natura delle norme di ordinamento penitenziario direttamente incidenti sulle modalità di esecuzione della pena non si possono non considerare gli approdi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti

⁶ Cfr., fra le tante, Corte cost., n. 306 del 1993; Id., n. 504 del 1995; Id., n. 445 del 1997; Id., n. 137 del 1999; Id., n. 257 del 2006; Id., n. 79 del 2007.

⁷ Cass., Sez. V, 16 febbraio 2015, Lo Nigro, *Mass. Uff.*, n. 26232001.

⁸ In tal senso, cfr. la corretta ricostruzione offerta da Cass., Sez. I, 01 luglio 2010, Castaldi, *Mass. Uff.*, n. 24804601, secondo cui, «in virtù del principio "*tempus regit actum*", secondo cui la validità degli atti è regolata dalla legge in vigore al tempo della loro formazione, il provvedimento di sospensione dell'esecuzione della pena legittimamente emesso ai sensi dell'art. 656 c.p.p. non può essere revocato per effetto del sopravvenire della legge 6 febbraio 2006, n. 38, che ha incluso i delitti di cui agli artt. 609-*bis*, 609-*ter* e 609-*quater* nel catalogo dei reati di cui all'art. 4-*bis* legge 26 luglio 1975, n. 354, per i quali la sospensione non può più essere disposta».

dell'uomo. Il giudice Strasburgo ha da tempo coniato una categoria autonoma di materia penale che rifugge dalle etichette formali del diritto nazionale e considera direttamente l'aspetto sostanziale correlato al tipo, alla durata, all'afflittività nonché alle modalità di esecuzione della sanzione o della misura imposta. In particolare, nella decisione del caso *Del Rio Prada* contro Spagna⁹, la Grande Camera ha riconosciuto una precisa incidenza sulla garanzia sancita dall'art. 7 Cedu addirittura a un mutamento giurisprudenziale *in peius* riguardante la disciplina di un istituto rapportabile alla nostra liberazione anticipata. Questa importante pronuncia, assurta peraltro al rango di diritto consolidato, in quanto proveniente dalla Grande Camera¹⁰, ha ricordato che, ai fini del rispetto del principio dell'affidamento del consociato circa la prevedibilità della sanzione penale, occorre avere riguardo non solo alla pena irrogata, ma anche alla sua esecuzione. Pur non potendosi sottacere che, nel caso specifico, il mutamento risultava apertamente incidente sulla durata della pena, il principio enunciato appare di più ampio respiro fino ad includere tutti i casi in cui la disciplina penitenziaria segni il non trascurabile discrimine fra l'esecuzione intramuraria e quella in libertà, sia pure con prescrizioni. D'altronde, il passaggio dal carcere alla libertà e viceversa attiene al grado di afflittività della pena e non può essere considerato riduttivamente una mera modalità esecutiva della medesima sanzione, come invece suggerito dalla giurisprudenza di legittimità. L'esecuzione in carcere e quella in forma alternativa alla detenzione sono ontologicamente diverse e costituiscono risposte punitive dotate di un grado incommensurabile di limitazione alla libertà personale. Si tratta, dunque, sul piano sostanziale di pene diverse e non di diverse modalità esecutive della medesima pena.

Proprio giudicando una delle prime questioni intertemporali sorte per effetto della modifica apportata all'art. 4-*bis* ord. penit. dalla "legge spazzacorrotti", la Corte di cassazione ha recentemente ritenuto che, «alla luce di tale approdo della giurisprudenza di Strasburgo, non parrebbe manifestamente infondata la prospettazione ... secondo la quale l'aver il legislatore cambiato in itinere le "carte in tavola" senza prevedere alcuna norma transitoria presenti tratti di dubbia conformità con l'art. 7 Cedu e, quindi, con l'art. 117 Cost., là dove si traduce ... nel passaggio - "a sorpresa" e dunque non prevedibile - da una sanzione patteggiata "senza assaggio di pena" ad una sanzione con necessaria incarcerazione, giusta il già rilevato operare del disposto degli artt. 656, co. 9 lett. a), c.p.p. e 4-*bis* ord. penit. D'altronde, in precedenza, il legislatore aveva

⁹ Corte EDU, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada* c. Spagna, ric. n. 42750/09.

¹⁰ Secondo quanto stabilito da Corte cost., n. 49 del 2015.

adottato disposizioni transitorie finalizzate a temperare il principio di immediata applicazione delle modifiche all'art. 4-*bis* ord. penit., quali quelle contenute nell'art. 4 d.l. n. 13 maggio 1991, n. 152, e nell'art. 4, co. 1, Legge 23 dicembre 2002, n. 279 (che inseriva i reati di cui agli artt. 600, 601 e 602 c.p. nell'art. 4-*bis* cit.), limitandone l'applicabilità ai soli reati commessi successivamente all'entrata in vigore della legge»¹¹.

3. *Tempus regit actum e affidamento processuale.* Dal punto di vista teorico-ricostruttivo, il principio del *tempus regit actum* non dovrebbe trovare meccanica applicazione nei procedimenti pendenti senza considerare l'esigenza di assicurare un trattamento intertemporale differenziato, in senso maggiormente garantista, per particolari classi di norme.

L'impostazione più garantista postula che il quadro normativo da cui discendono conseguenze in senso lato sanzionatorie ovvero da cui dipende l'assoggettabilità o meno dell'individuo alla pena detentiva debba risultare "cristallizzato" al momento del fatto costituente reato in caso di successive modifiche peggiorative, poiché proprio in tale frangente l'agente può fare affidamento sul rapporto intercorrente tra la sua condotta e le conseguenze a essa ricollegate.

Se anche non si volesse seguire questa interpretazione, volta ad assimilare, sul piano dei principi intertemporali, determinate categorie di norme processuali a quelle penali sostanziali, l'affidamento dovrebbe comunque trovare tutela, sia pure con riferimenti temporali diversi dal *dies delicti*.

Non va, infatti, dimenticato che l'affidamento processuale risulta qualificato proprio dall'esigenza di tutelare le strategie difensive adottate sulla base di una disciplina normativa che, nella prospettiva di una completa analisi costi-benefici, non può non investire anche le regole concernenti le modalità esecutive della pena. L'affidamento non può quindi che sorgere al momento della conoscenza del processo e della conseguente definizione della strategia difensiva.

Del resto, l'affidamento processuale non sarebbe altro che l'esplicitazione di un principio di garanzia inespresso dall'art. 25, co. 2, Cost. e definibile «nei termini dell'ultrattività, a tutela del singolo, di ogni norma sulla quale il singolo possa ragionevolmente, ed in relazione a specifiche situazioni concrete, fare affidamento». L'estensione analogica del disposto costituzionale a una parte della disciplina processuale dovrebbe necessariamente comportare «qualche adattamento della regola base», trovando però allo stesso tempo

¹¹ Cass., Sez. VI, 14 marzo 2019, in www.penalecontemporaneo.it.

«importanti dati di ‘catalizzazione’ in quelle fondamentali norme di garanzia che sanciscono l’‘inviolabilità’ di certi ‘diritti’ di rilevanza processuale (così, in particolare, negli art. 13 co. 1 e 24 co. 2 Cost.)»¹².

Muovendosi in quest’ottica, il maggior problema interpretativo sarebbe quello di individuare il momento esatto a cui ricollegare il formarsi dell’affidamento su un determinato assetto normativo. In proposito, ci si potrebbe chiedere, anzitutto, se questa ricerca debba essere condotta dal punto di vista del singolo individuo ovvero da un punto di vista astratto. La prima possibilità sembra da scartare, quantomeno a causa delle insuperabili difficoltà che comporterebbe l’obbligo di sondare l’atteggiamento psicologico di ogni imputato o parte processuale. Oggettivare l’affidamento sembra, tuttavia, impresa non meno ardua. Ma anche ammesso di poter stabilire un “ragionevole affidamento” dell’imputato medio, precisare quando ciò avvenga in relazione alle diverse tipologie delle norme processuali appare un’operazione sempre contestabile, in quanto inevitabilmente discrezionale.

Ampliando l’orizzonte del discorso al diritto intertemporale in genere, la situazione si presenta, tuttavia, molto diversa: nonostante il tema riguardante l’esigenza di fornire una qualche forma di tutela alle aspettative generate nei cittadini dal legislatore non sia stato ancora oggetto di un completo e sistematico approfondimento, il concetto di affidamento risulta essere ricorrente nelle elaborazioni dottrinali¹³, avendo, del resto, già avuto significativa consacrazione in alcune pronunce della Corte costituzionale quale limite invalicabile della retroattività¹⁴.

¹² CHIAVARIO, *Norma: d) diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 481-482, da cui sono tratte anche le citazioni precedenti nel testo. La tematica dei rapporti tra l’art. 25, co. 2, Cost. e gli altri principi costituzionali in tema di processo penale è ampiamente sviluppata da SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi* (1969), Milano, 1987, spec. 125-130.

¹³ V., tra i tanti, BROGGINI, *La retroattività della legge nella prospettiva romanistica*, in *Coniectanea. Studi di diritto romano*, Milano, 1966, 410-411; CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in *Introduzione al sistema penale*, I, a cura di Insolera, Mazzacuva, Pavarini, Zanotti, Torino, 1997, 167-169; CERRI, *Leggi retroattive e Costituzione - spunti critici e ricostruttivi*, in *Giur. cost.*, 1975, 523-525; CRISCI, *Irretroattività della legge e legge interpretativa*, in *Cons. stato*, 1992, II, 1369-1374; IMMORDINO, *Il principio di irretroattività: limite della legge regionale o limite della legge?*, in *Giur. cost.*, 1992, 449-450; LEARDINI, *I limiti alla retroattività della legge: osservazioni sullo spunto del danno da accessione invertita nella l. n. 549/95*, in *Giur. it.*, 1997, IV, c. 3-12; MERUSI, *L’affidamento del cittadino*, Milano, 1970, p. 3 ss.; PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 186-187; RANELLETTI, *Efficacia delle norme giuridiche amministrative nel tempo*, in *Riv. dir. civ.*, 1914, IV, 49; SIMONCELLI, *Sui limiti della legge nel tempo* (1904), in *Scritti giuridici*, II, Roma, 1938, 289-290.

¹⁴ V., ad esempio, Corte cost., n. 349 del 1985. L’affidamento di cui si discute, rivolto alle norme giuridiche e, di conseguenza, ai pubblici poteri che le emanano, deve essere tenuto ben distinto dall’affidamento derivante da rapporti regolati dal diritto civile, nei quali lo Stato può essere presente, ma in qualità di parte: in proposito, cfr. Corte cost., n. 1 del 1997.

Per evitare equivoci, va subito chiarito che la tutela dell'affidamento elaborata dalla giurisprudenza costituzionale, e in modo non dissimile dalla maggior parte della dottrina¹⁵, differisce profondamente dalla teoria proposta per la successione di norme processuali penali. Mentre quest'ultima postula la sopravvivenza della normativa su cui si è formato l'affidamento, e cioè la possibilità di applicarla anche ad atti successivi al mutamento legislativo, secondo i giudici di Palazzo della Consulta l'affidamento degno di tutela è quello riguardante la normativa vigente nel momento passato in cui si sono svolte determinate attività (*lex temporis*) a fronte di norme sopravvenute retroattive. La Corte costituzionale ha, infatti, esplicitamente affermato che, fatta eccezione per la materia penale sostanziale dove vige l'apposito principio espresso dall'art. 25, co. 2, Cost., al legislatore non è interdetta in via generale la possibilità di emanare norme retroattive sfavorevoli le quali, però, «al pari di qualsiasi precetto legislativo, non possono trasmodare in un regolamento irrazionale e arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, che costituisce elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto»¹⁶. L'affidamento, al pari della ragionevolezza¹⁷, opera dunque sul piano del sindacato di legittimità costituzionale delle norme retroattive e non su quello interpretativo dei principi intertemporali. Si potrebbe dire altrimenti che l'affidamento rappresenta un limite alla libertà del legislatore di

¹⁵ V., tra gli altri, CRISCI, *Irretroattività della legge e legge interpretativa*, cit., 1370-1374; LEARDINI, *I limiti alla retroattività della legge: osservazioni sullo spunto del danno da accessione invertita nella l. n. 549/95*, cit., c. 4-10; MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., 9 ss.

¹⁶ Corte cost., n. 349 del 1985.

Particolarmente suggestivo è il rapporto tra Stato di diritto e retroattività descritto da QUADRI, sub *art. 11*, in *Commentario al codice civile. Disposizioni sulla legge in generale*, a cura di Scialoja, Branca, *Dell'applicazione della legge in generale. Art. 10-15*, Bologna-Roma, 1974, 170-171: «lo 'Stato di diritto' ha come logica implicazione che l'uomo è libero fin quando non si imbatte in un dovere e che la sua libera sfera non può essere violata dall'autorità se non in virtù di un titolo particolare. La retroattività degrada l'uomo da soggetto ad oggetto (la legge retroattiva è una misura ... e non una norma, perché al soggetto interessato viene a mancare ogni possibilità di scelta), equivale al disconoscimento di quella libertà che lo Stato di diritto vuole garantita come espressione della personalità. A che pro attribuire diritti, doveri, capacità, se tutte le manifestazioni della personalità giuridica potessero poi risolversi in un inganno e non costituire il fondamento della libera esplicazione della personalità? In realtà una crisi del divieto di retroattività della legge si risolve in una crisi dello Stato di diritto, perché mette in crisi la personalità dell'essere umano che si risolve nella sua libertà, perché mette in crisi la 'legalità' e scuote le fondamenta dell'ordine sociale». Lo stesso autore conclude affermando che «è vano sforzo andare alla ricerca di norme particolari onde giustificare un principio [di irretroattività] che non è scritto in nessun luogo perché corre nelle viscere di tutto l'ordinamento» (*ibidem*, 173).

¹⁷ Il parallelo, sulla scia della giurisprudenza costituzionale, è posto in luce anche da CERRI, *Leggi retroattive e Costituzione - spunti critici e ricostruttivi*, cit., 523 e nota 16; LEARDINI, *I limiti alla retroattività della legge: osservazioni sullo spunto del danno da accessione invertita nella l. n. 549/95*, cit., c. 5-6.

agire retroattivamente piuttosto che un limite all'efficacia di singole norme retroattive.

L'impostazione seguita nel nostro Paese dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale si ispira apertamente alla interessante soluzione accolta da tempo nell'ordinamento giuridico tedesco, dove la garanzia dell'affidamento contro modifiche retroattive sfavorevoli non è ricondotta a specifiche disposizioni della Costituzione, ma viene fondata sul richiamo al più ampio principio dello Stato di diritto (*Rechtsstaat*). La giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca ha chiarito che tale principio si articola in una serie di corollari, tra i quali vi sono la sicurezza giuridica (*Rechtssicherheit*), l'affidamento individuale nell'ordinamento giuridico statale (*Vertrauensschutz*) e la buona fede (*Treu und Glauben*), detta anche correttezza, che deve ispirare i comportamenti dei pubblici poteri. Un ruolo chiave viene giocato dagli ultimi due corollari, in base ai quali il legislatore ha l'obbligo di esaminare la situazione di affidamento da lui stesso determinata, evitando di violarla se non in presenza di interessi comparativamente prevalenti rispetto all'affidamento medesimo¹⁸. In base ai criteri elaborati dalla Corte costituzionale tedesca resta però aperto il problema di stabilire quando l'affidamento debba essere considerato giuridicamente rilevante: in generale, sembra comunque sufficiente la presenza di norme illegittimamente connotate dalla retroattività propria, cioè riferite ad accadimenti esauriti nel passato, qualunque sia la materia nella quale esse intervengono, per attribuire al cittadino il diritto di contestarle, facendo valere il proprio affidamento¹⁹.

Soprattutto, è opportuno sottolineare come anche nell'ordinamento tedesco

¹⁸ Sull'argomento, v., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., 3-9 e 20-38; MICHELI, *Note minime sulla retroattività della legge tributaria*, in *Giur. cost.*, 1963, 1705-1706; TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria generale del diritto intertemporale*, Milano, 1990, 259-262.

Molto interessante è la precisazione di QUADRI, sub *art. 11*, cit., 169, nota 22, il quale sottolinea il fatto che il divieto di retroattività basato sull'idea di Stato di diritto si è sviluppato in una situazione del tutto analoga a quella italiana, poiché «anche nella Costituzione della Germania federale esiste una sola disposizione che si occupi espressamente della retroattività ed ha riguardo specifico alla materia penale: l'art. 103, co. 2».

¹⁹ MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., 8-9; TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria generale del diritto intertemporale*, cit., 260. MICHELI, *Note minime sulla retroattività della legge tributaria*, cit., 1705-1706, riferisce che «la tutela del cittadino, sempre secondo il Supremo Organo germanico, non è peraltro ammessa quando non è giustificato l'affidamento del cittadino stesso rispetto ad una situazione giuridica, quando essa si fonda, ad es., su di una norma positiva che non sia chiara o sia confusa: nel qual caso si ritiene ... che il legislatore possa chiarire retroattivamente la situazione giuridica. Un'altra eccezione ... è stat[a] ravvisat[a] ... nell'ipotesi in cui il cittadino non possa avere fiducia nell'apparenza giuridica, derivante da una norma di legge invalida, poiché allora il legislatore '*unter Umstaenden*' può sostituire retroattivamente una disposizione nulla con una norma valida, avente efficacia retroattiva».

il rispetto dell'affidamento non funga direttamente da principio intertemporale rivolto agli interpreti, ma serva da parametro per valutare la legittimità costituzionale delle leggi.

A esigenze di rispetto dell'affidamento sembra riconducibile anche quella ricostruzione secondo cui «il legislatore che retroagendo restringe lo spazio di diritti costituzionalmente sanciti non viola necessariamente la Costituzione in senso formale, ma ne viola indubbiamente il contenuto reale in quel determinato, e passato, momento storico»²⁰. Su questo presupposto si è creduto possibile estendere il principio di irretroattività oltre i confini della materia penale sostanziale, in modo tale da assicurare al cittadino la certezza che le garanzie legislativamente stabilite nel passato per l'esercizio di diritti aventi rilevanza costituzionale non possano più essere messe in discussione. La medesima considerazione è rivolta specificamente anche alla disciplina del processo, ritenendosi «incontestabile che qualsiasi aggravamento della procedura esistente e che fissa i mezzi per la tutela dei diritti costituzionalmente garantiti si rifletta direttamente sulla consistenza di essi»²¹.

Traendo spunto da questa sommaria ricostruzione dei termini del problema, appare indubbio che le modalità esecutive della pena, quando determinano il discrimine fra la carcerazione e un regime comunque di libertà o di detenzio-

²⁰ GROTANELLI DÈ SANTI, *Leggi sostanziali, leggi a contenuto strumentale e immediata applicazione della legge*, in *Giur. cost.*, 1967, 870. Su tale argomento, v. anche, D'ANTINO, *Retroattività della legge: principi costituzionali e interesse pubblico*, in *Foro amm.*, 1974, II, 685, per il quale «sulle libertà garantite dalla costituzione, il legislatore, purché sempre nel rispetto di questa, può incidere in senso restrittivo, ma sempre e soltanto per il futuro. Se retroagisse in senso restrittivo e sfavorevole, egli verrebbe a violare il contenuto attuale e reale di una libertà costituzionalmente garantita»; GROTANELLI DÈ SANTI, *Diritti quesiti: I) diritto costituzionale*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, 1989, 1-2; ID., *Principio di retributività, eguaglianza, irretroattività*, in *Giur. cost.*, 1971, 1474-1475; GROSSO, *La carcerazione preventiva tra «emergenza» e costituzione*, in *Giust. pen.*, 1983, c. 531-532; PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte generale*, Padova, 1990, 152: per quest'ultimo autore è «contestabile che il legislatore possa introdurre retroattivamente delle modifiche restrittive alla precedente disciplina legislativa di un diritto costituzionale di libertà, qualora il contenuto di libertà consista esclusivamente nel compimento di attività materiali ... Il precetto legislativo che, retroattivamente, considerasse illecito (o comunque ricollegasse conseguenze - anche indirettamente - sfavorevoli a) un comportamento umano già compiutamente posto in essere nel rispetto dei limiti previsti dalla legge allora vigente, violerebbe o la stessa norma costituzionale ricognitiva di quel diritto di libertà ... oppure l'art. 25, co. 2, Cost. qualora prevedesse una pena per un comportamento già posto in essere prima dell'entrata in vigore della legge».

Già prima dell'attuale sistema costituzionale rigido si sosteneva che «il legislatore è legato alla Costituzione, ond'esso non può, emanando una legge retroattiva, togliere quei diritti e quelle guarentigie che la Costituzione assicura al cittadino. Il potere legislativo, è detto con formola astratta, non può far male: sta in principio che, in quanto il legislatore dà una formola esterna ed imperativa al diritto, non può ledere in alcun modo la libertà del privato» (V. DI SALVO, *Legge*, in *D.I.*, XIV, Torino, 1902, 304).

²¹ GROTANELLI DÈ SANTI, *Leggi sostanziali, leggi a contenuto strumentale e immediata applicazione della legge*, cit., 871.

ne al di fuori delle strutture penitenziarie, investano direttamente il valore costituzionale della libertà fisica tutelato dall'art. 13 Cost. Di conseguenza, una disciplina sopravvenuta che impedisca al condannato di fruire di consistenti spazi di libertà assume inevitabilmente una precisa rilevanza costituzionale che ne determina un regime intertemporale differenziato e maggiormente garantista rispetto al criterio generale del *tempus regit actum*. L'irretroattività della legge sfavorevole va perciò parametrata al momento dell'insorgere dell'affidamento processuale che, nel caso della novella dell'art. 4-*bis* ord. penit., andrebbe fatto coincidere con la conoscenza del processo e con l'assunzione di tutte le successive determinazioni di strategia difensiva, momento che convenzionalmente potrebbe essere individuato nella notifica dell'avviso di conclusione delle indagini o, al più tardi, nell'esercizio dell'azione. Detto altrimenti, l'imputato, nel momento in cui affronta il processo, deve sapere qual è il rischio penale a cui può andare incontro, comprese le modalità di esecuzione della pena direttamente incidenti sulla concreta dimensione del suo diritto alla libertà fisica. A maggior ragione, tale prevedibilità delle conseguenze deve essere garantita quando si effettuano precise scelte di strategia processuale come l'accesso ai riti alternativi. Se poi si volesse assimilare la materia esecutiva a quella penale sostanziale, nel solco delle già esaminate indicazioni europee, l'affidamento dovrebbe giocoforza radicarsi al *dies delicti*.

4. *Le prime applicazioni in attesa della Corte costituzionale.* - Poste queste premesse, si può tentare una prima ricostruzione delle possibili applicazioni della novella in esame.

Stando al principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite della Cassazione²², l'art. 4-*bis* ord. penit. è norma processuale la cui incidenza sui processi in corso risulta governata dal principio *tempus regit actum*. Esclusi i casi in cui la concessione delle misure alternative sia già intervenuta e i risultati del trattamento giustificano *ex post* tale scelta (principio di continuità trattamentale), la nuova regola dovrebbe quindi impedire l'accesso ai benefici a tutti i condannati per i quali non sia stato ancora emesso l'ordine di carcerazione al momento dell'entrata in vigore della Legge n. 3 del 2019. L'unico riferimento utile in una rigorosa applicazione del *tempus regit actum* è proprio l'ordine di carcerazione non più sospendibile ai sensi dell'art. 656, co. 9, c.p.p., mentre del tutto irrilevanti sarebbero i riferimenti temporali riguardanti la data di irrevocabilità della condanna o la data di commissione del reato.

²² Cass., Sez. un., 17 luglio 2006, P.M. in proc. A, *Mass. Uff.*, n. 23397601.

A questa ortodossa e intransigente applicazione del principio si sono però opposte alcune delle prime pronunce giurisprudenziali.

Si è già detto della consistente presa di posizione della Cassazione in ordine alla rilevanza della questione di legittimità costituzionale costruita sull'art. 117 Cost. e sulla giurisprudenza europea quale norma interposta, apertura a cui sono puntualmente seguite le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale pronunciate dal G.i.p. presso il Tribunale di Napoli²³ e della Corte d'appello di Lecce²⁴. In altri casi, la questione di legittimità è stata fondata su basi più ampie, come nell'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Venezia²⁵.

Non sono nemmeno mancati casi di “disapplicazione” della novella, con conseguente sospensione dell'ordine di carcerazione emesso, sul presupposto che l'art. 4-*bis* ord. penit. sia una norma solo formalmente processuale, ma effettivamente incidente sulla natura afflittiva della pena e come tale sottoposta al principio di irretroattività sfavorevole²⁶. Nella stessa linea interpretativa si colloca la “direttiva orientativa” della Procura generale di Reggio Calabria che ha stabilito di continuare ad applicare la disciplina previgente a tutti gli ordini di esecuzione riguardanti sentenze di condanna divenute irrevocabili prima del 31 gennaio 2019, con la conseguente sospensione degli stessi²⁷.

La particolare sensibilità dimostrata da una parte della magistratura rappresenta certamente un fattore di positiva novità e merita di essere segnalata quale esempio virtuoso di interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata dei profili intertemporali della disciplina “processuale”.

Considerando, però, che larga parte della giurisprudenza è rimasta rigorosamente osservante al principio enunciato dalle sezioni unite, il quadro d'insieme delle prime applicazioni appare caratterizzato da una preoccupante disomogeneità e, soprattutto, da una diffusa imprevedibilità delle decisioni. Paradossalmente, si è verificata proprio quella situazione di incertezza e, appunto, d'imprevedibilità stigmatizzata dalla giurisprudenza europea anche nel campo dell'esecuzione penale.

È quasi superfluo riconoscere la decisività della futura pronuncia della Corte costituzionale nel ristabilire un quadro minimo di certezza del diritto. Va però

²³ G.i.p. Trib. Napoli, ord. 2 aprile 2019, in *www.penalecontemporaneo.it*.

²⁴ Corte app. Lecce, ord. 4 aprile 2019, in *www.penalecontemporaneo.it*.

²⁵ Trib. sorv. Venezia, ord. 8 aprile 2019, inedita.

²⁶ G.i.p. Trib. Como, ord. 8 marzo 2019, in *www.penalecontemporaneo.it*; Corte app. Reggio Calabria, sez. II, 2 aprile 2019, inedita.

²⁷ Direttiva orientativa della Procura generale presso la Corte d'appello di Reggio Calabria, 8 marzo 2019, inedita.

considerato che tale decisione non potrà intervenire con la tempestività richiesta dalla gravità di una situazione che trae origine dall'improvvida scelta legislativa di non accompagnare una così incisiva riforma con una pressoché indispensabile norma transitoria (o meglio, intertemporale singolare). Il giudice delle leggi potrebbe cogliere l'occasione anche per rivedere e sviluppare il principio dell'affidamento che, al di là della sempre discutibile dicotomia fra norme penali sostanziali e norme processuali, potrebbe introdurre un correttivo generale alla rigidità del principio intertemporale dell'efficacia immediata. L'esigenza di prevedibilità delle decisioni e delle conseguenze sanzionatorie insita tanto nell'art. 7 Cedu quanto nell'art. 25, co. 2, Cost. non è altro che il portato di un più generale principio di affidamento che ogni ordinamento democratico dovrebbe riconoscere alla stregua di un diritto fondamentale dell'individuo, soprattutto quando l'affidamento riguardi un quadro normativo direttamente o indirettamente incidente sul diritto inviolabile alla libertà personale.